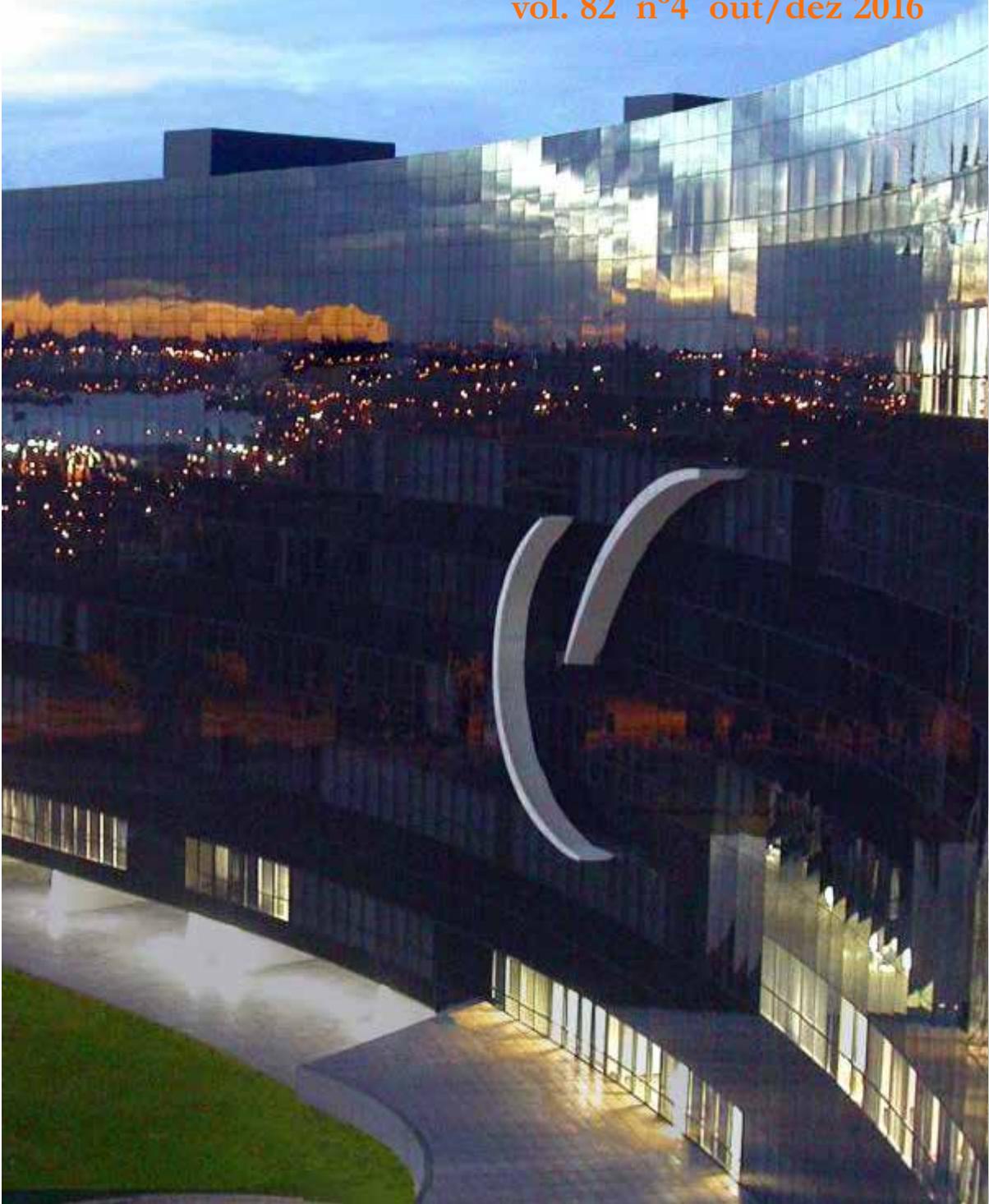


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 82 n°4 out/dez 2016



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Presidente

Ministro Emmanoel Pereira
Vice-Presidente

Ministro Renato de Lacerda Paiva
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Augusto César Leite de Carvalho *(presidente)*

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Ministro Lelio Bentes Corrêa *(suplente)*

Comissão de Documentação

Ano 82 – nº 4 – out. a dez. – 2016

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

Rua da Consolação, 77 – 9º andar – CEP 01301-000 – São Paulo-SP
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- jun. 2010, Magister; jul. 2010-, Lex.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Virgínia Ramos Veríssimo

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: Editora Magister

Tiragem: 700 exemplares

Os artigos publicados com assinatura não traduzem necessariamente a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Instruções para submissão de artigo encontram-se no link “Revista do TST” na página www.tst.jus.br.

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

Rua da Consolação, 77 – 9º andar

01301-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 2126-9000

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Oreste Dalazen
Ministro Antonio José de Barros Levenhagen
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann

Órgão Especial

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Oreste Dalazen
Ministro Antonio José de Barros Levenhagen
Ministro João Batista Brito Pereira

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Oreste Dalazen
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Antonio José de Barros Levenhagen
Ministro Lelio Bentes Corrêa (Afastado temporariamente do exercício da jurisdição – Membro do CNJ)
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa (Afastado temporariamente do exercício da jurisdição – Membro do CNJ)
Ministro Walmir Oliveira da Costa, Presidente
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Desembargador Marcelo Lamego Pertence (Convocado)

Segunda Turma

Ministro José Roberto Freire Pimenta, Presidente
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministra Maria Helena Mallmann

Terceira Turma

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Presidente
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Quarta Turma

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministro Fernando Eizo Ono
Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos (Convocada)

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente

Ministra Kátia Magalhães Arruda

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Sétima Turma

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Presidente

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Oitava Turma

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Presidente

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Ministra Dora Maria da Costa

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



EMANOEL PEREIRA
Vice-Presidente



IVES GANDRA FILHO
Presidente



RENATO PAIVA
Corregedor-Geral



JOÃO ORESTE DALAZEN



BARROS LEVENHAGEN



BRITO PEREIRA



CRISTINA PEDUZZI



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



**VIEIRA DE MELLO
FILHO**



ALBERTO BRESCIANI



**MARIA DE ASSIS
CALSING**



DORA COSTA



FERNANDO EIZO ONO



**GUILHERME
CAPUTO BASTOS**



**MÁRCIO EURICO
VITRAL AMARO**



**WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA**



**MAURÍCIO GODINHO
DELGADO**



**KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA**



**AUGUSTO CÉSAR
LEITE DE CARVALHO**



**JOSÉ ROBERTO
FREIRE PIMENTA**



**DELAÍDE ALVES
MIRANDA ARANTES**



**HUGO CARLOS
SCHEUERMANN**



**ALEXANDRE AGRA
BELMONTE**



**CLÁUDIO MASCARENHAS
BRANDÃO**



**DOUGLAS ALENCAR
RODRIGUES**



**MARIA HELENA
MALLMANN**

Apresentação

O Direito Coletivo do Trabalho é o centro de nossas atenções nesta edição da *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*.

A *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* espera contribuir, por meio desta edição temática, com as reflexões necessárias acerca dos temas correlacionados aos interesses coletivos de trabalhadores e empregadores, temas que pareciam, muita vez, estar maduros na jurisprudência que emana dos órgãos que integram a Justiça do Trabalho, mas estão a inquietar os que se dedicam, em ambiente forense ou acadêmico, ao direito laboral, ante a perspectiva anunciada de o egrégio Supremo Tribunal Federal constitucionalizar porventura a parte desses assuntos que toca ao alcance da autonomia privada coletiva e, com a respeitabilidade de que estão unguidas as suas decisões, emprestar novo sentido à orientação jurisprudencial ora dominante.

A Comissão de Documentação franqueou a necessária liberdade de argumentação jurídica para que articulistas esboçassem seus estudos e expectativas em relação ao que entendiam sobre as possíveis imperfeições da organização sindical e sobre as regras de financiamento do movimento associativo, também a respeito dos limites da autodeterminação coletiva e da ultra-atividade das normas coletivas de trabalho. Enfim, toda matéria atinente ao Direito Coletivo de Trabalho, inclusive no que concerne à relevância das ações coletivas ou das ações civis públicas como forma de proporcionar isonomia para além do processo, solucionando conflitos sem expor trabalhadores a eventuais retaliações patronais, foi enfrentada com a desenvoltura que decerto corresponde à estatura intelectual de todos que apresentaram os artigos jurídicos integrantes desta coletânea.

A Comissão de Documentação do TST, responsável pela elaboração da *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, está segura de que oferece a seus interlocutores um contributo valioso no esforço, que a tantos contamina, de erigir-se um sistema ideal de resolução dos conflitos coletivos e de promoção dos interesses metaindividuais.

Brasília, em dezembro de 2016.

Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Presidente da Comissão de Documentação

Sumário

DOCTRINAS

1. A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do Direito Individual do Trabalho
Adriana Brasil Vieira Wyzkowski19
2. Os limites da autonomia negocial coletiva segundo a jurisprudência
Arion Sayão Romita47
3. Negociação coletiva no serviço público: potencialidades e limites
Arnaldo Boson Paes85
4. O direito e o avesso constitucional no Brasil
Fábio Konder Comparato108
5. A legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para ajuizar ações civis públicas pleiteando tutela inibitória contra terceirizações ilícitas
José Roberto Freire Pimenta e Adriana Campos de Souza Freire Pimenta111
6. Globalização, crise econômica e negociação coletiva do trabalho no Direito Internacional do Trabalho
Luiz Eduardo Gunther e Marco Antônio César Villatore145
7. Organizações sindicais e unitárias nos locais de trabalho: um ensaio de reconstrução do Direito Coletivo do Trabalho
Marcus de Oliveira Kaufmann172
8. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e negociação coletiva trabalhista
Mauricio Godinho Delgado214
9. Negociado sobre o legislado: uma proposta em que todos perdem. Transporte rodoviário de cargas, um eloquente exemplo
Paulo Douglas Almeida de Moraes246
10. Entre a normatização estatal e a negociação coletiva: os desafios da proteção social ao trabalho
Renata Queiroz Dutra272
11. O Supremo Tribunal Federal e o julgamento de Páris: o embate entre a Constituição, o Direito do Trabalho e a ideologia em relação à prevalência do negociado sobre o legislado
Rodrigo de Lacerda Carelli302

12. A relação entre normas coletivas autônomas e legislação estatal: duas notas sobre o modelo normativo brasileiro <i>Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva</i>	313
--	-----

Doutrina

A AUTONOMIA PRIVADA E A RELAÇÃO DE EMPREGO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

Adriana Brasil Vieira Wyzykowski*

1 – INTRODUÇÃO

Uma das concepções mais difundidas do direito é aquela que o concebe como limitador da liberdade. Nesse sentido, ante sua estrutura relacional (direito como ordenador de condutas em caráter intersubjetivo), imporia que a limitação de liberdade de um sujeito corresponderia à oportunidade a outro do exercício de sua liberdade.

No entanto, tal pensamento esquece que o direito não corresponde, muitas vezes, a um limitador da liberdade. Consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, a liberdade é vista sob a perspectiva de direito fundamental, fazendo parte do chamado mínimo existencial garantido a todo cidadão.

Noutras palavras, ao revés de limitar, o direito é fomentador da concretização plena da liberdade humana. Isso acontece, por exemplo, diante da autonomia privada, quando a liberdade negocial das partes permite a autorregulação de suas relações sociais.

Nesta senda, revela-se a importância da autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro, como expressão de um direito fundamental de liberdade e livre-iniciativa consagrados no texto constitucional em seus arts. 5º, *caput*, e 170.

Mas como compatibilizar essa liberdade negocial com os ramos do direito, no qual há uma patente tutela protetiva?

* *Mestre em Direito Privado – Relações Sociais e Novos Direitos da Universidade Federal da Bahia – UFBA; especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito; professora assistente da Universidade do Estado da Bahia – UNEB; professora da Faculdade Baiana de Direito e Gestão; advogada.*

DOCTRINA

No campo dos negócios jurídicos e dos contratos, a autonomia privada revela-se com extrema força, afinal, nestas relações é visível a paridade dos sujeitos que desejam negociar e contratar. Dessa forma, a liberdade negocial ganha um destaque e importância, dada a sua característica de protagonista no desenvolvimento do negócio jurídico.

Já no campo do direito do trabalho, ramo considerado em sua essência protetivo, poder-se-ia pensar que a autonomia privada encontra-se mitigada ou mesmo inexistente. Deseja-se saber, ao longo da pesquisa, as verdadeiras interações entre a autonomia privada e a essência protetiva do direito do trabalho, pautando-se na relação individual de emprego.

2 – OS DIREITOS TRABALHISTAS À LUZ DA AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada não se baseia somente na autodeterminação e na liberdade dos sujeitos para a formação de negócios jurídicos, tal como era visto com a autonomia da vontade¹. Na teoria da autonomia privada não bastaria o puro consenso suficiente para criar direito. É imprescindível ou que este consenso seja previsto como legítimo pelo ordenamento jurídico, ou, ao menos, que este consenso não seja proscrito pelo ordenamento jurídico.

Noutras palavras, não bastaria a manifestação de vontade para que os sujeitos se obrigassem, senão era necessária a observância de certos pressupostos de validade².

Partindo-se do pressuposto de que a autonomia privada consiste numa liberdade de negociação dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, cabe por ora analisar a autonomia privada dentro da relação de emprego.

Primeiramente, tem-se que se ter em mente que os direitos trabalhistas são direitos fundamentais sociais, passíveis de proteção estatal. Tal proteção é vista sob um prisma intervencionista, de modo que o Estado consagra certos direitos trabalhistas, permitindo um melhor desenvolvimento da relação de emprego.

Ademais, observa-se que a relação individual de emprego é pautada no princípio da proteção, em razão da constatação de que a mesma encontra-se

1 A liberdade contratual das pessoas é trazida à baila por meio da autonomia da vontade, de sorte que as mesmas podem autorregulamentar seus interesses (LOMEU, Leandro Soares. A nova roupagem da autonomia privada e a relação de fiança locatícia: uma análise doutrinária e jurisprudencial a partir dos novos princípios contratuais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, ano 10, v. 39, jul./set. 2009, p. 35).

2 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52-53.

desequilibrada, como será abordado adiante. Ainda mais, os direitos trabalhistas estão sujeitos ao princípio do não retrocesso social, de sorte que os direitos sociais já concretizados e efetivados não podem retroceder diante de normas ordinárias.

Questiona-se se a existência de tais princípios trabalhistas, aliados ao fato de se tratarem os direitos trabalhistas de direitos sociais, poderia aniquilar ou limitar substancialmente a autonomia privada ou se a mesma poderia conviver harmonicamente com tais princípios. Tratar-se-á disso agora.

2.1 – Os direitos trabalhistas como direitos sociais

Não é incorreto afirmar que a origem dos direitos sociais confunde-se com a própria história do direito do trabalho, afinal, o direito do trabalho nasce do confronto entre as disparidades sociais e o labor do período industrial. Ao mesmo tempo, tem-se o nascimento dos direitos sociais, pautados numa possibilidade de exercícios dos direitos garantidos pelo Estado³.

Assim, os direitos sociais podem ser vislumbrados como direitos fundamentais⁴ de segunda dimensão, decorrentes de transformações econômicas e sociais ocorridas nos séculos XIX e XX.

A Revolução Industrial proporcionou um crescimento econômico acelerado, desconhecido para as épocas próximas, muitas vezes regidas pela agricultura e pela tecelaria. No entanto, a prosperidade econômica visualizada na época não foi gozada por uma maioria. Essa grande quantidade de pessoas, em verdade, foi prejudicada pelo desenvolvimento industrial sob a ótica de que não puderam garantir a efetivação de seus direitos de liberdade e igualdade, ainda que formal, em sua plenitude.

O Estado já não era mais capaz de garantir uma harmonia nas relações sociais. Em razão disso, os séculos em questão foram palco de grandes manifestos por melhoras nas condições de trabalho enfrentadas pelos operários, por um direito à saúde, à educação, dentre outros. Segundo George Marmelstein, a própria Igreja Católica, que vinha se mantendo neutra nos conflitos entre os trabalhadores, publicou em 1891 a encíclica *Rerum Novarum*, na qual criticava as condições de vida das classes trabalhadoras e apoiava o reconhecimento

3 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 93.

4 Adotou-se nesta pesquisa a terminologia “direitos fundamentais”, em contraponto a expressões como “direitos humanos”, “direitos de liberdade do homem”, “direitos do homem”, etc. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, pode-se visualizar direitos fundamentais quando existem “direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”(SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 35).

de vários direitos trabalhistas – embora consideradas ideias disseminadas de Karl Marx⁵.

É nesse contexto que surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão. O Estado não poderia mais se manter inerte diante das injustiças sociais. Deveria este atuar positivamente na efetivação dos direitos que garantissem as necessidades mínimas do ser humano, proporcionando o chamado *Welfare State*, ou Estado do Bem-Estar Social.

Isso não significava que o Estado deveria abandonar o capitalismo. Pelo contrário, o Estado do Bem-Estar Social partia da premissa garantidora dos alicerces do capitalismo, como a livre-iniciativa e a garantia da propriedade privada, mas não se esquecia dos direitos garantidores de uma vida digna para o indivíduo.

Embora já houvesse notícias desses direitos nas Constituições francesas de 1793 e 1848, bem como na Constituição alemã de 1849 e na Constituição brasileira de 1824, foram as Constituições mexicana de 1917 e Alemã de Weimar que primeiro, efetivamente, positivaram esses direitos⁶. Verificam-se, pois, os chamados direitos sociais, direitos do indivíduo perante o Estado. São típicos exemplos desses direitos os direitos trabalhistas, direito à saúde, direito à educação, direito à assistência e à Previdência Social.

Como assevera Ingo Sarlet, a nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, já que não se cuida mais da liberdade do e perante o Estado, senão da liberdade por intermédio do Estado⁷.

A distinção entre a primeira e a segunda dimensões, basicamente, para Antonio Enrique Pérez Luño, baseia-se no fato de que os direitos de primeira geração são considerados como direitos de defesa das liberdades do indivíduo, exigindo do Estado uma atitude passiva e de vigilância em termos de polícia administrativa, enquanto os direitos fundamentais de segunda geração, direitos de participação, exigem do Estado uma política ativa para garantir o seu exercício⁸.

Vale ressaltar que os direitos de segunda geração abordam também as chamadas “liberdades sociais”, como a liberdade de sindicalização e o direito

5 MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 49.

6 Nesse sentido: TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 89-92; e MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 49-50.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 35.

8 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Las generaciones de derechos humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 10, sep./dic. 1991, p. 205-206. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/frames.asp?IDS=qins0qjcsbmigxqpz2ec55_407909&ART=15,21414,RCEC_10_201.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2009.

DOCTRINA

à greve, representando um caráter negativo, de abstenção por parte do Estado, bem como o reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores⁹.

Desta forma, é fácil visualizar os direitos trabalhistas como direitos fundamentais sociais, afinal, não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos trabalhistas, mas, sim, deve garantir os mesmos, de forma participativa, a fim de permitir o exercício destes direitos.

No momento em que o Estado passou a intervir, de uma forma ou de outra, no processo econômico e nas relações laborais, garantindo direitos trabalhistas de cunho social, inaugurou-se uma nova fase da história do trabalho, rompendo com o paradigma tão conhecido e disseminado na Revolução Industrial¹⁰.

A intervenção estatal ganha força em razão da constatação de que a relação de emprego é, em sua gênese, desequilibrada. Tem-se, de um lado, o empregador, detentor de um poder social e econômico, e, de outro, o trabalhador, parte débil da relação de emprego. A necessidade de expansão da legislação trabalhista no sentido protetivo vem do ideal marxista de que o proprietário era quem massacrava o operário e não lhe repassava o total daquilo que era por seu direito, colocando-o em situação de inferioridade e carente de proteção estatal¹¹.

A legislação trabalhista vem justamente para equilibrar a relação de emprego, caracteristicamente desequilibrada. Com isso, o direito do trabalho desenvolve alguns princípios, buscando a proteção do trabalhador e melhoras na prestação laboral. Exemplo disso é o princípio protetor.

2.2 – Princípios do direito do trabalho

O direito do trabalho, como foi visto, nasceu da constatação de que não bastava ao Estado se abster de violar direitos. Era necessária a consagração destes direitos, dados os abusos existentes à época da Revolução Industrial.

O desenvolvimento do direito do trabalho, portanto, veio acompanhado do desenvolvimento de princípios protetivos, capazes de consagrar os direitos fundamentais do cidadão na sua condição de trabalhador e cidadão.

O pilar maior desses princípios é o princípio da proteção.

9 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55.

10 HERKENHOFF, João Baptista. *Gênese dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Santuário, 2002. p. 186.

11 MOLINA, André Araújo; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Renúncia e transação no direito do trabalho – uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios. *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 74, n. 02, fev. 2010, p. 191.

2.2.1 – Princípio da proteção

No contrato de trabalho é marcante a existência de uma relação desigual. Observa-se que os sujeitos da relação trabalhista estabelecem uma relação juridicamente igual, mas faticamente desigual, por diversos motivos. Um deles é a detenção do poder econômico pelo empregador.

Este pode ser traduzido em um poder social que advém de uma supremacia capaz de interferir na autodeterminação do empregado, tanto no momento de contratar como durante a prestação do contrato de trabalho, já que o empregado é parte hipossuficiente, necessitado, a qualquer custo, daquele trabalho para seu sustento e de sua família¹².

Constata-se que deve haver uma proteção da parte mais débil da relação de emprego, dada a marcada inferioridade existente. É em razão da hipossuficiência do trabalhador que o princípio protetor surge no ordenamento jurídico brasileiro.

Nas palavras de Plá Rodriguez¹³, o “legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável”.

Note-se que o autor reconhece existir uma desigualdade fática no contrato de trabalho, desigualdade esta capaz de ensejar uma proteção jurídica das normas de direito material favoráveis ao empregado, que é, repise-se, hipossuficiente na relação de emprego.

Segundo Pinho Pedreira¹⁴, o motivo desta proteção é a inferioridade do contratante amparado em face do outro, cuja superioridade lhe permite, ou a um organismo que o represente, impor unilateralmente as cláusulas do contrato, que o primeiro não tem a possibilidade de discutir, cabendo-lhe aceitá-las ou recusá-las em bloco.

Pinho traz à baila os ensinamos de Gerard Couturier, que afirma existirem três espécies de inferioridade: a inferioridade constrangimento, a inferioridade ignorância e a inferioridade vulnerabilidade.

A inferioridade constrangimento afeta o consentimento do contratante fraco em seu componente de liberdade. Ele não é livre para aceitar ou recusar.

12 AIRES, Mariella Carvalho de Farias. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contrato de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 128, 2007, p. 125-154.

13 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978. p. 16.

14 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. p. 22-41.

É o que acontece na celebração do contrato de trabalho. Couturier fala em subordinação pré-existente ao contrato, reportando-se às considerações de G. Poulain sobre a desigualdade de fato, que desempenha um papel fundamental no limiar da relação de trabalho quando à dependência econômica se junta frequentemente a desigualdade intelectual, pondo o trabalhador à mercê do empregador.

Essa inferioridade é chamada de subordinação virtual. Essa espécie de inferioridade não deve ser tomada em consideração somente quando da conclusão do contrato, mas também durante toda a relação de trabalho, quando o empregado se acha em face do empregador numa situação que não lhe permite exprimir uma vontade realmente livre.

A inferioridade ignorância ocorre quando um dos contratantes é um profissional e o outro é leigo. Nas relações de trabalho é de recear que ao trabalhador falem informações sobre as condições de admissão e as características do emprego em vista. É essa inferioridade ignorância do empregado que explica o desenvolvimento no regime do contrato de trabalho de obrigações de informação e de um formalismo informativo.

A inferioridade vulnerabilidade se exprime em exigências de segurança física. Ainda é consequência da subordinação em que o contrato coloca o empregado. Esta e também mais precisamente certas obrigações contratuais particulares do assalariado são suscetíveis de pôr em causa suas liberdades fundamentais. Todas as precauções devem ser adotadas para que a subordinação do trabalhador fique limitada à prestação do trabalho e para que, mesmo na execução deste, o respeito à pessoa e às suas liberdades inalienáveis prevaleça.

Guardar-se-á a informação a respeito da inferioridade constrangimento para a discussão acerca da autonomia privada e o direito individual de trabalho.

Observa-se que outra justificativa para a existência de um princípio protetor é a subordinação jurídica como elemento da relação de emprego, de modo a conferir ao empregador certos poderes para alcançar os fins desejados no âmbito da relação de emprego¹⁵.

O art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT confere ao empregador poder diretivo, fiscalizador e sancionador. Estes poderes representam

15 Diante do aspecto ativo da subordinação jurídica, observa-se a existência do poder diretivo, do poder de fiscalização e do poder de punição. A atividade do empregado consiste em se deixar guiar e dirigir, de modo que suas energias convoladas no contrato sejam conduzidas segundo os fins desejados pelo empregador (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 133).

DOCTRINA

o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas à organização e à estruturação empresarial, incluindo o processo de trabalho adotado na empresa, com estabelecimento de regras e orientações no tocante às condutas dos empregados dentro do estabelecimento¹⁶.

Em síntese, o poder diretivo é o poder que o empregador tem de dar ordem de serviço ao empregado. Contudo, essas ordens devem obedecer aos limites morais, legais e contratuais. Essas ordens devem ser fiscalizadas, de maneira a ensejar o poder fiscalizador. O poder de punir, por fim, é conferido ao empregador para que este estabeleça sanções diante de determinadas condutas praticadas pelo empregado.

O exercício desses poderes, aparentemente, não traria malefício algum ao empregado. Contudo, as formas de controle e fiscalização, o modo como essas são exercidas e o estabelecimento de certas punições de caráter vexatório ou ilegal podem extrapolar a proporcionalidade esperada, de modo a atentar ou violar direitos fundamentais do trabalhador.

Ainda, a existência destes poderes pode deixar o trabalhador numa posição de inferioridade, afinal, a ameaça de punição, por exemplo, poderia fazer com que o empregado deixasse de reivindicar certos direitos seus ou mesmo aceitasse certas condições de trabalho desfavoráveis.

Decorrentes do princípio da proteção, têm-se os princípios do *indubio pro operario*, da condição mais benéfica e da norma mais favorável.

De acordo com o princípio do *indubio pro operario*, na dúvida, a interpretação deve ser feita em favor do obreiro. Em todos os ramos jurídicos, o princípio do *indubio pro operario* tem a mesma causa determinante de interpretação: o favor pela parte mais fraca da relação jurídica¹⁷.

Visualiza-se no direito do trabalho, como parte mais fraca da relação de emprego, o obreiro, de sorte que o princípio de favor deve beneficiar tal classe diante de uma existente e real dúvida na interpretação da norma em questão.

De acordo com o princípio da norma mais favorável, em curta síntese, determina-se que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas¹⁸.

16 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 629.

17 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. p. 41.

18 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Principios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978. p. 42.

Já o princípio da condição mais benéfica revela que, diante de uma sucessão normativa, deve-se ter por permanente a condição mais favorável ao trabalhador. Os princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica apresentam de comum um fato de depender a sua aplicação da existência de uma pluralidade de normas, diferenciando-se porque o princípio da norma mais favorável supõe normas com vigência simultânea e o princípio da condição mais benéfica sucessão normativa¹⁹.

Em suma, enxerga-se no direito do trabalho um aparato principiológico na busca da proteção do obreiro. Destarte, as relações trabalhistas devem estar pautadas nessa proteção da parte mais fraca, em razão de sua inferioridade. Mas isso significa que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis? É o que se vê agora.

2.2.2 – Princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas

Primeiramente, cumpre salientar que é característica dos direitos sociais serem os mesmos inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

Não há a possibilidade de transferência dos direitos fundamentais, seja a título gratuito ou oneroso. Por isso, observa-se nos direitos sociais a característica de serem inalienáveis, não estando à disposição do seu titular.

Observa-se ainda a notória imprescritibilidade dos direitos fundamentais, uma vez que estes não se perdem pelo decurso do prazo, sendo sempre exigíveis²⁰.

Afora isso, os direitos sociais não podem ser objeto de renúncias. Dessa característica, como entende Alexandre de Moraes, surge diversas discussões, como renúncia ao direito à vida e eutanásia, aborto e suicídio²¹.

19 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. p. 99.

20 Confirmando esse entendimento: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. TORTURA. REGIME MILITAR. NÃO INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/1932. IMPRESCRITIBILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a prescrição quinquenal não se aplica aos casos de reparação de danos causados por *violações dos direitos fundamentais que são imprescritíveis*, principalmente quando se fala da época do regime militar, quando os jurisdicionados não podiam buscar a contento suas pretensões. Precedentes. 2. Ademais, o argumento referente à afronta ao princípio da reserva de plenário foi trazido, tão somente, nas razões do agravo regimental ora analisado, o que configura patente inovação da tese. ‘É vedado à parte inovar em sede de agravo regimental’ (AgRg no Ag 875.054/SP, Relª Minª Denise Arruda, j. 07.08.07, DJ 06.09.07). Agravo regimental improvido.” (STJ, AgRg no REsp 893.725/PR, Agravo Regimental no Recurso Especial 2006/0219140-9, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 23.04.09) (grifo nosso)

21 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 23. Contudo, é preciso chamar a atenção de que certos direitos fundamentais, chamados direitos da personalidade, podem ser objeto de parcial disposição do seu titular – por exemplo, quando o indivíduo dispõe de sua imagem para realização de uma campanha publicitária. Nada disso, porém, pode ser capaz de ensejar a renúncia ao direito fundamental ou a ofensa à dignidade da pessoa humana.

DOCTRINA

A irrenunciabilidade, portanto, encontra-se presente no direito do trabalho, por ser o mesmo considerado um direito social. Segundo Américo Plá Rodrigue, a irrenunciabilidade consiste na impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio²².

Segundo entendimento de Pinho Pedreira²³, a indisponibilidade, a imperatividade e a conseqüente inderrogabilidade, todas de ordem pública e cogentes, como ainda a presunção de vício de consentimento nos atos jurídicos do empregado, resultante da sua subordinação ao empregador, conjugam-se para produzir a conseqüência da irrenunciabilidade de direitos do trabalhador como um dos princípios cardiais do mesmo direito.

Para o autor, a irrenunciabilidade é a regra, afinal, a finalidade do direito do trabalho imediata consiste na proteção jurídica ao trabalhador. E a legislação trabalhista não ficou a par de tal constatação. Consagra-se o princípio no art. 9º da CLT, no qual afirma-se que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Assim, quando o empregado renuncia seus direitos trabalhistas, favorecendo, em regra, o empregador, há de se considerar tal ato de disposição nulo, afinal, o obreiro, parte débil da relação, não estava em condição de exercer plenamente sua autonomia privada, de sorte que o ato pode ser considerado fraudulento, desvirtuativo ou impeditivo de consagração dos princípios trabalhistas.

Ainda, o art. 468 da CLT afirma que a alteração nos contratos individuais só é lícita por mútuo consentimento e se não causarem prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da referida alteração.

Dessa maneira, a irrenunciabilidade traz à baila que qualquer modificação prejudicial ao trabalhador será nula de pleno direito. No entanto, tal princípio é bastante discutido na seara trabalhista, sendo considerado, inclusive, por alguns, sem aplicabilidade.

Retornar-se-á a tal discussão quando se tratar da disponibilidade de direitos e autonomia privada.

22 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978. p. 142.

23 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. p. 124.

2.2.3 – Princípio do não retrocesso social

De maneira alguma uma norma pode ser um retrocesso às conquistas obtidas ao longo do tempo. Sendo marcante a característica da historicidade²⁴ dos direitos fundamentais, não comportam retrocessos, quer sejam por supressão desses direitos ou enfraquecimento.

Para Canotilho, seria inconstitucional qualquer medida que tendesse a revogar direitos fundamentais já regulamentados, sem a criação de meios alternativos de compensação²⁵.

Em razão disso, as normas de direitos fundamentais são consideradas cláusulas pétreas por força do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988. O constituinte criou, portanto, uma barreira às retrocessões no tocante aos direitos fundamentais, fomentando a atitude estatal no sentido progressista.

No tocante ao não retrocesso social em seara trabalhista, observa-se que o mesmo possui sede constitucional, de acordo com a parte final do *caput* do art. 7º da Constituição. Segundo este artigo, “são direitos dos trabalhadores aqueles elencados em seus diversos incisos, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Ora, a partir do momento em que a Constituição consagra a existência de direitos dos trabalhadores que melhorem sua condição social, proíbe que ocorra uma piora nestes mesmos direitos, constituindo o fundamento-base para a existência do princípio do não retrocesso social em seara trabalhista.

Nas palavras de Ana Cristina e Edilton Meireles:

“Ora, o que o legislador constitucional estabeleceu, no art. 7º, foi uma série mínima e fundamental de direitos social-trabalhistas, preceituando, ainda, que outros direitos podem ser concedidos aos trabalhadores, desde que visem à melhoria de sua condição social. Daí se tem que não se pode admitir norma constitucional derivada (emenda) ou norma infraconstitucional que tenda a não gerar uma melhoria na condição social do trabalhador. Ela seria inconstitucional por justamente não preencher esse requisito constitucional da melhoria da condição social do trabalhador.”²⁶

24 A historicidade dos direitos fundamentais reflete o fato de serem os direitos fundamentais fruto de uma evolução histórica. Dessa maneira, observa-se que os direitos fundamentais não foram produtos de um momento histórico isolado, mas, sim, de uma mutação progressiva.

25 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, [19--]. p. 336.

26 MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. *A intangibilidade dos direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2009. p. 21.

Assim, não se aceita, no direito do trabalho, um retrocesso diante dos direitos conquistados, de sorte que uma alteração prejudicial ao trabalhador implica em inconstitucionalidade ou em invalidade do ato.

3 – A AUTONOMIA PRIVADA E O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

Viu-se linhas atrás que o direito do trabalho possui um arcabouço principiológico forte no tocante à proteção da parte mais débil da relação de emprego, qual seja o trabalhador.

3.1 – Conceito de autonomia privada individual

Como foi visto, a autonomia privada consiste na observância dos pressupostos de validade para a constituição de uma relação jurídica.

Para Luigi Ferri, autonomia privada é o poder de criar, dentro dos limites estabelecidos em lei, normas jurídicas. Para o autor, a autonomia privada não constitui expressão de uma simples licitude ou faculdade, mas manifestação do poder, especificamente, do poder de criar normas jurídicas dentro dos limites estabelecidos em lei²⁷.

Sendo o negócio jurídico forma de expressão da vontade, ele pode ser visto sob a perspectiva estatal, afinal, a vontade privada não é fonte direta e imediata de efeitos jurídicos, mas tem sua eficácia subordinada à mediatização da lei, de sorte que o Estado pode atuar conformando esta vontade, mediante um limite positivo ou negando eficácia a essa vontade, por meio de um limite negativo²⁸.

Assim, não há uma necessária coincidência entre a vontade e a autonomia privada. Elas só irão coincidir na medida em que a vontade se consubstancie dentro dos ditames do ordenamento jurídico.

Nas palavras de Enzo Roppo:

“Entre dogma da vontade e tutela da autonomia privada não há, de facto, coincidência necessária: nem sempre é verdade que para garantir o respeito substancial da autonomia, da liberdade e, portanto, dos interesses dos contraentes seja preciso prestar absoluto e incondicionado obséquio às suas tornadas de posição psíquicas. Muitas vezes, inversamente, é verdade o contrário: isto é, acontece que a lógica da operação econômica levada a cabo pelas partes só possa ser salvaguardada, evitando dar

27 FERRI, Luigi *apud* SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 112.

28 PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, 1982. p. 42-43.

DOCTRINA

excessiva relevância à sua vontade, entendida, no sentido restrito, como momento psicológico da iniciativa tomada.”²⁹

Poder-se-ia ainda pensar numa relação entre autonomia privada e ideia de densidade legislativa, maior ou menor, no poder de atuação da mesma. Desta maneira, a norma poderia trazer um estado de atuação maior ou menor para o ente privado, o que não descaracterizaria a liberdade negocial.

Deste jeito, haveria uma correlação entre a ideia de autonomia privada e a ideia de densidade, maior ou menor, da regulação legal dela decorrente. Autonomia privada consiste em liberdade de atuação, mas a norma pode deixar um espaço maior ou menor para esta liberdade³⁰.

Entende-se, assim, que a autonomia privada ganha espaço dentro de um ordenamento jurídico organizado, afinal, os particulares só podem configurar relações jurídicas que sejam reconhecidas pelo ordenamento jurídico, que estejam em conformidade com o mesmo. Sem um ordenamento jurídico que consagre o mínimo de liberdade entre as pessoas, não se pode falar em autonomia privada³¹, que é expressão do direito maior de liberdade.

E este ordenamento jurídico pode consagrar maior ou menor liberdade negocial, sem que isso aniquile a autonomia privada. Pelo contrário, quando um ordenamento conforma a autonomia privada com princípios outros como eticidade, boa-fé contratual, função social, etc., está, em verdade, reforçando a autonomia privada, afinal, para que esta possa ser exercida em sua plenitude é necessário o respeito aos princípios constitucionais e legais, além dos trazidos pela doutrina e pela jurisprudência civilista.

Por fim, a autonomia privada encontra respaldo em diversos ramos do ordenamento jurídico, e não só no direito civil. Com a pluralidade de relações existentes, vê-se que a liberdade negocial prospecta-se por diversos ramos outros do ordenamento, inclusive ramos considerados protecionistas e, conseqüentemente, de difícil acesso da autonomia privada.

Exemplo deste é o direito do trabalho, ramo marcado na individualidade pela relação entre o hipossuficiente e o empregador. Ainda com tais características, a autonomia privada encontra respaldo em certos casos. Ademais, no

29 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 143.

30 PENTEADO, Luciano de Camargo. Autonomia privada e negócios jurídicos – breves notas. In: PÜSCHEL, Flávia Portella (Org.). *Organização das relações privadas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 304.

31 CABRAL, Érico de Pina. A autonomia. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, RT, n. 19, jul./set. 2004, p. 83-129, p. 96.

direito coletivo do trabalho, a autonomia privada assume papel de protagonista na negociação coletiva.

Tais exemplos servem para demonstrar que a autonomia privada mantém-se, ainda hoje, e mesmo diante dos problemas referentes às desigualdades sociais, como parte importante do direito privado, de sorte que seu estudo é necessário, ainda mais sob a ótica dos ramos do direito em que se tem uma desigualdade marcante.

Nesta toada, o estudo da autonomia privada na relação de emprego faz-se demasiadamente necessário e interessante. No direito do trabalho, podemos visualizar uma subdivisão nesse conceito de autonomia privada.

Primeiramente, podemos pensar numa autonomia privada individual, que é aquela liberdade negocial, respeitando os primados de validade na constituição da obrigação, que se dá dentro da relação de emprego. Assim, a autonomia privada individual trabalhista se dá em relação aos sujeitos empregado e empregador, diante de um contrato individual de trabalho.

Podemos visualizar ainda a autonomia privada coletiva, que é aquela que se dá no âmbito coletivo das relações laborais. Neste caso, temos a atuação de um sindicato de trabalhadores, negociando diretamente com a empresa (acordo coletivo), ou com um sindicato empresarial (convenção coletiva).

Segundo Walküre Lopes Ribeiro da Silva, a autonomia privada e a autonomia coletiva diferenciam-se quanto aos fins e à estrutura que comportam. Quanto aos fins, é possível afirmar que a autonomia individual visa satisfazer um interesse individual, pertinente a pessoa singularmente considerada, enquanto a autonomia coletiva visa realizar interesse coletivo, pertinente ao grupo. Quanto à estrutura, verifica-se que os limites internos e externos da autonomia são dados pelo grau de relevância dos interesses envolvidos, se privados, como ocorre com a autonomia individual e coletiva, ou públicos. Nesse ponto, diferencia-se interesse público, distinção que não é relevante para o trabalho³².

Trataremos, neste ponto, da autonomia privada individual.

3.2 – Relação de emprego como negócio jurídico e seus reflexos na autonomia privada individual

Antes de tratar da autonomia privada individual em si nas relações de emprego, cumpre salientar a natureza jurídica da relação de emprego. Chega-

32 SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; CORREIA, Marcus Oriane Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. v. III. p. 48-65.

remos à conclusão de que a relação de emprego traz consigo a característica de ser contratual. Para tanto, percorreremos algumas teorias sobre o contrato de trabalho, sintetizadas por Mauricio Godinho Delgado³³.

Elenca Mauricio Godinho Delgado dois grandes grupos de teoria contratuais acerca da natureza jurídica da relação de emprego. O primeiro grupo refere-se às teorias contratualistas tradicionais. Neste grupo, há um grande viés civilista. O contrato de trabalho é visto como ajuste de vontades que deve ser encaixado no direito civil. Divide-se em quatro subteorias.

A primeira delas chama-se teoria do arrendamento. Neste caso, o contrato de trabalho é visto como um contrato de locação ou arrendamento. É uma teoria que se inspira na *locatio operarum* (em que importava o serviço pactuado, assemelhando-se à locação) e na *locatio operis* (em que tínhamos a contratação de um trabalhador por seu resultado, assemelhando-se à empreitada) do direito romano. Hoje é superada, afinal, inexiste no contrato de trabalho a separação entre trabalhador e objeto do contrato (prestação do serviço).

A segunda teoria é aclamada pelo nome de teoria da compra e venda. Nela, o obreiro vende sua força de trabalho ao empregado que paga um preço. O contrato é visto como mercadoria. Também é superada, afinal, o trabalho é de trato sucessivo, contínuo.

Uma terceira teoria é vista sob a perspectiva do mandato. O empregado seria mandatário do empregador. É precário, afinal, não há nas relações de emprego transmissão de poderes do empregador com base na confiança, a não ser nos cargos de confiança.

Por fim, temos a teoria da sociedade, que considera a relação empregatícia como contrato de sociedade. Nota-se que tal teoria também não goza de aplicabilidade na seara trabalhista, afinal, o contrato de trabalho não possui *affectio societatis*.

Outro grupo de teorias refere-se às teorias contratuais modernas. Nelas, aceita-se o caráter contratual, mas rejeita-se a ideia de inclusão do contrato de trabalho em uma das categorias de contrato civil. Aqui a vontade é tida como elemento essencial para a configuração da relação contratual.

De outro lado, tem-se a teoria anticontratualista, que acredita que o contrato de trabalho não pode ser considerado sob o viés do negócio jurídico.

33 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 283-296.

DOCTRINA

Orlando Gomes³⁴ critica veementemente as teorias anticontratalistas, pautando-se nos equívocos por ele analisados sobre esta teoria: confunde-se formação e conteúdo da relação, bem como se confunde liberdade e vontade.

Para o autor, na formação da relação de emprego, é essencial o consentimento das partes, ainda que este seja por adesão, o que demonstraria a contratualidade ali existente. O trabalho é livre e não obrigatório, de sorte que o consentimento do trabalhador não pode ser dispensado.

No tocante à confusão liberdade e vontade, tem-se que a vontade de formar o vínculo sempre é manifestada, ainda que a liberdade esteja mitigada, em razão da necessidade daquele emprego. O obreiro não é totalmente livre para discutir as cláusulas contratuais, mas sempre manifesta vontade de contratar ou não.

Nesta perspectiva, nota-se que Orlando Gomes considera o contrato de trabalho um contrato de adesão, no qual a vontade manifestada revela-se pela opção sim ou não, no tocante à formação do vínculo. Entende-se que o contrato de trabalho não poderia ser resumido a um contrato de adesão, afinal, há como haver uma discussão no tocante ao seu conteúdo, ainda que minimamente. Ademais, não se demonstra, em todos os casos, que a vontade do trabalhador apenas consubstancia-se na recusa ou na aceitação.

O que se tem por certeza é que o contrato de trabalho possui natureza contratual, de sorte a ser considerado um negócio jurídico.

Neste ponto, justifica-se o porquê da relação de emprego ser um negócio jurídico. Pautada na vontade dos contraentes, a relação de emprego deve preencher os requisitos legais para a sua configuração, quer sejam: pessoalidade, onerosidade, subordinação jurídica e não eventualidade. Note-se que o preenchimento dessas características configura a relação de emprego, mas isso não é impeditivo da mesma passar pelo crivo dos planos da existência, da validade e da eficácia dos negócios jurídicos civis.

Como negócio jurídico que é, deve preencher as condições de validade para existir e possuir validade no ordenamento. A partir de tal constatação, observa-se que a relação de emprego é resultado de uma autonomia privada individual. Nesse sentido, Luciano Augusto de Toledo Coelho:

“A autonomia privada funda-se na capacidade de a pessoa autorregular autônoma e responsabilmente sua vida. Isso somente se torna

34 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 146-147.

possível quando uma parte na relação negocial não tem sobre a outra uma posição de supremacia e controle, de maneira a conformar a decisão do polo mais fraco. É dado ao trabalhador, hoje, o direito de não contratar, desde que aceite as implicações de seu ato no mundo capitalista.”³⁵

No entanto, questiona-se se a autonomia privada individual sofre limitações em razão da existência de um sistema protetivo trabalhista, por conta deste desequilíbrio na relação negocial. É este o ponto que será abordado adiante.

4 – AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL E NEGOCIAÇÃO (OU DISPONIBILIDADE) DE DIREITOS TRABALHISTAS

Dado o fato de ser a relação individual de emprego marcada pela existência de um contrato de trabalho, questiona-se se haveria uma liberdade negocial plena diante da existência de direitos trabalhistas garantidos pelo Estado, bem como se esta autonomia privada se sustentaria diante do sistema protetivo característico do direito do trabalho.

A priori, é fácil entender que a autonomia individual na relação de emprego é mitigada, em decorrência do princípio protetor. Contudo, tal afirmativa deve ser analisada sob outra perspectiva. Acredita-se que o sistema protetivo adentrou no ordenamento jurídico na busca de um reequilíbrio das partes. Deste modo, estando as partes em situação de igualdade, seria possível uma autonomia privada na realização do contrato de trabalho.

Dessa maneira, os princípios protetivos e os direitos trabalhistas consagrados na Constituição seriam vistos como um meio de se atingir a autonomia privada, afinal, estando os sujeitos contratantes em pé de igualdade, ter-se-ia uma liberdade negocial plena.

No entanto, este não é o quadro que se vê na prática. A sociedade, como um todo, vive uma crise de desrespeito. Direitos fundamentais são constantemente violados, ainda mais na relação de emprego. Dado o fato de que não há um respeito aos princípios e aos direitos trabalhistas, as partes nunca se encontram numa situação igualitária para a negociação. Desta sorte, os princípios e os direitos trabalhistas acabam por funcionar, em regra, como limites à autonomia privada, afinal, a liberdade plena de negociação por vezes esbarra no princípio da proteção ou no leque de direitos fundamentais dos trabalhadores consagrados na Constituição.

35 COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Contrato de trabalho e autonomia privada. In: NALIM, Paulo (Org.). *Autonomia privada na legalidade constitucional: contrato e sociedade*. Curitiba: Juruá, 2005. v. III. p. 147.

Tratando-se de uma relação entre uma parte débil e outra detentora de um poder social, o respeito ao princípio protetor em face da autonomia privada não é uma limitação ruim, mas vem para garantir a fruição dos direitos fundamentais pelo trabalhador, enquanto trabalhador e cidadão. Assim, não atinge somente direitos trabalhistas, mas também direitos da personalidade do trabalhador, que devem se encontrar amparados pelo princípio protetor para que os trabalhadores possam ter uma vontade que seja livre, uma liberdade real, material.

Restrições à autonomia privada individual se justificam por se tratar de uma relação que é, historicamente, desigual. Ver-se-á, adiante, que esta premissa não se mantém diante da autonomia privada coletiva, na qual, em regra, há entes iguais e a autonomia privada alcança sua plenitude.

Mas pode-se afirmar que em todos os casos a autonomia privada individual é restrita ou limitada, perante o contrato individual de trabalho?

Neste momento, busca-se inspiração na teoria defendida por Juan María Bilbao Ubillos, que defende graus de aplicação da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares. O autor defende que se deve ponderar, caso a caso, o direito fundamental com a autonomia privada do particular³⁶. O autor ainda afirma que a desigualdade é elemento essencial para o desenvolvimento da eficácia imediata.

Reconhece-se a condição de desigualdade existente entre as partes, de maneira que, quanto maior for a desigualdade existente, maior deve ser a proteção à parte mais fraca daquela relação, admitindo-se a incidência dos direitos fundamentais para promover o equilíbrio entre as mesmas.

Transportar-se-á tal teoria ao direito do trabalho, de modo a se estabelecer graus de liberdade negocial diante dos direitos individuais trabalhistas.

4.1 – Grau fraco, quase inexistente: relações típicas, nas quais se constata desequilíbrio grande

No tocante ao confronto entre autonomia privada individual e direitos trabalhistas, vê-se, *a priori*, a necessidade de garantia dos direitos sociais. A própria estrutura brasileira demanda uma atuação efetiva na proteção dos direitos fundamentais sociais, haja vista que o país ainda sofre com os problemas relacionados à desigualdade social. Fator importante no tocante a esta desigualdade

36 UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 316 e 322.

é o trabalho. Não existe emprego para todos e estes, quando existentes, não são capazes de garantir o mínimo existencial para uma vida digna.

Sarmiento salienta que as instituições brasileiras ainda preservam um ranço escravocrata³⁷, favorecendo ainda mais as desigualdades no âmbito das relações trabalhistas. O trabalhador, muitas vezes, não contesta tal postura por parte do empregador em razão da real necessidade que este possui de estar empregado, de possuir uma renda, ainda que mínima.

A própria estrutura do contrato de trabalho demonstra necessidade de atuação dos direitos fundamentais sociais no âmbito deste tipo de pacto, haja vista que o trabalhador, ao celebrar esse contrato, cede ao empregador sua força de trabalho, de modo a gerar uma relação de “dependência” entre estes³⁸. O empregador depende da força laborativa do empregado para a realização de sua atividade, enquanto o empregado depende daquele emprego para sua subsistência.

Evidentemente, esta relação encontra-se desequilibrada. No Brasil, faltam empregos e sobram pessoas que querem trabalhar. Para o empregador, a situação é bem conveniente, uma vez que este tem a opção de substituir o empregado. Já para o trabalhador, a situação é desesperadora. Este se submete a diversas ofensas aos seus direitos fundamentais em razão da necessidade do emprego. Não se vislumbra, aqui, uma liberdade negocial plena, afinal, como poderia o trabalhador negociar algo dada a sua premente necessidade do emprego?

Neste momento, é importante se recordar da inferioridade constrangimento. Lembra-se que a inferioridade constrangimento afeta o consentimento do contratante fraco em seu componente de liberdade. Ele não é livre para aceitar ou recusar e isto é bem visto na celebração do contrato de trabalho. Há uma dependência do trabalhador daquele posto de trabalho, de modo que sua liberdade negocial fica praticamente anulada diante da celebração do contrato de trabalho.

Observam-se, em decorrência dessa relação de “dependência”, diversas limitações à liberdade pessoal do trabalhador, bem como ofensas aos seus direitos fundamentais. Contudo, tais limitações e ofensas não podem ficar à mercê da vontade do empregador, devendo ser tuteladas pelo direito do trabalho. E é a partir desta constatação que surgem

37 SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER Jr., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 179.

38 AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 81.

DOCTRINA

“derecho al trabajo con sus diferentes derechos especiales, tales como la libre elección de la profesión, los derechos a un puesto de trabajo, a un salario justo, a condiciones de trabajo adecuadas, a la protección para determinados grupos de personas (mujeres, adolescentes). Al descanso, a un subsidio por desempleo, el derecho de coalición y de huelga, como así también el derecho de coestión.”³⁹

Assim, num confronto entre autonomia privada individual e direitos trabalhistas, diante de um contrato de trabalho padrão devem prevalecer os direitos trabalhistas, afinal, não há como haver uma liberdade negocial plena dado o desequilíbrio patente existente na relação. Também não há como haver uma disposição de direitos trabalhistas pelo obreiro, afinal, este é titular de direitos fundamentais individuais na condição de trabalhador e também é portador de direitos fundamentais na condição de cidadão, reconhecendo-se os direitos elencados na seara trabalhista (art. 7º da CF), bem como aqueles direitos inerentes aos demais cidadãos previstos no texto constitucional⁴⁰.

Dessa maneira, garante-se a dignidade do trabalhador enquanto cidadão, evitando-se que o sujeito seja tratado como mera mercadoria integrante do contrato de trabalho. O empregado é muito mais do que somente uma força laborativa, que pode ser substituída a qualquer tempo. É um ser humano e como ser humano integrante do ordenamento jurídico deve ser tratado como tal, de maneira a serem assegurados direitos inerentes à sua condição de cidadão, bem como os direitos trabalhistas.

4.2 – Grau médio: relações em que há alguma possibilidade de negociação

Viu-se, linhas atrás, que é princípio do direito do trabalho a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. Viu-se, ainda, que esta irrenunciabilidade encontra-se consagrada em razão de um desequilíbrio existente no contrato de trabalho, que motiva as regras protetivas inerentes ao ramo objeto desta pesquisa.

No entanto, constatou-se que poderia haver exceções à regra da limitabilidade da autonomia privada em sede de contrato de trabalho, afinal, diante de um caso concreto, poder-se-ia verificar certo grau de negociação.

39 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 429.

40 GÓES, Maurício de Carvalho. Os direitos fundamentais nas relações de emprego: da compreensão às novas tendências. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, Porto Alegre, n. 37, nov./dez. 2008, p. 53.

DOCTRINA

Gilberto Stürmer, embora não trate especificadamente do tema em debate, defende que o Estado não deve ter tamanha ingerência nas relações trabalhistas. Neste sentido:

“A verdade é que, com crise ou sem crise, ao final da primeira década do século XXI, o mais importante é lembrar que a tese de que capital e trabalho são inconciliáveis está fora de moda e de contexto no mundo globalizado. O moderno direito do trabalho é aquele que necessária e obrigatoriamente une o social e o econômico. As soluções já existem e dispensam a presença do ‘pai Estado’.”⁴¹

Nessa senda, os direitos trabalhistas e a liberdade negocial podem co-existir harmonicamente. Como já esposado anteriormente, entende-se que tal convivência só seria possível se a relação estivesse equilibrada, com sujeitos atuando no mesmo patamar.

Assim, dever-se-ia verificar, caso a caso, a existência de uma paridade de partes na relação contratual trabalhista, para então afirmar que naquela relação há certo grau de autonomia privada. Este grau mediano traz consigo a ideia de que certos direitos poderiam ser negociados, enquanto outros não.

Mas como saber quais seriam os direitos com possibilidade de negociação na relação trabalhista? Ao revés, quais direitos não poderiam ser negociados?

Tais indagações devem ser respondidas à luz dos princípios do direito do trabalho. Primeiramente, deve-se observar o princípio da proteção, de sorte que cláusulas contratuais que desvirtuem os preceitos trabalhistas sejam consideradas inválidas, tal como preconiza o art. 9º da CLT.

Ademais, deve ser observado o princípio do não retrocesso social em seara trabalhista. Neste caso, a liberdade negocial só será considerada válida se respeitar as conquistas já obtidas no tocante aos direitos trabalhistas.

Afora tais aspectos, questiona-se se os direitos da personalidade⁴² do trabalhador podem sofrer disposição parcial diante de um contrato individual de trabalho. Segundo André Rodrigues Corrêa, a autonomia privada também

41 STÜRMER, Gilberto. Proteção à relação de emprego: promessa, efetividade de um direito social e crise. *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 73, n. 11, nov. 2009, p. 1.334-1.339, p. 1.338.

42 Segundo Roxana Borges, no tocante aos direitos da personalidade, as recentes manifestações da doutrina e da jurisprudência deságuam na percepção de que a personalidade jurídica deve ser interpretada como um valor jurídico, constante do ordenamento jurídica nacional, que influi no direito público e privado. Os direitos da personalidade são tratados como essenciais à pessoa humana, na medida em que protegem a dignidade da pessoa (inerente ao próprio ser humano, dada a sua simples condição humana) (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 14).

é espaço de atuação dos direitos da personalidade e, logo, de realização da dignidade humana. A ideia de dignidade, para o autor, é a base que se assentam os direitos da personalidade, de sorte que seu exercício só pode se dar de forma autônoma, ou seja, por intermédio da autonomia privada⁴³.

Diante de tal perspectiva, poderia o obreiro exercer seus direitos da personalidade por meio do contrato individual de trabalho. Neste caso, exige-se o consentimento do empregado na realização daquele negócio, bem como o respeito à sua honra.

Assim, a título de exemplo, a empresa pode utilizar-se da imagem do empregado como decorrência do contrato de trabalho, como, por exemplo, por meio de cláusulas que assegurem que a imagem do empregado pode ser veiculada para fazer propaganda da empresa. Neste caso, faz-se necessário um detalhamento do negócio jurídico, a fim de que tal uso do direito da personalidade seja fruído sem nenhum abuso. Nestes termos:

“Tais negócios devem ser formalizados da maneira mais complexa possível, mediante autorização expressa e escrita, detalhando como a pessoa deverá aparecer, em que trajes e posições, em quais lugares, com quem, com que objetos, quando, a que veículos de comunicação o uso da imagem se destina e por quanto tempo, além da remuneração, se for o caso. Dessa forma, garante-se a proteção aos direitos de personalidade da pessoa que autorizou o uso de sua imagem por terceiros e, ao mesmo tempo, permite-se a esse sujeito a fruição econômica do uso de seu direito à imagem.”⁴⁴

No entanto, poderia o empregador determinar, por meio de cláusula contratual, determinados tipos de comportamento ao empregado, tais como uso de certas vestimentas, de maquiagem, de corte de cabelo, etc., limitando sua liberdade negocial sobre tais aspectos de sua personalidade?

Neste caso, entende-se, *a priori*, que a imposição pelo empregador de certos comportamentos ao obreiro encontra barreira nos direitos da personalidade do empregado, bem como no princípio da proteção. Primeiramente, não pode o empregador determinar a forma de exercício dos direitos da personalidade do

43 CORRÊA, André Rodrigues. Autonomia: razões e limites. In: PÜSCHEL, Flávia Portella (Org.). *Organização das relações privadas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 337. Em sentido contrário: GONÇALVES, Carlos Alberto. *Comentários ao Código Civil: parte especial – direito das obrigações*. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11 (arts. 927 a 965). p. 350-351. Para o autor, os direitos da personalidade são direitos inalienáveis, que se encontram fora do comércio e que merecem proteção legal.

44 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 161.

empregado. Uma coisa é haver uma renúncia parcial daquele direito da personalidade, com a anuência e a ciência do empregado sobre todas as condições em que se dará a renúncia. Outra coisa é a imposição, como condição para a celebração do contrato de trabalho ou permanência no emprego, de certos comportamentos. Aqui se volta a uma situação de inferioridade na negociação, de sorte que a autonomia privada incidiria em sua versão mais fraca, exposta no ponto anterior.

Não se pode, contudo, generalizar a situação. Em certos casos, em razão da função exercida, pode-se haver a imposição de certos hábitos de vestimentas ou comportamentos. Exemplo disso são as trabalhadoras de *shopping* que devem utilizar vestimentas da loja como uniformes e devem utilizar maquiagem e cabelos muitas vezes considerados extravagantes. Tal comportamento se justifica em razão da função exercida, quer seja o labor com moda, no qual se procura passar a visão daquela marca ou loja em que o trabalho é prestado.

Outro exemplo é a imposição de determinados comportamentos por questões sanitárias e de saúde. Trabalhadores de restaurantes devem manter cabelos presos, envoltos por uma tela de proteção que faça com que não haja contato com o alimento, barba, no caso de homens, e unhas devem estar curtas e higienizadas, dentre outros comportamentos.

Conclui-se, neste ponto, que a versão média da autonomia privada dependerá muito do caso em questão, de sorte que deve ser analisada com muita cautela, partindo-se sempre de uma relação paritária e com respeito aos princípios trabalhistas.

4.3 – Grau alto: garantia da liberdade negocial. Caso de empregados altamente especializados e celebridades

Pensa-se, neste momento, numa versão forte da autonomia privada, de modo a consagrar uma ampla liberdade negocial entre empregado e empregador no âmbito do contrato de trabalho. Tal situação será possível quando as partes estiverem num parâmetro de equilíbrio contratual exacerbado, tal como ocorre com os empregados altamente especializados e celebridades.

Tais figuras de empregados encontram-se, muitas vezes, numa situação de supremacia no contrato de trabalho, afinal, há uma dependência da empresa no tocante aos serviços prestados. Não raro, as empresas do ramo competem por este empregado, realizando um verdadeiro leilão sobre a prestação de serviços do obreiro. A empresa que se dispõe a pagar mais com condições privilegiadas sairá vencedora da disputa por estes empregados.

DOCTRINA

Diante de tal constatação, percebe-se que a liberdade negocial das partes opera-se de forma plena, afinal, não há uma inferioridade ou dependência do empregado em relação ao empregador. Pelo contrário, o empregador é que depende daquela mão de obra altamente especializada ou daquela determinada celebridade para o anúncio de seu produto, por exemplo.

Neste ponto, é importante relatar o parecer proferido por Arion Sayão Romita, publicado na *Revista de Direito do Trabalho* sobre o contrato celebrado entre alto empregado e empresa de grande porte. Na consulta, o empregado havia passado ao cargo de Superintendente de Coordenação Empresarial, cargo este considerado estratégico para a empresa.

No ano de 1996, empregado e empregador firmaram termo aditivo ao contrato de trabalho, no qual se definiu que, para o empregado deixar de ocupar cargo considerado estratégico para a empresa, teria o prazo de 12 meses para decidir se exerceria advocacia externamente, assistindo a empresa e podendo assistir terceiros que não tivessem conflito de interesse com a companhia. Fazendo esta opção, o empregado gozaria de um período de três anos de manutenção do contrato de trabalho, contados a partir da opção, exceto no caso de justa causa.

Desta maneira, firmou-se uma espécie de garantia de emprego de maneira contratual, pautada na autonomia privada entre as partes. Ocorre, no entanto, que o empregado fora demitido sem justa causa pela empresa em 1997. Assim, o empregado formulou a consulta a Arion Romita, no sentido de saber se era válida a estipulação contratual da garantia de emprego.

Verificou-se que a estipulação contratual de garantia de emprego era válida, ajustando-se ao mandamento do art. 444 da CLT, que afirma que as relações contratuais podem ser objeto de livre-estipulação das partes interessadas, vedada apenas a violação das disposições de proteção ao trabalho, que não era o caso.

A estipulação contratual de garantia de emprego, para o autor, respeita a autonomia da vontade⁴⁵, sem ofender qualquer preceito protecionista do direito do trabalho:

“Expressão da livre deliberação consensual das partes interessadas, sem malferir qualquer disposição de ordem pública protecionista do trabalho, a garantia de permanência no emprego reverencia o secular princípio da autonomia da vontade, acolhido pelo direito do trabalho

45 Note-se que o autor utiliza a terminologia autonomia da vontade. Segundo entendimento já esposado, trata-se, em verdade, da autonomia privada.

brasileiro. Portanto, a referida estipulação é válida, à luz do direito positivo vigente.”⁴⁶

Entende-se que, por se tratar de um empregado especializado que foi posto em cargo estratégico da empresa e, por conseguinte, possuía informações privilegiadas sobre a companhia, a autonomia privada revelou-se no seu grau mais forte. Assim, a negociação sobre uma garantia de emprego fora plenamente válida, estando os sujeitos num grau de igualdade tal que possibilitaria a liberdade negocial em sua plenitude.

Entretanto, ainda em seu grau mais forte, a autonomia privada não pode ser utilizada sob a perspectiva de atentar contra os princípios protetivos constantes no direito do trabalho, sob pena de ter seu uso considerado abusivo e, conseqüentemente, ser invalidada a negociação.

5 – CONCLUSÕES

A partir das considerações acima, podem-se extrair as seguintes conclusões:

1 – A autonomia privada deve ser vista sob a perspectiva desta ordem de valores, fins e princípios consagrados no texto constitucional.

2 – No direito do trabalho, a autonomia privada deve ser vista sob a perspectiva de serem os direitos trabalhistas direitos sociais, passíveis de proteção estatal.

3 – O desenvolvimento do direito do trabalho veio acompanhado do desenvolvimento de princípios protetivos, capazes de consagrar os direitos fundamentais do cidadão na sua condição de trabalhador e cidadão.

4 – Constata-se que deve haver uma proteção da parte mais débil da relação de emprego, dada a marcada inferioridade existente.

5 – Os princípios e os direitos trabalhistas acabam por funcionar, em regra, como limites à autonomia privada, afinal, a liberdade plena de negociação por vezes esbarra no princípio da proteção ou no leque de direitos fundamentais dos trabalhadores consagrados na Constituição.

46 ROMITA, Arion Sayão. Autonomia da vontade: contrato celebrado entre alto empregado e empresa de grande porte: validade. Inaplicabilidade de normas de direito administrativo (parecer). *Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba, Genesis, n. 79, p. 13-21, jul. 1999, p. 21.

DOCTRINA

6 – Reconhece-se a condição de desigualdade existente entre as partes, de maneira que, quanto maior for a desigualdade existente, maior deve ser a proteção à parte mais fraca daquela relação.

7 – Desenvolvem-se, assim, graus de autonomia privada na relação de emprego.

8 – O grau fraco ou quase inexistente ocorre quando se tem uma relação de emprego padrão, no qual o desequilíbrio é latente. Neste, deve haver a proteção dos direitos sociais trabalhistas na relação laboral.

9 – O grau médio ocorre quando há alguma possibilidade de negociação na relação de emprego, como se observa com os direitos da personalidade do trabalhador.

10 – O grau forte revela-se diante da relação existente entre um empregado altamente especializado ou uma celebridade e o empregador. Neste caso, há um poder de negociação maior, de sorte que a autonomia privada consagra-se em sua forma plena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIRES, Mariella Carvalho de Farias. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contrato de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 128, 2007, p. 125-154.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABRAL, Érico de Pina. A autonomia. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, RT, n. 19, jul./set. 2004, p. 83-129.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, [19--].

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Contrato de trabalho e autonomia privada. In: NALIM, Paulo (Org.). *Autonomia privada na legalidade constitucional: contrato e sociedade*. Curitiba: Juruá, 2005. v. III.

CORRÊA, André Rodrigues. Autonomia: razões e limites. In: PÜSCHEL, Flávia Portella (Org.). *Organização das relações privadas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DOCTRINA

- GÓES, Maurício de Carvalho. Os direitos fundamentais nas relações de emprego: da compreensão às novas tendências. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, Porto Alegre, n. 37, nov./dez. 2008.
- GOMES, J. Miguel Lobato. Livre-iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar. In: NALIM, Paulo (Org.). *Autonomia privada na legalidade constitucional: contrato e sociedade*. Curitiba: Juruá, 2005. v. III.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Alberto. *Comentários ao Código Civil: parte especial – direito das obrigações*. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11 (arts. 927 a 965).
- HERKENHOFF, João Baptista. *Gênese dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Santuário, 2002.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LOMEU, Leandro Soares. A nova roupagem da autonomia privada e a relação de fiança locatícia: uma análise doutrinária e jurisprudencial a partir dos novos princípios contratuais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, ano 10, v. 39, jul./set. 2009, p. 33-50.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Las generaciones de derechos humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 10, sep./dic. 1991, p. 205-206. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/frames.aspx?IDS=qins0qjcsbmigxqpzog2ec55_407909&ART=15,21414,RCEC_10_201.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2009.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. *A intangibilidade dos direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2009.
- MOLINA, André Araújo; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Renúncia e transação no direito do trabalho – uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios. *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 74, n. 02, fev. 2010, p. 190-224.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. Autonomia privada e negócios jurídicos – breves notas. In: PÜSCHEL, Flávia Portella (Org.). *Organização das relações privadas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, 1982.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978.
- ROMITA, Arion Sayão. Autonomia da vontade: contrato celebrado entre alto empregado e empresa de grande porte: validade. Inaplicabilidade de normas de direito administrativo (parecer). *Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba, Genesis, n. 79, p. 13-21, jul. 1999.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DOCTRINA

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER Jr., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: Juspodvim, 2009.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. A autonomia coletiva e os direitos individuais dos trabalhadores. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, n. 99, jul./set. 2000, p. 65-75.

_____. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. v. III.

STÜRMER, Gilberto. Proteção à relação de emprego: promessa, efetividade de um direito social e crise. *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 73, n. 11, nov. 2009, p. 1.334-1.339.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

OS LIMITES DA AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA

Arion Sayão Romita*

“Frequentemente, pur nel formale rispetto della propria funzione di organo di applicazione, e non di produzione, delle norme giuridiche, la giurisprudenza finisce, in realtà, per necessità di cose, con assumere il compito del legislatore.” (Frequentemente, embora respeitando formalmente a própria função de órgão de aplicação, e não de produção, das normas jurídicas, a jurisprudência acaba, na realidade, pela necessidade das coisas, por assumir o papel do legislador).

Luigi Mengoni**

INTRODUÇÃO

Em 1748 (data da primeira edição, em Genebra), Montesquieu, em sua multicitada obra *O Espírito das Leis*, escreveu que “os juízes são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei”¹. Esta frase, que hoje em dia apresenta interesse meramente histórico, retrata não uma verdade científica, mas uma opinião que, à época em que enunciada, traduzia a necessidade de se limitar o poder do soberano de direito divino sobrenatural, em defesa da liberdade do cidadão; os julgamentos, proferidos em nome do rei, deveriam ser pautados pelos ditames legislativos, pois na lei os súditos encontrariam as garantias que os resguardaria contra o voluntarismo, os caprichos e os excessos da autoridade real.

Por que motivo aquela frase está sendo lembrada, no pórtico deste estudo? Explica-se: o autor tem opinião pessoal firmada a respeito dos limites impostos à negociação coletiva de condições de trabalho², encontrada em sua obra *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. Entretanto, vai abster-se de reproduzir aquela opinião, porquanto o interesse recai exclusivamente sobre o papel exercido pela jurisprudência. *Ad instar* da função do juiz (em

* Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

** MENGONI, Luigi. Le fonti del diritto del lavoro in Italia. In BOLDT, G. et al. (a cura di). *Le fonti del diritto del lavoro*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1962. p. 146.

1 MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. t. 1º, livro XI, cap. VI.

2 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 463 e ss.

1748, segundo Montesquieu), o estudo tentará representar apenas a boca que pronuncia as palavras da jurisprudência, a respeito dos limites impostos à autonomia negocial coletiva.

1 – JURISPRUDÊNCIA: FONTE DO DIREITO?

A expressão *fonte do direito* é uma metáfora que designa o ponto de onde ele surge. Com mais propriedade, deveríamos falar de *fonte da norma jurídica*, pois, neste sentido, entende-se que, como se remonta à fonte de um rio para encontrar o local onde as águas saem da terra, cabe procurar o ponto em que a regra sai das profundezas da vida social para emergir à superfície do direito³.

A expressão *fonte do direito* remete, pois, à noção de origens do direito, e esta acepção geral e vaga será explicitada de modo diferente, segundo o contexto em que ela figura. Podem ser encontradas três acepções, bem diferentes umas das outras: 1ª – princípios de inspiração do direito; 2ª – causas econômicas e sociais do direito; 3ª – meios ou formas de conhecimento do direito.

A primeira acepção prevalece no contexto da história do direito e alude aos dados em que se inspira para proceder a uma reforma legislativa. Assim, por exemplo, como fontes do Código Civil brasileiro de 2002, podem ser apontados os imperativos de sociabilidade e concreção, como se lê na Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Elaboradora do Código Civil, entendendo-se por ambas as noções a atribuição à ciência do direito da característica de “experiência social concreta”⁴. Ao identificar tais fontes de inspiração, o historiador do direito é capaz de distinguir os elementos de continuidade e de descontinuidade na evolução do direito.

Sob esse aspecto, a expressão *fontes do direito* reveste uma característica técnica que permite distinguir seu emprego como forma de expressão do direito objetivo revestido de obrigatoriedade do emprego dessa mesma expressão quando designa fontes consideradas como meios de conhecimento, fontes *ex quibus notitia iuris hauritur*. Neste último sentido, fonte significa monumento histórico, sendo este significado usual quando se fala das ciências históricas⁵.

3 DU PASQUIER, Claude. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. 4. ed. Neuchâtel: Delachaux et Niestlé, 1967. p. 47.

4 REALE, Miguel. *Exposição de Motivos do supervisor da Comissão Elaboradora do Código Civil*, itens 6 e 13.

5 KORKOUNOV, N. M. *Cours de théorie générale du droit*. 2. ed. Trad. J. Tchernooff. Paris: M. Giard & E. Brière, 1914. p. 442.

DOCTRINA

Na segunda acepção acima indicada, a expressão *fonte do direito* tem curso no contexto da sociologia jurídica e da análise econômica do direito. Refere-se aos fatores econômicos ou sociais que influenciam a evolução do direito (ex.: nascimento de uma economia de mercado; pressão para a reforma do direito de família). Esta é, das três acepções mencionadas, a menos corrente.

O emprego da expressão *fonte do direito* na terceira acepção acima delineada prevalece no contexto da ciência do direito positivo (doutrina jurídica, ciência dogmática do direito). Neste sentido, a expressão é utilizada pelos juristas quando se referem à lei, à jurisprudência, ao costume como fontes do direito. Para elaborar a lista concreta das fontes do direito em um sistema jurídico vigente, o jurista se baseia no critério de validade ou obrigatoriedade jurídica, aceito no mesmo sistema.

Embora a noção de fonte do direito tenha origem apenas no século XIX, a reflexão sistemática sobre as fontes positivas do direito é bem mais antiga. A partir do momento em que um direito positivo adquire complexidade, é de rigor que os juristas identifiquem os meios de conhecimento do direito, a fim de revelarem as normas jurídicas vigentes. Por isso, no direito romano – o mais antigo sistema jurídico complexo de que se tem notícia – encontram-se as primeiras reflexões sobre as fontes do direito. Ulpiano classificava as fontes do direito em duas categorias: o direito escrito e o direito não escrito (*hoc igitur ius nostrum constat aut ex scriptu aut sine scriptu ut apud Graecos* – seguem-se palavras em grego)⁶.

A noção de direito escrito no direito romano baseava-se na forma dos meios de conhecimento. Nas *Institutas de Justiniano* eram englobadas nesta noção todas as normas editadas por intermédio de um texto escrito: *scriptum autem ius est lex, plebiscita, senatus consulta, principium placita, magistratum edicta, responsa prudentium*⁷. Nas *Institutas de Gaio* a enumeração é basicamente a mesma: *constant autem iura ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium*⁸. Papiniano, ao distinguir o *ius civile* do *ius praetorium*, inclui no primeiro, em suma, os mesmos elementos: *ius autem civile est, quo ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*⁹.

Esta classificação das fontes do direito, baseada na forma dos meios de conhecimento, causou na Idade Média uma confusão, pois era exigido que em

6 D. 1, 1, de *iustitia et iure*, 6.

7 JUSTINIANUS. *Institutiones*, 1, 2, de *iure naturali, gentium et civile*, § 3.

8 GAIO. *Institutas*, 1, 2.

9 D. 1, 1, de *iustitia et iure*, 7.

DOCTRINA

sua origem o direito revestisse forma escrita (*inscriptum quod ab initio litteris mandatum est*). Daí resultou que um costume inscrito fosse considerado direito não escrito, e os juristas estabeleceram nova distinção: entre o direito escrito e o que era apenas inscrito. Embora os costumes fossem escritos, eles se distinguiam das outras fontes escritas por sua origem. A doutrina passou então a fazer uma nova distinção: o *ius scriptum sensu grammatico* e o *ius scriptum sensu iuridico*, esta última categoria referindo-se apenas às leis. Assim, a noção de *ius scriptum sensu iuridico* denotava um critério de validade, e não mais se restringia a indicar a natureza do meio de conhecimento¹⁰.

O aprofundamento sistemático da teoria das fontes do direito é devido quase exclusivamente à escola histórica alemã do século XIX. Como os seguidores dessa escola se recusavam a aceitar a codificação na Alemanha, eles foram compelidos a elaborar uma teoria alternativa das fontes do direito. Savigny, em sua célebre obra *Da Vocaçãõ de Nossa Época para a Legislaçãõ e a Ciência do Direito* (1. ed., 1814), sustenta que o direito nasce do “espírito do povo” (*Volksgeist*), expressão que pode significar *consciência comum do povo*¹¹. Esta teoria pode ser considerada a origem da teoria moderna e pluralista das fontes do direito.

O positivismo jurídico, cuja forma mais coerente é elaborada por Hans Kelsen, procura superar o problema da hierarquia das fontes do direito pela teoria da norma fundamental (*Grundnorm*). Segundo esta teoria, as normas jurídicas são válidas quando se constituírem segundo a ordenação de uma norma superior, e a validade desta deriva de outra e, assim, sucessivamente, até a norma fundamental. Escreve Kelsen: “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma”¹². A razão da validade da norma fundamental não mais pode ser indagada, “pois não é norma estabelecida, mas uma norma pressuposta (...). Somente uma norma pode ser o fundamento da validade de uma outra norma”¹³. Para Kelsen, a expressão *fonte do direito* significa exclusivamente o critério de validade jurídica e positiva. A forma dos meios de conhecimento, por meio dos quais as normas jurídicas se exprimem, é por ele considerada mera contingência histórica.

Segundo diferentes critérios, as fontes do direito se classificam em: fontes materiais e fontes formais; fontes nacionais e fontes internacionais; fontes

10 KORKOUNOV, N. M. *Cours de théorie générale du droit, cit.*, 443.

11 THIBAUT; SAVIGNY. *La codificación*. Trad. José Díaz García. Madri: Aguilar, 1970, *passim*.

12 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1974. p. 267.

13 KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 328.

escritas e fontes não escritas; fontes diretas e fontes de interpretação; fontes ideais e fontes formais, etc. Aqui, interessa-nos apenas a primeira classificação: como o uso da expressão *fonte do direito* é reservado à formação das regras gerais (pois só elas se prestam a uma exposição sistemática do direito positivo), as fontes do direito se classificam em materiais e formais, segundo o critério que preside à sua elaboração.

Entendem-se por fontes materiais ou substantivas do direito os princípios morais, religiosos, filosóficos, políticos que inspiram o conteúdo do direito positivo; são os múltiplos fatos sociais, as causas históricas, em suma, as “forças criadoras do direito”¹⁴ que fornecem ao direito positivo sua matéria¹⁵; em outras palavras, são fontes reais, oriundas dos fenômenos sociais que convergem para formar a matéria do direito, como movimentos ideológicos, necessidades práticas, etc. Seu estudo só pode ser efetuado a propósito de um ordenamento jurídico particular e, assim, escapa à teoria geral.

São fontes formais do direito os modos de formação das normas jurídicas, vale dizer, os processos e os atos que revelam o direito positivo, os modos pelos quais se exprime o direito. A fonte formal do direito por excelência é a lei, mas, ao lado desta, outras fontes formais são indicadas: o costume, a jurisprudência e a doutrina. Quanto à jurisprudência e à doutrina, são consideradas antes autoridades. São, incontestavelmente, fontes formais a lei e o costume. A propósito da questão de a jurisprudência ser, ou não, fonte formal do direito, lavra divergência entre os juristas.

Etimologicamente, o vocábulo *jurisprudência* provém do latim *iuris + prudentia*: conhecimento prático do direito.

Em seu significado atual, *jurisprudência* designa o conjunto de decisões judiciais suficientemente acordes proferidos pelos Tribunais sobre uma questão de direito. Com sua habitual precisão, Carlos Maximiliano ensina: “Chama-se jurisprudência, em geral, ao conjunto das soluções dadas pelos Tribunais às questões de direito; relativamente a um caso particular, denomina-se jurisprudência a decisão constante e uniforme dos Tribunais sobre determinado ponto do direito”¹⁶.

A jurisprudência é, assim, uma superposição de coisas julgadas. A autoridade da coisa julgada, ao acumular-se, torna-se jurisprudência: *rerum*

14 RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. Paris: LGDJ, 1955.

15 VIRALLY, Michel. *La pensée juridique*. Paris: LGDJ, 1960. p. 148.

16 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 176.

DOCTRINA

perpetuo similiter iudicatarum autoritas, ou, em vernáculo, a autoridade das coisas julgadas perpetuamente de modo semelhante¹⁷.

Como se disse acima, lavra divergência entre os doutos, assim no exterior como em plagas domésticas, a respeito da questão de ser, ou não, a jurisprudência fonte formal do direito.

Na doutrina francesa, responde afirmativamente (para citar apenas um autor) Paul Roubier¹⁸. Opina contrariamente Julien Bonnecase, também para citar apenas um. Segundo este autor, sua posição doutrinária se ampara, em primeiro lugar, no fato de que os Tribunais têm por função serem os guardiões da lei e assegurarem a plenitude de sua aplicação e, em segundo lugar, no princípio da separação dos Poderes¹⁹.

Ninguém negou com mais vigor ser a jurisprudência fonte formal do direito do que Julius H. von Kirchmann, que, em ensaio publicado em 1848 (*Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* = A falta de valor da jurisprudência como ciência), escreveu que bastam três palavras do legislador para transformar bibliotecas inteiras em papel de embrulho²⁰.

Contra o argumento segundo o qual a jurisprudência pode ser modificada a qualquer momento pela lei, cabe observar que o mesmo argumento pode ser oposto a todas as fontes do direito sobre as quais não há controvérsia: uma lei pode ab-rogar outra lei anterior, um decreto, etc.²¹.

No Brasil, ainda com o propósito de mencionar apenas o nome de um autor (entre os numerosos que poderiam ser lembrados), citam-se, entre os que advogam a tese da jurisprudência como fonte formal do direito, Paulo Dourado de Gusmão²² e, contra essa tese, Hermes Lima²³. Vale lembrar a equilibrada posição de Vicente Ráo, para quem “a jurisprudência constitui apreciável força supletiva do direito”²⁴. Cabe acenar também para o alvitre de Tercio Sampaio

17 MAURY, J. *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit, in le droit privé français au milieu du XIXe siècle – études offertes à Georges Ripert*. Paris: LGDJ, 1950. t. I. p. 31.

18 ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit*. Paris: Recueil Sirey, 1946. p. 7.

19 BONNECASE, Julien. *Introduction à l'étude du droit*. 2. ed. Paris: Recueil Sirey, 1931. p. 165.

20 VON KIRCHMANN, Julius Hermann. *Il valore scientifico della giurisprudenza*. Trad. Paolo Frezza. Milão: Giuffrè, 1964. p. 18.

21 ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (sous la dir.). *Dictionnaire de la culture juridique*. Paris: PUF, 2003, verbete *jurisprudence*, p. 887.

22 GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 132 e 155 e ss.

23 LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1949. p. 114-115.

24 RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 1991. v. 1. p. 235.

Ferraz Junior.: segundo ele, no sistema romanístico, a jurisprudência é, sem dúvida, “fonte *interpretativa* da lei, mas não chega a ser fonte do direito”²⁵ (grifo do original).

Inquestionável, porém, é que a jurisprudência, desde que sumulada, constitui fonte do direito no processo do trabalho: nos termos do art. 896, § 5º, da CLT (introduzido pela Lei nº 7.701, de 22.12.88), estando a decisão recorrida em consonância com súmula do Tribunal Superior do Trabalho, poderá o relator, indicando-a, negar seguimento ao recurso de revista, aos embargos e ao agravo de instrumento. Quanto ao direito constitucional, a mesma ilação poderá ser tirada, ante o disposto no art. 103-A da Constituição da República (introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.04), que instituiu a súmula vinculante: o Supremo Tribunal Federal pode, sobre matéria constitucional, aprovar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Deve-se reconhecer que, em tese, é preferível um governo de leis a um governo de juízes, já que, entre a certeza da norma e a versatilidade dos homens, não há hesitação possível. Por isso, não há como deixar de reconhecer a primazia da lei, mas dependemos, quanto à sua eficácia, de como ela seja aplicada pelo juiz.

2 – AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA

Segundo a etimologia do vocábulo, *autonomia* significa faculdade de dar leis a si mesmo (do grego *autos*, próprio + *nomos*, lei)²⁶. Por esse motivo, pode ser definida como “faculdade de governar-se por si próprio”²⁷.

A palavra *autonomia* é polissêmica e, segundo o individualismo jurídico, a noção de autonomia pode aplicar-se à vontade dos indivíduos e traduzir a ideia de que uma obrigação jurídica pode encontrar sua fonte – talvez seu fundamento – nessa mesma vontade. Tradução histórica do liberalismo e do voluntarismo jurídico que elevaram a vontade livre do sujeito de direito a um patamar de fonte criadora de direito, a autonomia da vontade aos poucos encon-

25 FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 222.

26 RAMIZ GALVÃO. *Vocabulário etimológico, ortográfico e prosódico das palavras portuguesas derivadas da língua grega*. Rio de Janeiro: Liv. Garnier, 1944, verbete *autonomia*, p. 100.

27 ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. *Dicionário jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, verbete *autonomia*, p. 63.

trou limites cada vez mais numerosos e intensos²⁸. No campo das especulações jurídicas, a vontade aparece no século XVIII, para atingir particular vigor no século XIX. Quando se admite progressivamente que as sociedades são formadas por indivíduos que agem livremente entre iguais no domínio privado, as codificações civis concedem um papel fundamental à autonomia da vontade. Porém, a legislação subsequente impõe limites a esse princípio, em nome de objetivos sociais e éticos, ao levar em conta a desigualdade econômica dos interlocutores sociais, a função social da empresa e o imperativo da boa-fé na formação e na execução dos negócios jurídicos²⁹.

Como fonte das obrigações, surge o conceito de autonomia da vontade, teoria fundamental, segundo a qual a vontade do sujeito de direito está apta para se atribuir a própria lei, daí resultando a liberdade de contratar ou não contratar (liberdade contratual), de determinar por acordo o conteúdo do contrato dentro dos limites fixados pela ordem pública e os bens costumes, de expressar sua vontade sob qualquer forma³⁰. Resumidamente, pode-se definir *autonomia da vontade* como “manifestação intencional livre de uma pessoa capaz”³¹.

A autonomia, neste contexto, pode ser individual ou coletiva, privada ou pública. Quando se trata da autonomia individual, basta falar em autonomia da vontade. Quando se cuida de autonomia coletiva privada, pensa-se na autonomia dos interlocutores sociais, conceito fundamental em tema de negociação coletiva de condições de trabalho, segundo o qual o Estado reconhece, de fato ou de direito, a possibilidade para as empresas e os sindicatos de trabalhadores de regularem as relações de trabalho, com os limites traçados pelas leis de ordem pública.

Na raiz do conflito industrial está o reconhecimento de que a liberdade não constitui privilégio do indivíduo, do ponto de vista político. Como observa Délio Maranhão, “o conceito de liberdade deixou de ser, apenas, político e individual, para ser, também, econômico e social. Os grupos, que representam interesses coletivos, têm, igualmente, direito a ela”³².

O triunfo político do racionalismo – obra da Revolução Francesa de 1789 – desemboca no ideal de segurança, que vai constituir o núcleo da ideo-

28 ARNAUD, André-Jean (sous la dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1993, verbete *autonomie*, p. 49.

29 ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (sous la dir.). *Dictionnaire de la culture juridique*, cit., verbete *volonté*, p. 1.530.

30 CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. 8. ed. Paris: PUF, 2007, verbete *autonomie*, p. 94.

31 ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. *Dicionário jurídico*, cit., verbete *autonomia da vontade*, p. 63.

32 MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1978. p. 357.

logia burguesa. O Estado se torna *garant der Rechtssicherheit* e o normativismo estatal funda no princípio igualitário a tarefa de assegurar a liberdade de realização do próprio destino individual.

A razão, no Estado burguês, inspira uma noção de igualdade conhecida em termos de mera paridade jurídica, cega às desigualdades concretas. A evolução econômico-social do mundo moderno gera, porém, uma nova entidade, ignorada pelo direito clássico: a massa, que em breve apresenta também sua reivindicação de segurança.

À abstrata hipótese de igualdade contratual do Código Napoleão permanecia estranha a noção de força contratual, como fonte de poder econômico e como fonte potencial de supremacia jurídica.

A coalizão dos trabalhadores, em bases solidárias, contrapõe ao poder econômico a força dos movimentos reivindicatórios que vão desaguar nos conflitos coletivos de trabalho. O intervencionismo estatal, ditado pela nova e realista concepção do direito como fator institucional da vida econômica e social³³, a princípio veda e mais tarde integra os chamados corpos sociais intermediários na estrutura burocrática³⁴.

A própria autonomia individual conhece restrições em suas diversas modalidades de exteriorização. Também – e com mais fortes razões – as conhece a espontânea organização dos grupos profissionais. As necessidades próprias desses grupos, em regime de plena liberdade, poderiam comprometer o equilíbrio econômico-social que o Estado burguês tutela.

Duas guerras mundiais provocaram profundas transformações. A concepção estática e individualista do direito cede o passo a novas ideias baseadas no coletivismo dinâmico, necessária consequência do inexorável movimento dialético do processo histórico.

O peso específico do comodismo jurídico e a tendência inata ao imobilismo não poderiam deixar de modelar o novo direito dos grupos à imagem do antigo direito subjetivo. Este era definido não como poder originário, porém, como esfera de poder atribuído pelo ente soberano ao sujeito de direito. Na esteira de tal ideologia, a autonomia coletiva se caracteriza como instituto conferido substancialmente *ex alto*, como concessão por parte do Estado ao grupo organizado. Justificava-se então o regime do protecionismo, com todos os vícios dele decorrentes: o autoritarismo e o paternalismo, aos quais se pode

33 BARCELONA, Pietro. *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1969. p. 4.

34 VERDIER, J.-M. *Syndicats*. Paris: Dalloz, 1966. p. 15 e ss.

DOCTRINA

acrescentar o produtivismo, subproduto da grande indústria, entendido como meta decisiva e valor básico de sua própria existência.

Modernamente, contudo, está superada a construção histórica que enxergava na autonomia coletiva mera atribuição ao grupo de poderes derivados de uma fonte suprema. A autonomia coletiva – fenômeno social espontâneo – não deriva de concessão do alto, mas, ao contrário, impõe-se como elemento essencial do direito coletivo emergente do conflito industrial³⁵.

A autonomia (como o poder que tem um sujeito de direito de se atribuir um ordenamento), como sinônimo de capacidade normativa, não se confunde com soberania, apanágio do Estado. *Stricto sensu* podemos distinguir três tipos de autonomia: 1º – poder normativo dos órgãos da administração descentralizada, atribuído pelo ente soberano; 2º – atuação dos particulares na regulamentação de sua atividade negocial ou contratual (autonomia individual); 3º – autorregulação dos próprios interesses pelos grupos sociais organizados (autonomia coletiva).

Como se sabe, as relações sociais são reguladas de dois modos: 1º – por normas promulgadas por terceiros dotados de força bastante para impô-las (senhor feudal, rei, Estado, etc.); 2º – por normas estabelecidas pelos próprios interessados, que regulam sua atuação futura. Em oposição à heteronomia, ou conjunto de normas ditadas por pessoas estranhas aos interessados, a autonomia consiste na autorregulação dos próprios interesses, mediante negócios jurídicos unilaterais ou bilaterais.

Credita-se a Gierke o mérito de ter inicialmente identificado o fenômeno da autonomia coletiva³⁶. Ele apontou no curso da história, ao lado do direito promulgado pelo Estado e do direito regulador das relações entre particulares, a existência de um direito social criado pelas corporações. Nesta evolução histórica, podemos então elencar as seguintes fases: 1ª – corporações medievais; 2ª – Revolução Francesa de 1789, com a Lei Le Chapelier, de 1791, que vedou a coalizão de trabalhadores; 3ª – Lei francesa de 1864, que alterou a redação de dispositivos do Código Penal de 1810, deixando de considerar crime a coalizão de trabalhadores; 4ª – reconhecimento pelo Estado dos corpos sociais intermediários entre o indivíduo e a sociedade organizada. O direito sindical – emanação do reconhecimento da autonomia coletiva – corre paralelamente, ao longo da história, à evolução do movimento operário e reflete, na sua dinâmica, a oposição entre o capital e o trabalho, uma das maiores e mais

35 GIUGNI, Gino. *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*. Milão: Dott. A. Giufrè, 1977. p. 13.

36 NAWIASKI, Hans. *Teoría general del derecho*. Trad. José Zafra Valverde. Madri: Rialp, 1962. p. 252.

graves consequências da Revolução Industrial. Nos tempos atuais, a autonomia profissional (ou autonomia coletiva) é reconhecida por texto expresso de lei, a saber, o Estatuto dos Trabalhadores da Espanha (texto aprovado pelo Real Decreto Legislativo nº 01/1995, de 24 de março), art. 82, I: “As convenções coletivas, como resultado da negociação desenvolvida pelos representantes dos trabalhadores e dos empregadores, constituem a expressão do acordo por eles livremente adotado em virtude de sua autonomia coletiva”.

A autonomia coletiva tem por finalidade a proteção ou a defesa do interesse da categoria, distinto quer dos interesses individuais de cada trabalhador, quer dos interesses gerais da coletividade. No seio da categoria profissional, há antagonismo de interesses entre trabalhadores individuais e grupos de trabalhadores; e entre uns e outros e a categoria. A Lei Le Chapelier, de 1791, vedou a coalizão de trabalhadores para a defesa dos “pretensos interesses comuns” – expressão do individualismo jurídico e do liberalismo econômico que caracterizam a história social da primeira metade do século XIX, e que cederiam, mais tarde, à pressão intervencionista do Estado no domínio econômico e social. No Brasil, só após a abolição da escravatura (1888) torna-se possível a eclosão de movimentos reivindicatórios operários; e só mais tarde, mercê do esforço dirigido ao desenvolvimento econômico e ao crescimento industrial, registram-se condições propícias à regulação extralegislativa do direito do trabalho, à margem da matriz normativa exclusiva do Estado.

Não é o Estado que concede o poder de regulação a pessoas sujeitas à sua soberania. O que existe a princípio é a autonomia privada, em paulatina regressão à medida que avança o processo de organização social. O Estado, surgido mais tarde na história, passa a assumir funções antes reservadas aos indivíduos. O totalitarismo considerava o Estado capaz de regular com exclusividade a ordem social até às minúcias mais insignificantes, contudo, hoje se percebe que as experiências totalitárias, quer de direita, quer de esquerda, mostram os limites do intervencionismo estatal: este não pode prever tudo nem prover a tudo, num mundo superpovoado e massificado.

A natureza jurídica da autonomia coletiva aponta para o direito público ou para o direito privado, na dependência da organização política. Numa sociedade livre, pluralista e democrática, ela não deve ser incluída no campo do direito público, embora o contínuo robustecimento dos sindicatos coloque tais entidades nas fronteiras do direito público, já que os grandes acontecimentos coletivos repercutem sobre o interesse geral (greves, convenções coletivas, etc.). Todavia, prepondera a pressão exercida sobre a esfera privada individual e, em consequência, a autonomia coletiva deve ser tida por instituto de direito privado.

DOCTRINA

Para identificação dos sujeitos coletivos (ou sujeitos da autonomia coletiva) podem ser encontradas duas correntes: 1^a – afirma que os sujeitos são apenas os entes coletivos, isto é, os sindicatos, ou antes organizações sindicais de qualquer grau (federações, confederações, etc.); 2^a – sustenta que a titularidade da autonomia assiste aos indivíduos (trabalhadores e empregadores): o aspecto coletivo desta forma de autonomia se especifica no momento de seu exercício; por isso fala-se de titularidade individual enquanto poder atribuído ao indivíduo, com exercício em forma coletiva.

Estrutura da autonomia coletiva. Os elementos de que se compõe a autonomia coletiva são os seguintes: 1^o – subjetivos – os sujeitos que intervêm na autonomia coletiva são os sindicatos de empregados, as empresas, os sindicatos ou organizações de empregadores, os órgãos públicos de controle (Ministério do Trabalho e Poder Judiciário, por intermédio da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal e do Supremo Tribunal Federal); 2^o – instrumentais – são quatro: poder de auto-organização do grupo, negociação coletiva (poder de fixação autônoma de condições de trabalho), poder de autodefesa (greve, boicote, etc.) e poder de realizar outras atividades em benefício da própria entidade de classe e dos indivíduos; 3^o – finais – políticos, sociais e econômicos³⁷.

3 – NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Negociação é o ato de negociar. O vocábulo *negociar* deriva de *negócio*, proveniente do latim *negotium*, substantivo tirado de *quod non sit otium, mihi neg (ou nec) otium (est)*, ocupação, trabalho e, por extensão, dificuldade, embaraço³⁸. Negócio é, portanto, um derivado negativo de *otium*, repouso³⁹.

Negociação *coletiva* é aquela que envolve uma pluralidade de trabalhadores (em oposição a *individual*, que interessa apenas a um), mais propriamente, a uma inteira categoria profissional ou a todos os empregados da empresa (ou empresas) conveniente(s).

Considera-se a negociação coletiva um dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Inclui-se entre os direitos de solidariedade⁴⁰.

37 SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Saggi di diritto civile*, I. Nápoles: Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 177 e ss., p. 227 e ss.

38 ERNOUT, Alfred; MEILLET, Antoine. *Dictionnaire etymologique de la langue latine*. 4. ed. Paris: Klincksieck, 2001, verbete *negotium*, p. 436.

39 COROMINAS, Joan. *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*. 3. ed. Madrid: Gredos, 1973, verbete *negocio*, p. 413.

40 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 378, 385 e ss.

DOCTRINA

Os três pilares do direito coletivo do trabalho são o sindicato, a negociação coletiva e a greve. A estes institutos vêm agregar-se outros, deles derivados, como a representação dos trabalhadores na empresa e os delegados sindicais. Mas os direitos fundamentais de solidariedade não se esgotam nessa relação, que abrange os direitos dos grupos (assim como os indivíduos são titulares de direitos, os grupos organizados também o são): há outros direitos de solidariedade que interessam aos indivíduos do grupo a que se vinculam por laços de solidariedade: proteção contra a despedida injustificada, direito à saúde e à segurança no trabalho, limitação da duração do trabalho com direito a repouso diário, semanal e anual. A esses direitos, cumpre acrescentar o direito ao meio ambiente de trabalho saudável.

A Constituição de 1988 é o primeiro texto de direito constitucional brasileiro a reconhecer este instituto, típico do Estado Democrático de direito, que reflete um aspecto da liberdade nas relações entre o sindicato de trabalhadores e o empregador, ou sindicato de empregadores. A Constituição menciona expressamente o instituto da negociação coletiva de condições de trabalho no art. 7º, incisos VI, XIII, XIV, no art. 8º, inciso VI, e no art. 114, §§ 1º e 2º, além de proclamar expressamente o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (art. 7º, inciso XXVI).

Nas relações com os empregadores, a associação de trabalhadores há de ser livre. A independência do sindicato obreiro assenta sobre fundamentos de tríplice natureza: a) histórica, b) econômica e c) ideológica. Historicamente, a associação de trabalhadores nasceu como uma organização independente dos empregadores e se afirmou através das lutas contra os empresários. Um dos campos em que essas lutas se verificaram foi precisamente o econômico. As classes sociais têm interesses econômicos opostos, daí a necessidade de independência para defendê-los: a subordinação dos grupos de trabalhadores aos patrões impediria a verdadeira defesa dos interesses obreiros. Mas essas lutas também apresentam feição ideológica: a independência se impõe, ante a diversidade de ideologias esposadas pelas classes trabalhadoras e pelas classes empresariais, uma vez que estas sempre se opuseram a qualquer modificação substancial na ordem social, ainda que por vezes aceitassem a introdução de algumas reformas.

A negociação coletiva de condições de trabalho insere, no plano trabalhista, o conceito de diálogo social, instituto no qual o protagonismo concedido aos autores sociais assegura o respeito ao princípio da convivência harmônica entre eles, base de sustentação do regime democrático vigente no país. Desse princípio de convivência harmônica entre os atores sociais deriva um ambiente

DOUTRINA

mais consensual e, em consequência, redutor de conflitividade. Alto grau de conflitividade é, sempre, indesejável.

As negociações coletivas pressupõem o reconhecimento, pelos empregadores, dos sindicatos de trabalhadores. No passado, o não reconhecimento representou motivo constante de lutas. A partir do reconhecimento, tornou-se possível incrementar as relações pacíficas e de cooperação, base da convivência democrática entre os grupos opostos. A autonomia negocial representa um dos aspectos da autonomia sindical.

Quanto às relações entre as associações de trabalhadores e os empregadores, três são os sistemas principais: a) o sistema do século XIX, característico das antigas legislações da Inglaterra e da França, segundo o qual as relações eram livres e, em consequência, não se podia legalmente obrigar os empregadores a negociar com os sindicatos obreiros; b) o sistema dos países totalitários que admitiam a associação profissional, como a Itália – as relações eram obrigatórias; e c) o sistema dos regimes jurídicos que garantem a livre-formação das associações profissionais e que podem decretar a obrigatoriedade das relações (sistema adotado na França após os acordos Matignon, de 1936, nos Estados Unidos, depois da Lei Taft-Hartley, de 1947, e também no México).

No Brasil, os sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva.

A independência das associações de trabalhadores se desdobra em duas dimensões: a) proibição de se constituírem os chamados sindicatos mistos e b) organização e atuação do sindicato imunes à influência da classe empresarial.

O sindicato misto é aquele integrado conjuntamente por trabalhadores e empregadores. Representa exceção à regra, mas foi reconhecido pela legislação do Chile, da Romênia, da França e da Hungria. A maioria dos países, inclusive o Brasil, não admite, porém, essa espécie de sindicato. Realmente, a doutrina é quase unânime em não enxergar qualquer vantagem nos grupamentos sindicais mistos. O sindicato, quer de trabalhadores, quer de empregadores, tem por finalidade a defesa dos respectivos interesses, isto é, dos interesses dos trabalhadores ante os empregadores e destes perante aqueles. Seria, portanto, difícil, senão impossível, conciliar os interesses antagônicos no seio da mesma entidade sindical. Realiza apenas o ideal da colaboração entre as classes, mas na realidade não passa disto: um ideal.

No tocante à influência dos empregadores sobre as organizações obreiras, inegável é que ela não pode ser ignorada, na prática, sobretudo nos debates em

torno das convenções coletivas de trabalho. Também os sindicatos de trabalhadores, por seu turno, influem sobre os empregadores, formulando reclamações, apresentando reivindicações, etc. Estas influências recíprocas são legítimas e até desejáveis. Vedados hão de ser apenas os atos dos empregadores tendentes a impedir a livre-organização e a atividade dos grupos de trabalhadores (a hipótese inversa é inviável).

A Convenção Internacional nº 98, adotada em Genebra (1949), relativa à aplicação dos princípios do direito de organização e de negociação coletiva, dispõe, no artigo 2º: “1. As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas em outras, quer diretamente, quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionamento e administração. 2. Serão particularmente identificados a atos de ingerência, medidas destinadas a provocar a criação de organizações de trabalhadores dominados por um empregador em uma organização de empregadores, ou a manter organizações de trabalhadores por meios financeiros ou outros, com o fim de colocar essas organizações sob o controle de um empregador ou de uma organização de empregadores”. Esta Convenção foi ratificada pelo Brasil, tendo sido promulgada pelo Decreto nº 33.196, de 29 de junho de 1953.

Entre outros aspectos, a autonomia sindical apresenta o da “autonomia negocial”, que envolve o problema da negociação coletiva e da celebração de convenções coletivas de trabalho. No gozo dessa autonomia, o sindicato tem liberdade de escolher os meios que julgar idôneos para a categoria que representa, gerando obrigações: a) intersindicais; b) para os integrantes de toda a categoria; ou c) apenas para parte dos seus integrantes.

A contratação coletiva encontra seu instrumento na autonomia sindical. A doutrina contemporânea reconhece, ao lado da autonomia privada dos indivíduos, a autonomia privada de certos grupos sociais, que denomina autonomia coletiva. A disciplina da primeira cabe ao direito civil, enquanto a da autonomia privada coletiva incumbe ao direito do trabalho. A autonomia coletiva se revela mercê da prática, pelo sindicato, de atos coletivos típicos, a saber, a convenção coletiva de trabalho e a greve.

No exercício da autonomia sindical, a convenção coletiva de trabalho surge como o instrumento oferecido ao sindicato para a realização do interesse coletivo que detém. Hoje, não mais se sustenta em doutrina que o sindicato possui soberania profissional e que o convênio coletivo seja lei industrial, por não ser o sindicato mero estipulante, constituindo antes um órgão com poderes semelhantes aos do Estado; entende-se, ao revés, que a convenção coletiva é

DOCTRINA

instituto relacionado com o poder de negociação dos grupos e não com poderes similares aos do Estado nem com a capacidade dos sindicatos para criar uma ordem normativa.

Os sindicatos estão aptos a representar o interesse de toda a categoria por intermédio da representação unitária à qual se confia o encargo de reger o interesse coletivo (da categoria).

A autonomia sindical – como instrumento da negociação coletiva – recebe da doutrina palavras não só de respeito como ainda de encorajamento, a ponto de se sustentar que o legislador não deve intervir ou interferir num campo reservado à negociação coletiva. A reserva de competência – não absoluta, mas relativa – consistiria em se proibir o legislador de fazer com que a lei substitua o contrato coletivo ou, em outras palavras, não lhe seria lícito, por meio da lei, realizar aquilo que os sindicatos executam por meio da convenção coletiva; isso implicará a inviabilidade de regular, mediante lei, as relações de trabalho de certa categoria, como, por exemplo, a dos metalúrgicos ou a dos aeronautas.

O artigo 4º da Convenção Internacional nº 98 (1949) procura estimular a negociação coletiva: “Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores e trabalhadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego”.

A autonomia sindical, no entanto, não pode ser invocada para acobertar abusos ou o mau uso da liberdade. Incumbe ao Estado, que tutela os interesses gerais de toda a sociedade, que coordena e harmoniza esses mesmos interesses, o dever de controlar a atividade sindical. O Estado Democrático não pode deixar de proteger-se e proteger a sociedade: se admitisse a violação da lei (inclusive a penal) em nome do respeito à liberdade sindical, negaria a verdadeira liberdade a todos os cidadãos. Por isso, deve intervir onde e quando a ação sindical redunde em prejuízos dos interesses gerais, que lhe incumbe tutelar institucionalmente. A intervenção estatal, porém, deve esgotar-se na tarefa de manter a ordem pública e estabelecer o equilíbrio entre as necessidades e os direitos dos indivíduos.

O Brasil ratificou a Convenção nº 154 da OIT sobre o incentivo à negociação coletiva. De fato, o Decreto nº 1.256, de 29 de setembro de 1994, promulga a referida Convenção Internacional, que passou, em consequência, a integrar o direito positivo vigente no país.

DOCTRINA

A Convenção nº 154, segundo o preceituado pelo artigo 1º, aplica-se a todos os ramos de atividade econômica. Seria ela aplicável ao setor público?

A distinção entre regime estatutário e regime trabalhista apresenta, no contexto, especial relevo, porque as entidades sujeitas ao último regime podem, sem sombra de dúvida, manter negociação coletiva com seus servidores (quanto a este aspecto, não há controvérsia). A dúvida surge apenas quando se trata da negociação coletiva pertinente aos servidores estatutários da administração direta e fundacional, assim como das autarquias que não exploram atividade econômica.

Quanto a este tópico, cabe distinguir, em relação ao chamado setor público, as entidades cujos servidores estão sujeitos ao regime estatutário daquelas cujos servidores são regidos pela legislação do trabalho. Relativamente às entidades do primeiro grupo (administração direta, fundacional e autarquias que não exploram atividade econômica), existe a dúvida: têm, ou não, os respectivos servidores direito à negociação coletiva e à greve? Quanto as demais entidades, não há qualquer dúvida: os servidores das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das autarquias que exploram atividades econômicas têm esses direitos.

Não há dúvida de que a Convenção nº 154 se aplica ao setor público. Dispõe o artigo 1º, alínea 3: “No que se refere à Administração Pública, a legislação ou a prática nacionais poderão fixar modalidades particulares de aplicação desta Convenção”. É certo que há certas dificuldades na implementação das cláusulas do instrumento internacional, dada a natureza promocional que ostentam. A rigor, necessária seria a promulgação de uma lei que dispusesse sobre a matéria.

Não é pacífico o entendimento de que os servidores públicos não gozam do direito de negociação coletiva. Na prática, afinal de contas, vê-se que a Administração Pública, sempre que instada por greves, negocia com os servidores. O direito deve ceder à lógica dos fatos ou, pelo contrário – segundo parece a alguns –, devem os fatos ocorrer de acordo com a teoria dos juristas?

Como ficou escrito acima, não há qualquer dúvida a respeito da possibilidade de negociação coletiva entre os servidores e os entes que integram a administração indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias que exploram atividade econômica), porque, como resulta do disposto no art. 173, § 1º, inciso II (redação da Emenda Constitucional nº 19, de 1998), essas entidades estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, qual seja o regime trabalhista.

DOCTRINA

No tocante às empresas privadas, a Constituição de 1988 assegura a negociação coletiva de condições de trabalho (arts. 7º e 8º). Portanto, no tocante às referidas entidades, integrantes da Administração Pública indireta, incontestável é a possibilidade de negociação coletiva de condições de trabalho.

Controvertida é a aplicação do instituto da negociação ao setor público, quando em jogo o regime estatutário.

O Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o art. 240, *d*, da Lei nº 8.112, que assegurava aos servidores estatutários o direito de negociação coletiva: a Ação Direta de Inconstitucionalidade 492-1 foi julgada procedente. A orientação da Suprema Corte é seguida pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, lastreada no argumento de que aos servidores estatutários não foi assegurado o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho de que trata o art. 7º, XXVI, da Constituição (art. 39, § 2º, da CR). Mais tarde, as alíneas *d* e *e* do art. 240 da Lei nº 8.112 foram expressamente revogadas pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997 (art. 18).

O argumento diz respeito à omissão do inciso XXVI do art. 7º, na remissão feita pelo art. 37, § 2º, da Constituição (mercê da nova redação dada ao art. 39 da Constituição pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, o § 2º passou a ser § 3º). Este preceito determina que se aplique aos servidores públicos o disposto em vários incisos do art. 7º, entre os quais não se encontra, porém, o inciso XXVI – reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho. Por tal motivo, a Constituição teria negado aos servidores públicos civis o direito à negociação coletiva. O argumento, porém, não procede. A convenção e o acordo coletivos são o resultado da negociação, quando esta chega a bom termo e exige a celebração de um ajuste formal. Os instrumentos normativos não se confundem com o processo de negociação. Nem sempre a negociação culmina com uma convenção formalmente celebrada. A omissão do art. 39, § 2º, não importa a vedação do direito de negociação. Este subsiste, embora a Constituição não estenda expressamente aos servidores públicos o reconhecimento da convenção coletiva. Negociação não é o mesmo que convenção coletiva.

E a convenção coletiva de que trata o art. 7º, XXVI, da Constituição não é a mesma convenção a ser celebrada pelos servidores estatutários. Por isso, em boa hora, a Constituição não estendeu a tais servidores o reconhecimento da convenção coletiva de trabalho e do acordo coletivo pertinentes ao setor privado (art. 39, § 2º). Não o fez, nem poderia fazê-lo, porque a norma coletiva do setor público apresenta peculiaridades.

DOUTRINA

Entende-se por negociação coletiva o meio de determinação conjunta de condições de trabalho; é um meio de regular as relações entre os interessados e encontrar soluções para os problemas sociais e funcionais de ambas as partes, que buscam um entendimento satisfatório para ambos os lados. Trata-se de um instituto dinâmico, que tem revelado grande vitalidade, traduzida na tendência à multiplicidade das matérias que constituem o objeto da negociação. Estas matérias não se exaurem nas chamadas cláusulas econômicas. Aqui, sim, surgiria óbice constitucional representado pela necessária iniciativa do chefe do Poder Executivo e pela exigência de previsão orçamentária. Mas este óbice não conduz necessariamente à impossibilidade jurídica da negociação coletiva no setor público. Sem negar que as preocupações de natureza econômica conservam importância capital, a visão estreita desta única dimensão revela uma concepção reducionista da atividade sindical. É insuficiente a percepção do papel do sindicato situado unicamente em nível econômico. A negociação coletiva enseja o debate de uma grande variedade de assuntos, que não se restringem aos reajustamentos salariais: qualidade de vida no trabalho, saúde e segurança, mudanças tecnológicas, flexibilização do trabalho, não discriminação, participação nas decisões. No fundo, o problema se desloca para a visão política do fenômeno sindical: a garantia de negociação coletiva surge como função de determinação da finalidade perseguida pela atividade sindical. Esta determinação é, sem dúvida, problemática, porque vinculada ao julgamento de valor do papel do sindicalismo no quadro de uma sociedade livre, pluralista e democrática. À luz desta concepção mais ampla da função social do sindicato, a existência ou inexistência de implicações financeiras não reduziria a negociação coletiva a um direito puramente econômico.

Seria inconstitucional a Convenção Internacional nº 154, na parte relativa ao setor público submetido ao regime estatutário? Não. O princípio da reserva legal não constitui óbice intransponível à negociação coletiva, no caso em exame.

Não há dúvida de que os resultados dos procedimentos de negociação que exigem regulação por via legislativa no plano federal serão submetidos ao Congresso Nacional. Mas o processo de negociação prévia deverá ter sido observado. A respeito de certos assuntos sujeitos ao princípio da reserva legal, o acordo celebrado entre os sujeitos da negociação não será imediatamente vinculativo para a Administração Pública. O caráter estatutário das normas aplicáveis aos servidores públicos não é incompatível com o instituto da negociação coletiva. Esta última afirmação pode ser ilustrada com a lição do direito francês. A Lei nº 634, de 13 de julho de 1983, sobre os direitos e as obrigações dos funcionários públicos (Estatuto da Função Pública), dispõe expressamente

no art. 4º que o funcionário público se acha em face da administração em uma relação estatutária. Pois bem, o art. 8º, alínea 2, declara que as organizações sindicais de funcionários públicos podem estabelecer em nível nacional com o governo negociações destinadas a determinar a remuneração e debater com as autoridades responsáveis, em diferentes níveis, questões relativas às condições e à organização do trabalho. Como se não bastasse, o art. 9º aduz que os funcionários participam, por intermédio de seus delegados nos órgãos consultivos, na criação das normas estatutárias e no exame das decisões individuais relativas à sua carreira (alínea 1). O mesmo dispositivo ainda lhes assegura a possibilidade de participar na definição da atividade social, cultural, esportiva e de lazeres a eles destinada. Aí está: o regime estatutário não repele a negociação, pode perfeitamente a ela ajustar-se em uma relação de complementaridade que admite a participação dos servidores no processo de adoção das decisões aptas a afetar seu trabalho, sua carreira e sua própria vida.

A Convenção Internacional nº 151, sobre direito de sindicalização e relações de trabalho na Administração Pública, foi aprovada na 64ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, em 1978, e entrou em vigor, no plano internacional, em 25 de fevereiro de 1981. Em junho de 2010, o Brasil ratificou a Convenção nº 151, que trata, especificamente, da negociação coletiva no setor público. O Congresso Nacional aprovou a Convenção nº 151 por meio do Decreto Legislativo nº 206, de 07.04.2010, e ela foi promulgada pelo Decreto nº 7.944, de 06.03.2013.

Não se confundem negociação coletiva e convenção coletiva. A primeira, como assinala Octavio Bueno Magano, “é um processo que conduz à realização do segundo (...). A convenção é a meta à qual convergem as negociações coletivas, constituindo ambos expressão da autonomia coletiva dos grupos profissionais”⁴¹.

Erra quem supõe que a negociação coletiva de condições de trabalho se reduza a um assunto entre particulares, a respeito do qual o Estado mantém uma atitude neutra. Não: o Estado intervém, porque o interesse público está diretamente afetado. A negociação coletiva não é livre, tal como se os interlocutores sociais pudessem levá-la a cabo conforme entendessem ou segundo suas conveniências. Embora inexista no Brasil legislação reguladora da negociação coletiva, a lei regula amplamente os institutos da convenção coletiva de trabalho e do acordo coletivo de trabalho. Em face da negociação coletiva, o Estado se reserva a uma ampla gama de poderes, que amparam uma também ampla inter-

41 MAGANO, Octavio Bueno. La representación sindical. In: *Derecho laboral*. Montevideu, 1983. t. XXVI, n. 129. p. 123-124 e 127-128.

venção, de sorte que, embora não se trate de uma negociação tripartite, pode ser considerada uma negociação vigiada, limitada, controlada⁴². Esta intervenção se processa já a partir das restrições constitucionais e, principalmente, pela atuação do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho.

4 – RESTRIÇÕES CONSTITUCIONAIS À AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA

A Constituição de 5 de outubro de 1988 abre caminho para a regulação democrática das relações coletivas de trabalho no Brasil ao adotar três medidas básicas: 1ª – autonomia sindical (art. 8º, I); 2ª – ênfase na negociação coletiva (art. 8º, diversos incisos; e art. 114, § 1º); e 3ª – regulação atualizada e democrática do direito de greve (art. 9º).

Entretanto, conservou três institutos de origem fascista, provenientes do Estado Novo: 1º – a unicidade sindical (art. 8º, II); 2º – a sindicalização por categoria (art. 8º, diversos incisos); e 3º – a contribuição sindical compulsória (art. 8º, IV).

Para democratizar as relações coletivas de trabalho, urge, mercê de uma emenda constitucional, eliminar os resquícios do regime fascista que ainda vigoram em nosso ordenamento.

Registra-se, no seio da Constituição de 1988, evidente antinomia entre os citados dispositivos e – o que é mais grave – entre o princípio estruturante segundo o qual o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito (art. 1º) e os mencionados preceitos cuja fonte material é a Carta outorgada de 1937 (Estado Novo).

A autonomia negocial coletiva constitui manifestação da liberdade sindical. Sem liberdade sindical, não há negociação digna desse nome. Reciprocamente, não há autonomia negocial coletiva sem liberdade sindical. Por aí já se vê que as restrições à autonomia negocial provêm da própria Constituição.

Se o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, seria de rigor consagrar a liberdade sindical em sua plenitude. Como preleciona Gérard Lyon-Caen, o direito coletivo do trabalho é um elemento essencial da democracia. Diz ele, textualmente: “Não há democracia sem liberdade sindical e

42 DEL REY GUANTER, Salvador. *Negociación colectiva y paz laboral*. Madri: Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984. p. 238 e 257.

livre-confronto entre o capital e o trabalho”⁴³. Poder-se-ia acrescentar que não há liberdade sindical sem democracia.

Como manifestação da liberdade sindical, a autonomia negocial coletiva integra o rol dos direitos sindicais, tema caro ao Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho. Pois bem: no capítulo dedicado aos “direitos sindicais e liberdade públicas” da compilação de decisões do Comitê de Liberdade Sindical, o verbete 32 assegura que “o sistema democrático é fundamental para o exercício dos direitos sindicais”. E, no capítulo dedicado à “negociação coletiva”, o verbete 881 reza: “O direito de negociar livremente com os empregadores as condições de trabalho constitui um elemento essencial da liberdade sindical, e os sindicatos devem ter esse direito mediante negociações coletivas ou por outros meios lícitos, de tratar de melhorar as condições de vida e de trabalho daqueles que representam, enquanto as autoridades públicas devem abster-se de intervir de forma que esse direito seja coarctado ou seu legítimo exercício impedido. Tal intervenção viola o princípio de que as organizações de trabalho e de empregadores devem ter o direito de organizar suas atividades e formular seu programa”⁴⁴.

Ao manter a unicidade sindical, a sindicalização por categoria e o imposto sindical, a Constituição de 1988, sem dúvida, restringe a autonomia negocial coletiva dos interlocutores sociais no Brasil.

Restrições à liberdade sindical acopladas ao poder normativo da Justiça do Trabalho (instituído para preencher o vazio deixado pela proibição da greve), impostas pela Carta Política do Estado Novo, conjugam-se com as inspirações de ordem corporativista e paternalista que já deveriam ter sido abolidas entre nós.

O regime político que exacerbou essa tendência foi o fascismo italiano. Só o sindicato reconhecido pelo Poder Público (não legalmente o sindicato único, mas na prática só o sindicato fascista) seria titular das prerrogativas tradicionalmente asseguradas às entidades de classe.

Ao reconhecer a influência da Carta del Lavoro e da Lei italiana nº 563, de 3 de abril de 1926, Oliveira Vianna deixou de lado os eufemismos e até a fórmula ambígua da Carta outorgada de 10 de novembro de 1937 (art. 138) para consagrar, no Decreto-Lei nº 1.402, de 5 de julho de 1939, o sindicato único. Esta fórmula foi incorporada à CLT, de 1943 (art. 516), e deveria ter sido

43 LYON-CAEN, Gérard. La crise actuelle du droit du travail. In: COLLIN, F. *et al. Le droit capitaliste du travail*. Grenoble: Presses Universitaires, 1980. p. 271.

44 OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical*. 5. ed. Genebra: OIT, 2006, verbetes 32 e 881.

DOCTRINA

suprimida pela Constituição social-democrática de 18 de setembro de 1946 (art. 159). Todavia, entendeu-se ter ocorrido a recepção da legislação corporativista pela nova ordem constitucional. O regime militar implantado em 1964 não teria realizado obra mais adequada à inspiração autoritária, motivo pelo qual na Carta de 1967 e na Emenda nº 1, de 1969 (arts. 159 e 166, respectivamente), o tema recebeu o mesmo tratamento.

A Constituição de 5 de outubro de 1988 manteve explicitamente a unicidade sindical: o art. 8º, II, dispõe que é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial.

O dispositivo em foco atenta contra o princípio de liberdade sindical. Dá continuidade à solução autoritária e corporativista implantada entre nós pela Carta do Estado Novo, de 1937. O fato tem merecido justas críticas da doutrina constitucionalista e bem assim da especializada.

Segundo o art. 8º da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, os sindicatos no Brasil constituem-se por categorias: pelo menos em três incisos (II, III e IV), o dispositivo se refere à organização sindical representativa de categoria, dos quais um deles (o II) opõe categoria profissional (de trabalhadores) a categoria econômica (de empregadores) e outro (o IV) se refere expressamente à categoria profissional.

A Constituição de 1988 recepcionou, portanto, os preceitos da CLT que regulam a matéria. O art. 511 e seus parágrafos, assim como o art. 570 da CLT, continuam em vigor, já que compatíveis com a Lei Maior.

A formação de sindicatos por categoria, no Brasil, constitui uma noção implantada pela Carta de 10 de novembro de 1937, cujo art. 138 dispunha que o sindicato reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído.

A fonte de inspiração da Carta de 1937 é, como se sabe, a Carta del Lavoro, de 1927, da Itália fascista. O mencionado art. 138 da Carta brasileira de 1937 constitui tradução literal da Declaração III da Carta del Lavoro. Esta, por seu turno, provém da deliberação do Gran Consiglio Nazionale del Fascismo, de 6 de outubro de 1925, que definiu as bases da organização sindical e da Magistratura del Lavoro italiana.

A organização sindical por categoria, no Brasil, traduz – é evidente – a influência do fascismo italiano, criteriosamente conservada pela Constituição de 1988, que, não obstante, declara, no art. 1º, ser o Brasil um Estado Democrático de Direito (mera “norma de fachada”?).

DOCTRINA

Sem dúvida, a Constituição da Itália democrática, de 1948, no art. 39, 4ª alínea, refere-se à sindicalização por categoria.

Entretanto, em novo contexto histórico, emprestou-se à noção de categoria, na Itália, novo significado, compatível com o regime democrático implantado no país pela Constituição de 1948, o que não ocorreu entre nós.

O fascismo italiano forjou e aplicou a noção de sindicalismo por categoria com apoio em considerações baseadas em conveniência e em oportunidade, como critério de utilidade política. No Brasil, porém, a ideia fascista veio para ficar. O critério de categoria serve aos propósitos fascistas de controle da organização sindical pelo Estado. No Brasil, a ideia se implantou na fase histórica em que o sindicato nascia, crescia, vivia e morria no seio do Ministério do Trabalho, como afirmava Oliveira Vianna. Paradoxalmente, a Constituição de 1988, que consagrou a autonomia sindical (art. 8º, I), conserva a organização sindical por categoria.

A declaração III da Carta del Lavoro estabelecia que somente o sindicato legalmente reconhecido e submetido ao controle do Estado tinha o direito de impor a todos os integrantes da categoria o pagamento da contribuição. Por seu turno, o art. 5º, 2ª alínea, da Lei nº 563, de 3 de abril de 1926, dispunha que as associações legalmente reconhecidas tinham a faculdade de impor a todos os empregadores e empregados, respectivamente representados, fossem ou não associados, uma contribuição anual não superior, para os patrões, à retribuição de um dia de trabalho por empregado a seu serviço; e, para os empregados, à remuneração de um dia de trabalho.

O imposto sindical é, realmente, típico do regime corporativo, só contemplado pelo direito positivo na Itália fascista e no Brasil, ainda hoje. O sindicato, como pessoa jurídica de direito público interno, tem o poder, que a lei lhe atribui, de impor contribuição obrigatória para todos os integrantes da categoria, pertencentes ou não ao quadro de associados. Esse imposto sindical não se compadece com o regime de liberdade sindical: aqueles que preferem não aderir ao sindicato não podem ser compelidos a manter uma entidade, apenas porque esta representa toda a categoria profissional.

A contribuição obrigatória estabelecida por lei para todos os integrantes da categoria não se confunde com as contribuições voluntárias, fixadas pelos estatutos das associações ou determinadas pelas assembleias gerais dos associados. Entre estas últimas devem ser classificadas as previstas pelo artigo 26 do Estatuto dos Trabalhadores (Lei Italiana nº 300, de 20 de maio de 1970). Na verdade, a abolição do regime corporativo na Itália suprimiu, como é óbvio, a

DOCTRINA

contribuição sindical obrigatória, de origem fascista. As contribuições previstas pelo artigo 26 do Estatuto dos Trabalhadores, pelo contrário, eram frequentemente previstas por contratos coletivos de trabalho e traduziam costume que evidenciava a força das organizações sindicais da Itália sob o regime democrático.

No Brasil, o projeto de Lei Orgânica de Sindicalização, do qual resultou o Decreto-Lei nº 1.402, de 5 de julho de 1939, não fazia referência alguma ao imposto sindical. Foi por iniciativa de Francisco Campos (presidente da Comissão Revisora do Ministério da Justiça) – para quem “as associações profissionais reconhecidas ficam com direito de tributar todos os membros das categorias, profissionais por elas representadas” – que se introduziu a alínea *f* no teor do artigo 3º. Este discrimina as prerrogativas dos sindicatos: e, mercê do acréscimo, adquiriram os sindicatos o poder de “impor contribuições a todos os que participam das profissões ou categorias representadas”. O art. 38 (cuja redação foi também revista) incluiu no patrimônio das associações sindicais “as contribuições dos que participarem da profissão ou categoria, nos termos da alínea *f* do artigo 3º”.

Estava aberto o caminho para a implantação do imposto sindical entre nós. Isto ocorreu por força do Decreto-Lei nº 2.377, de 8 de julho de 1940, o qual dispõe “sobre o pagamento e a arrecadação das contribuições devidas aos sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais representadas pelas referidas entidades”.

Instituído na vigência da Carta de 10 de novembro de 1937, o imposto sindical coadunava-se perfeitamente com o espírito corporativista vivo, àquela época, no país. O art. 138 da Constituição, mera tradução da declaração III da Carta del Lavoro, atribuía ao sindicato regularmente reconhecido pelo Estado o direito de impor contribuições aos que participarem da categoria de produção para que foi constituído.

O imposto sindical – hoje denominado contribuição sindical – passou a ser disciplinado pela CLT. Entre as prerrogativas do sindicato, o art. 513 (alínea *e*) menciona a de impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades. Todo o Capítulo III – “Da Contribuição Sindical” – do Título V (arts. 578 *usque* 600) é dedicado ao assunto. Dispõe o art. 579 que “a contribuição sindical é devida por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591”.

DOCTRINA

Como se vê, muito longe andamos de uma organização sindical verdadeiramente democrática, o que afasta os trabalhadores daquele que deveria ser o autêntico representante e o legítimo porta-voz dos seus interesses: o sindicato. Poderia o Brasil espelhar-se no exemplo de Portugal, cuja Constituição, de 1976, consagra, no art. 56, § 3º, a salutar recomendação segundo a qual as associações sindicais devem reger-se pelos princípios da organização e da gestão democráticas, baseados na eleição periódica e por escrutínio secreto dos órgãos dirigentes, assentes na participação ativa dos trabalhadores em todos os aspectos da atividade sindical, aduzindo o § 4º a regra de que as associações sindicais são independentes do patronato, do Estado, das confissões religiosas, dos partidos e outras associações políticas, devendo a lei estabelecer as garantias adequadas dessa independência, fundamento da unidade das classes trabalhadoras.

Por todas as razões acima enumeradas, a autonomia negocial coletiva no Brasil não goza do prestígio que desfruta em países onde viceja um sindicalismo democrático. Com perfeita acuidade, Otavio Brito Lopes percebe esta realidade, ao escrever que “podemos visualizar o modelo sindical adotado pela Constituição de 1988, pelo seu artificialismo e por se escorar em um regime de liberdade sindical apenas relativa, como elemento limitador da negociação coletiva”⁴⁵.

A própria Constituição de 1988 traça limites à autonomia negocial coletiva. Embora – como se disse acima – dê ênfase à negociação coletiva, prevê restrições que, em hipótese alguma, podem ser ignoradas. Assim, por exemplo, quando autoriza a redução salarial mediante negociação coletiva (art. 7º, VI), encontra óbice no valor do salário mínimo (inciso IV), pois, caso contrário, este deixaria de ser mínimo. Além desse aspecto, cumpre observar que a própria rigidez derivada da redação do art. 7º (que constitucionaliza praticamente todos os institutos de direito individual do trabalho), no fundo, representa restrição ao desenvolvimento da autonomia negocial coletiva. Por seu turno, esta só pode ser exercida nos tópicos que digam respeito às condições de trabalho, mercê do disposto nas cláusulas normativas da convenção ou acordo coletivo de trabalho e, por extensão, ao conteúdo obrigacional dos referidos convênios coletivos; matéria estranha a este âmbito não é admissível. Esta afirmação encontra amparo no teor do art. 8º da Lei Maior, que se refere ao sindicato como uma espécie de associação dotada de características específicas, voltadas para a regulação das condições de trabalho (relação entre empregados e empregadores).

45 LOPES, Otavio Brito. Limites constitucionais à negociação coletiva. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 6, jun. 2000, p. 716.

DOCTRINA

São numerosos (impossível é relacionar todos) os tópicos fixados pela Constituição que, por sua natureza ou por sua propriedade de albergarem direitos fundamentais, permanecem fora do alcance da negociação coletiva: 1º – é vedada a discriminação de grupos de trabalhadores (art. 5º, *caput* e I; art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXIV); 2º – é vedada a contratação, como empregado, de menores de 16 anos (art. 7º, XXXIII); 3º – é vedada a imposição de contribuições a trabalhadores não associados ao sindicato, como projeção da liberdade sindical individual (art. 8º, V); 4º – é vedada a redução ou supressão da garantia de emprego de gestantes e membros da CIPA (art. 10, II, alíneas *a* e *b*, do ADCT); 5º – é vedada a proibição de acesso dos trabalhadores à Justiça do Trabalho (art. 5º, XXXV); 6º – são resguardadas a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do empregado, intocáveis mesmo mediante negociação coletiva (art. 5º, X); 7º – o direito de sindicalização não pode constituir objeto de restrição, nem mesmo mediante negociação coletiva (art. 5º, XVII, e art. 8º); 8º – medidas que afetem a saúde, a higiene e a segurança do trabalhador (art. 7º, XXII) não são admitidas; 9º – o exercício do direito de greve não pode ser restringido (art. 9º), inadmitidas, portanto, as chamadas cláusulas de paz social; 10º – é vedada a proibição da participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10).

5 – LIMITES IMPOSTOS À AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA PELA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência faz aplicação diuturna dos preceitos constitucionais relacionados no item anterior, ao negar validade a cláusulas de convenções ou acordos coletivos de trabalho, quando atentatórias da saúde e da segurança do trabalhador, valorizando, desse modo, a vida deste, em detrimento da autonomia negocial coletiva.

Apenas a título de exemplo, cita-se acórdão do TRT da 3ª Região (Minas Gerais), no trecho em que trata especificamente desta matéria:

“(…) a proteção à higidez do trabalhador assegurada na legislação trabalhista trata das condições mínimas, sendo vedada sua redução mediante convenção das partes. Logo, os incisos XIII e XIV do art. 7º da Constituição da República, que autorizam a prorrogação da jornada mediante negociação coletiva, inclusive no labor em turnos ininterruptos de revezamento, devem ser interpretados à luz de outros dispositivos

constitucionais que visam proteger bem maior do trabalhador – no caso, sua vida e sua saúde.”⁴⁶

Nesse julgamento, a Oitava Turma do TRT de Minas Gerais decidiu pela nulidade da cláusula de acordo coletivo de trabalho que aumentava a jornada em turno ininterrupto em trabalho insalubre, sem a prévia licença do Ministério do Trabalho e Emprego, tal como previsto no art. 60 da CLT. Considerou, em consequência, devido o pagamento das horas extraordinárias excedentes da sexta diária e trigésima sexta semanal. Louvou-se o colegiado no cancelamento da Súmula nº 349 do TST, ocorrido em 2011, para explicitar o condicionamento da prorrogação da jornada insalubre à prévia autorização pelos órgãos de fiscalização do trabalho.

No mesmo sentido, orienta-se a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, valendo a transcrição da sugestiva ementa de um acórdão, a título exemplificativo:

“(…) TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. FIXAÇÃO DE JORNADA DE 8 HORAS DIÁRIAS E 44 SEMANAIS POR NEGOCIAÇÃO COLETIVA. ATIVIDADE INSALUBRE. AUSÊNCIA DE LICENÇA PRÉVIA DAS AUTORIDADES COMPETENTES EM MATÉRIA DE HIGIENE DO TRABALHO. CANCELAMENTO DA SÚMULA Nº 349 DO TST. HORAS EXTRAS APÓS A SEXTA DIÁRIA OU TRIGÉSIMA SEXTA DEVIDAS. O trabalho executado em condições insalubres, ainda mais quando em jornada extraordinária, é capaz de provocar inúmeras consequências nefastas na vida do empregado, como o aceleração do seu processo de envelhecimento, fadiga física e mental, limitando-o dos momentos de lazer e descansos, fundamentais para o restabelecimento do organismo humano. Neste contexto, o Tribunal Superior do Trabalho cancelou a Súmula nº 349 para explicitar o condicionamento da prorrogação da jornada insalubre à prévia autorização pelos órgãos de fiscalização laboral, isso porque a razão do cancelamento foi assegurar efetividade aos comandos constitucionais que buscam garantir um meio ambiente de trabalho saudável ao trabalhador. Assim, em se tratando de trabalho insalubre, a prorrogação da jornada não depende somente de ajuste coletivo, mas de licença prévia da autoridade competente em higiene do trabalho, nos termos do art. 60 da CLT. Dessa maneira, é nula cláusula de acordo coletivo que elastece a jornada em turno ininterrupto sem a prévia licença das autoridades

46 Acórdão do TRT da 3ª R., 01319-2014-089-03-00-5-RO, 8ª T., Rel. Des. Marcio Ribeiro do Valle, publ. 22.03.2016, *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, HS, n. 389, maio 2016, p. 111.

competentes em matéria de higiene do trabalho, sendo devido o pagamento das horas extraordinárias excedentes da sexta diária e trigésima sexta semanal. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.” (Processo RR-178700-63.2006.5.02.0080, Rel^a Min^a Delaíde Miranda Arantes, 7^a Turma, j. 13.03.2013, DEJT 26.03.2013)

A tese consagrada pelo acórdão acima referido está hoje sumulada: pela Resolução nº 209, de 30.05.2016, o Tribunal Superior do Trabalho inseriu na Súmula nº 85 o item VI: “Não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT”.

Por limitarem a autonomia contratual dos participantes, as normas de direito do trabalho são normas de ordem pública⁴⁷. Seus efeitos não podem ser tolhidos pela vontade dos contratantes, vale dizer, trata-se de normas de ordem pública social, por transcenderem o interesse puramente individual e visarem ao interesse social⁴⁸.

Afirma-se que, do ponto de vista formal, o direito do trabalho pode ser qualificado como ordenamento de ordem pública⁴⁹. Na classificação das normas jurídicas em imperativas e dispositivas (*ius cogens* e *ius dispositivum*), o critério decisivo é o de ordem pública, pois as normas cogentes são de ordem pública, impositivas, inderrogáveis pela manifestação da vontade dos particulares, vale dizer, são aquelas cujos efeitos não podem ser renunciados pelos pactos privados. Esta noção remonta ao direito romano. Papiniano disse: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (o direito público não pode ser alterado pelos pactos dos particulares)⁵⁰. Cabe esclarecer que, no direito romano, *ius publicum* designa as leis de ordem pública (não é direito público, segundo a concepção contemporânea)⁵¹.

Mas o que é, afinal de contas, ordem pública?

O conceito de ordem pública deriva da correlação existente entre a política e o direito. A ordem pública é o reflexo do ambiente geral da ordem jurídica

47 PERGOLES, Ferruccio. *Diritto del lavoro*. 3. ed. Bolonha: Dott. Cesare Zuffi, 1949. p. 13.

48 KROTOSCHIN, Ernesto. *Instituciones de derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma, 1947. v. I. p. 13.

49 SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de direito do trabalho*. Trad. Élson Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976. p. 18.

50 D. Liv. II, tit. 14, *de pactis*, 38.

51 PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de direito romano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fortaleza, 1950. t. I. p. 182.

DOCTRINA

vigente em determinado momento, em dada sociedade. Por isso, varia no tempo e no espaço. Ela é função da fisionomia social que o legislador retrata por meio do ordenamento jurídico. Fixando os limites dentro dos quais a autonomia de cada qual pode movimentar-se, deve ser entendida como instrumento técnico do qual se serve a política para impor sua vontade aos indivíduos.

A importância essencial está ancorada nos requisitos básicos que a sociedade estima indispensáveis à sua própria estabilidade. Por este motivo, a ordem pública pode ser definida como “o conjunto de condições essenciais a uma vida social conveniente, fundamentada na segurança das pessoas e nos bens, na saúde e na tranquilidade pública”.

A ordem pública, em suma, consiste no conjunto de valores e preceitos que, em dado momento histórico, asseguram a coesão básica da sociedade, entendendo-se por coesão (ou solidariedade) social a consistência interna de um agregado social, refletida na capacidade de prevenir ou compor conflitos entre os componentes do grupo e a eficácia dos padrões de defesa externa.

Com fulcro no art. 83, IV, da Lei Complementar nº 75, de 20.05.93, o Ministério Público do Trabalho tem proposto perante a Justiça do Trabalho ações para declaração da nulidade de cláusula de convenção ou acordo coletivo de trabalho, quando entende que ocorre violação das liberdades individuais ou coletivas ou direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores. Com razoável frequência, essas ações são julgadas procedentes.

De forma meramente exemplificativa e louvando-se apenas em precedentes do TST, órgão de cúpula da Justiça do Trabalho, podem ser referidos os seguintes casos de anulação de cláusulas de acordos e convenções coletivas: redução de horas *in itinere* (cfr. E-RR-690-82.2013.5.09.0.59, DEJT 15.05.2015); alteração da base de cálculo das horas *in itinere* (cfr. E-RR-132800-63.2008.5.15.0100, DEJT 15.05.2015); alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade (cfr. E-RR-13-37.2012.5.03.0012, DEJT 30.04.2015); divisor de horas extras (cfr. E-ARR-1563-33.2012.5.09.03325, DEJT 08.05.2015); majoração de carga horária em face de transferência de setor por automação de serviços (cfr. E-RR-280800-51.2004.5.07.0008, DEJT de 20.06.2014); desconsideração da hora noturna reduzida em jornada de 12 x 36 (cfr. E-ED-RR-631600-36.2007.5.09.0594, DEJT 24.10.2014); pagamento englobado de horas extras, diárias e comissões (E-ED-RR-200-35.2006.5.09.0094, DEJT 21.03.2014); integração do prêmio de produtividade ao salário (E-RR-1110.97.2012.5.09.0661, DEJT 15.05.2015); retenção de parte da gorjeta pelo empregador (E-ED-RR-139400-03.2009.5.05.0017, DEJT 21.11.2014); qui-

tação de passivo trabalhista em PDV (E-ED-RR-206100-27.2007.5.02.0465, DEJT 19.12.2014).

Os Tribunais do trabalho, ao julgarem dissídios coletivos de interesses e, mais raramente, ações declaratórias, impõem limites à autonomia negocial coletiva dos interlocutores sociais.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento de que o inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal, que expressa o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”, poderia derrogar algumas garantias legais, desde que a negociação coletiva trate de direitos patrimoniais, que seriam então disponíveis. Essa posição permitiu, por exemplo, a admissão do pagamento da proporcionalidade do adicional de periculosidade (Súmula nº 364, II) e a negociação para prefixação de horas *in itinere*. Nota-se, contudo, que nos últimos anos essa posição tem se modificado. A jurisprudência tenta agora passar a exigir que esteja presente no conteúdo nas negociações coletivas também uma contrapartida na transação e uma adequação à razoabilidade dos direitos transacionados.

Ainda a título ilustrativo, vale transcrever expressiva ementa de acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, que julgou a questão das horas *in itinere*:

“RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. HORAS *IN ITINERE*. LIMITAÇÃO POR NORMA COLETIVA. DISPARIDADE ENTRE O TEMPO EFETIVAMENTE GASTO PELO EMPREGADO E AQUELE PREVISTO NA NORMA. INVALIDADE. Consoante o entendimento oriundo da SBDI-I desta Corte, é possível a fixação prévia, em norma coletiva, de um determinado número de horas *in itinere* a serem pagas aos trabalhadores, desde que demonstrados a razoabilidade no ajuste efetuado pelas partes e o equilíbrio entre o pactuado e a realidade dos fatos. Isso para se evitar o benefício apenas do empregador, com a ausência de concessões mútuas e a conseqüente renúncia dos empregados ao direito de recebimento das horas concernentes ao período de deslocamento de ida e volta ao local de trabalho. Considera-se adequada a redução de até 50% (cinquenta por cento) entre o montante das horas de percurso efetivamente cumpridas e aquele pago ao empregado. No caso, não há como validar a norma coletiva que estabeleceu redução parcial das horas a serem pagas em relação ao tempo real gasto no trajeto, determinando o adimplemento, como horas *in itinere*, de apenas 20 minutos, tempo substancialmente inferior às 5 horas efetivamente despendidas no deslocamento. Houve a supressão de mais de 93% (noventa e três por cento) das horas itinerantes efetivamente realizadas. Logo, afigura-se

acertado o Tribunal Regional que considerou inválida a negociação coletiva firmada em franco descompasso com as diretrizes acima traçadas, sendo devido o pagamento da totalidade das horas *in itinere*. Precedentes. Óbice da Súmula nº 333 do TST e do art. 896, § 7º, da CLT. Recurso de revista não conhecido.”⁵²

Na mesma seara, lembra-se decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho que fixa parâmetros para os limites da autonomia negocial dos interlocutores sociais:

“FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. LIMITES DA AUTONOMIA NEGOCIAL. NÃO SUPRESSÃO DE DIREITOS OU FLEXIBILIZAÇÃO DE NORMAS DE CARÁTER PREVIDENCIÁRIO, FISCAL, PROCESSUAL OU DE MEDICINA E SEGURANÇA DO TRABALHO. REDUÇÃO SALARIAL E DILATAÇÃO DE JORNADA. CF, ART. 7º, VI, XIII, XIV E XXVI. 1. Quanto aos limites da autonomia negocial das partes em matéria de conflitos coletivos do trabalho, o TST tem fixado parâmetros, de modo a evitar que a flexibilização dos direitos trabalhistas se transmude em precarização das relações de trabalho. Assim, nesse campo, os limites seriam: a) não se admite supressão integral direito legalmente reconhecido (v.g., horas *in itinere*, permitindo-se sua limitação, mas não sua supressão, conforme precedentes da SDC, Turmas e SBDI-1); b) não se admite flexibilização de normas previdenciárias, fiscais, processuais, de segurança e medicina do trabalho (v.g., Orientação Jurisprudencial nº 342 da SBDI-1, sobre intervalo intrajornada); c) admite-se flexibilização de direitos ligados a salário e jornada de trabalho, mas apenas para redução, em face das vantagens compensatórias, ainda que implícitas, obtidas com a norma coletiva (v. g., Súmula nº 364 do TST, sobre pagamento proporcional do adicional de periculosidade; Súmula nº 423 do TST, sobre ampliação da jornada em turnos ininterruptos de revezamento). 2. Nessa esteira, a ampliação do prazo para pagamento dos salários (do 5º para o 10º dia do mês subsequente ao trabalhado), por não versar norma de medicina e segurança do trabalho, nem preceitos de caráter previdenciário, tributário ou processual, é passível de livre-estabelecimento pelas partes, dentro do limite do razoável. 3. Do mesmo modo, quanto às cláusulas econômicas, a sua fixação deve atender às possibilidades financeiras do setor e das empresas.”⁵³

52 Acórdão do TST, 7ª T. Proc. RR-690-82.2013.5.09.0459, j. em 10.12.2014.

53 Acórdão do TST-ROAD-25.300-97.2005.24.0000, publ. 30.11.07.

DOCTRINA

Vale lembrar, todavia, que a exegese desses dispositivos constitucionais relativos à negociação coletiva foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal, no precedente RE 590.415-SC (Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 30.04.2015, por unanimidade), ao exercer o controle de constitucionalidade das decisões judiciais da Justiça do Trabalho, vindo a traçar limites menos restritivos à autonomia negocia1 coletiva, assim se pronunciando:

“DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS. (...) 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção nº 98/1949 e na Convenção nº 154/81 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e das convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida (...).”

No corpo do voto, o Relator explicitou as razões pelas quais fazia necessário recolocar o problema dos limites da autonomia negocia1 coletiva em seus termos constitucionais e internacionais, assim se expressando:

“VI. A RELAÇÃO ENTRE NEGOCIAÇÃO COLETIVA E DEMOCRACIA: A MAIORIDADE CÍVICA DO TRABALHADOR

26. A negociação coletiva é uma forma de superação de conflito que desempenha função política e social de grande relevância. De fato, ao incentivar o diálogo, ela tem uma atuação terapêutica sobre o conflito entre capital e trabalho e possibilita que as próprias categorias econômicas e profissionais disponham sobre as regras às quais se submeterão, garantindo aos empregados um sentimento de valor e de participação. É importante como experiência de autogoverno, como processo de auto-compreensão e como exercício da habilidade e do poder de influenciar a vida no trabalho e fora do trabalho. É, portanto, um mecanismo de consolidação da democracia e de consecução autônoma da paz social.

27. O reverso também parece ser procedente. A concepção paternalista que recusa à categoria dos trabalhadores a possibilidade de tomar as suas próprias decisões, de aprender com seus próprios erros,

contribui para a permanente atrofia de suas capacidades cívicas e, por consequência, para a exclusão de parcela considerável da população do debate público. (...)

28. Nessa linha, não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia da vontade, exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho. Tal ingerência viola os diversos dispositivos constitucionais que prestigiam as negociações coletivas como instrumento de solução de conflitos coletivos, além de recusar aos empregados a possibilidade de participarem da formulação de normas que regulam as suas próprias vidas. Trata-se de postura que, de certa forma, compromete o direito de serem tratados como cidadãos livres e iguais.

29. Além disso, o voluntário cumprimento dos acordos coletivos e, sobretudo, a atuação das partes com lealdade e transparência em sua interpretação e execução são fundamentais para a preservação de um ambiente de confiança essencial ao diálogo e à negociação. O reiterado descumprimento dos acordos provoca seu descrédito como instrumento de solução de conflitos coletivos e faz com que a perspectiva do descumprimento seja incluída na avaliação dos custos e dos benefícios de se optar por essa forma de solução de conflito, podendo conduzir à sua não oneração, em prejuízo dos próprios trabalhadores. (...)

48. Não socorre a causa dos trabalhadores a afirmação constante do acórdão do TST que uniformizou o entendimento sobre a matéria, de que ‘o empregado merece proteção, inclusive, contra a sua própria necessidade ou ganância’. Não se pode tratar como absolutamente incapaz e inimputável para a vida civil toda uma categoria profissional, em detrimento do explícito reconhecimento constitucional de sua autonomia coletiva (art. 7º, XXVI, da CF). As normas paternalistas, que podem ter seu valor no âmbito do direito individual, são as mesmas que atrofiam a capacidade participativa do trabalhador no âmbito coletivo e que amesquinham a sua contribuição para a solução dos problemas que o afligem. É através do respeito aos acordos negociados coletivamente que os trabalhadores poderão compreender e aperfeiçoar a sua capacidade de mobilização e de conquista, inclusive de forma a defender a plena liberdade sindical. Para isso é preciso, antes de tudo, respeitar a sua voz.”

É certo que, em se tratando de normas de medicina e segurança do trabalho, processuais ou relativas a direito de terceiros (como FGTS), obviamente não há margem para a flexibilização. Mas tratando-se de salário e jornada, com

DOCTRINA

vantagens compensatórias ofertadas pelas empresas para flexibilizar determinados direitos, não há como se falar em nulidade das cláusulas. E muito menos anulação apenas das cláusulas desvantajosas ao trabalhador, sem a anulação do próprio negócio jurídico materializado no acordo ou na convenção coletiva, já que fruto de mútuas concessões, ou a anulação concomitante das vantagens compensatórias outorgadas pelo setor patronal.

Nesse sentido seguiu o voto do Ministro Teori Zavascki, no supracitado precedente do STF:

“Considerando a natureza eminentemente sinalagmática do acordo coletivo, a anulação de uma cláusula tão sensível como essa demandaria certamente a ineficácia do acordo em sua integralidade, inclusive em relação às cláusulas que beneficiam o empregado. Aparentemente, o que se pretende é anular uma cláusula, que poderia ser contrária ao interesse do empregado, mas manter as demais. Não vejo como, num acordo que tem natureza sinalagmática, fazer isso sem rescindir o acordo como um todo.”

CONCLUSÃO

Em 1927, Georges Scelle publicou seu *Précis Élémentaire de Législation Industrielle*, em cuja “conclusão” revela, em síntese, a evolução da regulação das relações individuais de trabalho: no princípio, foi a lei do patrão; a seguir, veio a lei do Estado; no futuro, teremos a lei da autonomia negocial coletiva. Em precioso parágrafo, que merece transcrição na íntegra (para não trair o pensamento do autor), disserta ele:

“No começo, nós nos encontramos em presença de uma concepção autoritária da organização do trabalho: a corporação estreita e imutável do *ancien régime*, o patrão autocrata e proprietário do Código Civil. Após o estágio intermediário do estatuto legal e da intervenção legislativa, entrevemos o advento de uma regulamentação competente, técnica, autônoma da produção, baseada no consenso e no acordo de seus fatores essenciais: o capital, a força de trabalho e a ciência técnica. A lei unilateral do empregador ou do Parlamento se transforma, pelo contrato coletivo e pelas organizações paritárias, em lei convencional que emana dos próprios interessados, poderíamos dizer em governo direto e democrático da produção.”⁵⁴

54 SCELLE, Georges. *Précis élémentaire de législation industrielle*. Paris: Recueil Sirey, 1927. p. 350.

Se visualizarmos o caso brasileiro, chegaremos à triste conclusão de que essa previsão (que conta quase um século) infelizmente não se tornou realidade entre nós. Das três etapas enumeradas por Scelle, só percorremos as duas primeiras: inicialmente, a lei do patrão; em seguida, a legislação intervencionista estatal, na qual nos detivemos e dela não nos libertamos. Não se pode dizer que, entre nós, vigora a lei da negociação coletiva. A autonomia negocial coletiva não encontra espaço para manifestar-se, ante a minuciosa e rígida legislação (a partir da própria Constituição) e ainda sujeito à limitação imposta pela jurisprudência dos Tribunais do Trabalho. Nem é de se esperar que a situação se altere, pelo menos ao cabo de umas 15 ou 20 gerações... Ainda estão bem vivas no inconsciente coletivo dos interlocutores sociais e dos profissionais do direito as noções autoritárias e corporativistas que nos foram legadas pelo Estado Novo getuliano.

Curiosamente, alguns países, como Alemanha, Itália, Espanha e Portugal (que viveram experiência política como a que experimentamos nos decênios 1930 e 1940), conseguiram libertar-se dos malefícios do autoritarismo e do corporativismo; enquanto, no Brasil, aquelas ideias vieram para ficar.

O exemplo de Portugal merece ser lembrado.

Ao dispor sobre as “relações entre fontes de regulação”, o artigo 3º do Código do Trabalho português (Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro) prevê que “as normas legais reguladoras de contrato de trabalho podem ser afastadas por instrumento de regulação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”. Este preceito reproduz e desenvolve o que já se continha no art. 4º do Código do Trabalho de 2003.

O que vai ser exposto a seguir refere-se ao Código de 2003, mas conserva inteira validade em face do Código de 2009, já que nada mudou, no particular.

A mais importante das normas contidas no Código é, sem dúvida, o art. 4º, que “constitui uma norma fundamental, um autêntico preceito-chave na economia do Código”. Ele é o “símbolo de ruptura com o regime jurídico precedente”⁵⁵, já que aboliu o *favor laboratoris*, a bem dizer o princípio basilar e clássico do velho direito do trabalho. Segundo esse abolido princípio – como se recorda –, as fontes de direito superiores prevalecem sobre as fontes inferiores, salvo na parte em que estas, sem oposição daquelas, estabelecem tratamento mais favorável ao trabalhador. A regra era a da aplicação da norma mais favorável ao

55 AMADO, João Leal. Tratamento mais favorável e art. 4º, nº 1, do Código do Trabalho português: o fim de um princípio? In: AAVV. *A reforma do Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 112.

trabalhador, ainda que contida em preceito de hierarquia inferior, de sorte que só eram admitidas estipulações *in melius*. As estipulações *in peius* eram írritas e sem qualquer efeito. Pois bem, isto mudou: de acordo com o preceituado pelo art. 4º, nº 1, do Código do Trabalho, “as normas deste Código podem, sem prejuízo do disposto no número seguinte, ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”.

Como explica Luís Gonçalves da Silva, “a norma permite a intervenção dos instrumentos de regulamentação coletiva, quer em sentido mais favorável aos trabalhadores, quer em sentido menos favorável, uma vez que nesta situação os trabalhadores são representados – instrumentos de natureza negocial – pelos sindicatos, razão pela qual se encontram em situação de igualdade (formal e material) com os empregadores”⁵⁶.

A partir de 1º de dezembro de 2003, em Portugal, por força do disposto no art. 4º, nº 1, do Código do Trabalho, o negociado prevalece sobre o legislado. Entenda-se: negociado em sede coletiva, e não individual, porque a autonomia proclamada pelo Código é a coletiva (sindicato), e não individual (trabalhador considerado isoladamente). A prevalência da lei sobre o contrato individual é mantida pelo Código: de acordo com o disposto no art. 4º, nº 3, “as normas deste Código só podem ser afastadas por contrato de trabalho quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador e se delas não resultar o contrário”. Vale dizer: no plano individual, como sucedia no passado e continua no presente, as estipulações *in peius* são írritas e sem qualquer efeito (isto é, são nulas, a exemplo do que previsto pelo art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho brasileira).

As normas contidas no Código do Trabalho português apresentam dupla característica: são imperativas em face do contrato individual de trabalho e supletivas diante da convenção coletiva de trabalho.

Em face do que resulta do art. 4º do Código, João Leal Amado assevera que “o nº 1 deste artigo traduz (...) um verdadeiro atestado de óbito do *favor laboratoris* relativamente à contratação coletiva, dele se extraíndo que, em princípio, o direito do trabalho legislado possui um caráter facultativo ou supletivo em face da contratação coletiva, ou seja, conclui-se que as normas legais serão, em regra, normas ‘convênio-dispositivas’, isto é, normas livremente afastáveis por convenção coletiva. Destarte, doravante, o quadro legal poderá ser alterado *in peius* pela convenção coletiva, o que implica uma mutação

56 SILVA, Luís Gonçalves da. Anotação ao art. 4º. In: AAVV. *Código do Trabalho anotado*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 83.

DOUTRINA

(dir-se-ia: revolução) na filosofia básica inspiradora do direito do trabalho: de um direito com uma vocação tutelar relativamente às condições de trabalho, imbuído do princípio da norma social mínima, transitamos para uma espécie de direito neutro, em que o Estado recua e abandona a definição das condições de trabalho à autonomia coletiva”⁵⁷ (grifos do original).

O Código do Trabalho operou, portanto, uma revolução copernicana no direito do trabalho português: dele resulta um “direito do trabalho menos garantístico e mais transaccional, em que aumenta o espaço concedido à autonomia coletiva em virtude do relaxamento da regulação estadual (= estatal) das condições de trabalho – um direito do trabalho que, assim, muda de alma”, como ensina o jurista citado⁵⁸.

Não há dúvida: experiências jurídicas não se transplantam! O exemplo da mudança operada na legislação trabalhista portuguesa em 2003, e conservada pela revisão de 2009, de nada vale perante o direito do trabalho brasileiro. Serve apenas como exercício de imaginação...

57 AMADO, João Leal. *Ob. cit.*, p. 115.

58 AMADO, João Leal. *Ob. e loc. cit.*

NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SERVIÇO PÚBLICO: POTENCIALIDADES E LIMITES

Arnaldo Boson Paes*

1 – INTRODUÇÃO

O julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário 693.456, ocorrido em 27 de outubro de 2016, com repercussão geral reconhecida, ao decidir que a Administração Pública deve cortar o ponto dos grevistas e proceder aos descontos nos salários, reacendeu o debate sobre a necessidade de institucionalização da negociação coletiva no serviço público.

Na ocasião, foi fixada a tese de que “a Administração Pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público”.

O precedente, ao determinar o corte dos salários dos servidores grevistas, tem impacto direto e imediato sobre a negociação coletiva, na medida em que as categorias “sindicato”, “greve” e “negociação” estão em regime de complementaridade, espécies de vasos comunicantes, alimentados que são pela seiva da liberdade sindical.

De fato, a negociação, assim como a greve, integra o conteúdo essencial da liberdade sindical, pois impossível a existência de sindicato de servidores na ausência da greve ou da negociação, pois se o direito assegura a vida dos sindicatos é para que lutem pela realização de seus fins.

Nesse quadro, há de ser considerado que os sistemas democráticos de relações coletivas de trabalho vêm reconhecendo a legitimidade e a necessidade

* *Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região; doutor em Direito do Trabalho pela PUC-SP e em Relações Sociais pela UCLM-Espanha; mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Relações Sociais pela UCLM-Espanha; professor da Faculdade de Direito Maurício de Nassau, em Teresina/PI.*

de os servidores públicos participarem na formação das normas que regulam suas condições de trabalho no regime jurídico-administrativo.

Incurção histórica nas democracias contemporâneas demonstra que gradualmente passou-se de um sistema de não negociação para um sistema de negociação formal, intercalado por uma realidade de negociação informal.

Progressivamente, os métodos e os procedimentos incorporados pelo Direito do Trabalho passaram a exercer forte influência sobre a institucionalização da negociação coletiva no serviço público, uma decorrência do reconhecimento constitucional dos direitos coletivos dos servidores públicos¹.

Nesse aspecto, por meio das experiências já consolidadas no âmbito do Direito do Trabalho, observa-se em muitos sistemas jurídicos uma tendência à renovação, à oxigenação e à democratização do Direito Administrativo, que passa por uma erosão de suas bases e de seus princípios fundamentais.

O Brasil, no entanto, não se encontra no rol dos países em que a negociação coletiva constitui instrumento democrático de participação dos servidores no processo decisório, estando completamente afastada a figura da negociação e de seus instrumentos².

Aqui não existe autêntica negociação coletiva, o diálogo não flui adequadamente, as reuniões são vazias, as autoridades limitam-se a invocar genericamente argumentos econômicos, não há revisão periódica do poder de compra dos salários nem existe valorização do servidor como meio de aprimoramento dos serviços públicos.

Deflagrados os conflitos, por falta de um sistema de negociação, a Administração Pública apresenta sua proposta e tenta impor as condições de trabalho. Aceita a proposta, encaminha o projeto de lei ao Congresso Nacional. Recusada, envia mesmo assim, forçando os servidores à deflagração das greves, que se arrastam indefinidamente.

O Direito Comparado, contudo, vem demonstrando a necessidade de adequação do modelo brasileiro de serviço público à nova realidade sociopolítica que as experiências jurídicas democráticas consagram.

Nesse contexto, este ensaio analisa as potencialidades e os limites da negociação coletiva no serviço público, com enfoque sobre a decisão do STF que determinou os descontos dos dias de paralisação decorrentes do exercício

1 DEL REY GUANTER, Salvador. *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*, 1986, p. 25.

2 ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação coletiva dos servidores públicos*, 2011.

do direito de greve pelos servidores públicos e sobre a eficácia jurídica dos instrumentos negociados.

O estudo compreende os modelos de consulta e negociação coletiva, a negociação na Constituição de 1988, a decisão do STF na ADIn 492/DF, envolvendo a Lei nº 8.112/90, a relação entre direito de greve dos servidores e a negociação coletiva, enfocando o julgamento do RE 693.456, a ratificação da Convenção nº 151 da OIT e a eficácia jurídica dos instrumentos negociados.

2 – CONSULTA E NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SERVIÇO PÚBLICO

Examinando os procedimentos de participação dos servidores públicos na determinação das condições de trabalho, constata-se que os modelos são definidos em razão dos condicionamentos históricos, conduzindo às especificidades dos ordenamentos jurídicos nacionais.

De um modo geral, há sistemas que negam qualquer eficácia jurídica aos ajustes, outros admitem eficácia bastante limitada e existem ainda aqueles em que a negociação coletiva ocupa espaço central, resultando dos ajustes da eficácia jurídica direta.

O modelo de simples consulta é próprio dos regimes em que há a prerrogativa unilateral do Poder Público de determinar as condições de trabalho, conservando a concepção tradicional, autoritária e estatutária de função pública, mas com possibilidade de audiência prévia dos servidores.

O modelo de negociação coletiva corresponde ao procedimento através do qual é possível alcançar consenso entre os servidores e a Administração Pública, visando à regulamentação das condições por ato bilateral, resultando em um instrumento normativo no qual se formaliza o conteúdo do consenso, dotado de eficácia jurídica.

Um modelo de consulta não exclui o de negociação coletiva, mas o primeiro é insuficiente, razão por que há tendência de progressiva superação da consulta por um modelo de negociação coletiva, ainda que para determinadas matérias a negociação seja pré-legislativa ou de legislação negociada.

Na negociação coletiva pretende-se alcançar o consenso, visando à regulamentação das relações por meio de ato bilateral. Pelo contrato coletivo negociado, a Administração Pública e as entidades dos servidores pactuam, nos limites definidos em lei, as normas que regularão as condições de trabalho, com eficácia jurídica direta.

DOCTRINA

Admissível ainda a negociação pré-legislativa, quando envolver matéria sujeita à reserva da lei, situação em que a eficácia jurídica é mais restrita, porquanto, embora vinculante para a Administração Pública, não o é para o Parlamento, cuja soberania não está condicionada ou limitada no momento de elaborar e aprovar o projeto de lei.

A negociação pode envolver aspectos gerais, atingindo todos os servidores de um ente estatal. Em seguida, ou concomitantemente, podem ocorrer negociações específicas, por setor de trabalho, em processo descentralizado que visam ao atendimento de reivindicações de certos grupos de servidores e interesses dos órgãos estatais.

Essas negociações específicas têm a virtude de flexibilizar a gestão administrativa, contemplando o acordo geral apenas as linhas básicas das relações coletivas de trabalho, ficando aos níveis menores a competência para, conforme as peculiaridades, estabelecer as demais normas sobre condições de trabalho.

Quanto à frequência das negociações, podem ser instituídas de forma permanente ou em caráter temporário, conforme o interesse das partes e a natureza dos assuntos envolvidos, com a possibilidade de fixar a negociação em períodos diversos, mas sendo recomendável a configuração de um processo permanente de diálogo social.

No Brasil, como dito, não há autêntica negociação coletiva. Existem meros diálogos informais, por meio de métodos inadequados e reuniões vazias, em que quase sempre os governos impõem unilateralmente as condições de trabalho.

Os novos paradigmas indicam que se faz necessária urgentemente a institucionalização no Brasil de um sistema de negociação coletiva, de modo que se assegure o pleno e efetivo exercício dos direitos coletivos pelos servidores e que a negociação coletiva seja instrumento adequado e eficaz para a resolução dos conflitos.

Deve haver um modelo de negociação institucionalizada, pois a Constituição admite e inclusive exige um espaço negocial, com o reconhecimento dos direitos coletivos dos servidores e a passagem de um modelo unilateral e autoritário para um modelo democrático e bilateral de função pública³.

Nesse contexto, a adoção de adequado modelo de negociação passa pelo exame dos direitos coletivos dos servidores na Constituição de 1988 e pela análise da Convenção nº 151 da OIT, *standard* fundamental ratificado há algum tempo pelo Brasil e que está a exigir imediata institucionalização do procedimento negocial.

3 BAYLOS GRAU, Antonio Pedro. *Derecho de huelga y servicios esenciales*, 1987.

3 – A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

No Brasil, até a promulgação da atual Constituição, não existia consagração de liberdade sindical para os servidores públicos. As Constituições anteriores não se reportavam a esse direito e havia expressa vedação pelo art. 566 do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que instituiu a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), esta de forte concepção corporativista e autoritária, promulgada sob o influxo da Constituição de 1937, inspirada pela *Carta del Lavoro* de 1927.

Com a redemocratização do país, a Constituição Federal de 1988 assegurou a plena liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar (CF, art. 5º, XVII), garantindo aos trabalhadores em geral a liberdade profissional ou sindical (art. 8º, *caput*), considerando obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho (art. 8º, VI) e assegurando o direito de greve (art. 9º, *caput*).

Com a Constituição de 1988, a liberdade sindical foi expressamente atribuída aos servidores civis, conforme disposto no art. 37, VI, ficando, entretanto, expressamente vedado qualquer direito sindical aos militares, vedação que abrange de forma expressa o direito de greve (CF, art. 42, § 5º, com a redação anterior à EC nº 18/98).

Também assegurou aos servidores civis o direito de greve, a ser exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica (CF, art. 37, VII, com a redação dada pela EC nº 19/98).

No tocante à negociação coletiva, em relação aos trabalhadores em geral, a Constituição reconheceu os acordos e as convenções coletivas de trabalho (art. 7º, XXVI), adotando ainda um modelo de flexibilização das relações de trabalho vinculado à negociação coletiva no que concerne à redução salarial e à jornada de trabalho (art. 7º, VI e XIII).

Quanto aos servidores, a Constituição Federal, ao assegurar o direito à livre-associação sindical, implicitamente reconhece aos sindicatos que os representam o poder de negociar condições de trabalho, na medida em que erige como obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas (art. 8º, VI).

O fato de a CF, ao tratar dos direitos dos servidores no art. 39, § 2º (atual § 3º, EC nº 19/98), não incluir entre os incisos do art. 7º, que cuida dos direitos dos trabalhadores em geral, o inciso XXVI, que disciplina o reconhecimento

DOCTRINA

das convenções e dos acordos coletivos de trabalho, em nada afeta o direito à negociação coletiva no setor público.

A Constituição não veda ao sindicato de servidores a possibilidade de celebrar convenções e acordos coletivos, haja vista que, quando pretende proibir o exercício de algum direito coletivo, fá-lo expressamente, tal como ocorreu com a expressa vedação de sindicalização e deflagração de greve pelos militares (art. 42, § 5º, com a redação anterior à EC nº 18/98).

Desse modo, ao reconhecer expressamente o direito de sindicalização dos servidores (art. 37, VI), a CF estava automaticamente dispensada de proclamar o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos em favor dos servidores, pois, ao repetir tal previsão, estaria incorrendo em *bis in idem*.

Portanto, ao assegurar expressamente a livre-associação sindical e o direito de greve e ao se referir no art. 39, § 3º (com a redação da EC nº 19/98), aos incisos VI e XIII do art. 7º, estes tratando da negociação coletiva em matéria de flexibilização de remuneração e de jornada de trabalho, resulta que a negociação coletiva no setor público emerge como condição essencial para o desenvolvimento de relações coletivas de trabalho democráticas.

Nessa linha, parcela da doutrina passou a sustentar a possibilidade, a viabilidade e a eficácia jurídica de negociação coletiva, dentro de um quadro normativo adequado.

Assim, a não remissão expressa do art. 39 da CF ao inciso XXVI do art. 7º não é suficiente para excluir o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos, até por que inconcebível um sistema de relações coletivas de trabalho que assegure a liberdade sindical e garanta o direito de greve sem que esteja institucionalizada a negociação coletiva como via adequada para a resolução dos conflitos coletivos.

Além desses aspectos, milita em favor da tese da afirmação da negociação o fato de o país ter sido concebido como Estado Democrático de Direito. Neste, impõe-se o reconhecimento da centralidade da participação na formação das decisões, institucionalizando-se normas jurídicas destinadas a propiciar a expressão e a negociação direta dos interesses em confronto.

Ora, nesse modelo de Estado, os servidores conquistam os direitos inerentes à cidadania plena, vendo reconhecida pelo direito a sua esfera de vontade, que se manifesta sob a forma de autonomia coletiva, haja vista que transigência, bilateralidade e negociação constituem aspectos plenamente inseridos no modelo de Administração Pública própria do Estado Democrático de Direito.

Assim, cumpre ao legislador estabelecer os contornos que atendam às especificidades e às peculiaridades, sem de qualquer modo negar eficácia ao modelo constitucional que consagra a negociação coletiva como condição necessária à democratização das relações entre os servidores e o Poder Público.

4 – O STF E A LEI Nº 8.112/90

Conquanto desnecessária a regulamentação dos direitos coletivos dos servidores, uma vez que a norma constitucional que os consagra é dotada de eficácia plena, a matéria foi disciplinada pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o Regime Único Jurídico dos Servidores Civis da União (RJU).

O art. 240 previu o direito à livre-associação sindical e declinou outros direitos coletivos, tendo a alínea *d* se referido expressamente ao direito à negociação coletiva. No entanto, as alíneas *d* e *e* do art. 240 da Lei nº 8.112/90 (RJU) foram objeto da ADIn 492/DF, ajuizada pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal.

O STF decidiu pela inconstitucionalidade da alínea *d* do art. 240 da Lei nº 8.112/90, que havia consagrado a negociação coletiva dos servidores. Fixou que a relação de trabalho entre os servidores e o Estado é de natureza estatutária, o que justificaria a impossibilidade de a mesma ser regulada por instrumento coletivo e de ser admitido o ajuizamento do dissídio coletivo para solucionar os conflitos daí emergentes.

A decisão confirma a tendência de os juristas pretenderem compreender o presente com as lentes do passado, aprisionando-se a paradigmas construídos em outro momento histórico. Com esse olhar retrospectivo, o acórdão terminou sufragando a tese da já superada concepção unilateralista de função, sem considerar o moderno desenvolvimento do tema, as normas da OIT e o Direito Comparado.

Além disso, o STF não levou em conta “o objeto da nova organização do serviço público que, dotado de instrumentos negociais, teria muito mais condições de cumprir a missão e exercer o papel que dele espera uma sociedade diversificada, problemática, exigente”, considerando, sobretudo, que “os desafios e as dificuldades estão longe de compatibilizar-se com soluções autoritárias e unilaterais”⁴.

Assim, a decisão aviltou o novo panorama surgido com a Constituição de 1988, que buscou redefinir a correlação de forças no embate entre servidores e Estado, assegurando a sindicalização, o direito de greve e o direito à negocia-

4 SILVA, Antônio Álvares da. *Os servidores públicos e o direito do trabalho*, 1993. p. 153.

DOCTRINA

ção coletiva, desconsiderando ainda a íntima integração, conexão e correlação entre esses três institutos fundamentais do Direito Coletivo do Trabalho, de onde são originários.

Faltou, portanto, uma interpretação adequada e prospectiva, alinhada com a ideia de que o direito e os Tribunais devem atuar no interesse e a serviço da democratização e da transformação da sociedade.

Ora, numa sociedade complexa, plural, heterogênea, fragmentada em classes e grupos, dotados de interesses diversos e contraditórios, é natural que a Constituição seja firmada sob a forma de compromisso, cujas normas se expressam em textura aberta, resultando em uma ampla margem de conformação por seus intérpretes.

O STF, ao formular uma interpretação retrospectiva, baseada nos paradigmas da velha hermenêutica constitucional, limitou-se a reproduzir antigos valores da doutrina administrativista. Essa postura confirma a assertiva de que “os operadores jurídicos continuam prisioneiros dos paradigmas construídos sob a égide da Constituição adotada pelo regime autoritário”⁵.

Portanto, faltou uma interpretação adequada e prospectiva, a partir das conquistas democráticas de 1988. No precedente, o STF desconsiderou a ruptura constitucional em relação à clássica concepção de função pública, “revelada justamente pela institucionalização de mecanismos que instrumentalizam a participação ativa do funcionalismo público nos rumos da Administração, permitindo a oxigenação dessa através das ideias, das informações e das pretensões entre ela e o seu corpo funcional”⁶.

Com a decisão proferida na ADIn 492/DF, foram provocadas sérias e graves consequências, assim sintetizadas:

“i) as entidades representativas dos servidores não podem firmar convenção coletiva ou qualquer outro instrumento coletivo com o Estado;

ii) os direitos de liberdade sindical e de greve, previstos no art. 37, VI e VII, da CF foram na prática revogados, uma vez que estão formalmente proclamados, porém, não possuem eficácia;

iii) não podendo negociar nem firmar convenção coletiva, os sindicatos de servidores perdem o objeto;

5 CLÈVE, Clémerson Merlim. *A atividade executiva do Poder Legislativo no Estado contemporâneo*, 2000. p. 159.

6 DEMARI, Melissa. *Negociação coletiva no serviço público*, 2007. p. 95.

DOCTRINA

iv) não podendo negociar, também o direito de greve perde o sentido, eis que, se os servidores públicos entrarem em greve, ela será considerada ilegal, pois não pode ter por objeto forçar o Estado a negociar, já que é vedada a negociação coletiva; e

v) o direito à sindicalização e o direito à greve, conquistas dos funcionários, foram sumariamente extirpados da Constituição.⁷⁷

Esse cenário parecia mudar a partir do reconhecimento, pela Suprema Corte, do direito de greve dos servidores, o que deveria conduzir ao reconhecimento do direito à negociação coletiva. Mas essa expectativa não se confirmou, pois o próprio STF, ao julgar recentemente o RE 693.456, aniquilou na prática o direito de greve ao determinar a supressão dos salários dos dias de paralisação, inviabilizando também a própria negociação coletiva.

5 – O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA

O STF, no julgamento do MI 708/DF e do MI 712/PA, em 2007, autorizando o exercício do direito de greve e compelindo o Congresso Nacional a regulamentar, dentro do prazo de 30 dias, o inciso VII do art. 37 da CF, decidiu que, enquanto não suprida a lacuna legislativa, deve ser aplicada a Lei nº 7.783/89.

Com essa substancial mudança na jurisprudência, o novo precedente teria a potencialidade de provocar uma transformação paradigmática nas relações coletivas de trabalho, indicando o reconhecimento pleno dos direitos coletivos, compreendendo aí a plena liberdade sindical, a deflagração de conflitos coletivos e a negociação coletiva.

Essa nova perspectiva, a partir da decisão do STF, decorreria da circunstância de as categorias “sindicato”, “greve” e “negociação” encontrarem-se em regime de complementaridade, haja vista que a face coletiva da liberdade sindical é a autodeterminação, baseada no princípio da autonomia coletiva.

Logo, reconhecido o direito de greve, derivaria daí o direito à negociação coletiva, pois o direito de greve é inconcebível e até absurdo sem a possibilidade de negociar um acordo que possa pôr termo ao conflito.

Ademais, a negociação, assim como a greve, integra o conteúdo essencial da liberdade sindical, pois impossível a existência de sindicato de servidores na ausência da greve ou da negociação, pois se o direito assegura a vida dos sindicatos é para que lutem pela realização de seus fins.

7 SILVA, Antônio Álvares da. *Os servidores públicos e o direito do trabalho*, 1993. p. 222-223.

DOCTRINA

O precedente, além de reconhecer o direito à greve, deveria ser entendido como uma ruptura do modelo de não negociação para um sistema de negociação coletiva. A nova perspectiva teria como consequência lógica o reconhecimento da negociação coletiva como instrumento essencial para a definição das condições de trabalho no setor público.

Isso porque em um modelo democrático de relações coletivas de trabalho não se trata de negociação meramente consultiva, pré-legislativa, destinada à elaboração compartilhada de anteprojeto de lei, preservando a discricionariedade do Poder Público.

Conquanto admissível esse tipo de negociação para certas matérias, é possível adotar um modelo de negociação vinculante, com o consenso formalizado através de contrato coletivo, com eficácia jurídica plena, que passa a integrar a ordem jurídica independente da intervenção superveniente do Parlamento.

Com a nova orientação do STF, os direitos coletivos dos servidores teriam seus limites configurados, sujeitando-se a peculiaridades e a especificidades. Necessária seria a definição da estrutura negocial básica, de modo que a negociação pudesse desenvolver-se dentro de marcos previamente assentados.

Deveria então haver a institucionalização do processo negocial com definição de fases e procedimentos próprios, contemplando tipos, sujeitos, matérias, procedimentos, resultados, efeitos dos instrumentos e sistema de composição dos conflitos.

Essa estruturação deveria adequar-se às peculiaridades e às especificidades do serviço público, mas não poderia desvirtuar o conteúdo essencial da negociação coletiva, na linha do que reconhece a OIT por meio da Convenção nº 151.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 693.456, decidiu que o Poder Público deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos.

Considerou necessário o corte de ponto para a adequada distribuição dos ônus inerentes à instauração da greve e para que a paralisação, que gera sacrifício à população, não seja adotada pelos servidores sem maiores consequências.

O precedente do STF tem consequências devastadoras para o movimento sindical. Diante da ameaça de corte de ponto e de supressão de salários, elimina na prática o direito de greve dos servidores, rechaçando também a própria negociação coletiva, na linha do que já havia decidido na ADIn 492/DF.

O art. 12 da Lei nº 7.783/89, atual Lei de Greve, não determina o desconto nos salários, apenas prevê que “a participação em greve suspende o contrato

DOCTRINA

de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.”

Fica claro que a interpretação conferida pela Suprema Corte termina sendo pior do que aquela extraída da Lei nº 4.330/64, conhecida como Lei Antigreve, editada durante a ditadura militar, que prevê o pagamento dos salários dos grevistas.

O seu art. 20, parágrafo único, dispõe que “a greve suspende o contrato de trabalho, assegurando aos grevistas o pagamento dos salários durante o período da sua duração e o cômputo do tempo de paralisação como de trabalho efetivo, se deferidas, pelo empregador ou pela Justiça do Trabalho, as reivindicações formuladas pelos empregados, total ou parcialmente”.

Além disso, a decisão do STF fortalece o autoritarismo, liberando os governos do dever de negociar com os servidores. A decisão reflete a falta de compreensão pela Suprema Corte do papel essencial que a greve exerce como instrumento de luta por mais e melhores direitos e em defesa da ampliação e melhoria da qualidade dos serviços públicos.

O STF revela desconhecer que todas as democracias contemporâneas consagram o direito de greve e estabelecem meios de promover e garantir seu efetivo exercício. Mostra desconhecer que a greve, por definição, é um instrumento de luta, reconhecido pelo art. 9º da Constituição: “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devem por meio dele defender”.

Reconhecido pela Constituição, o exercício regular do direito de greve não pode comprometer o mais básico de todos os direitos, que é o direito à própria sobrevivência. Isso porque o seu exercício somente se torna real e efetivo quando assegurado o pagamento dos salários durante o período de paralisação.

Assim, o exercício do direito de greve pelos trabalhadores não autoriza a supressão dos salários e os descontos futuros estão condicionados à declaração judicial de ilegalidade da greve, cuja avaliação dos riscos cabe exclusivamente aos trabalhadores.

Para compreender a real motivação da decisão do STF, necessário observar que, num país marcado pela desigualdade e pela distribuição injusta de poder e riqueza, as greves exerceram papel decisivo para a construção do atual sistema de proteção social.

Mas o direito de greve contrapõe-se ao movimento em curso no país de negação da ordem constitucional democrática, includente e emancipatória. Nessa

DOCTRINA

lógica, seria natural a extinção da possibilidade de greves, privando os trabalhadores do único meio para denunciar e combater a eliminação e a redução de seus direitos.

Como se vê, o STF, ao julgar o RE 693.456, segue a mesma lógica adotada no julgamento da ADIn 492/DF. Em ambos os precedentes, a Corte Suprema continua refém do passado, submetida ao paradigma de Estado autoritário, incapaz de reconhecer que a greve e a negociação coletiva no serviço público são inerentes ao constitucionalismo democrático, como proclamado pela OIT por meio da Convenção nº 151.

6 – A CONVENÇÃO Nº 151 DA OIT

A OIT vem afirmando que a negociação coletiva integra o núcleo essencial da liberdade sindical dos servidores públicos. Assim, a OIT tem fixado um conjunto de princípios para regular o processo negocial, que passa pela observância de um mínimo de regras e de consensos básicos adotados por meio de diversos instrumentos.

A Convenção nº 87 continua sendo o marco normativo básico da OIT em matéria de liberdade sindical. Constitui referência para determinar o padrão de exigência de liberdade sindical em uma sociedade democrática. Representa o primeiro documento internacional a ocupar-se da liberdade sindical e da proteção dos direitos sindicais dos servidores, reconhecendo o direito de sindicalização a todos os trabalhadores, sem qualquer distinção.

A negativa do reconhecimento do direito de sindicalização dos servidores é contrária à Convenção nº 87, porquanto todos os trabalhadores da Administração Pública têm assegurado o direito de constituírem sindicatos e filiarem-se a eles, abrangendo os prestadores de serviços em todas as esferas de governo, independentemente da natureza da relação jurídica.

Esse convênio exerce um papel fundamental para o reconhecimento e a garantia do direito de sindicalização dos servidores, colocando-se radicalmente contra a discriminação que alguns sistemas jurídicos fazem entre essa categoria e os demais trabalhadores.

A Convenção nº 98 objetiva garantir a autonomia e a liberdade de ação do sindicato de trabalhadores perante o empregador, cuidando especialmente da negociação coletiva. Almeja também estabelecer igualdade de condições nas negociações, evidenciando que os sindicatos devem gozar de uma efetiva proteção, que aniquile eficazmente os atos de ingerência, com a finalidade de preservar a autonomia e a liberdade de ação coletiva dos trabalhadores.

DOCTRINA

A aplicação dessa convenção no setor público mostra-se mais complexa. O art. 8º exclui de seu campo de aplicação os servidores, ao passo que o art. 6º dispõe que o instrumento não trata da situação dos trabalhadores que atuam na Administração do Estado, não podendo ser interpretado de sorte a prejudicar seus direitos ou o contido no estatuto respectivo.

Conquanto possa parecer que a aplicação da Convenção nº 98 não se estenda à sindicalização e à negociação coletiva no serviço público, a exclusão refere-se tão somente àqueles servidores que exercem poder político, cujas funções estão diretamente relacionadas à Administração do Estado, não abrangendo, portanto, aqueles que exercem atividades estatais auxiliares.

A Convenção nº 151 garante o direito de sindicalização aos servidores públicos, reafirmando a liberdade sindical que já havia sido assegurada como um direito em amplo sentido através da Convenção nº 87, sendo possível afirmar que a verdadeira base jurídica da liberdade sindical dos servidores encontra-se nas Convenções ns. 87 e 151 da OIT.

Esta Convenção abrange todas as pessoas que trabalham para os órgãos da Administração Pública, na medida em que não lhes sejam aplicadas disposições mais favoráveis de outras convenções internacionais do trabalho. A garantia do direito de sindicalização dos trabalhadores do serviço público, considerados de uma forma genérica, sem restrições, aparece no art. 4º desse Convênio.

Este preceito resguarda aos servidores, em seu conteúdo, o gozo de uma proteção adequada contra todos os atos discriminatórios que signifiquem uma conduta antissindical, pretendendo o resguardo e a manutenção do cargo ou emprego público durante o exercício da liberdade sindical.

Preconiza o art. 5º que as organizações desses trabalhadores não podem sofrer ingerências nem prejuízos, de qualquer tipo, por parte da autoridade pública. O art. 6º concede facilidades aos representantes dos trabalhadores do serviço público para o rápido e eficaz desempenho de suas funções, inclusive durante as horas de trabalho. Os arts. 7º e 8º valorizam a negociação coletiva e a solução de conflitos entre os servidores e as Administrações Públicas.

Portanto, a Convenção nº 151 dá um grande passo ao exigir que os Estados devem adotar medidas de fomento e estímulo à negociação coletiva na Administração Pública, instituindo procedimentos de negociação para que os servidores possam participar da determinação de suas condições de trabalho.

Estabelece que devem ser adotadas medidas adequadas para estimular e fomentar o pleno desenvolvimento e a utilização de procedimentos de nego-

DOCTRINA

ciação ou quaisquer outros métodos independentes e imparciais que permitam aos servidores participar da determinação de suas condições de trabalho.

Esse convênio aplica-se a todas as pessoas que trabalham para a Administração Pública, sendo que as únicas categorias que podem ser excluídas, além das forças armadas e da polícia, são os servidores de alto nível que, pela natureza de suas funções, possuam poder decisório ou desempenhem cargos diretivos ou, então, quando realizam atividades altamente confidenciais.

Na Convenção nº 154, a negociação coletiva é compreendida como componente essencial da liberdade sindical. Este convênio, aplicável a todos os ramos de atividade, já no seu preâmbulo estabelece que seu objetivo é reforçar as normas existentes sobre negociação coletiva e que de suas normas devem resultar medidas destinadas a fomentar a negociação coletiva livre e voluntária.

Prevê seu art. 1º que, no tocante ao serviço público, modalidades especiais de aplicação podem ser estabelecidas por leis ou regulamentos nacionais ou pela prática nacional. Considerando que o instrumento trata especificamente da negociação coletiva, nesse sentido não se compreende o simples método de consulta aos representantes dos trabalhadores, posto que ela tem como objetivo, dentre outros, o de fixar as condições de trabalho e emprego.

Com a ratificação pelo Brasil da Convenção nº 151 da OIT, reacenderam-se os debates em torno da urgente necessidade de adequação da legislação e consequente institucionalização da negociação coletiva.

Conquanto o direito à negociação coletiva dos servidores públicos seja extraído de forma direta e imediata da Constituição Federal, a existência de legislação promocional desempenha papel fundamental para sua conformação e garantia de sua eficácia.

Nesse aspecto, é importante a existência de regulamentação que disponha sobre solução de conflitos coletivos de trabalho, considerando as peculiaridades inerentes à natureza e as especificidades do serviço público.

Mas a regulamentação deve considerar que a negociação coletiva é categoria fundamental do Direito Coletivo do Trabalho e da própria teoria geral do direito, que deve ser preservada em seu conteúdo essencial, no qual se insere a eficácia jurídica dos instrumentos dela resultantes.

Objetivando regulamentar o modo de tratamento dos conflitos coletivos no setor público, bem como questões a eles diretamente relacionados, está em curso no Brasil amplo debate, reforçado com a ratificação da Convenção nº 151 da OIT, que exige a institucionalização do procedimento negocial.

DOCTRINA

Aprovada em 1978, a Convenção nº 151 entrou em vigor no plano internacional em 1981. O Brasil, embora tenha ratificado em 1992 a Convenção nº 154, de 1981, que trata do fomento à negociação coletiva, cujo instrumento também é aplicável à Administração Pública, não havia ainda ratificado a Convenção nº 151, que assegura a promoção e a defesa dos interesses dos trabalhadores na função pública.

A falta de ratificação da Convenção nº 151 deixava o país em posição bastante adversa na comunidade internacional, tornando-o um dos poucos países democráticos que não havia ratificado o documento e que não aplicava os princípios da convenção em sua legislação nem ajustava suas práticas nacionais.

A ratificação era de fundamental importância para a democratização das relações de trabalho no setor público, impondo-se agora a necessidade de sua regulamentação para assegurar e promover a negociação das condições de trabalho entre as organizações de trabalhadores e a Administração Pública.

A inércia do Brasil em relação à ratificação da Convenção nº 151 foi rompida com sua aprovação em outubro de 2009 pelo Congresso Nacional. Depois de aprovado o documento internacional pelo parlamento brasileiro, teve início o processo de sua ratificação, o que ocorreu através do Decreto Legislativo nº 206, de 7 de abril de 2010.

Com a ratificação, renovaram-se as expectativas de adoção de uma legislação promocional e de reformulação das práticas nacionais, com instituição de verdadeira negociação coletiva entre os servidores e a Administração Pública.

Depois da ratificação, sua regulamentação deveria realizar-se no prazo de um ano, prorrogável pelo mesmo prazo, daí a necessidade de adequação da legislação ter ocorrido até junho de 2012. Até agora, no entanto, não se procedeu à regulamentação e hoje se constata a configuração de um impasse em relação às tratativas tendentes à institucionalização da negociação coletiva.

As posições quanto à iniciativa, ao formato e ao conteúdo dessa regulamentação são as mais díspares e contraditórias, seja no âmbito da Administração Pública, seja no âmbito das organizações sindicais.

À falta de regulamentação, continua o Brasil sem instrumentos e procedimentos de solução dos conflitos coletivos no setor público, resultando em graves prejuízos aos servidores, à Administração e à sociedade.

Um dos pontos essenciais e mais complexos na institucionalização da negociação coletiva dos servidores públicos, como consequência da ratificação da Convenção nº 151 da OIT, diz respeito à eficácia jurídica da negociação coletiva, bem como dos instrumentos dela resultantes.

7 – EFICÁCIA JURÍDICA DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS

Questiona-se se o sistema de relações coletivas no setor público contempla autêntico direito à negociação e se a eficácia jurídica da negociação conduz à garantia da aplicabilidade, da exigibilidade e da executoriedade do aparato normativo que prevê o direito à negociação coletiva.

A definição da eficácia da negociação relaciona-se diretamente com a natureza jurídica dos seus instrumentos, aspecto este altamente controvertido e que envolve posições doutrinárias diversas, assim sistematizadas:

- i) contratos administrativos com eficácia obrigacional limitada às partes contratantes, com eficácia apenas contratual, sem caráter normativo;
- ii) regulamentos negociados, constituindo etapa do procedimento de elaboração de disposição administrativa regulamentar; e
- iii) contratos normativos, produtos da autonomia coletiva dos servidores, com eficácia jurídica normativa e fonte de direito objetivo, à semelhança dos convênios coletivos⁸.

Por certo, a investigação da natureza jurídica dos instrumentos derivados da negociação tem como premissa a assimilação da natureza dos convênios coletivos firmados no âmbito trabalhista.

Acentua-se o caráter normativo, tendo como substrato a autonomia coletiva, destinado à criação de direito impessoal e abstrato, sem referência a destinatários considerados de forma individual e concreta, cujos preceitos não se exaurem com o seu cumprimento, mas que se afirmam e se consolidam em cada aplicação determinada das condições de trabalho⁹.

O produto da negociação, enquanto norma jurídica, integra-se plenamente “en un sistema de fuentes con capacidad para plasmar, em el plano normativo, el pluralismo social y político que define la organización jurídica que se plasma em los actuales modelos constitucionales”¹⁰.

8 Acerca do debate sobre a natureza jurídica dos instrumentos finais da negociação coletiva dos servidores, remete-se para as seguintes obras: ROQUETA BUJ, Renedios. *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del empleado público*, 2007. p. 469-479; BENGOTXEA ALKORTA, Aitor. *Negociación colectiva y autonomía colectiva en la función pública*, 2005. p. 165-188.

9 BENGOTXEA ALKORTA, Aitor. *Negociación colectiva y autonomía colectiva en la función pública*, 2005. p. 168.

10 Isso porque “la autonomía colectiva debe quedar configurada como el poder originario jurificado que fundamenta la negociación colectiva en tanto como fuente material del derecho y referente inmediato del convenio colectivo en el plano de la positividad (fuente formal). Como normativa positiva, por tanto, el convenio goza de una eficacia propia, no derivada de la ley, para imponerse a las relaciones de trabajo” (CORREA CARRASCO, Manuel. *La negociación colectiva como fuente [formal] del derecho del trabajo*, 1997. p. 189).

DOCTRINA

Assim, os instrumentos normativos “al igual que el convenio colectivo en el ámbito privado, son contratos normativos: contratos por su origen, norma por su eficacia jurídica”¹¹. A natureza jurídica, portanto, está determinada pelo contexto de sua origem e pelo perfil das normas que consagra, daí sua adequada inserção na categoria de contratos coletivos normativos.

Esse enquadramento ajusta-se aos elementos que lhe integram e lhe conferem seus contornos e especificidades, a saber, a vinculação direta, a eficácia normativa, os efeitos sobre terceiros, estes compreendidos pelos servidores abrangidos pelo âmbito de aplicação, e a exclusão da capacidade de regulação unilateral pela Administração Pública pelo menos até o esgotamento da negociação¹².

Essa orientação reconhece a transcendência da negociação como fenômeno de produção normativa, cuja eficácia não pode sujeitar-se exclusivamente ao papel que lhe é atribuído pela norma estatal, porquanto sua normatividade “es inmanente a su naturaleza de acto emanado por una fuente material del derecho, la negociación colectiva, a la que el ordenamiento jurídico, no la ley, confiere tal virtualidad”¹³.

Definida a natureza de contratos coletivos normativos dos instrumentos negociados, outra questão altamente desafiadora e complexa diz respeito à eficácia jurídica dos instrumentos resultantes da negociação.

Para alguns, deve haver um tratamento inteiramente distinto entre a negociação entabulada no setor privado e aquela estabelecida no serviço público.

Os efeitos seriam meramente obrigacionais, dependendo sua eficácia de incorporação ao ordenamento jurídico através de ato formal proveniente da esfera executiva ou legislativa, haja vista a necessidade de harmonizar a negociação com a competência constitucional dos Poderes Legislativo e Executivo para regular o regime jurídico-administrativo.

Nesse caso, a negociação seria mera etapa do procedimento legislativo ou administrativo de adoção do ato regulamentar, atribuindo ao processo negocial um valor de compromisso moral ou político, considerando que as disposições relativas ao direito de negociação somente conferem aos sindicatos uma satis-

11 ALFONSO MELLADO, Carlos Luis. *Los derechos colectivos de los empleados públicos en el estatuto básico*, 2008. p. 35.

12 ALFONSO MELLADO, Carlos Luis. *Los derechos colectivos de los empleados públicos en el estatuto básico*, 2008. p. 36.

13 CORREA CARRASCO, Manuel. *La negociación colectiva como fuente (formal) del derecho del trabajo*, 1997. p. 186.

fação simbólica, sem afetar o sistema estatutário e unilateralista da legislação sobre o regime jurídico-administrativo.

Essa é uma perspectiva em que se procura reconhecer aos ajustes coletivos uma eficácia mais política do que jurídica, que termina prestigiando a unilateralidade em detrimento da bilateralidade que deve pautar a fixação das condições de trabalho no setor público¹⁴.

Acerca desse problema não existe uniformidade no Direito Comparado. Alguns sistemas sequer admitem a celebração de instrumento formal e em outros a aplicação do instrumento ao fim e ao cabo depende sempre de uma decisão unilateral do Poder Público.

Essa vertente considera que os instrumentos normativos celebrados não têm efeitos vinculantes, porquanto geralmente necessitam de aprovação e/ou promulgação de um ato de autoridade competente.

No entanto, pela negociação coletiva, não se pretende apenas limitar o poder discricionário de que dispõe a Administração nem pode cingir-se a simples obrigação assumida pelo Poder Público de transformar o ajuste em lei ou em regulamento.

Negar eficácia jurídica direta e imediata ao que foi ajustado seria reduzir a negociação coletiva a um expediente de mera consulta, razão pela qual deve prevalecer, como tendência, que os instrumentos coletivos aplicam-se diretamente, independentemente de aprovação ou incorporação a um texto legislativo.

Admite-se, no entanto, que cada sistema jurídico poderá definir contornos específicos, podendo inclusive consagrar a exigência de ratificação do ajuste pelo Poder Executivo ou configurando um modelo de negociação pré-legislativa, em que a decisão final sobre o ajuste cabe ao Parlamento.

Em todo o caso, o reconhecimento da eficácia jurídica, do que resulta a obrigação de cumprimento do produto negociado, deve-se constituir base

14 A mitigação da eficácia jurídica da negociação dos servidores públicos parte de uma lógica que se estrutura a partir das seguintes perspectivas: “por la exacerbación del poder de los órganos estatales; por la ampliación del margen decisorio según criterios de conveniencia y oportunidad, con la elevación del poder discrecional; por la restricción de los derechos, mediante, por un lado, el encuadramiento de varios de ellos como mera directriz, y, por otro, la interpretación restrictiva de los derechos individuales y colectivos, que parte del supuesto de que los intereses por ellos tutelados están en constante choque con los intereses generales. Esa lógica encuentra su representación adecuada en la expresión ‘imperio de la ley’, que, llevado al extremo de su contenido semántico, resulta en la primacía del Derecho con relación a los derechos y un sistema normativo rígido y jerarquizado, basado en una producción vertical de normas, con reducido espacio para la participación” (MACEDO DE BRITO PEREIRA, Ricardo José. *La negociación colectiva en la función pública: una aproximación constitucional*, 2004. p. 227-228).

sólida e estável para a configuração de um sistema democrático de relações coletivas de trabalho¹⁵.

Desde logo, extraem-se algumas assertivas a respeito da eficácia da negociação coletiva no setor público.

Os instrumentos devem produzir efeitos normativos e obrigacionais, que obrigam tanto a Administração Pública como os sindicatos, desfrutando de eficácia geral, com efeitos *erga omnes*, aplicando-se a todos os servidores no âmbito correspondente.

Nesse sentido, caracterizam os instrumentos normativos:

i) a imediatidade, pois, uma vez publicados, são *self-executing*, adquirindo força de obrigar sem necessidade de edição de norma posterior, tendo, por si, caráter normativo e aplicando-se automaticamente, independentemente de qualquer conduta seguinte da Administração Pública;

ii) a imperatividade, significando que carecem em princípio de natureza dispositiva e desse modo não permitem uma regulação discrepante, decorrendo do princípio da boa-fé que deve orientar as atividades dos negociadores, daí por que, firmado o ajuste, não pode a Administração atuar de forma distinta nem lhe é permitido modificá-lo unilateralmente; e

iii) a inderrogabilidade absoluta, resultando que no prazo de sua vigência há de ser respeitado, sendo que um “(...) reglamento no puede intervenir ni siquiera para mejorar el acuerdo o pacto, mientras este se halle em vigor”¹⁶.

Nada obstante esses aspectos gerais, uma das especialidades da negociação coletiva no setor público concerne à eficácia jurídica dos seus instrumentos, configurando uma eficácia especial quando comparada à negociação coletiva no âmbito trabalhista.

Definidas as bases acerca da eficácia jurídica dos instrumentos normativos, cumpre verificar os efeitos decorrentes do descumprimento do produto da negociação. Quando se tratar de descumprimento em relação a matérias não sujeitas à reserva de lei, a questão é menos problemática.

15 Esse sistema possui uma lógica pluralista e nele “se admite la apertura a los más variados valores y su protección se hace de modo no excluyente; los intereses más generales sólo son concebidos en la medida en que se observan los derechos individuales y colectivos en su amplia extensión. El sistema normativo es basado en la producción horizontal de normas, dándose preferencia a las formas negociadas y a la intensificación del diálogo” (MACEDO DE BRITO PEREIRA, Ricardo José. *La negociación colectiva en la función pública: una aproximación constitucional*, 2004, p. 228).

16 OJEDA AVILÉS, Antônio. *Compendio de derecho sindical*, 1998. p. 400.

DOCTRINA

Possuindo suas normas caráter imperativo, com eficácia imediata e claramente vinculante, incidem de forma cogente em relação aos órgãos administrativos e aos servidores, não podendo a Administração modificá-las ou alterá-las para ajuste a situações singulares.

Firmado o ajuste coletivo, quaisquer das partes afetadas pelo descumprimento pode reclamar o cumprimento dos direitos que lhes corresponda. Nesse sentido, pode o servidor diretamente ou a organização sindical legitimada reclamar contra a Administração Pública na via administrativa ou jurisdicional.

Tratando-se de descumprimento de instrumentos ratificados em matérias sujeitas à reserva de lei, a questão assume maior complexidade.

Recusando-se a Administração Pública a encaminhar o projeto de lei ou procedendo ao encaminhamento com inobservância das condições ajustadas, em qualquer caso resta caracterizado o descumprimento, gerando consequências jurídicas, na medida em que os instrumentos vinculam juridicamente o órgão que os aprova.

O descumprimento “podrá generar acciones en reclamación de responsabilidad a la Administración, en un caso por omisión de una conducta exigible, en el otro por acción”¹⁷.

Aspecto muito relevante diz respeito à eficácia negativa da negociação coletiva dos servidores públicos, distinguindo-se, no ponto, entre a eficácia do produto da negociação e a eficácia da obrigação de negociar.

No caso, dada a natureza obrigatória da negociação no serviço público, sua inobservância deve ensejar a nulidade da decisão ou ato administrativo adotado sem que antes tenha se submetido ao procedimento de negociação obrigatório.

Existindo o dever de negociar, obviamente seu descumprimento gera consequências jurídicas, com a possível nulidade do ato administrativo adotado unilateralmente sem negociação prévia ou produzido mediante procedimento viciado.

O problema assume maior complexidade quando se trata de negociação pré-legislativa e o projeto de lei é aprovado sem prévia negociação.

Nesse caso, é possível admitir que o ato legislativo supre os vícios precedentes, dificultando a postulação da nulidade da lei, mas isso não obstaculiza a responsabilização da Administração Pública por descumprimento do dever de negociar.

17 ALFONSO MELLADO, Carlos Luis. *La negociación de los funcionarios públicos*. Algunas cuestiones a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000. *RDS*, n. 13, 2001. p. 25.

DOCTRINA

Essa circunstância justifica um pedido de indenização em favor das organizações sindicais legitimadas por violação ao direito fundamental de liberdade sindical, do qual faz parte o direito à negociação coletiva¹⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previsão, nos sistemas democráticos contemporâneos, da sindicalização dos servidores importa uma transformação paradigmática na forma de organização administrativa e nas relações que se estabelecem entre a coletividade dos trabalhadores públicos e o Estado, implicando a própria modificação do regime jurídico-administrativo.

Não se nega a complexidade desse processo em direção à negociação coletiva, na medida em que, conquanto esteja garantida a autonomia coletiva, o texto constitucional mantém um conteúdo essencial para o regime jurídico-administrativo, a exigir “(...) la compatibilidad y convivencia con el régimen estatutario funcional de origen legal y reglamentario que la Constitución impone, con la libertad sindical y la autonomía colectiva de los funcionarios que la Constitución, al mismo tiempo, les reconoce”¹⁹.

Os direitos coletivos dos trabalhadores sempre foram concebidos na perspectiva do Estado moderno, vinculados e dotados de eficácia no âmbito de cada ordenamento jurídico. No entanto, intensa atividade normativa no plano internacional foi realizada no sentido de promover e fortalecer a liberdade sindical e a negociação coletiva, como ocorreu com a edição da Convenção nº 151 da OIT.

Na Convenção nº 151 não há tratamento substancialmente distinto em relação ao exercício do direito de sindicalização e negociação coletiva entre trabalhadores públicos e privados, conquanto se reconheça neles a possibilidade de o exercício sujeitar-se a peculiaridades, que deverão ser interpretadas em sentido restritivo, como simples “modalización o modulación de la libertad sindical”²⁰.

No Brasil, todavia, prevalece uma prática administrativa calcada em paradigmas já superados, contrariando o próprio modelo democrático que a Constituição de 1988 pretendeu implantar, ao assegurar aos servidores os direi-

18 ALFONSO MELLADO, Carlos Luis. *Los derechos colectivos de los empleados públicos en el estatuto básico*, 2008. p. 49.

19 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. *Ley y negociación colectiva en la función pública. Relaciones Laborales*, n. 14, 1997.

20 VALDES DAL-RÉ, Fernando. *Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación. REDT*, n. 86, 1997, p. 841.

tos de sindicalização e greve, reportando, inclusive, aos acordos e às convenções coletivas como instrumentos adequados para a solução de conflitos coletivos.

O STF, como já havia decidido na ADIn 492/DF, ainda em 1992, reitera agora no julgamento do RE 693.456, ocorrido em outubro de 2016, uma interpretação jurídica restritiva, retrospectiva, presa ao modelo de Estado autoritário, incompatível com o constitucionalismo democrático, ideologia vitoriosa no século XX, que reconhece e busca conferir efetividade aos direitos coletivos.

Persiste aqui o descompasso com outras experiências jurídicas que já consolidaram a negociação coletiva como caminho necessário para a superação dos conflitos coletivos de trabalho no contexto de uma sociedade plural, democrática e participativa, daí a necessidade de uma legislação promocional, de modo a assegurar o pleno e efetivo exercício dos direitos coletivos pelos servidores públicos.

A negociação coletiva dos servidores públicos possui uma dimensão constitucional, razão por que não está sujeita à livre-disponibilidade do legislador. Isso não sugere dotá-la de supremacia sobre a lei ou de configurá-la como direito absoluto que não possa sofrer modulações. No entanto, as limitações ou as restrições ao direito de negociação coletiva devem ser adequadas, necessárias e proporcionais.

Na colisão entre interesses públicos e negociação coletiva, necessário sua discussão por meio do próprio procedimento negocial, de modo que os sujeitos coletivos possam debater e solucionar a colisão dos interesses, buscando conservar o conteúdo essencial tanto dos interesses públicos como o da negociação coletiva, preservando, na medida do possível, o coração da negociação coletiva, que é a garantia da eficácia jurídica dos seus instrumentos.

Necessário destacar que, embora seja essencial o labor dos atores institucionais, como o legislador, a Administração e os Tribunais para a promoção da negociação, o aparato constitucional e legal resulta incompleto, irreal e ineficiente sem a existência e permanente promoção de múltiplos espaços em condições de garantir socialmente a eficácia das normas consagradoras de direitos.

Por isso, a concretização do direito de negociação dos servidores públicos passa pela atuação de uma pluralidade de atores sociais na formulação e na ativação das garantias institucionais (legais, administrativas e jurisdicionais), mas também por meio da autotutela, sobretudo através da greve, valioso instrumento de participação e pressão dos trabalhadores para a concretização dos direitos fundamentais e dos princípios democráticos.

Isso porque “la construcción de un Estado social constitucional ha de verse también como un proceso abierto, inacabado, cuya interpretación y de-

sarollo incumbe no solo a los operadores jurídicos formalmente autorizados sino también a los propios ciudadanos”²¹.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFONSO MELLADO, Carlos Luis. *La negociación de los funcionarios públicos*. Algunas cuestiones a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000. *RDS*, n. 13, 2001.

ALFONSO MELLADO, Carlos Luis. *Los derechos colectivos de los empleados públicos en el estatuto básico*. Albacete: Bomarzo, 2008.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação coletiva dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BAYLOS GRAU, Antonio Pedro. *Derecho de huelga y servicios esenciales*. Madrid: Tecnos, 1987.

BENGOETXEA ALKORTA, Aitor. *Negociación colectiva y autonomía colectiva en la función pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A atividade executiva do Poder Legislativo no Estado contemporâneo*. São Paulo: RT, 2000.

CORREA CARRASCO, Manuel. *La negociación colectiva como fuente (formal) del derecho del trabajo*. Madrid: Universidad Carlos III/BOE, 1997.

DEL REY GUANTER, Salvador. *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*. Madrid: INAP, 1986.

DEMARI, Melissa. *Negociação coletiva no serviço público*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.

MACEDO DE BRITTO PEREIRA, Ricardo José. *La negociación colectiva en la función pública: una aproximación constitucional*. Madrid: CES, 2004.

OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compendio de derecho sindical*. Madrid: Tecnos, 1998.

PISARELLO, Gerardo. El Estado Social como Estado Constitucional: mejores garantías, más democracia. In: ABRAMOVICH, V.; AÑÓN, J. M.; COURTIS, Ch. *Derechos sociales, instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2003.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel. Ley y negociación colectiva en la función pública. *Relaciones Laborales*, n. 14, 1997.

ROQUETA BUJ, Remedios. *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del empleado público*. Madrid: La Ley, 2007.

SILVA, Antônio Álvares da. *Os servidores públicos e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

VALDES DAL-RÉ, Fernando. Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación. *REDT*, n. 86, 1997.

21 PISARELLO, Gerardo. El Estado Social como Estado Constitucional: mejores garantías, más democracia. In: ABRAMOVICH, V.; AÑÓN, J. M.; COURTIS, Ch. *Derechos sociales, instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2003. p. 48.

O DIREITO E O AVESSO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Fábio Konder Comparato*

No conto *O Espelho*, de Machado de Assis, o narrador assevera a seus ouvintes espantados que cada um de nós possui duas almas: uma alma exterior, que exibimos aos outros, e com a qual nos julgamos a nós mesmos de fora para dentro; outra, interior, raramente exposta aos olhares externos, com a qual julgamos o mundo e a nós mesmos, de dentro para fora.

Algo de semelhante acontece com os nossos ordenamentos jurídicos, sobretudo no nível constitucional. Eles possuem um caráter essencialmente dúplice, nos dois sentidos da palavra: dobrado e dissimulado.

As Constituições aqui promulgadas apresentam-se, invariavelmente, sob a aparência de indumentárias de gala, exibidas com orgulho aos estrangeiros como prova de nosso caráter civilizado. São vestes litúrgicas, envergadas por doutores e magistrados nas cerimônias do culto oficial. Para o dia a dia doméstico, contudo, preferimos, como é natural, usar trajes menos vistosos e de feito mais adaptado às linhas do nosso corpo.

Essa dualidade jurídica surgiu no Brasil desde o início da colonização portuguesa, quando aqui se instalou um regime oligárquico, formado pela associação dos potentados econômicos privados com os grandes agentes estatais.

O direito escrito – as Ordenações do Reino, acrescidas das leis, provisões e alvarás posteriores – vinha todo da metrópole, ou seja, tinha o sabor de regras importadas, estranhas ao nosso meio. A tais regras devia-se respeito, mas não necessariamente obediência, à semelhança da máxima difundida em toda a América Espanhola: *las Ordenanzas del Rey Nuestro Señor se acátan pero no se cúmplen*.

Esse velho costume do dualismo jurídico fixou-se de modo permanente em nosso país. As normas do direito positivo, contrárias aos interesses da oligarquia aqui instalada desde o Descobrimento, podem permanecer formalmente em

* Professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; doutor Honoris Causa da Universidade de Coimbra.

vigor, mas sua aplicação é, conforme as circunstâncias, simplesmente afastada pelos Poderes Públicos.

A Constituição Federal de 1988, por exemplo, abre-se com a declaração solene de que “a República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito”. Na realidade prática, porém, o Brasil não é nem uma República, nem uma democracia, nem um autêntico Estado de Direito.

Não é uma República porque o bem comum do povo – que os romanos denominavam justamente *res publica* – jamais se sobrepõe aos interesses próprios da nossa oligarquia. Isso, aliás, não é nenhuma novidade. Frei Vicente do Salvador, em sua *História do Brasil*, editada em 1627, já afirmava desconsoladamente: “Nem um homem nesta terra é repúblico, nem zela e trata do bem comum, senão cada qual do bem particular”.

Tampouco somos uma democracia, pois, contrariamente à etimologia (*demos* = povo; *kratos* = poder), o povo brasileiro nunca foi soberano, mas sempre apareceu – quando lhe foi dado aparecer – como mero figurante no teatro político. Na verdade, após quase quatro séculos de escravidão legal, seria impossível aos nossos oligarcas não se convencerem de que, neste “florão da América”, o povo “é nascido para mandado e não para mandar”, segundo a sugestiva expressão camoniana¹.

Enfim, nem mesmo autêntico Estado de Direito temos sido, pois aqui – para dar apenas um exemplo pertinente à matéria destas linhas – as normas constitucionais de direitos humanos nunca estão acima das demais regras jurídicas, podendo simplesmente ser desconsideradas, quando contrárias aos interesses do grupo oligárquico.

É o que ocorre agora, quando o Congresso Nacional prepara-se, por iniciativa do Poder Executivo, para introduzir em nosso ordenamento jurídico a norma de que os direitos do trabalhador podem ser regulados não por lei, mas por convenções coletivas de trabalho, sem explicitar se os direitos objeto de tais pactos sindicais estão ou não abrangidos pelas normas constitucionais. A Constituição Federal, com efeito, em seu art. 6º, declara que *o trabalho é um direito humano de caráter social*, e explicita, no artigo seguinte, nada menos do que 34 espécies de direitos trabalhistas.

É escusado lembrar – ainda que os nossos oligarcas sofram de amnésia específica a esse respeito – que os direitos humanos estão em nível superior aos direitos ordinários, na escala hierárquica. E isto pela simples razão de que eles

1 *Os Lusíadas*, Canto V, versos 1.211/1.212.

DOCTRINA

nada mais são do que explicitações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, art. 1º, III). Em consequência, o conjunto dos direitos fundamentais, ou seja, dos direitos humanos de qualquer espécie, expressos no direito positivo – notadamente na Constituição –, é submetido ao *princípio da irreversibilidade*: eles não podem ser enfraquecidos, nem *a fortiori* suprimidos por normas posteriores.

Desse conjunto de 34 espécies de direitos humanos do trabalhador individual, a Constituição indica que, em apenas dois casos, a convenção coletiva de trabalho pode dispor diferentemente do determinado na norma constitucional: em matéria de irredutibilidade do salário (art. 6º, inciso VI) e quanto à jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos de revezamento (art. 6º, inciso XIV).

Escusa lembrar que essa irreversibilidade dos direitos fundamentais, notadamente os de caráter social, vem sendo duramente criticada pelos grandes conglomerados capitalistas no mundo todo, desde o início do movimento de globalização neoliberal, nas duas últimas décadas do século XX. Seria surpreendente que em nosso país a oligarquia capitalista ficasse à margem dessa tendência.

É supinamente óbvia a razão pela qual nossos oligarcas sentem-se mais confortáveis com a regulação sindical das relações trabalhistas do que com o estatuto legal; sobretudo quando este é posto acima do direito ordinário, facilmente modificável. Alguém, por acaso, ignora o velho costume brasileiro do “peleguismo” sindical? Ainda há quem ponha em dúvida o fato de que a direção dos sindicatos de trabalhadores, entre nós, costuma formar uma pequena oligarquia, e que, em caso de atrito com o poder empresarial, ela manifesta costumeiramente uma preferência pelas soluções de “conciliação”?

Ressalte-se, aliás, que o movimento de substituição do estatuto legal pelo acordo entre as partes surge hoje com todo vigor no plano internacional. Os grandes projetos de tratados internacionais de comércio, atualmente em negociações, estabelecem todos o mecanismo da arbitragem para a solução de controvérsias, em lugar do recurso às instâncias judiciárias, nacionais ou internacionais.

Dizem, porém, as más línguas que em nosso país os empresários não precisam temer (com perdão da palavra...) o Judiciário, porque este faz parte do consórcio oligárquico. Deus permita que tais maledicentes sejam punidos e que o povo carente possa continuar confiando no espírito de justiça dos nossos magistrados!

A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO PARA AJUIZAR AÇÕES CIVIS PÚBLICAS PLEITEANDO TUTELA INIBITÓRIA CONTRA TERCEIRIZAÇÕES ILÍCITAS

José Roberto Freire Pimenta*
Adriana Campos de Souza Freire Pimenta**

1 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TUTELA METAINDIVIDUAL

Sobre os direitos sociais e sua condição de direitos fundamentais de segunda geração, Pedro Lenza¹ nos ensina que:

“O momento histórico que os inspira e impulsiona é a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX. Nesse sentido, em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista (Inglaterra) e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais. Isso fica evidenciado, dentre outros documentos, pela Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha), e pelo Tratado de Versalhes, de 1919 (OIT). Portanto, os direitos humanos, ditos de segunda geração, privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade.”

Contudo, os direitos sociais também passaram por uma alteração conceitual, decorrente da própria evolução histórica da sociedade; valendo frisar, com base nas lições de Paulo Bonavides, que uma geração de direitos não afasta a que lhe antecede, razão por que prefere ele a expressão *dimensão*².

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; doutor em Direito Constitucional pela UFMG e professor adjunto III da Faculdade de Direito da PUC Minas, nas áreas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.*

** *Juíza do trabalho titular da 34ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte (MG); mestre em Direito Político e Econômico e especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.*

1 LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2003. p. 27.

2 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 525.

Assim, por exemplo, hoje, mais do que simplesmente alfabetizar os indivíduos (embora, tristemente, nem a esta fase cheguem muitos dos valorosos cidadãos brasileiros), pensa-se no direito social à educação como uma forma de se atingir os objetivos da República Federativa do Brasil, notadamente a construção de uma sociedade “livre, justa e solidária”³.

Os direitos fundamentais foram, assim, adquirindo um novo viés ao longo de sua evolução histórica, de forma cumulativa e não excludente: inicialmente, o que importava era o indivíduo sozinho (direitos fundamentais de natureza individual); depois, passou-se a considerar esse inserido nos denominados corpos intermediários⁴ (direitos fundamentais sociais)⁵; por fim, passou-se a considerar o próprio grupo como titular de suas próprias necessidades e direitos, além de se passar a reconhecer como relevantes, juridicamente, e dignas da correspondente tutela, as necessidades que são de toda a sociedade (direitos fundamentais de natureza coletiva ou metaindividuais).

Isso, em rápidas pinceladas, sintetiza a evolução do tratamento dado aos direitos fundamentais nas várias Constituições ao longo da história.

Sobre a evolução dos direitos fundamentais e a superação histórica do primeiro paradigma liberal individualista, ensina com sua habitual propriedade o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e Professor Mauricio Godinho Delgado⁶:

“A primeira inovação decisiva, apta a deflagrar um significativo processo de mudança no caráter e nos papéis de todo o direito, residuiu no

-
- 3 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II – garantir o desenvolvimento nacional;
III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”
 - 4 Expressão utilizada por Pedro Lenza para designar os representantes dos grupos, das massas, como as associações, os sindicatos, etc. In: LENZA, *op. cit.*, p. 34-35.
 - 5 Sobre os direitos fundamentais em geral e especificamente sobre os direitos sociais como direitos fundamentais de segunda dimensão (como certamente o são os direitos trabalhistas constitucionalmente consagrados), consultem-se: VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 51-71, esp. p. 57-62; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 514-531, esp. p. 518-519 e 530-531; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 43-68, esp. p. 56-58; MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003. p. 166-199; e MENEZES, Mauro de Azevedo. *Constituição e reforma trabalhista no Brasil: interpretação na perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2003. p. 37-55.
 - 6 DELGADO, Mauricio Godinho. As funções do direito do trabalho no capitalismo e na democracia. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 74-75.

surgimento do direito do trabalho e, a seu lado, o direito de seguridade social (este, inicialmente, como simples direito previdenciário), a partir dos finais do século XIX. A afirmação da democracia que esses dois ramos expressam seria dinâmica de largo impacto em toda a realidade jurídica existente.

A segunda inovação decisiva iria ocorrer, logo em seguida, com o direito constitucional. De fato, nesse contexto de democratização do direito, importante mudança ocorreu no direito constitucional ao longo do século XX. Dois momentos fundamentais destacaram-se no tocante a essa mudança.

Em um primeiro instante, ao superar o paradigma liberalista, patrimonial e individualista, que foi preponderante em seu nascimento em fins do século XVIII, durante as chamadas revoluções burguesas. Tal superação verificou-se por meio da inevitável incorporação das dimensões sociais do mundo jurídico, fenômeno ocorrido a partir de finais da segunda década do século XX. De fato, notáveis textos constitucionais surgidos nessa época, como a Constituição do México de 1917 e a Constituição da Alemanha de 1919, trouxeram para dentro do direito constitucional os ramos jurídicos trabalhista e de seguridade social, rompendo com a natureza excludente, patrimonial, individualista e elitista das matrizes constitucionais vindas do século XVIII.

Em um segundo instante, demarcado a partir de fins da Segunda Guerra Mundial e décadas subsequentes, com a criação de novo paradigma constitucional, do Estado Democrático de Direito, em cujo núcleo passa a ocupar posição central a pessoa humana e sua dignidade, subordinando a sociedade civil, inclusive o mercado econômico, e a sociedade política a tal direção preponderante.

A terceira inovação decisiva ocorreria com o subsequente surgimento de dois novos segmentos jurídicos claramente inspirados na matriz aberta pelo direito do trabalho. Trata-se do direito do consumidor e do direito ambiental, os quais foram, capitaneados pelo direito do trabalho, o importante gênero da efetiva modernidade no mundo contemporâneo, o direito social.”⁷

7 Luiz Guilherme Marinoni, depois de salientar que a crise do Estado Liberal fez emergir a questão da justiça social, em decorrência da qual um novo conceito de igualdade, não mais meramente formal, mas agora principalmente substancial, passa a dar à liberdade um novo valor, observa com acuidade que se passa a entender “que o mínimo de condições materiais é pressuposto para a liberdade real,

Exatamente porque, como pondera Antonio Carlos Wolkmer⁸, a tradição linear da afirmação e conquista de direitos não tem deixado de realçar o valor atribuído às necessidades essenciais de cada época.

A conceituação de novos direitos, prossegue o autor, deve ser compreendida como a afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais, coletivas e metaindividuais que emergem informalmente de toda e qualquer ação social, advindas de práticas conflituosas ou cooperativas, estando ou não previstas ou contidas na legislação estatal positiva, mas que acabem se instituindo formalmente.

Por fim, afirma que a tutela jurisdicional dos novos direitos exige paradigma diferente e que o tradicional direito processual vem sendo desafiado a cada dia em seus conceitos, institutos e procedimentos.

Os direitos fundamentais, como o direito social à educação, por exemplo, podem ser tratados sob essa perspectiva, quando forem discutidos em lides em que se busca a tutela metaindividual (ou transindividual), que nada mais é que a proteção coletiva a estes direitos.

Cumpra apenas lembrar, rapidamente, que os direitos materiais em geral, inclusive os direitos fundamentais, só existirão na prática, em qualquer ordenamento que se considere genuinamente jurídico, se nele houver, simetricamente, um conjunto de normas, institutos e procedimentos de natureza processual à disposição de todos os seus titulares para, em caso de seu inadimplemento, serem protegidos pelo Estado-juiz com o máximo de efetividade possível, de forma a lhes assegurar, pela via jurisdicional, a plena e tempestiva fruição dos correspondentes bens da vida cuja titularidade lhes tenha sido atribuída pelas normas constitucionais e infraconstitucionais⁹.

passando o Estado a objetivar a realização dos chamados direitos sociais” (*Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 22).

Acréscita ele, em seguida, de forma inteiramente acertada:

“Quando as democracias passam a se preocupar com a realidade, deixando de lado o amor pelo simples reconhecimento das liberdades políticas – surgindo, então, os direitos sociais e econômicos –, *os desiguais passam a ser tratados de forma desigual*. Os direitos sociais surgem a partir do momento em que se toma consciência da transformação das liberdades públicas em privilégios de poucos, ou seja, em privilégios burgueses. *Com os novos direitos sociais busca-se salvaguardar a liberdade do cidadão não mais da opressão política, mas, sim, da opressão econômica.*” (*Novas linhas do processo civil*, *op. cit.*, p. 26)

8 WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos. In: *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 18-25.

9 Nos dias de hoje, destaca-se a *instrumentalidade substancial do processo* e sua indissolúvel vinculação aos valores fundamentais constitucionalmente consagrados; fala-se de *um direito processual de resultados*, resgatando-se a noção de que não basta a previsão de direitos subjetivos e legítimos interesses em normas gerais e abstratas, sendo indispensável que, em caso de sua vulneração (ou de concreta

2 – A PROTEÇÃO JURISDICIONAL COLETIVA AO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL AO TRABALHO E O COMBATE À TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

Em sede de tutela metaindividual, estamos falando de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, os quais transcendem a esfera do direito individual, e que por isso mesmo exigem, por sua natureza ou sua função constitucional, uma *tutela jurisdicional diferenciada*, distinta e superior, em termos de efetividade, à tradicionalmente obtida através do exercício do tradicional direito individual de ação.

É óbvio que a possibilidade de se obter, pela via individual, a tutela jurisdicional dos direitos individuais (mesmo que homogêneos) remanesce e tem a sua importância.

Contudo, na sociedade de massas¹⁰ em que contemporaneamente vivemos, muitas vezes a lesão assume um caráter massivo e estrutural, atingindo todo um grupo de pessoas, uma categoria jurídica ou toda a sociedade.

Nesses casos, havendo o ajuizamento de ações coletivas, o Poder Judiciário deve atuar sob a égide de um novo paradigma e visando proporcionar uma tutela de natureza inibitória, de forma a impedir que a lesão ocorra ou ao menos que prossiga de forma continuada, de forma a fazer cessar seus efeitos, para garantir, na prática, que todo o conjunto de cidadãos atingido de forma homogênea por lesão em massa possa usufruir, a tempo e a modo, dos direitos fundamentais que lhe são em tese assegurados pelo ordenamento jurídico em vigor.

Através das chamadas ações coletivas, disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor e legislação esparsa, são tutelados os *direitos metain-*

ameaça de sua vulneração), seus beneficiários disponham de instrumentos processuais capazes de, através do Estado-juiz, lhes assegurar a completa e oportuna fruição daquelas mesmas e específicas situações jurídicas de vantagem que o ordenamento jurídico em tese já lhes havia atribuído.

Sobre o tema do *acesso à justiça* em geral, consultem-se: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 7-15 e 161-165; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, *op. cit.*, p. 20-37.

Ainda sobre o *acesso à justiça* como direito fundamental e garantia primeira da existência e da efetividade da própria Constituição (“o direito aos direitos”), veja-se o brilhante trabalho da i. jurista e Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha: Direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 31-51.

- 10 Nesse sentido, Elton Venturi pondera que “a grande revolução paradigmática, ainda em andamento, diz respeito à (re)descoberta do ser humano social como o verdadeiro sujeito de direito, não se confundindo ou limitando a proteção estatal ao indivíduo”. In: VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. Prospectivas de um Código brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 31.

*dividuais*¹¹, assim entendidos aqueles difusos, coletivos em sentido estrito e/ou individuais homogêneos¹².

Para que isso se dê, é necessário que as ações coletivas sejam manejadas com todo o seu potencial, despidas da roupagem civilista e individualista presente no Código de Processo Civil de 1973, hoje não mais em vigor, vez que substituído pelo novo Código de Processo Civil de 2015 (e que, como será melhor desenvolvido mais adiante, também buscou enfrentar o mesmo problema das lesões em massa através da instituição de outros institutos e procedimentos paralelos ao tratamento que lhes deu o denominado *microsistema de litigiosidade repetitiva* antes instituído pelo Código de Defesa do Consumidor em conjunto com a Lei da Ação Civil Pública)¹³.

11 Sobre a tutela metaindividual, consultar: PIMENTA, José Roberto Freire. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros; FERNANDES, Nadia Soraggi (Coord.). *Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*. São Paulo: LTr, 2009. p. 9-50. Nessa obra, assim se pontuou a respeito:

“Paralelamente, nas últimas décadas têm sido cada vez mais veiculadas demandas, no âmbito do Poder Judiciário trabalhista, com conteúdo e pretensões essencialmente metaindividuais, que não mais correspondem aos tradicionais dissídios individuais trabalhistas e que versam sobre novos direitos (difusos e coletivos em sentido estrito) de enorme relevância social e inegáveis dimensão e significado constitucionais. Exatamente por serem indivisíveis e de difícil, se não impossível, mensuração econômica, impossibilitando que sejam efetivamente tutelados através dos clássicos provimentos judiciais condenatórios, repressivos e ressarcitórios, passam eles a exigir novos tipos de decisões judiciais, agora de natureza inibitória e mandamental e que, por isso mesmo, sejam capazes de propiciar a tutela específica dos direitos materiais vindicados.”

12 A ação civil pública (art. 21 da Lei nº 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (art. 81 da Lei nº 8.078/90) regulamentam o processo coletivo, processo este que deve ser entendido como meio através do qual poderão ser efetivamente tutelados esses direitos genericamente denominados metaindividuais. O art. 21 da Lei nº 7.347/85 assim dispõe:

“Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

O já citado art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), por sua vez, está assim redigido:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

13 E mesmo no Código de Processo Civil de 1973 foram gradativamente feitas alterações, em busca da celeridade e da efetividade na prestação jurisdicional, notadamente a partir de 1994, v.g., tutela antecipada estabelecida no art. 461 de referido Código (atual art. 497 do CPC/2015, essencialmente no mesmo sentido).

DOCTRINA

A concepção individualista, produto dos séculos XVIII e XIX, predominou na maioria dos Códigos e fez com que, culturalmente, a importância de o indivíduo dispor de seus direitos com absoluta liberdade fosse maior do que qualquer atuação dos já denominados corpos intermediários.

Neste particular, é importantíssimo fazer referência ao Ministério Público, que, embora seja um órgão do Estado, ganhou enorme destaque e autonomia com a promulgação da Constituição da República de 1988 e a subsequente Lei Complementar nº 75, de 1993, inclusive para atuar em lides de caráter metaindividual.

A partir do referido texto constitucional¹⁴ também se desenvolveu muito o processo coletivo, sendo de se destacar a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), os quais em conjunto instituíram o já referido *microsistema de tutela metaindividual* com base em um paradigma diferente, que parte da ideia central de que, por mais importante que seja o acesso ao Poder Judiciário, ele, por si só, não é suficiente, pois também deve ser pleno e efetivo, e ele assim só o será se as demandas chegarem a uma solução definitiva que assegure, a seu titular, a fruição concreta e num prazo razoável do direito material pretendido¹⁵.

Além de proporcionar um célere e efetivo acesso à justiça, o processo coletivo também propicia a democratização desse acesso à justiça.

Rodolfo de Camargo Mancuso enfatiza este relevante papel do processo coletivo, afirmando que

“(…) impende a tomada de uma posição clara e definida sobre aquilo que afinal se espera da jurisdição coletiva, a qual tem seus próprios pressupostos e busca atingir finalidade específica, distinta daquela alcançável na jurisdição singular. O processo coletivo parte da premissa da impossibilidade (ou em alguns casos da inconveniência) do comparecimento pessoal e direto dos sujeitos concernentes, que assim ficam representados

14 Mesmo antes da Constituição de 1988, a ação popular, instituída e disciplinada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, já garantia a qualquer cidadão o direito de pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público. Também já havia sido editada a importantíssima Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que introduziu, no ordenamento jurídico nacional, a ação civil pública. Contudo, o uso de tal instrumento tornou-se mais difundido após 1988, não só em razão da referida Constituição da República veicular normas-princípio e normas-regra voltadas para a efetivação dos direitos, mas em face das prerrogativas conferidas ao Ministério Público (arts. 127 e 129 da CF/88), que vem utilizando efetiva e intensamente a referida ação.

15 É o que determina expressamente o art. 5º, inciso LXXVII, da CF/88, que evidencia a preocupação do legislador constituinte em assegurar à sociedade “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

por um portador judicial legalmente credenciado, e, então, de duas uma: ou se assume que é uma consequência natural desse diferenciado ambiente processual a formação de uma coisa julgada de eficácia expandida extra-autos, a qual deve estender-se aos sujeitos concernentes ao objeto litigioso, ou então se ficará num meio-termo, numa sorte de limbo entre a jurisdição coletiva e singular, sem forma nem figura de juízo.”¹⁶

Portanto, o processo coletivo, em tais casos, mostra-se constitucionalmente mais adequado do que o tradicional processo individual, na medida em que busca atender a essas demandas de massa, por assim dizer, nas quais o interesse individual se faz presente ao lado do interesse coletivo, importando voltar os olhos para este último, sob pena de provimentos judiciais onerosos, lentos, eventualmente contraditórios uns com os outros e pouco eficazes para resolver dezenas, centenas ou até milhares de questões essencialmente idênticas¹⁷.

Exatamente por isso, limitar as ações coletivas, de um modo geral, em razão de meros formalismos processuais e de concepções doutrinárias que foram construídas no passado sob paradigmas individualistas hoje flagrantemente superados, importa, muitas vezes, em fechar os olhos para a nossa realidade contemporânea, na qual grande parte da população ainda não tem acesso pleno ao gozo dos direitos fundamentais sociais abstratamente assegurados pelo ordenamento jurídico.

3 – A FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO E O PAPEL CONSTITUCIONAL DAS AÇÕES COLETIVAS OU METAINDIVIDUAIS. AS CATEGORIAS DE DIREITOS POR ELAS TUTELADOS

Tal limitação também não atende à função precípua do processo, que acima denominamos *função social*, a saber: garantir, na prática, a real e completa fruição dos direitos previstos na legislação material num tempo razoável.

Ressalte-se que a função social também já se encontra consagrada em outros dispositivos constitucionais, como o art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, que trata da função social da propriedade¹⁸.

16 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2007. p. 531.

17 Sobre ações coletivas, *lato sensu*, consultar: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

A respeito da substituição processual sindical: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. *Substituição processual sindical*. São Paulo: LTr, 2011.

18 Art. 5º da CR: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII – a propriedade atenderá a sua função social”.

Isto porque um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é o da dignidade da pessoa humana, como expressamente estatuído pelo art. 1º, III, da Constituição.

Assim, a propriedade é limitada pela função social, como também o é a livre-iniciativa pelo valor do trabalho, para que dessa interação reste atendido o princípio da dignidade da pessoa humana, alçado à condição de fundamento da República Federativa do Brasil.

Aqui é importante mencionarmos a superação da concepção individualista (e positivista) do direito e a consequente consagração da distinção entre normas-regra e normas-princípio¹⁹.

Enfim: no pós-positivismo, as normas-princípio assumem e desempenham uma função de destaque e, via de consequência, os postulados delas decorrentes condicionam e nos orientam na aplicação e/ou na interpretação do direito.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, elevado à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil, serve de reforço na busca da efetividade do direito social à educação.

Nesse contexto, impedir fraudes aos direitos trabalhistas que visem, a qualquer custo, ao barateamento da mão de obra e à desvalorização do trabalho subordinado, por meio da ilícita, massiva e deliberada sonegação de encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários, é sinônimo de *efetividade*.

Efetividade, hoje, importa na superação do paradigma do Estado Liberal, como enfatiza Sérgio Cruz Arenhart, afirmando que o juiz deve agir não como

19 Quando falamos dos princípios, estamos tratando de normas que vinculam não só o intérprete, mas também o legislador, que fica impedido de editar regras que venham a contrariá-los. Com efeito, norma é um gênero do qual são espécies regras e princípios, consoante a melhor doutrina pós-positivista, tratada, na qual, segundo Daniel Sarmiento, “parece estar superada a concepção que negava força normativa aos princípios, em razão do seu caráter fluido e indeterminado” (*A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 42).

A distinção entre normas-regra e normas-princípio é igualmente bem abordada por Willis Santiago Guerra Filho, que afirma que, nas regras, “há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica de sua ocorrência”, enquanto que os princípios não trazem descrição de situações específicas, e sim “a prescrição de um valor, que assim adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 36).

Para maior aprofundamento sobre a natureza de verdadeiras normas jurídicas e a primazia conferidas aos princípios pela moderna hermenêutica constitucional, vejam-se, entre outros: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, *op. cit.*, p. 236-240, 254, 263-265, 556-558; GUERRA FILHO, Willis Santiago, *op. cit.*, p. 31-37 e 52; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 21-43; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35-72 e 113-125; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 165-180 e 183.

mero aplicador do direito, tendo seu papel típico do liberalismo, de “boca da lei”, sido contemporaneamente transformado para o de “verdadeiro agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas”. E acrescenta que, “se assim ocorre no plano individual, com muito maior ênfase este papel é sentido em ações coletivas”; na medida em que “as ações coletivas trabalham, costumeiramente, com interesses relevantes defendidos por ambos os polos da relação processual”²⁰.

Do contrário, teremos belas teses jurídicas, férteis em estereis e inúteis discussões processuais que chegam até as mais altas Cortes do Poder Judiciário, mas que, em última análise, não solucionarão, de fato, os conflitos, ou os resolverão tardiamente.

Nesse particular, o combate às fraudes perpetradas em face do direito social ao trabalho é de inegável interesse coletivo e, também, de interesse difuso de toda a sociedade, o que é mais do que suficiente para legitimar o Ministério Público do Trabalho a propor ação civil pública, instrumento constitucional e legalmente adequado para viabilizar as pretensões formuladas pelo *Parquet*.

Com efeito, é sabido que a legitimidade ativa do *Parquet*, por ocasião do ajuizamento de ação civil pública, na busca da defesa de interesses individuais homogêneos, encontra fundamento na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos previstos no art. 127 da Constituição Federal, que assim dispõe:

“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Ademais, a legitimação extraordinária do Ministério Público está igualmente consagrada na Constituição Federal, em seu art. 129, inciso III, no qual se lê que são funções institucionais do Ministério Público:

“III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

A Lei Complementar nº 75/93, por sua vez, que veio regulamentar as atribuições do Ministério Público da União, trata especificamente das suas

20 ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 505-506.

atribuições em seu art. 83, inciso III, o qual estabelece a competência do órgão para propor

“(…) ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.”

A Norma Fundamental brasileira, ao atribuir ao Ministério Público a elevada função de guardião dos interesses difusos e coletivos, deixou reservado à lei complementar estabelecer e disciplinar a forma de tal proteção. Para tanto, a Lei Complementar nº 75/93 estabeleceu, em seu art. 83, inciso III, que uma das mais importantes formas de exercer a referida proteção, no âmbito trabalhista, será mediante o ajuizamento da ação civil pública²¹.

Essa mesma Lei Complementar, por meio de seu art. 6º, inciso VII, também atribuiu ao Ministério Público da União a promoção de ação civil pública para proteção de “outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, difusos e coletivos”, além de direitos individuais indisponíveis, difusos e coletivos.

O parâmetro para que se considere autorizada a busca da tutela do interesse individual homogêneo é a visualização dessa tutela como uma forma de se garantir maior eficácia às decisões judiciais, examinando o interesse individual não apenas em função da *possibilidade* da reparação individual do bem lesado, mas também em função da equação *interesse x utilidade*, de modo a assegurar que o interesse coletivo prevaleça e que a *utilidade* garanta um proveito coletivo, social, do direito tutelado.

A doutrina e a jurisprudência vêm sedimentando entendimento cada vez mais firme e pacífico no sentido de reconhecer a admissibilidade da ação civil pública e a correspondente legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para, por meio de seu ajuizamento, postular a tutela jurisdicional assegurada aos direitos e interesses individuais homogêneos, especialmente os que têm a natureza de direitos fundamentais.

No campo das relações de trabalho e como já demonstrado, ao Ministério Público compete promover a ação civil no âmbito desta Justiça Laboral, para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais

21 “Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

I – (...);

II – (...);

III – promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.”

DOCTRINA

constitucionalmente garantidos, bem como outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (arts. 6º, inciso VII, *d*, e 83, inciso III, da Lei Complementar nº 75/93).

Direito difuso, de acordo com a Lei nº 8.078/90 e como já referido anteriormente, é aquele transindividual, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Direito coletivo, por sua vez, é aquele “transindividual, de natureza indivisível, de que sejam titulares grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por um relação jurídica básica”²².

A indeterminação é característica imprescindível para a classificação de determinado direito ou interesse como difuso. A indivisibilidade de determinados direitos de que seja titular determinado grupo, categoria ou classe de pessoas é, por sua vez, a nota que os distingue dos *direitos individuais homogêneos*, os quais decorrem de origem comum, mas, ao contrário, têm como seus titulares indivíduos perfeitamente identificáveis²³.

Dessa feita, o Ministério Público, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, cuja atribuição precípua é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, também pode agir como substituto processual não apenas em nome da sociedade ou de determinado grupo, categoria ou classe de pessoas, mas igualmente na defesa de “interesses ou direitos individuais homogêneos” de que seja titular um número variável de indivíduos, mas que tenham, pelo número de interessados e pela natureza de direito fundamental dos direitos lesados, *relevância social*.

Naturalmente, a legitimação do Ministério Público não deve ser irrestrita a quaisquer hipóteses, sendo necessária essa relevância social, bem como sua adequação com o desempenho de sua função institucional. *A relevância social* é auferida conforme a natureza do dano (por sua extensão, em função do número de indivíduos atingidos e pela importância do direito individual homogêneo potencial ou efetivamente lesado – quanto maior o número de lesados ou ameaçados e quanto mais fundamentais forem os direitos em discussão, mais justificada será a atuação do Ministério Público). À guisa de exemplo, pode-se afirmar que essa compatibilidade com a função institucional do MP encontra amparo quando o direito ou o interesse relaciona-se com a ordem jurídica, com

22 Art. 81, *caput* e incisos I e II, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

23 Art. 81, III, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

o regime democrático ou com os interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme disposto no art. 127 da Constituição Federal.

4 – O DIREITO FUNDAMENTAL A UMA RELAÇÃO DE EMPREGO REGULAR, HOJE GRAVEMENTE AMEAÇADO OU JÁ ATINGIDO PELAS TERCEIRIZAÇÕES ILÍCITAS

Um dos mais importantes exemplos, no Brasil dos dias atuais, da necessidade de uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário trabalhista na defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores consiste no combate, tanto pela via das reclamações individuais quanto, principalmente, pela via coletiva ou metaindividual, ao fenômeno, infelizmente cada vez mais disseminado, das denominadas *terceirizações ilícitas*. Como é evidente, esse fenômeno retrata típico caso de vulneração massiva e deliberada a direitos ou interesses difusos de toda a sociedade (no tocante à sonegação de encargos fiscais e previdenciários), coletivos em sentido estrito (na medida em que enfraquece a unidade dos trabalhadores de uma mesma categoria profissional e a representatividade do sindicato único que os representa) e os direitos individuais homogêneos dos trabalhadores ilicitamente terceirizados (que deixam de auferir a totalidade dos direitos assegurados pela legislação e pelas normas coletivas de trabalho aplicáveis aos empregados da empresa tomadora de seus serviços, mas que, na verdade e em direta aplicação dos arts. 2º e 3º da CLT, deve ser considerada sua empregadora).

Como já tivemos a possibilidade de desenvolver em artigo específico sobre o tema²⁴, o vocábulo “terceirização” corresponde, no campo das empresas privadas, à passagem do modelo *fordista* de organização produtiva para o *toyotista* e, na esfera da Administração Pública, do abandono do paradigma do Estado de Bem-Estar Social intervencionista em prol da adoção do modelo de Estado mínimo e enxuto propugnado pelas ideias neoliberais. Por isso mesmo, ali salientamos que o fenômeno da terceirização sempre manteve uma relação de tensão e até mesmo de antagonismo com o direito do trabalho, por sua evidente falta de sintonia com os princípios fundamentais deste ramo do direito.

Isso se dá porque a ideia básica do fenômeno jurídico da terceirização consiste exatamente em distinguir a relação trilateral que nela se forma (entre o trabalhador terceirizado, a empresa tomadora de seus serviços e, como in-

24 PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC 16/DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, p. 272-273, 2011; e *Revista LTR*, v. 75, p. 776-777, 2011.

termediária, a empresa fornecedora da mão de obra) da relação empregatícia clássica (que é, necessariamente, bilateral, entre empregado e empregador).

Nas clássicas palavras do Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Mauricio Godinho Delgado, a terceirização “é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente”²⁵.

Por seu intermédio, o ordenamento jurídico permite que se estabeleça uma relação de trabalho trilateral, por meio da qual o trabalhador presta serviços de natureza não eventual a um tomador que, embora continue a dirigir e a assumir os riscos de seu empreendimento, deixa de ser considerado o seu empregador, que passa a ser outro sujeito – a empresa interveniente – que fornece a mão de obra terceirizada e lhe paga o salário (o qual, no entanto, compõe o preço do serviço quitado a este fornecedor pela empresa tomadora).

É fácil perceber que, embora do ponto de vista econômico e estrutural, as relações de produção capitalistas sejam, em sua essência, as mesmas, tanto nas relações empregatícias tradicionais quanto nas relações de trabalho terceirizado, é exclusivamente o direito que autoriza (ou não) essa substancial modificação na natureza, no conteúdo e nos efeitos das relações jurídicas mantidas entre os trabalhadores e os tomadores de seus serviços.

Repita-se: é apenas o direito que, excepcionalmente e de modo contrário à natureza das coisas no plano econômico, autoriza o estabelecimento de uma relação contratual diversa da relação de emprego. Por isso mesmo é que vários ordenamentos jurídicos, nacionais e internacionais, ainda hoje, consideram ilegal a pura e simples intermediação de mão de obra (de modo pejorativo denominada *marchandage*), na medida em que a participação de um terceiro intermediário nessa relação de trabalho subordinado não teria nenhuma justificativa plausível, não passando de *reles venda*, por um intermediário, do trabalho alheio, que se apropriaria de parte do valor da remuneração que, uma vez paga pelo tomador, deveria naturalmente destinar-se por inteiro a quem prestou aquele trabalho²⁶.

25 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 426.

26 Para uma análise crítica e mais aprofundada do fenômeno da terceirização no Brasil, vejam-se, entre muitos: DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003. esp. capítulos IV e V, p. 118-186; DRUCK, Maria das Graças. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica – um estudo do complexo petroquímico*. São Paulo: Boitempo, 2001. especialmente p. 101-157 e 233-261; MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *A terceirização trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 138-177; FELÍCIO, Alessandra Metzger; HENRIQUE, Virgínia Leite. *Terceirização: carac-*

E por que, à luz do ordenamento jurídico hoje em vigor e da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho hoje cristalizada em sua Súmula nº 331²⁷, não é admissível, do ponto de vista constitucional e legal, a terceirização de atividades-fim pelas empresas tomadoras dos serviços dos trabalhadores diretamente contratados por empresas fornecedoras de mão de obra?

Em primeiro lugar porque, do ponto de vista constitucional, é a própria Constituição da República que, em seu art. 7º, incisos I e XXXIV, assegura aos trabalhadores brasileiros, empregados ou avulsos, um verdadeiro *standard* mínimo de proteção de significativa densidade, o qual constitui verdadeiro direito fundamental, que não pode ser rebaixado por artifícios meramente jurídicos, de todos aqueles que, na esfera decisiva da realidade, prestem serviços não eventuais à pessoa física ou jurídica de forma subordinada²⁸.

terização, origem e evolução jurídica. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). *Terceirização no direito do trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 81-118.

Merece especial destaque, por suas profundidade e atualidade, a obra conjunta de: DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Hélder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTr, 2014.

Por sua qualidade, também devem ser mencionadas as seguintes obras, que tratam de aspectos específicos da terceirização em nosso país: AMORIM, Hélder Santos. *Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009; COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização bancária no Brasil: direitos humanos violados pelo Banco Central*. São Paulo, 2011; e COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: máquina de moer gente trabalhadora – a inexorável relação entre a nova marchandage e a degradação laboral, as mortes e mutilações no trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

27 “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

28 Para maior aprofundamento da análise da multifacética dimensão constitucional do problema e para a afirmação da tese de inconstitucionalidade da terceirização de serviços da atividade-fim das empresas, vejam-se, por todos: DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Hélder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização, op. cit.*, p. 79-124 e p. 124-151.

Também do ponto de vista da legislação infraconstitucional trabalhista e da própria jurisprudência pacífica e atual do Tribunal Superior do Trabalho, a conclusão é a mesma: a terceirização permanente de atividades-fim por parte das empresas tomadoras dos serviços dos trabalhadores a elas fornecidos por empresas de intermediação de mão de obra constitui fraude à lei e ofensa frontal e direta aos arts. 2º e 3º da CLT e aos princípios fundamentais do próprio direito do trabalho²⁹.

- 29 Esse entendimento, hoje absolutamente pacificado nas Turmas e no órgão uniformizador da jurisprudência de casos individuais do Tribunal Superior do Trabalho (sua Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais), está claramente explicitado, dentre tantos outros, no seguinte precedente:
- “TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. *CALL CENTER*. ATIVIDADE-FIM DA RECLAMADA TOMADORA DE SERVIÇOS. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 25, § 1º, DA LEI Nº 8.987/95 E 94, INCISO II, DA LEI Nº 9.472/97 E APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 331, ITENS I E III, DO TST. VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE A TOMADORA DE SERVIÇOS E O TRABALHADOR TERCEIRIZADO RECONHECIDO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 DO STF. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. 1. O serviço de *call center* é atividade-fim – e não atividade-meio – das empresas concessionárias de serviço de telecomunicações. Assim, em observância à Súmula nº 331, itens I e III, do TST, que consagrou o entendimento de que a terceirização só se justifica quando implicar na contratação da prestação de serviços especializados por terceiros em atividades-meio, que permitam a concentração dos esforços da empresa tomadora em suas atividades precípua e essenciais, tem-se que a terceirização desses serviços de teletendimento pelas empresas telefônicas configura intermediação ilícita de mão de obra, devendo ser reconhecido o vínculo de emprego desses trabalhadores terceirizados diretamente com os tomadores de seus serviços. 2. Com efeito, o aumento desses serviços nos últimos anos ocorreu em razão da consolidação do Código de Defesa do Consumidor, que levou as empresas a disponibilizarem os Serviços de Atendimento do Consumidor (SAC). E, diante dessa exigência legal de manutenção de uma relação direta entre fornecedor e consumidor, o serviço de *call center* tornou-se essencial às concessionárias dos serviços de telefonia para possibilitar o necessário desenvolvimento de sua atividade, pois é por meio dessa central de atendimento telefônico que o consumidor, dentre tantas outras demandas, obtém informações, solicita e faz reclamações sobre os serviços oferecidos pela empresa. Não é possível, portanto, distinguir ou desvincular a atividade de *call center* da atividade-fim da concessionária de serviços de telefonia. 3. Por outro lado, a Lei nº 8.987/95, que disciplina a atuação das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público em geral, e a Lei nº 9.472/97, que regula as concessões e permissões no setor das telecomunicações, são normas de direito administrativo e, como tais, não foram promulgadas para regular matéria trabalhista e não podem ser interpretadas e aplicadas de forma literal e isolada, como se operassem em um vácuo normativo. Por isso mesmo, a questão da licitude e dos efeitos da terceirização deve ser decidida pela Justiça do Trabalho exclusivamente com base nos princípios e nas regras que norteiam o direito do trabalho, de forma a interpretá-las e, eventualmente, aplicá-las de modo a não esvaziar de sentido prático ou a negar vigência e eficácia às normas trabalhistas que, em nosso país, disciplinam a prestação do trabalho subordinado, com a aniquilação do próprio núcleo essencial do direito do trabalho – o princípio da proteção do trabalhador, a parte hipossuficiente da relação de emprego, e as próprias figuras do empregado e do empregador. 4. Assim, não se pode mesmo, ao se interpretar o § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/95 e o art. 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, que tratam da possibilidade de contratar com terceiros o desenvolvimento de “atividades inerentes” ao serviço, expressão polissêmica e marcadamente imprecisa que pode ser compreendida em várias acepções, concluir pela existência de autorização legal para a terceirização de quaisquer de suas atividades-fim. Isso, em última análise, acabaria por permitir, no limite, que elas desenvolvessem sua atividade empresarial sem ter em seus quadros nenhum empregado, e sim apenas trabalhadores terceirizados. 5. Ademais, quando os órgãos fracionários dos Tribunais trabalhistas interpretam preceitos legais como os ora examinados, não estão eles, em absoluto, infringindo o disposto na Súmula Vinculante nº 10 e tampouco violando o art. 97 da Constituição Federal, que estabelece a cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade das leis em

5 – O COMBATE PROCESSUAL, PELA VIA COLETIVA OU METAINDIVIDUAL, ÀS TERCEIRIZAÇÕES ILÍCITAS

A prática de terceirização ilícita configura atualíssima hipótese de vulneração em massa dos direitos individuais homogêneos de um número por

sede de controle difuso, pois não se estará, nesses casos, nem mesmo de forma implícita, deixando de aplicar aqueles dispositivos legais por considerá-los inconstitucionais. 6. A propósito, apesar da respeitável decisão monocrática proferida em 09.11.2010 no âmbito do Supremo Tribunal Federal, da lavra do ilustre Ministro Gilmar Mendes (Rcl 10.132 MC/PR), na qual, em juízo sumário de cognição e em caso idêntico a este, por vislumbrar a possibilidade de ter sido violada a Súmula Vinculante nº 10 daquela Corte, deferiu-se o pedido de medida liminar formulado por uma empresa concessionária dos serviços de telecomunicações para suspender, até o julgamento final da reclamação constitucional, os efeitos de acórdão proferido por uma das Turmas do TST, que adotou o entendimento de que aqueles preceitos legais não autorizam, por si sós, a terceirização de atividades-fim por essas concessionárias de serviços públicos, verifica-se que essa decisão, a despeito de sua ilustre origem, é, *data venia*, isolada. Com efeito, a pesquisa da jurisprudência daquela Suprema Corte revelou que foi proferida, mais recentemente, quase uma dezena de decisões monocráticas por vários outros Ministros do STF (Ministros Carlos Ayres Britto, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Luiz Fux) em que, em casos idênticos ao presente, decidiu-se, ao contrário daquele primeiro precedente, não ter havido violação da Súmula Vinculante nº 10, mas mera interpretação dessas mesmas normas infraconstitucionais, nem, muito menos, violação direta (mas, se tanto, mera violação oblíqua e reflexa) de qualquer preceito constitucional pelas decisões do TST pelas quais, ao interpretarem aqueles dispositivos das Leis ns. 8.987/95 e 9.472/97, consideraram que essas não autorizam a terceirização das atividades-fim pelas empresas concessionárias dos serviços públicos em geral e, especificamente, na área de telecomunicações, negando-se, assim, provimento aos agravos de instrumento interpostos contra as decisões denegatórias de seguimento dos recursos extraordinários daquelas empresas. 7. O entendimento aqui adotado já foi objeto de reiteradas decisões, por maioria, da mesma SBDI-1 em sua composição completa (E-ED-RR-586341-05.1999.5.18.5555, Redator designado Min. Vieira de Mello Filho, j. 29.05.09, DEJT 16.10.09; E-RR-134640-23.2008.5.03.0010, Relª Minª Maria de Assis Calsing, j. 28.06.2011, DEJT 10.08.2012). 8. Aliás, esse posicionamento também não foi desautorizado nem superado pelos elementos trazidos à consideração dos Ministros do TST na audiência pública ocorrida no TST nos dias 4 e 5 de outubro de 2011 e convocada pela Presidência desse Tribunal, os quais foram de grande valia para a sedimentação do entendimento ora adotado. Os vastos dados estatísticos e sociológicos então apresentados corroboraram as colocações daqueles que consideram que a terceirização das atividades-fim é um fator de precarização do trabalho, caracterizando-se pelos baixos salários dos empregados terceirizados e pela redução indireta do salário dos empregados das empresas tomadoras, pela ausência de estímulo em relação à maior produtividade dos trabalhadores terceirizados e pela divisão e desorganização dos integrantes da categoria profissional que atua no âmbito das empresas tomadoras, com a conseqüente pulverização da representação sindical de todos os trabalhadores interessados. 9. É importante ressaltar, por fim, que *decisões como a presente não acarretam o desemprego dos trabalhadores terceirizados, pois não eliminam quaisquer postos de trabalho. Essas apenas declaram que a verdadeira empregadora desses trabalhadores de call center é a empresa concessionária tomadora de seus serviços que, por outro lado, continua obrigada a prestar tais serviços ao consumidor em geral – só que, a partir de agora, exclusivamente na forma da legislação trabalhista, isto é, por meio de seus próprios empregados*. 10. Assim, diante da ilicitude da terceirização do serviço de *call center* prestado pela reclamante no âmbito da empresa de telecomunicações reclamada, deve ser reconhecida a existência, por todo o período laborado, de seu vínculo de emprego diretamente com a concessionária de serviços de telefonia, nos exatos moldes do item I da Súmula nº 331 do TST, com o conseqüente pagamento, pela verdadeira empregadora e por sua litisconsorte, coautora desse ato ilícito, de todos os direitos trabalhistas assegurados pela primeira a seus demais empregados. Embargos conhecidos e desprovidos.” (E-ED-RR 2938-13.2010.5.12.0016, Redator Min. José Roberto Freire Pimenta, j. 08.11.2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 26.03.2013)

DOCTRINA

vezes incontável de trabalhadores, cabendo destacar que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, bem como do Supremo Tribunal Federal, vem unanimemente entendendo que o Ministério Público tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos.

Nesse sentido são, apenas a título exemplificativo e entre milhares, os seguintes precedentes do c. TST:

“RECURSO DE REVISTA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA.* Diante de uma interpretação sistemática dos arts. 6º, VII, *d*, e 83, III, da Lei Complementar nº 75/93 e 127 e 129, III, da Constituição Federal, depreende-se que o Ministério Público detém legitimidade para ajuizar ação civil pública buscando defender interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos. O STF e esta Corte possuem o entendimento pacífico no mesmo sentido. Decisão regional em consonância com o atual posicionamento do TST sobre a matéria. Aplicação da Súmula nº 333 do TST e do art. 896, § 4º, da CLT. Revista não conhecida.” (RR-9890100-15.2006.5.09.0069, Relª Minª Maria de Assis Calsing, 4ª T., DEJT 29.04.2011 – grifou-se)

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LESÃO A UMA COLETIVIDADE DEFINIDA DE TRABALHADORES. *DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.* A legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação civil pública está consignada nos termos do art. 129, III, da Constituição Federal c/c os arts. 83 e 84 da Lei Complementar nº 75/93. Dessa forma, sempre que a petição inicial referir-se à lesão que perturbe, supostamente, uma coletividade definida de trabalhadores e existir, conseqüentemente, um ato lesivo a contratos de trabalho, de forma direta ou indireta, o Ministério Público do Trabalho terá legitimidade para ajuizar ação com vistas a tutelar o direito correspondente em juízo. Se o órgão judicante concluir que as lesões não estariam ocorrendo na ordem dos fatos, deverá dizê-lo ao exame do mérito. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-115400-28.2006.5.14.0005, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 6ª T., DEJT 26.11.2010 – grifou-se)

“PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

DOCTRINA

O Tribunal Regional prestou a jurisdição a que estava obrigado, tendo apreciado as matérias relevantes à discussão, pleiteadas nos embargos de declaração. Assim, não se evidencia violação dos arts. 93, IX, da Constituição Federal, 458 do CPC e 832 da CLT.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. PROIBIÇÃO DOS HOSPITAIS DE UTILIZAR MÃO DE OBRA ORIUNDA DE TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO.

A ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho tem por objeto a proteção dos trabalhadores, que eram obrigados a aderir à cooperativa para prestação de serviço ao hospital, ora agravante, e não possuíam autonomia na prestação dos serviços e clientela diversificada. Salienta-se que a utilização de trabalhadores, apenas formalmente cooperativados, para a prestação de serviços ao hospital, ora agravante, constitui relação de trabalho a ser apreciada por esta Justiça especializada. Em decorrência dessas irregularidades, o Ministério Público do Trabalho pleiteou a condenação do hospital à obrigação de não fazer e ao pagamento de indenização por dano moral coletivo. Portanto, é a Justiça do Trabalho competente para apreciar e julgar o feito. Assim, não há falar em ofensa ao disposto no art. 114 da Constituição Federal.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(...)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. RÉU ABSTÉM-SE DE UTILIZAR MÃO DE OBRA ORIUNDA DE TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PEDIDOS JURIDICAMENTE POSSÍVEIS.

O Regional consignou que ‘o pedido de natureza cominatória expressamente previsto pelo ordenamento jurídico vigente, sendo inaceitável alegação de impossibilidade jurídica do pedido ou de caracterização da vedada interferência nas associações cooperativas’, e que ‘o art. 3º da Lei nº 7.347/85 prevê possibilidade de o objeto da ação civil pública versar sobre condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer’. Os pedidos formulados pelo *Parquet*, em abstrato, são juridicamente possíveis, e a discussão relativa à condenação do réu à obrigação de não fazer e ao pagamento de indenização por dano moral

coletivo diz respeito à procedência ou não da ação (ao mérito). Assim, não há falar em ofensa ao art. 267, inciso VI, do CPC.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. OBRIGAÇÃO DO RÉU (HOSPITAL) DE NÃO UTILIZAR MÃO DE OBRA ORIUNDA DE TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO.

O Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, inciso III, da Lei Complementar nº 75/93, possui legitimidade para ‘promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos’, como o respeito à dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho. No caso, o *Parquet* visa tutelar interesses individuais homogêneos: imposição de obrigação de não fazer, mediante provimento jurisdicional de caráter cominatório – hospital se abstenha de utilizar trabalhadores por meio de terceirização irregular. O autor também pleiteia a condenação do hospital, ora agravante, ao pagamento de indenização por danos causados à coletividade, decorrentes de sua conduta ilícita. Verifica-se, pois, que o Ministério Público do Trabalho, na ação civil pública, não busca a reparação individual do bem lesado, mas a tutela de interesses coletivos, precisamente direitos individuais homogêneos, com repercussão social. Desse modo, o Tribunal *a quo*, ao reconhecer a legitimidade do Ministério Público para a defesa em ação civil pública de interesses individuais homogêneos, decidiu em consonância com a jurisprudência iterativa, notória e atual da SBDI-1, o que afasta a indicação de divergência jurisprudencial e de ofensa ao art. 83, inciso III, da Lei Complementar nº 75/83, nos termos do disposto na Súmula nº 333 do TST e no art. 896, § 7º, da CLT.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

A Lei Complementar nº 75/93, no seu art. 83, inciso III, prevê ao Ministério Público o ajuizamento da ação civil pública, *in verbis*: ‘(...) ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos’. O art. 129, inciso III, da Constituição Federal

também assegura ao *Parquet* propor a referida ação, ao dispor: ‘promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos’. No caso, a ação civil pública tem por objeto a preservação da dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho, direitos consagrados na Constituição Federal. Salienta-se que a ação *sub judice* não versa sobre direito indisponível, mas sobre direito coletivo dos trabalhadores (atuais e futuros) e da sociedade, que também é lesada pela conduta antijurídica do hospital, em utilizar de trabalhadores por meio de terceirização ilícita. Desse modo, ao contrário da tese defendida pelo agravante, a ação civil pública é adequada para contemplar o objeto da pretensão do *Parquet in casu*, motivo pelo qual não se evidencia afronta aos citados dispositivos e ao art. 267, inciso VI, do CPC.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. RÉU ABSTÉM-SE DE UTILIZAR MÃO DE OBRA ORIUNDA DE TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA.

O hospital, ora agravante, insurge-se contra decisão pela qual foi obrigado a cumprir obrigação de não fazer, estabelecida na sentença confirmada pelo Regional, consistente em abster-se de: ‘contratar cooperativas para fornecimento de mão de obra para atividades-fim e atividades-meio, exceto as de autênticos profissionais liberais (como médicos e odontólogos) atuando como reais cooperados e aquelas que prestam serviços especializados ligados à atividade-meio, desde que sem pessoalidade e subordinação’ e ‘terceirizar suas atividades-fim, quais sejam aquelas inseridas em seu objeto social’. No caso, segundo registrou o Regional, ‘a fraude contra os direitos trabalhistas foi demonstrada a toda evidência, tanto pela pretensão de barateamento da mão de obra e desvalorização do trabalho subordinado quanto pelo objetivo de sonegação de encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários’. O Tribunal *a quo* consignou que as cooperativas juntamente aos hospitais impunham ‘aos trabalhadores a adesão obrigatória e não voluntária, sem qualquer autonomia na prestação dos serviços, ou de clientela diversificada, como exigem os princípios do cooperativismo’, e que o trabalhador, antes empregado, passa a ser ‘cooperado’, remunerado unicamente por unidade de tempo, com impossível participação nos benefícios oferecidos por Cooperativa situada em outro Estado da Federação, onde nem mesmo consegue frequentar assembleias’. O Regional destacou que a prova produzida nos autos demonstrou a ocorrência de fraude contra direitos

trabalhistas, que consistiu ‘tanto pela pretensão de barateamento da mão de obra e desvalorização do trabalho subordinado quanto pelo objetivo de sonegação de encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários’. Frisou o Colegiado *a quo* que as provas da fraude ‘foram indicadas por amostragem na decisão embargada, ante a impossibilidade de transcrever ou até mesmo relacionar todas elas no voto do relator. Por outro lado, a nulidade em matéria trabalhista não exige prova da fraude’ e que ‘basta que o ato praticado sirva para desvirtuar ou impedir a aplicação de normas de proteção ao trabalhador, conforme dispõe expressamente o art. 9º da CLT’. A conclusão estampada no acórdão regional foi a de que ‘os princípios do cooperativismo e a legislação do trabalho foram preteridos pelos réus’. Do exposto, verifica-se que o Regional, com base na prova produzida nos autos, concluiu que houve fraude contra os direitos trabalhistas, para o barateamento da mão de obra, para a desvalorização do trabalho subordinado e pela sonegação de encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários. Desse modo, constata-se que o Regional, expressamente, registrou os elementos probatórios que demonstraram a ocorrência de fraude contra direitos trabalhistas, em face da conduta da cooperativa e dos hospitais. Assim, se o hospital, ora agravante, praticou conduta ilícita que culminou na referida fraude, o Regional, ao confirmar a sentença em que foi condenado a cumprir obrigação de não fazer, não vulnerou os arts. 186 e 188 do Código Civil. Impende mencionar que o Regional entendeu que o fato de a cooperativa ter sido legalmente constituída não afastava as irregularidades mencionadas, sob o fundamento de que se exigia ‘a estrita legalidade na consecução de seus objetivos e atividades, uma vez que a realidade prevalece sobre a forma no direito do trabalho’. Portanto, verifica-se que o Regional não concluiu pela ocorrência de irregularidade na constituição da cooperativa, mas no fato de que essa não observou a lei em relação à consecução de seus objetivos e atividades, impondo a adesão de trabalhadores, que eram apenas formalmente cooperados, para fornecer mão de obra ao hospital. Assim, não há falar em ofensa aos arts. 5º, incisos XVII e XVIII, e 174 da Constituição Federal e 90 da Lei nº 5.764/71. Por outro lado, cabe destacar que a sentença confirmada pelo Regional não vedou ao hospital a utilização de trabalhadores sem subordinação e personalidade em suas atividades-meio. O réu, ora agravante, foi obrigado a se abster de terceirizar atividade-meio com personalidade e subordinação, o que é vedado pela Súmula nº 331, item I, do TST. Nesse contexto, verifica-se que a decisão recorrida se encontra em sintonia com a citada súmula, e não em contrariedade a ela.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(...)

DANO MORAL COLETIVO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. LESÃO À COLETIVIDADE DOS TRABALHADORES (ATUAIS E FUTUROS) E À SOCIEDADE, EM FACE DA SONEGAÇÃO DE ENCARGOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS.

O Regional deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo Ministério Público do Trabalho para condenar o ora agravante ao pagamento de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a título de dano moral coletivo, sob o fundamento de que a terceirização ilícita causa prejuízos não apenas aos trabalhadores, mas a toda a sociedade. Salientou que, além da sonegação de direitos fundamentais, a terceirização (prática empresarial) consubstancia percentual expressivo de ações no Judiciário Trabalhista, em que se discute a responsabilidade solidária ou subsidiária das empresas tomadoras de serviço, o que acarreta maiores despesas para o Poder Público, custeado pelos impostos pagos pelos cidadãos. O Regional destacou que a referida prática empresarial também acarreta danos aos recolhimentos do FGTS e da contribuição previdenciária, implicando prejuízos indiscutíveis a toda a coletividade. Na hipótese *sub judice*, houve fraude contra direitos trabalhistas, ‘tanto pela pretensão de barateamento da mão de obra e da desvalorização do trabalho subordinado quanto pelo objetivo de sonegação de encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários’, conforme registrou o Tribunal *a quo*. Salienta-se que, segundo o Regional, a cooperativa e o hospital, conjuntamente, impunham aos trabalhadores a adesão obrigatória e não voluntária àquela e que os empregados não possuíam autonomia na prestação dos serviços, ou de clientela diversificada, como exigem os princípios do cooperativismo. Portanto, ao contrário da tese defendida pelo agravante, sua culpa foi caracterizada por sua conduta irregular – utilização de trabalhadores (apenas formalmente cooperativados) – e o dano consistiu nos prejuízos sofridos por toda a sociedade. Assim, conclui-se que o Regional, ao condenar o réu pelo pagamento de indenização por dano moral coletivo, em face da citada conduta antijurídica, não afrontou o art. 186 do Código Civil. A invocação genérica de violação do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, em regra e como ocorre neste caso, não é suficiente para autorizar o conhecimento deste recurso com base na previsão da alínea *c* do art. 896 da CLT, na medida em que, para sua constatação, seria necessário concluir, previamente, ter havido ofensa a preceito infraconstitucional.

DOCTRINA

Por fim, cabe destacar que a agravante não pleiteia a redução do valor da indenização a que foi condenada.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR – 16640-48.2005.5.03.0114, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª T., DEJT 11.12.2015 – grifou-se)

Assim, é hoje patente e indubitosa a legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para postular, através de ações coletivas ou metaindividuais, a tutela dos interesses individuais homogêneos – imposição de obrigação de fazer, com efeitos projetados para o futuro, mediante provimento jurisdicional de caráter cominatório, consistente na determinação de que o réu não se utilize de trabalhadores irregularmente terceirizados.

Salienta-se que o fato de a Constituição Federal garantir ao sindicato profissional a defesa dos interesses individuais e coletivos dos trabalhadores, inclusive na qualidade de seu substituto processual, não significa que apenas esse possui legitimidade para propor ação civil pública, motivo pelo qual não há falar em ofensa aos arts. 8º, inciso III, da Constituição Federal e 513, alínea *a*, da CLT³⁰.

Diante do exposto, não há dúvida de que é cabível a ação civil pública em que se postule esse específico pedido inibitório das terceirizações ilícitas³¹ e que, em última análise, tem por objeto a preservação da dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho de todos os trabalhadores conjuntamente atingidos por essa conduta contrária ao direito, nos termos previstos no art. 83, inciso III, da Lei Complementar nº 75/93, *in verbis*: “(...) ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos”.

Reitera-se, aqui, que o próprio art. 129, inciso III, da Constituição Federal também assegura ao *Parquet* propor a referida ação, ao dispor que ao Ministério Público compete “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Com efeito, a sonegação de direitos fundamentais através das terceirizações ilícitas constitui, hoje, o objeto central de expressivo percentual de ações que tramitam no Judiciário trabalhista, o que acarreta maiores despesas para

30 A respeito da substituição processual sindical, consulte-se: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. *Substituição processual sindical*. São Paulo: LTr, 2011.

31 Sobre o conceito de tutela inibitória, consulte-se: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 249-268; e *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: RT, 1998. p. 24-136; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003. p. 127-136 e 184-226.

o Poder Público, custeadas pelos impostos pagos pelos cidadãos, a justificar a utilização frequente e incisiva da tutela metaindividual, estando, pois, o Ministério Público do Trabalho plenamente legitimado para tanto.

Isso se dá porque, em processo coletivo, busca-se a eficácia da norma para todos ou para todo um grupo, sendo assim também relevantíssimo o enfoque da eficácia horizontal dessa norma que, como antes demonstrado, tem por objeto verdadeiro direito fundamental, entre os cidadãos (patrão e empregado, dono de terras e população ribeirinha do córrego que passa nas terras do primeiro, comerciante e comprador)³².

É preciso lembrar, uma vez mais, que estamos tratando da tutela de direitos fundamentais de segunda ou terceira geração, em que, ao contrário dos direitos fundamentais de primeira geração, não se buscam, apenas, garantias diante do Estado, que deve permanecer inerte para não vulnerar a liberdade dos cidadãos, mas, sim, prestações positivas do Estado que assegurem melhores condições de vida a todos os cidadãos e a eliminação dos denominados *vazios de tutela* pela extensão, aos direitos metaindividuais, da proteção jurisdicional antes assegurada apenas aos direitos subjetivos tradicionais, de natureza estritamente individual.

O processo coletivo tem por objetivo assegurar a eficácia do direito positivo com alcance metaindividual para a sociedade – entendida esta como toda a coletividade, como um grupo ligado por uma relação jurídica ou como um conjunto de indivíduos, conforme se trate de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo – e, para tanto, vale-se de princípios próprios.

No mesmo sentido destaca Elton Venturi, por nós já citado, ao tratar dos mencionados princípios do processo coletivo³³, que, quando se trata das normas de processo coletivo, a interpretação pragmática é essencial:

32 Sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares (a denominada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*), vejam-se: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 398-406; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 246-281; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 431-497; e Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192; SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, *op. cit.*, p. 193-284; e MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, *op. cit.*, p. 169-175.

33 VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. Prospectivas de um Código brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 133-161. Destacam-se como princípios do processo coletivo: inafastabilidade da prestação jurisdicional coletiva, tutela jurisdicional coletiva diferenciada, princípio do devido processo social, absoluta instrumentalidade da tutela coletiva e interpretação pragmática.

“A importância da interpretação pragmática é tanto maior quando se percebe a excelência do modelo processual coletivo brasileiro, que, sem exagero, pode ser considerado como um dos mais aperfeiçoados entre os países que adotam sistemas de tutela coletiva. Se assim é, diante da aparente suficiência legislativa, a responsabilidade pelo fracasso da tutela coletiva passa a ser imputável não mais comodamente ao legislador, mas, sim, à doutrina e, sobretudo, ao Poder Judiciário, personagem que protagoniza o papel decisivo nos rumos do sistema processual coletivo no Brasil.”³⁴⁻³⁵

A alteração do enfoque dos processualistas, voltando os olhos para a tutela metaindividual, é essencial para combater o atual número excessivo de reclamações trabalhistas anualmente ajuizadas no Brasil, o qual, por sua vez, acarreta o estrangulamento da Justiça do Trabalho em todos os seus graus de jurisdição (inclusive na fase de execução, destinada exclusivamente à satisfação dos créditos trabalhistas já definitivamente reconhecidos como devidos)³⁶. Em tal estado de coisas, a consequência é natural e inevitável: uma Justiça assoberbada por um número excessivo de processos é, necessariamente, uma Justiça lenta e de baixa qualidade.

E qual é a razão fundamental de um número tão elevado de dissídios trabalhistas em nosso país, muito maior do que o verificado nos países mais desenvolvidos e mesmo em países de estágio de desenvolvimento econômico, humano e social equivalentes ao nosso? Alguns ilustres autores e especialistas apontam como causas do problema a tendência cultural, que atribuem aos brasileiros, de recorrer sempre ao Estado-juiz para a solução de seus conflitos intersubjetivos de interesses (em contraposição à tendência hoje predominante

34 *Ibidem*, p. 158-159.

35 Sobre o tema, consultar: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. As ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; FATTINI, Fernanda Carolina; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. *O que há de novo em processo do trabalho*: homenagem ao professor Aroldo Plínio Gonçalves. São Paulo: LTr, 2015. p. 657-671.

36 Conforme estatísticas amplamente divulgadas relativas ao período posterior à promulgação da Constituição de 1988, a cada ano o número de reclamações trabalhistas ajuizadas não cessou de crescer, tendo alcançado o número astronômico de quase um milhão e oitocentas mil novas ações trabalhistas em 2002 (dados obtidos no *site* do STF na internet). Tal situação, no entanto, não cessou de se agravar na última década: como está registrado no relatório geral da Justiça do Trabalho de 2011, nesse ano foram distribuídos, nas Varas do Trabalho brasileiras, 2.110.718 casos novos (6,2% a mais do que em 2010); no mesmo ano, tramitaram nas Varas 3.501.602 processos na fase de conhecimento, correspondentes à soma das novas ações ajuizadas aos resíduos dos anos anteriores. No mesmo período, o número de Varas do Trabalho e de juízes titulares e substitutos (e de integrantes dos Tribunais Regionais do Trabalho e do TST) nem de longe aumentou na mesma proporção do aumento do número de processos distribuídos (Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 13 maio 2013).

no mundo civilizado, especialmente nos países anglo-saxões, de resolver tais conflitos pelas vias da negociação coletiva, da conciliação extrajudicial e da arbitragem), bem como o que consideram uma exagerada intervenção do Estado nas relações laborais, consubstanciada em normas trabalhistas de origem estatal que, a seu ver, pecariam por ser excessivamente complexas, abrangentes e detalhadas (o que, por sua vez, aumentaria artificialmente o número de controvérsias e inibiria a solução desses conflitos pelas vias da transação individual e coletiva)³⁷. No entanto, não nos parecem ser estas as causas fundamentais do número excessivo de demandas trabalhistas hoje em curso em nosso país³⁸.

Embora deva ser reconhecida a conveniência da implantação de mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas de intensidade e de complexidade menores (para cuja solução afigura-se mesmo desnecessária, *a priori*, a intervenção do Estado-juiz), bem como a utilidade de racionalizar e modernizar as normas legais trabalhistas para tornar clara e incontestável, para todos os interessados, a vontade concreta da lei no campo das relações laborais (eliminando controvérsias desnecessárias na interpretação das normas legais e coletivas que disciplinam tais relações), não nos parece que a solução desses problemas seria suficiente para diminuir, na proporção necessária, o enorme número de ações trabalhistas em nosso país. O verdadeiro problema, pura e simplesmente, é que o direito material trabalhista, no Brasil, tem um baixo índice de cumprimento espontâneo pelos destinatários de seus comandos normativos, muito menor do que qualquer ordenamento jurídico admite como tolerável³⁹.

37 Esses críticos também apontam como uma consequência indesejável desse estado de coisas o que consideram o custo excessivo da utilização da Justiça do Trabalho para a solução dos litígios trabalhistas. No entanto, desconsideram eles, *data venia*, que a prestação de tutela jurisdicional trabalhista é *serviço público essencial*, e como tal expressão de direito e garantia fundamentais, constitucionalmente assegurados a todos os juridicionados que dele necessitem e que, por isso mesmo, não deve necessariamente dar lucro nem mesmo ser autossustentável financeiramente. Ademais, tal crítica indevidamente ignora a relevante circunstância de que, hoje, sequer se pode mais afirmar que a Justiça do Trabalho é em si mesma deficitária, em virtude da expressiva arrecadação decorrente de sua competência para a execução *de ofício* das contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças por ela proferidas (e das conciliações a elas equiparadas), atribuída pelo § 3º do art. 114 da Constituição da República.

38 Escrevemos sobre o tema em: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; PIMENTA, José Roberto Freire. Uma execução trabalhista efetiva como meio de se assegurar a fruição dos direitos fundamentais sociais. In: CLAUS, Ben-Hur; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Org.). *Execução trabalhista: o desafio da efetividade*. São Paulo: LTr, 2015. v. 1.; In: ÁVILA, Any; RODRIGUES, Douglas Alencar; PEREIRA, José Luciano de Castilho (Org.). *Mundo do trabalho: atualidades, desafios e perspectivas – homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. São Paulo: LTr, 2014. v. 1. p. 247-269; e In: CLAUS, Ben-Hur; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Org.). *Execução trabalhista: o desafio da efetividade*. São Paulo: LTr, 2015. v. 1. p. 48-73.

39 Todo e qualquer sistema jurídico só será operacional e funcional se as normas jurídicas que o integrem forem, em sua grande maioria, espontaneamente observadas por seus destinatários. O i. constitucionalista

Nesse sentido, enquanto o microsistema de tutela coletiva ou metaindividual (nascido, como já se esclareceu, da interação da Lei da Ação Civil Pública com o Código de Defesa do Consumidor) trata a questão sob o prisma preventivo e molecular, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), nos Capítulos III, VI, VIII e IX, denominados “Do Incidente de Assunção de Competência” (art. 947), “Dos Recursos para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça” (arts. 1.027 e seguintes, especialmente o art. 1.036), “Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” (arts. 976/987) e “Da Reclamação” (art. 988), agora instituiu outro verdadeiro *microsistema* – o de *resolução da litigiosidade repetitiva* – o qual também busca atender ao paradigma constitucional da solução dos processos num prazo razoável⁴⁰, sob a perspectiva de solucionar de forma global os processos individuais repetitivos já em curso em um único julgamento de *processos-modelo*, representativos de toda a controvérsia, e também impedir, através de um precedente obrigatório nascido naquele julgamento, que as futuras demandas semelhantes, individuais ou coletivas se repitam, assoberbando ainda mais o Poder Judiciário⁴¹.

Tais institutos, dentre outros, importam num esforço, não restam dúvidas, de solução mais rápida das numerosíssimas controvérsias, de idêntico objeto que nos últimos anos têm assoberbado todas as instâncias do Poder Judiciário brasileiro.

Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 239-240) nos adverte exatamente para isto:

“De regra, como já referido, um preceito legal é observado voluntariamente. As normas jurídicas têm, por si mesmas, uma eficácia ‘racional ou intelectual’, por tutelarem, usualmente, valores que têm ascendência no espírito dos homens. Quando, todavia, deixa de ocorrer a submissão da vontade individual ao comando normativo, a ordem jurídica aciona um mecanismo de sanção, promovendo, por via coercitiva, a obediência a seus postulados. Mas essa é a exceção. Como bem intuiu André Hauriou, se não houvesse, em grande parte, uma obediência espontânea, se fosse necessário um policial atrás de cada indivíduo e, quem sabe, um segundo policial atrás do primeiro, a vida social seria impossível.”

- 40 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

- 41 Já tivemos a oportunidade de escrever sobre referidos institutos em dois trabalhos diferentes:

PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. In: BELMONTE, Alexandre Agra (Org.). *A nova lei de recursos trabalhistas*: Lei nº 13.015/2014. São Paulo: LTr, 2015. v. 1. p. 25-70.

PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. As ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; FATTINI, Fernanda Carolina; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. *O que há de novo em processo do trabalho*: homenagem ao professor Aroldo Plínio Gonçalves. São Paulo: LTr, 2015. p. 657-671.

DOCTRINA

Contudo, inexistente choque entre essas referidas disposições do diploma processual civil com o microsistema que regulamenta o processo coletivo.

São formas diferentes, mas não conflitantes nem contraditórias, de enfrentar o mesmo problema. Enquanto a tutela metaindividual busca evitar que os processos individuais sejam ajuizados, tratando as lesões aos direitos individuais homogêneos deles objeto de forma coletiva, uma vez que aqueles cidadãos que, agindo individualmente, não teriam a mesma força nem representatividade, substituídos pelos corpos intermediários ou pelo Ministério Público, passam a tê-la; o novo CPC, por sua vez, sem eliminar essa atuação preventiva da tutela metaindividual assegurada pelo CDC e pela Lei da Ação Civil Pública, busca paralelamente a solução conjunta e isonômica dos casos individuais absolutamente iguais que versam exatamente sobre aqueles mesmos direitos lesados ou ameaçados em massa e que já assoberbam sobremaneira o Poder Judiciário.

Em trabalho anterior sobre a reforma do sistema recursal trabalhista consagrado na Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei nº 13.015/2014, já tivemos a oportunidade de nos pronunciar sobre a perfeita compatibilidade e complementaridade entre esses dois *microsistemas*, na forma seguinte:

“A nosso ver e ao contrário do que já se tem dito após a promulgação do novo CPC, no qual se introduziram os institutos de resolução das demandas e recursos repetitivos, esse *microsistema* subsiste integralmente, não havendo qualquer razão lógica ou jurídica para não se admitir a sua aplicação aos processos cíveis e trabalhistas em geral, devendo ser usado em combinação com esses novos e promissores instrumentos processuais.

Em outras palavras, os dois sistemas têm a mesma finalidade: permitir o tratamento molecular e isonômico, em um único processo ou em um único incidente processual, da questão de direito controvertida que o sistema processual tradicional só era capaz de enfrentar de forma atomizada em demandas individuais repetitivas, produzindo resultados frequentemente caóticos, incoerentes e imprevisíveis, incapazes de atender às necessidades de previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e justiça que a tutela jurisdicional de um verdadeiro Estado Democrático de Direito deve atender. A única e relevante diferença, evidentemente, é que o sistema de tutela metaindividual atua *preventivamente*, através de uma ou de poucas ações coletivas que, mediante substituição processual, enfeixarão nelas a defesa dos direitos de uma universalidade definida ou indefinida de substituídos, evitando ou tornando desnecessária a utilização, por estes, dos processos individuais, enquanto que os vários

incidentes agora instituídos atuarão *curativamente*, após a inundação do Judiciário por essas numerosas, idênticas e repetitivas demandas individuais com idêntico objeto, concentrando num único procedimento a solução também unificada e isonômica da mesma questão de direito comum a todos esses processos. Os resultados dessas duas vias processuais, como é evidente, não se contradizem nem atrapalham uma à outra, podendo, ao contrário, se combinadas, estancar e esterilizar essa avalanche de lides potenciais ou reais acerca da mesma questão de direito.⁷⁴²

Esse também é o posicionamento de Aluisio de Castro Mendes e Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues⁴³, que terminam por concluir que o incidente de resolução de demandas repetitivas não afeta o microsistema que regulamenta as ações coletivas, notadamente em relação àquelas em que se discutem direitos individuais homogêneos:

“Por outro lado, não se pode desconsiderar que os mecanismos processuais das ações repetitivas, apesar de sua adequação à tutela dos direitos individuais homogêneos, também possuem uma limitação, que consiste na imprescindibilidade de ajuizamento de ações individuais, fator que inviabilizaria a proteção dos denominados danos de bagatela.

Assentada a premissa de que tanto os mecanismos representativos das ações coletivas como aqueles regidos pela lógica do julgamento por amostragem dos processos seriados possuem limitações na função de tutela dos direitos individuais homogêneos, sustentamos a coexistência harmônica entre eles, mesmo após o advento do incidente de resolução de demandas repetitivas, apontado como a grande novidade do projeto de novo Código de Processo Civil e que passará a ser analisado a seguir.”⁴⁴

Contudo, a análise das reformas do CPC é tema para um artigo específico⁴⁵ e algumas de suas relevantes inovações são aqui mencionadas apenas por sua ligação com o tema aqui abordado.

42 PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na Justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 81, n. 3, jul./set. 2015, p. 153-154. Também no mesmo sentido, veja-se ainda: PIMENTA, José Roberto Freire. O sistema dos precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 82, n. 2, abr./jun. 2016, p. 226.

43 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, ano 37, n. 211, set. 2012, p. 191-208.

44 *Ibidem*, p. 193-194.

45 Sobre o assunto, de forma mais aprofundada, vide: PIMENTA, José Roberto Freire. A força dos precedentes judiciais, o novo sistema recursal trabalhista e a função constitucional do Tribunal Superior

6 – CONCLUSÕES

Em conclusão, é preciso nunca esquecer e sempre proclamar que o direito ao trabalho é um dos direitos sociais mais importantes, cujo acesso é essencial para que o indivíduo possa ser verdadeiramente livre e consciente.

Os direitos fundamentais adquiriram contornos diferentes, à medida que a sociedade foi se transformando, e hoje, além de direitos individuais e sociais, não se pode mais deixar de falar também em direitos metaindividuais (ou transindividuais).

Isto porque, na sociedade de massas em que contemporaneamente vivemos, muitas vezes a lesão assume caráter estrutural e generalizado, atingindo a todo um grupo de pessoas, a uma categoria jurídica ou até a toda a sociedade, conforme se trate de direitos difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos.

Nestes casos, havendo o ajuizamento de ações coletivas, o Poder Judiciário deve atuar de forma a impedir que a lesão ocorra novamente e/ou a fazer cessar seus efeitos, de forma a garantir, na prática, que o cidadão usufrua do correspondente direito fundamental de natureza material que lhe é assegurado constitucionalmente (art. 6º da CF/88).

Para que isso se dê é necessária superação da concepção civilista e individualista, sendo de destacada importância a atuação dos corpos intermediários, como as associações e os sindicatos, além do Ministério Público, órgão do Estado que ganhou enorme destaque com a promulgação da Constituição da República de 1988, inclusive para atuar em lides de caráter metaindividual.

Com efeito, a sonegação de direitos fundamentais através da terceirização consubstancia percentual expressivo de ações no Judiciário trabalhista, em que se discute a responsabilidade solidária ou subsidiária das empresas tomadoras de serviço, o que acarreta maiores despesas para o Poder Público, custeado pelos impostos pagos pelos cidadãos, a justificar a tutela metaindividual, estando o MPT legitimado para tanto, como buscamos demonstrar no presente artigo. De novo?

No processo coletivo a premissa é outra: por mais importante que seja o acesso individual ao Poder Judiciário, ele, por si só, não é suficiente para coibir e enfrentar, de maneira efetiva, a prática deliberada e estratégica de lesões em massa por parte dos tomadores de serviços que, contra a Constituição e a legislação trabalhista, decidem, mesmo assim, continuar praticando terceirizações

do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; LOPES, Othon de Azevedo (Org.). *Direito constitucional do trabalho*: princípios e jurisdição constitucional do TST. São Paulo: LTr, 2015. v. 1. p. 225-267.

DOCTRINA

ilícitas. A tutela jurisdicional constitucionalmente exigida, para tais casos, tem que ter natureza inibitória, específica e, principalmente, coletiva ou metaindividual, para que seja capaz de assegurar, com o máximo de efetividade, a plena e indispensável fruição, por parte dos trabalhadores ilicitamente terceirizados, seu direito fundamental ao reconhecimento de suas relações de emprego com aquelas empresas que são os seus verdadeiros empregadores, com todas as suas consequências jurídicas. E o caminho processual mais efetivo para tanto, é forçoso concluir, continua a ser o ajuizamento, pelo Ministério Público do Trabalho, de ações civis públicas veiculando os pedidos iniciais acima descritos, que permitam ao Poder Judiciário proporcionar, a tempo e a modo, a prestação jurisdicional correspondente, como exige a Constituição da República.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: máquina de moer gente trabalhadora – a inenxorável relação entre a nova marchandage e a degradação laboral, as mortes e mutilações no trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. *Terceirização bancária no Brasil: direitos humanos violados pelo Banco Central*. São Paulo, 2011.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

_____; AMORIM, Hélder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. As funções do direito do trabalho no capitalismo e na democracia. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

DOCTRINA

_____. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DRUCK, Maria das Graças. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica – um estudo do complexo petroquímico*. São Paulo: Boitempo, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FELÍCIO, Alessandra Metzger; HENRIQUE, Virgínia Leite. Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). *Terceirização no direito do trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: RT, 1998.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, ano 37, n. 211, set. 2012.

MENEZES, Mauro de Azevedo. *Constituição e reforma trabalhista no Brasil: interpretação na perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2003.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *A terceirização trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. As ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; FATTINI, Fernanda Carolina; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. *O que há de novo em processo do trabalho: homenagem ao professor Aroldo Plínio Gonçalves*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. *Substituição processual sindical*. São Paulo: LTr, 2011.

_____; PIMENTA, José Roberto Freire. Uma execução trabalhista efetiva como meio de se assegurar a fruição dos direitos fundamentais sociais. In: CLAUS, Ben-Hur; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Org.). *Execução trabalhista: o desafio da efetividade*. São Paulo: LTr, 2015. v. 1. e In: ÁVILA, Any; RODRIGUES, Douglas Alencar; PEREIRA, José Luciano de Castilho

DOCTRINA

(Org.). *Mundo do trabalho*: atualidades, desafios e perspectivas – homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind. São Paulo: LTr, 2014. v. 1.

PIMENTA, José Roberto Freire. A força dos precedentes judiciais, o novo sistema recursal trabalhista e a função constitucional do Tribunal Superior do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; LOPES, Othon de Azevedo (Org.). *Direito constitucional do trabalho*: princípios e jurisdição constitucional do TST. São Paulo: LTr, 2015. v. 1.

_____. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na Justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. In: BELMONTE, Alexandre Agra (Org.). *A nova lei de recursos trabalhistas*: Lei nº 13.015/2014. São Paulo: LTr, 2015. v. 1; e *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 81, n. 3, jul./set. 2015, p. 95-164.

_____. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC 16/DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, p. 271-307, 2011; e *Revista LTR*, v. 75, p. 775-791, 2011.

_____. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros; FERNANDES, Nadia Soraggi (Coord.). *Tutela metaindividual trabalhista*: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo. São Paulo: LTr, 2009.

_____. O sistema dos precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 82, n. 2, abr./jun. 2016, p. 176-235.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Prospectivas de um Código brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos. In: *Os novos direitos no Brasil*: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.

GLOBALIZAÇÃO, CRISE ECONÔMICA E NEGOCIAÇÃO COLETIVA DO TRABALHO NO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Luiz Eduardo Gunther*
Marco Antônio César Villatore**

1 – INTRODUÇÃO

Gostaríamos de agradecer o convite honroso do Ministro Augusto César Leite de Carvalho, Coordenador do Comitê Gestor do Programa Nacional de Resgate da Memória da Justiça do Trabalho – CGMNac-JT, Comissão responsável pela *Revista do TST*, para participar da presente edição desta prestigiosa revista jurídica.

Não poderíamos analisar a crise econômica brasileira atual sem comparar a situação mundial que se vive, principalmente na necessidade de negociação coletiva do trabalho. A economia mundial se submete ao modelo capitalista de mercado. Após a vivência de longos períodos em que a humanidade optou pela desclassificação aberta das culturas e a imposição de um imperialismo de mercado, a crise econômica vem a todo o vapor, em consequência de um modelo desgastado. Em momento algum outro regime econômico demonstrou ter sobrevivido à história como o capitalismo, e é certo que a globalização acelerou a sua propagação pelas culturas ocidentais e orientais.

O mercado de trabalho, por sua vez, adequou-se a este modelo econômico. A hegemonia que alguns países exercem sobre outros fez com que até as suas regras assumissem similitude normativa. Os sistemas jurídicos, em consequência, apenas se adaptaram à ditadura econômica, e agora estão

* *Desembargador do trabalho no TRT da 9ª Região (PR); professor do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA; doutor em Direito do Estado pela UFPR; membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, da Academia Paranaense de Direito do Trabalho, do Instituto Histórico e Geográfico do Paraná, do Centro de Letras do Paraná e da Associação Latino-Americana de Juizes do Trabalho; coordenador do Grupo de Pesquisa que edita a Revista Eletrônica do TRT da 9ª Região.*

** *Advogado; professor titular do Curso de Doutorado em Direito e coordenador de Especialização em Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho, ambos da PUCPR, do UNINTER e Adjunto II da UFSC; membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, da Academia Paranaense de Direito do Trabalho e do Centro de Letras do Paraná; líder de Grupo de Pesquisa – NEATES.*

responsáveis por solucionar a crise que adveio desta geração espontânea, por mais paradoxal que seja.

A atuação do Estado e a formação de um novo paradigma de controle institucional pode ser uma saída plausível para os problemas da globalização. A crise, por sua vez, acompanha a acelerada transmutação da informação no mundo interligado, vindo a se lançar como um monstro em todas as esferas sociais, seja nacional ou mundial.

Analisaremos a necessidade de criação de um organismo internacional ligado ao Direito do Trabalho, desde os seus idealizadores, Robert Owen e Daniel Legrand, com a sua evolução histórica até chegarmos à Organização Internacional do Trabalho, nascida em momento de suma importância para todos, na XIII parte do Trabalho da Paz, com o fim da Primeira Grande Guerra Mundial, no ano de 1919.

Explicaremos, também, o Mercado Comum do Sul, desde seu nascimento até a elaboração da primeira e da atualizadíssima Declaração Sociolaboral do mesmo bloco econômico, abordando inclusive a questão do *dumping* social.

Por último serão apresentados fatores que podem aumentar ou diminuir a possibilidade da negociação coletiva internacional, chegando à questão de proteção ao direito de personalidade.

2 – A NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A GLOBALIZAÇÃO

Em tempos de crise econômica, voltam-se os olhos dos estudiosos a uma comparação dos Estados do passado com os do presente. Socialismo, marxismo, liberalismo e capitalismo são palavras ainda recorrentes quando se estudam as relações de trabalho.

Qual é o papel do Estado-Legislator, do Estado-Juiz, do Estado-Administrador? Deve haver interferência na atividade que cerca os trabalhadores e os empregadores, ou a mão invisível do mercado a tudo pode regular?

No centro desse debate é possível colocar o fenômeno da negociação coletiva trabalhista como realizador de dois movimentos importantes. O primeiro deles, sem dúvida, como realizador de pacificação social, contribuindo para o fim do conflito. O segundo, não menos importante, é sua capacidade criadora de normas jurídicas para regular as relações entre os trabalhadores e as empresas, adaptando a realidade mutante com regramentos estabilizadores da atividade produtiva.

Quando analisamos a política de valorizar a negociação coletiva, necessário mencionar seu sensível “significado de uma resposta, não autoritária nem

burocrática, mas descentralizada e fundada sobre o diálogo social (...) à crise do direito coletivo do trabalho”¹.

Os processos de negociação coletiva, nos sistemas jurídicos, vinculam-se a um duplo método básico, segundo M. Carlos Palomeque López²: negociação estática (*static bargaining*) e negociação dinâmica (*dynamic bargaining*). No primeiro método, próprio dos países continentais europeus, as partes entram em relação negocial de forma circunstancial e periódica, dando vida a uma série de *standards* coletivos perfeitamente determinados e imediatamente configuráveis. No método dinâmico, próprio do sistema britânico de relações trabalhistas, as partes dão vida a uma série de instituições de caráter permanente, que cumprem a função de adaptar os pactos às novas exigências e circunstâncias.

Sempre se discute qual é a efetiva natureza jurídica da autonomia privada coletiva. Considerável doutrina pondera ser a autonomia privada não um poder derivado do Estado por delegação, mas um poder originário, anterior até mesmo ao ente estatal, sendo por este reconhecido, até mesmo em seus efeitos jurídicos³.

Reconhece, portanto, o Estado, a certos grupos sociais organizados, a faculdade de emitirem, por um processo coletivo de expressão do confronto entre os interesses coletivos correspondentes (o negócio coletivo), “normas que simultaneamente constituem fórmulas de equilíbrio entre interesses e padrões de conduta para os membros dos mesmos grupos nas suas relações individuais, isto é, limitações à autonomia privada”⁴.

Embora considere a autonomia privada coletiva como um poder delegado, Octavio Bueno Magano sublinha que “nem por isso deixa de ser poder genuíno porque gera, *motu proprio*, normas jurídicas, não se resolvendo em mera faculdade de agir”⁵.

A autonomia privada coletiva se relaciona de forma visceral com a efetivação da democracia, “mediante reflexão coletiva, liberdade e atuação pelos interlocutores representativos, para mobilização e concretização de melhores condições de trabalho”⁶.

1 GOMES, Orlando. *Ensaio de direito civil e de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986. p. 188.

2 PALOMEQUE LÓPEZ, M. Carlos. *Derecho sindical español*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1988. p. 280.

3 SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 140.

4 FERNANDES, António de Lemos Monteiro. *Direito do trabalho: relações colectivas de trabalho*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1994. v. 1. p. 32.

5 MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1993. v. 3. p. 14.

6 GONÇAVES, Lilian. *Ultratatividade das cláusulas normativas*. São Paulo: LTr, 2008. p. 60.

DOCTRINA

Para que melhorem as condições de trabalho, a negociação coletiva apresenta a grande justificativa de poder ser rápida e eficiente, solucionando-se eventual conflito pelos próprios interlocutores sociais, os sindicatos à frente, como verdadeiros entes coletivos, para justificarem o equilíbrio relativamente ao poder empresarial.

Com base na experiência capitalista dos países democráticos, Mauricio Godinho Delgado aponta como funções do Direito do Trabalho (considerado *amplo sensu*, englobador do direito sindical e coletivo do trabalho): melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na vida econômico-social, no caráter modernizante e progressista, do ponto de vista econômico e social, ao lado de seu papel civilizatório e democrático⁷.

Ao tratar da negociação coletiva, a Organização Internacional do Trabalho, por seus órgãos apropriados, esclarece que na Declaração Tripartite de Princípios sobre as Empresas Multinacionais e as Políticas Sociais, estabeleceu-se que, “nos incentivos especiais para atrair investimento estrangeiro, não se deveria incluir qualquer limitação à liberdade sindical dos trabalhadores nem ao direito de sindicalização, nem de negociação coletiva”⁸.

Em termos cronológicos, após o fim da II Guerra Mundial, por volta de 1950, o capitalismo avançou aceleradamente, tomando nova configuração, que se pode esboçar, segundo Orlando Gomes, com três principais traços característicos: “1) expansão interna (multinacionais); 2) aceleração do ritmo das inovações tecnológicas e descobertas científicas; 3) intervenção do Estado (influência sobre o desenvolvimento)”⁹.

Quanto à reelaboração doutrinal do contrato de trabalho, passamos a dar atenção, em caráter prioritário, “aos bens pessoais do trabalhador, como a saúde, a intimidade, a liberdade individual e a dignidade pessoal”¹⁰. Em outras palavras, deixa o empregado de ser apenas um objeto, uma máquina, um custo da empresa, para ser alguém vivo, que tem personalidade, passando-se a reconhecer os chamados direitos de personalidade.

No que diz respeito à autonomia coletiva, verificamos uma fase de restauração e ampliação da autonomia privada coletiva na condução da autotutela do interesse coletivo dos trabalhadores, especialmente pelo “primado da

7 DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005. p. 121.

8 *Liberdade sindical*: recopilación de decisões e principios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 1997. Verbete 801. p. 175.

9 GOMES, Orlando. *Escritos menores*. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 185.

10 *Liberdade sindical*. *Op. cit.*, p. 186.

negociação coletiva e em tantas outras manifestações de apropriação do poder normativo por parte desse amplo e ativo setor da sociedade, que é constituído pelos assalariados”¹¹.

Podemos, igualmente, afirmar que a nova empresa tem estrutura e função diferentes, que não correspondem ao modelo individualista, ao menos na que atinge grandes proporções e significativa importância social. Assim, a consagração efetiva da empresa, em seus traços atuais, exige que três elementos se reúnam: “1) estatuto do pessoal que assegura a integração e continuidade dos trabalhadores na empresa; 2) participação do pessoal em sua gestão (cogestão ou codecisão); 3) participação dos empregados nos seus lucros”¹².

O fenômeno que se costuma chamar de globalização (pelo enfoque norte-americano) ou mundialização (pela ótica francesa) dinamizou o fluxo de capitais, estabelecendo “uma nova ordem de caráter planetário”¹³.

Realizamos, hoje, a mobilidade do grande capital “à imagem e semelhança dos paradigmas informáticos, (...) o dinheiro das empresas transnacionais demarca em escala planetária a propriedade e o lucro”¹⁴.

Considerávamos, até há pouco, como sendo multinacional a “empresa ou grupo cujas instalações e atividades econômicas (produção ou distribuição de bens ou serviços) transcendiam os limites de um só país e se difundiam por diferentes regiões do globo”¹⁵.

O fenômeno de mundialização econômica tem uma faceta especial, pois “torna mais importante a participação do capital supranacional na constituição das grandes corporações, transnacionais ou não no que respeita a seu raio de atuação”¹⁶.

Dados fornecidos pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) informam a existência de 160 milhões de desempregados no mundo, em 2000, sendo 50 milhões nos países desenvolvidos. Por outro lado, 500 milhões de trabalhadores dispunham de um rendimento inferior a um dólar por dia¹⁷.

11 *Liberdade sindical. Op. cit.*, p. 188.

12 *Liberdade sindical. Op. cit.*, p. 189.

13 MELHADO, Reginaldo. *Metamorfoses do capital e do trabalho: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral*. São Paulo: LTr, 2006. p. 61.

14 MELHADO, Reginaldo. *Op. cit.*, p. 62.

15 MELHADO, Reginaldo. *Op. cit.*, p. 62.

16 MELHADO, Reginaldo. *Op. cit.*, p. 63.

17 SOUSA SANTOS, Boaventura. Introdução: para ampliar o cânone do internacionalismo operário. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (Org.). *Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 21.

DOCTRINA

As ambições de emancipação e de solidariedade operária internacional, é possível afirmarmos, “permanecem bem vivas nos dias de hoje, sobretudo por ter sido o capital e não o trabalho a lograr internacionalizar-se com êxito”¹⁸.

Existem, na verdade, algumas dificuldades para estabelecer uma sistemática de cooperação laboral transnacional. O primeiro obstáculo tem a ver, certamente, “com as transformações estruturais que atravessaram o próprio trabalho nas últimas décadas, decorrentes das revoluções informática e comunicacional”¹⁹. Apesar da constatação de o trabalho haver se convertido em recurso global, “não se pode falar num mercado de trabalho global, pois os mercados de trabalho são hoje mais segmentados que outrora”²⁰. Como segundo bloco de obstáculos, encontramos diversos fatores, “que vão desde a tensão entre escalas de atuação laboral nacional e transnacional, ao tipo de objetivos visados por uma ação transnacional, à fraca reflexão teórica sobre o tema”²¹.

Detectando-se o problema que envolve a nova negociação coletiva em uma economia mundializada, na qual as empresas assumem papel diferente do que ocuparam antes da década de 50 do século passado, quais aspectos devem ter maior relevância no debate a se travar sobre as garantias mínimas devidas em benefício dos trabalhadores?

A resposta a essa pergunta, como é evidente, não pode ser precisa, mas tem passagem obrigatória pelas garantias dos direitos fundamentais e de personalidade assegurados à pessoa humana, em especial a que vive da venda da sua força de trabalho, o assalariado.

Por tudo isso, necessária e lúcida a reflexão de Daniel Sarmiento quando afirma existirem fatores universais exigindo o manto protetor outorgado pelos direitos humanos “à esfera das relações entre particulares, diante da desigualdade gritante, da opressão e da injustiça que permeiam estas relações”²².

Nesse debate, porém, como acentua o autor mencionado, aparece, de forma clara ou velada, a controvérsia ideológica. Existem os defensores de uma visão mais abstrata da liberdade e da igualdade, supervalorizando elementos como “a autonomia do indivíduo e a segurança jurídica do tráfico privado, e a apontar para os perigos de uma panconstitucionalização do Direito, ou para uma

18 SOUSA SANTOS, Boaventura. *Op. cit.*, p. 21.

19 SOUSA SANTOS, Boaventura. *Op. cit.*, p. 23.

20 SOUSA SANTOS, Boaventura. *Op. cit.*, p. 23.

21 SOUSA SANTOS, Boaventura. *Op. cit.*, p. 23.

22 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 233.

inflação dos direitos fundamentais”²³. Em outro lado, haverá mais intensidade na preocupação com a igualdade real entre as partes, ou, pelo menos, com a liberdade que estas efetivamente desfrutam, “no contexto de uma sociedade marcada por relações assimétricas de poder, e, por isso, maior será a tolerância aos limites impostos à autonomia da vontade”²⁴. No primeiro caso, estaremos à direita do espectro político, e, na segunda hipótese, virarmos à esquerda, sentindo ecoar, ainda, as advertências de Karl Marx, para quem “confinar as liberdades constitucionais às relações públicas equivale a permitir que se instale a *lei da selva* no espaço privado”²⁵.

Arion Sayão Romita indica os seguintes direitos fundamentais de solidariedade: a) direito à sindicalização (liberdade sindical); b) negociação coletiva; c) greve; d) representação dos trabalhadores e dos sindicatos na empresa; e) proteção contra a dispensa injustificada; f) direito ao repouso; g) saúde e segurança do trabalho; e h) meio ambiente do trabalho²⁶.

Qual é o sentido ou o significado do vocábulo “solidariedade”? Na chamada geração de direitos, a liberdade e a igualdade se dirigem aos trabalhadores individualmente considerados, enquanto a solidariedade reside na coesão da comunidade, ainda que visem à preservação do emprego, “porque neste entra em jogo o interesse social voltado para o sustento do empregado e de sua família, sem onerar os aparelhos assistenciais e de seguridade social”²⁷.

Eduardo Antônio Temponi Lebre conclui em seu estudo que “já que chegamos ao limite de tolerância da explosão da miséria e da violência urbana e rural aos trabalhadores, especialmente, pelo esgotamento da perspectiva de trabalho entre os jovens, é necessário que o Estado exerça o papel de interventor neste processo descontrolado do capitalismo, para que um Direito justo se sobreponha e transforme a realidade, não é possível conceber que as leis somente devam ratificar o que é para os economistas uma regra natural do mercado. É inconcebível que esta globalização econômica seja conduzida como uma verdade absoluta, sem questionamentos, ou, ainda, sem possibilidade de controle pelo povo”²⁸.

23 SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 233.

24 SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 233.

25 SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 233.

26 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 350.

27 ROMITA, Arion Sayão. *Op. cit.*, p. 349.

28 LEBRE, Eduardo Antonio Temponi. A importância do emprego na era da globalização de mercado: considerações sobre a ideologia neoliberal e a reforma da Consolidação das Leis do Trabalho. In: *70 anos de Consolidação das Leis do Trabalho: uma reflexão social, econômica e jurídica*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 53-54.

Carlos Eduardo Koller e Marco Antônio César Villatore concluem, também, que “a globalização se encontra em crise. A propagação de ideais que deturpam a Economia, o Direito, a sociedade, a moral e o meio ambiente é catabolizada pela tecnologia que, na sociedade de informação, socorre-se da internet. Há muito a ser feito, entretanto, o começo, sem dúvida alguma, é na própria mentalidade humana. O ser humano merece a tutela sustentável da sua própria vida, especialmente no ambiente de trabalho”²⁹.

Com vistas ao estudo dessa importante matéria da negociação coletiva, que é uma das formas essenciais de aproximar democraticamente o capital e o trabalho, examinaremos a dinâmica da Organização Internacional do Trabalho; o confronto do exercício sindical com a atividade empresarial mundializada; a Declaração de Princípios da OIT sobre as Empresas Multinacionais e a Política Social; a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL; o *dumping* social diagnosticado, mas não solucionado; a Negociação Coletiva no MERCOSUL; os fatores que aumentam ou diminuem a possibilidade de Negociação Coletiva Internacional.

3 – A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Conforme relata José Carlos Arouca, “a Declaração de Filadélfia, de 1944, impôs à Organização Internacional do Trabalho a obrigação de fomentar a negociação coletiva em todas as nações do mundo, mediante programas que a reconhecessem como direito”³⁰.

O Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho, órgão que aprecia queixas de sindicatos, segundo Amauri Mascaro Nascimento, “considera o direito de negociar elemento essencial da liberdade sindical, bem como imprescindível o comportamento da boa-fé pelas partes negociantes, como meio de inspiração da mútua confiança, necessário ao êxito da negociação. Ressalta, também, que os próprios interlocutores sociais devem ter a liberdade de definir o nível em que se deve dar a negociação dentre os existentes na organização sindical”³¹.

Em sua 32ª Reunião, em 1949, a OIT aprovou a Convenção nº 98, que, em seu art. 4º, estabelece a dimensão do instrumento universalizado para a solução amistosa dos conflitos de trabalho, mediante adoção de medidas ade-

29 KOLLER, Carlos Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio César. A Consolidação das Leis do Trabalho e a globalização: institutos em crise e os impactos na sociedade hegemônica e capitalista brasileira. In: *70 anos de Consolidação das Leis do Trabalho: uma reflexão social, econômica e jurídica*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 18.

30 AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2006. p. 271.

31 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 128-129.

DOCTRINA

quadas às condições nacionais, quando necessário, para estimular e fomentar entre os empregadores e as organizações de empregadores, de um lado, e as organizações de trabalhadores, de outro, o pleno desenvolvimento e uso de procedimentos de negociação voluntária com o objetivo de regulamentar, por meio de contratos coletivos, as condições de emprego.

A Convenção nº 154, aprovada em 1981 pela OIT, fixa, no art. 2º, o entendimento de negociação coletiva como abrangendo todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; e b) ou regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

A Convenção nº 98 foi internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 33.196, tendo vigência no país desde 18 de novembro de 1953. A Convenção nº 154 ingressou em nosso sistema jurídico pelo Decreto nº 1.256, passando a vigorar em nosso país a partir de 10 de julho de 1993.

Foram aprovadas pela OIT, também, as Recomendações ns. 91, de 1951, e 163, de 1981: “A primeira tratando dos procedimentos a serem observados nas negociações, a segunda a respeito do fomento e meios para sua realização”³².

Importante fazermos referência à Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais do trabalho, aprovada na 86ª Reunião da Conferência Geral, realizada em Genebra, em junho de 1998, que conclama os Estados-Membros a respeitar, entre outros valores, a liberdade sindical e a negociação coletiva, tendo o compromisso, decorrente de sua participação na Organização, “de respeitar, promover e tornar realidade, de boa-fé e em conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais, objeto dessas convenções, a saber: a liberdade de associação e a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva”³³.

Relativamente às Convenções da OIT sobre negociação coletiva, a de nº 98, sobre direito de sindicalização e negociação coletiva, foi ratificada por todos os Estados-partes do MERCOSUL, a de nº 154, sobre o fomento da

32 AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2006. p. 273.

33 TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Negociação coletiva de trabalho. In: SÚSSEKIND, Arnaldo; MARRANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. II. p. 1.183.

DOCTRINA

negociação coletiva, foi pela Argentina, pelo Brasil e pelo Uruguai, e a de nº 87, sobre liberdade sindical, não conta, apenas, com a ratificação do Brasil.

No ano de 1998 foi adotada a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, sendo uma reafirmação universal do compromisso dos Estados-membros e da Comunidade internacional em geral de respeitar, promover e aplicar um patamar mínimo de princípios e direitos no trabalho, que são reconhecidamente fundamentais para os trabalhadores.

Esses princípios e direitos fundamentais estão recolhidos em oito Convenções que cobrem quatro áreas básicas: liberdade sindical e direito à negociação coletiva, trabalho infanto-juvenil, eliminação do trabalho forçado e não discriminação no emprego ou ocupação.

Em 1998, portanto, após o fim da Guerra Fria, foi adotada a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento. O documento é uma reafirmação universal da obrigação de respeitar, promover e tornar realidade os princípios refletidos nas Convenções fundamentais da OIT, ainda que não tenham sido ratificados pelos Estados-membros³⁴.

As referidas Convenções e as ratificações³⁵ ocorridas em cada um dos Estados-partes são as apresentadas no quadro abaixo.

Quadro – Ratificações das Convenções Fundamentais da Organização Internacional pelos Estados-partes do MERCOSUL

	<i>Trabalho forçado</i>		<i>Liberdade sindical</i>		<i>Discriminação</i>		<i>Trabalho infantil</i>	
	Conv. nº 29	Conv. nº 105	Conv. nº 87	Conv. nº 98	Conv. nº 100	Conv. nº 111	Conv. nº 138	Conv. nº 182
Argentina	14.03.50	18.01.60	18.01.60	24.09.56	24.09.56	18.06.68	11.11.96	05.02.01
Brasil	25.04.57	18.06.65	–	18.11.52	25.04.57	26.11.65	28.06.01	02.02.00
Paraguai	28.08.67	16.05.68	28.06.62	21.03.66	24.06.64	10.07.67	03.03.04	07.03.01
Uruguai	06.09.95	22.11.68	18.03.54	18.03.54	16.11.89	16.11.89	02.06.77	03.08.01
Venezuela	20.11.44	16.11.64	20.09.82	19.12.68	10.08.82	03.06.71	15.07.87	26.10.05

Fonte: Elaboração própria conforme dados da Organização Internacional do Trabalho, 2016. Disponível em: <www.ilo.org>.

Como se nota no quadro supracitado, o Brasil é o único Estado-parte integrante do MERCOSUL que não ratificou todas as oito Convenções Fundamentais da OIT, restando a Convenção nº 87, sobre liberdade sindical,

34 HISTÓRIA. Disponível em <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/inst/hist/index.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

35 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <www.ilo.org>. Acesso em: 20 nov. 2016.

justamente em razão da nossa unicidade sindical e da cobrança obrigatória de contribuição (art. 8º, incisos II e IV, da Constituição de 1988, respectivamente).

Como notamos, a OIT traça importantes parâmetros para que a negociação coletiva de trabalho possa se desenvolver livremente.

4 – O CONFRONTO DO EXERCÍCIO SINDICAL COM A ATIVIDADE EMPRESARIAL MUNDIALIZADA

Antonio Baylos reflete sobre a posição que vai ocupar o sindicalismo ante um mundo global, asseverando que as carências da capacidade de se projetar sobre os trabalhadores que representa e a “consequente perda da influência em amplas camadas da sociedade podem se constatar aqui e ali ao longo dos diversos sistemas sindicais existentes”³⁶.

Os principais problemas são sintetizados por Baylos da seguinte forma: a) crise de representação do sindicato como sujeito representante geral da força de trabalho; b) dificuldade em que se encontra o sindicato para definir sua ação de tutela do interesse dos trabalhadores em geral; e c) progressiva perda de importância do Estado como espaço ou lugar onde se desenvolve a ação sindical³⁷.

Conforme referência de Georgenor de Sousa Franco Filho³⁸, por intermédio da globalização os sindicatos ganharam nova feição, saindo dos limites territoriais de seus Estados de origem, passando a ter atuação além-fronteiras. Afirma, ainda, o surgimento das empresas transnacionais, a partir do século XIX, alertando ser essa a denominação tecnicamente mais adequada, embora também sejam conhecidas por multinacionais, nome popularmente preferido. Utilizando-se de Samuel Huntington³⁹, define a empresa transnacional como sendo aquela que executa operações importantes, sob orientação centralizada, no território de duas ou mais nações, diversa da internacional, aquela cujo controle da organização é explicitamente dividido entre representantes de duas ou mais nações.

Para implementar a negociação coletiva no aspecto transnacional, devem ser absorvidas as profundas transformações que experimenta o mundo,

36 BAYLOS, Antonio. Representação e representatividade sindical na globalização. *Revista Trabalhista – Direito e Processo*, Rio de Janeiro, Forense, ano 2, v. V, jan./mar., 2003, p. 20.

37 BAYLOS, Antonio. *Op. cit.*, p. 21-23.

38 FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. Negociação coletiva transnacional. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza (Coord.). *Curso de direito coletivo do trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa*. São Paulo: LTr, 1998. p. 291-292.

39 FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *Op. cit.*, p. 294.

consoante Gonzalo Oscar Cuartango⁴⁰, entre as quais alinha as seguintes: a aceitação geral da economia de mercado após a queda do muro de Berlim; a redução do setor público; a redefinição do papel do Estado; a reestruturação e a mundialização econômicas; a generalização de técnicas eficazes para lutar contra a inflação; a expansão das formas atípicas de trabalho e dos contratos temporários; os processos de democratização política e social; a crescente autonomia dos sindicatos.

Georges Spyropoulos⁴¹ assinala que, em razão da novidade dos novos mecanismos de mundialização da economia, não é estranho que os sindicatos não tenham podido se adaptar plenamente à nova situação. A defesa dos direitos dos trabalhadores exigirá, sem dúvida, como explica esse autor, que o movimento sindical reflita e fortaleça sua organização internacionalmente.

Quanto ao sindicalismo internacional, recordamos que o século XX é o século da internacionalização das estruturas econômicas, políticas, sociais e sindicais, existindo duas fases claramente distintas desse processo, como explica Georges Spyropoulos⁴²: a) durante a primeira metade do século XX, o conceito de Estado e colaboração interestatal esteve no centro dos intercâmbios internacionais e da ação sindical correspondente; b) a partir dos anos 1950, o processo de internacionalização entra em uma nova fase, caracterizada não tanto pelo conceito de Estado como antes, mas por mecanismos transnacionais de tipo novo, tais como as empresas multinacionais e os tratados de integração e de cooperação econômica regional; ao contrário da fase anterior, caracterizada por certa estabilização dos mecanismos de intercâmbios internacionais, a nova fase coincide com uma aceleração impressionante das mudanças estruturais, ocasionadas pela mundialização da economia.

5 – A DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO SOBRE AS EMPRESAS MULTINACIONAIS E A POLÍTICA SOCIAL

Conforme Celso Furtado, “a estratégia de uma empresa transnacional é algo de grande complexidade e pressupõe um forte entrosamento com as estru-

40 CUARTANGO, Gonzalo Oscar. La negociación colectiva transnacional en el MERCOSUR: observaciones y perspectivas. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, ano 27, out./dez. 2001, p. 193.

41 SPYROPOULOS, Georges. El sindicalismo frente a la crisis: situación actual y perspectivas futuras. *RELASUR – Revista de Relaciones Laborales en America Latina – Cono Sur*, n. 4, OIT/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, Montevideo, 1994, p. 95.

42 SPYROPOULOS, Georges. *Op. cit.*, p. 95.

turas de poder político sobre as quais tem crescente influência. Explica-se assim o debilitamento do poder sindical e o declínio das políticas de pleno emprego⁷⁴³.

O Conselho de Administração da OIT aprovou, na 204ª Reunião, em novembro de 1977, a Declaração Tripartite de Princípios sobre as Empresas Multinacionais e a Política Social, que, como explica Georgenor de Sousa Franco Filho, não tem a força vinculante de tratado *stricto sensu*, representando um elenco de princípios que deve nortear o comportamento da sociedade.

Na dicção de Jorge Rosenbaum e Octavio Racciatti⁴⁴, esse instrumento constitui um guia sobre os “aspectos sociais das atividades das empresas multinacionais, incluindo a criação de emprego nos países em desenvolvimento”. Existe um mecanismo de seguimento, consistindo em uma informação periódica sobre a aplicação da declaração, e um procedimento de interpretação para casos específicos, supervisionados pela Subcomissão de Empresas Multinacionais do Conselho de Administração. Essa subcomissão informa diretamente ao Conselho de Administração, e se ocupa de examinar: a) as medidas adotadas no cumprimento da Declaração tripartite de princípios sobre as empresas multinacionais e a política social (e em particular do exame trienal do curso dado à mesma); b) as solicitações de interpretação da Declaração; e c) as medidas relativas às empresas multinacionais adotadas pela OIT, e outros organismos, no entendimento de que os demais aspectos das atividades das empresas multinacionais poderiam ser tratados, como necessário, em outras comissões.

Relativamente à negociação coletiva, a Declaração prevê que: a) os trabalhadores das empresas transnacionais podem indicar as organizações que julguem representativas com fim de negociação (nº 48), sem a necessidade de presença do Estado ou de seu representante; b) as Convenções Coletivas de Trabalho podem ser celebradas para estabelecer condições de emprego (nº 49); c) é reconhecida a garantia de não sofrer ameaças pelo exercício do direito de sindicalização (nº 52); e d) devem ser fornecidos, pelas empresas transnacionais, aos representantes dos empregados, dados efetivos e concretos, conforme a Recomendação nº 129, para fim de negociação (nº 54).

6 – A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL)

A importância do estudo do Direito do Trabalho, no MERCOSUL, como órgão de integração regional, deve-se ao fato da evolução de tal tema, pois o

43 FURTADO, Celso. *O longo amanhecer*: reflexões sobre a formação do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999. p. 22-23.

44 FURTADO, Celso. *Op. cit.*, p. 190-191.

seu Tratado instituidor, de Assunção, firmado em 26 de março de 1991, era quase omissivo quanto a esse aspecto.

Verifica-se, portanto, essa evolução legislativa e doutrinária, com a criação de Subgrupos de Trabalho, o Foro Consultivo Econômico-Social, o Observatório do Mercado de Trabalho, a Declaração Sociolaboral, atualizada em julho de 2015, além da ideia de uma Carta Social e da elaboração de uma legislação sobre a livre-circulação de trabalhadores.

O governo argentino assinalou a possibilidade do desenvolvimento de uma negociação coletiva regional, de forma expressa, em sua resposta ao Comitê de Liberdade Sindical, no caso relativo à suspensão de convenções coletivas nos portos e o transporte marítimo e fluvial, quando manifesta seu interesse na possível negociação de um convênio coletivo em nível de MERCOSUL, através do ex-Subgrupo 11⁴⁵.

Quanto aos atores, que podem praticar a negociação coletiva transnacional, no MERCOSUL, Georgenor de Sousa Franco Filho indica: Coordenação de Centrais Sindicais do referido Bloco Econômico e seu Conselho Industrial⁴⁶.

Convém analisarmos neste momento um dos principais documentos normativos, com forma de recomendação, do MERCOSUL.

6.1 – A declaração sociolaboral do MERCOSUL

Em 10 de dezembro de 1998, durante a 15ª Reunião Ordinária, foi firmada, no Rio de Janeiro, a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL (DSLML), sendo subdividida nas seguintes partes: “a) Direitos Individuais: não discriminação, promoção da igualdade, trabalhadores e migrantes fronteiriços, eliminação do trabalho forçado, trabalho infantil e de menores, direitos dos empregadores; b) Direitos Coletivos: liberdade de associação, liberdade sindical, negociação coletiva; c) Outros Direitos: fomento ao emprego, proteção dos desempregados, formação profissional e desenvolvimento de recursos humanos, inspeção do trabalho, seguridade social; d) Aplicação e Seguimento”.

No seu art. 10, mencionou-se, a respeito da negociação coletiva, o seguinte: “Os empregadores ou suas organizações e as organizações ou representações de trabalhadores têm direito de negociar e celebrar convenções

45 COMITÊ DE LIBERDADE SINDICAL. Queixa contra o governo da Argentina apresentada pela Confederação Geral do Trabalho da República Argentina (CGT) e a Confederação Internacional de Organizações Sindicais Livres (CIOSL). *Informe n° 292, Caso n° 1.684*.

46 Comitê de Liberdade Sindical. *Op. cit.*, p. 299.

e acordos coletivos para regular as condições de trabalho, em conformidade com as legislações e práticas nacionais”.

Amauri Mascaro Nascimento assevera, interpretando esse diploma internacional, estarem atendidas as garantias de negociação coletiva e do direito de greve, previstos em nosso país, uma vez “que dispõe de um sistema de formas preventivas e alternativas de autocomposição dos conflitos de trabalho, com a utilização de procedimentos independentes e imparciais de solução de controvérsias, como são as jurisdicionais, precedidos da tentativa da negociação coletiva e da mediação do Ministério do Trabalho e Emprego e Procuradoria da Justiça do Trabalho”⁴⁷.

Esse doutrinador não reconhece autoaplicabilidade na Declaração, atribuindo-lhe apenas “efeitos programáticos”, isso porque não teria “validade jurídica no sentido de incorporar-se aos ordenamentos jurídicos internos de cada país. Porém, adquire a dimensão de um conjunto de princípios aos quais esses ordenamentos devem adequar-se, numa perspectiva de harmonização do direito do trabalho no MERCOSUL”⁴⁸.

Observamos que a DSLM sintetiza diversos princípios, e direitos, na área do Direito Sindical e Coletivo do Trabalho, levando em consideração a “decisão dos Estados-partes de consolidar em um instrumento comum os progressos já alcançados na dimensão social do processo de integração e sustentar os avanços futuros e constantes no campo social, sobretudo mediante a ratificação e cumprimento das principais Convenções da OIT”, além de outros instrumentos e declarações de ordem internacional.

Não há qualquer dúvida de que a DSLM não obteve aprovação legislativa, tampouco ratificação pelos Estados-partes. Além do mais, não há em seu texto disposição exigindo o cumprimento de mecanismo aprovador ou internalizante para sua vigência e aplicação.

De qualquer modo, e como notícia auspiciosa de valor jurídico, em várias decisões judiciais da 6ª Turma da Câmara Nacional do Trabalho da Argentina, especialmente nos votos do Magistrado Capón Filas, aplicou-se a DSLM. Como esclarece o Primeiro Relatório sobre a Aplicação do Direito do MERCOSUL pelos Tribunais Nacionais (2003), “em algumas decisões, ela foi reconhecida como hierarquia superior às leis internas, considerando sua

47 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 110.

48 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 109-110.

derivação do Tratado de Assunção (TA) e o disposto no art. 75, inciso 24, da Constituição Argentina”⁴⁹.

Esse mesmo Magistrado, em determinado caso concreto, “apontou que o Mercosul é um espaço destinado a melhorar as condições de vida de seus habitantes. Afirmou que a sentença recorrida deveria ser reformada, já que, ao denegar ao autor uma remuneração justa, provoca um retrocesso no Tratado de Assunção, e que a DSLM, por ser derivada desse tratado, é superior às leis (com citação do art. 75, inciso 24, da Constituição Nacional)”⁵⁰.

Na 18ª Cúpula Social do MERCOSUL, ocorrida novamente em Brasília no dia 17 de julho de 2015 houve a revisão da Declaração Sociolaboral deste importante Bloco Econômico e Social, com 34 artigos, acrescentando nove ao original de 1998, além de alterações, sendo dividido em Princípios Gerais (que não existia no original); Direitos Individuais; Direitos Coletivos; Outros Direitos; Aplicação e Segmento⁵¹.

Dentre os pontos mais importantes, podemos citar o foco no direito ao trabalho decente, combate ao trabalho infantil e criação de zona franca social, tendo alguns artigos transcritos agora:

“ARTIGO 1º

Definições

Para os efeitos do presente instrumento, os termos ‘trabalhador’ e ‘trabalhadores’ compreendem ‘trabalhador e trabalhadora’ e ‘trabalhadores e trabalhadoras’ e os termos ‘empregador’ e ‘empregadores compreendem ‘empregador e empregadora’ e ‘empregadores e empregadoras’.

ARTIGO 2º

Trabalho Decente

1. Os Estados Partes comprometem-se a:

a) formular e pôr em prática políticas ativas de trabalho decente e pleno emprego produtivo, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores articuladas com políticas

49 *Primeiro relatório sobre a aplicação do direito do Mercosul pelos tribunais nacionais* (2003). Montevideo: Secretaría del Mercosur, Foro Permanente de Cortes Supremas del Mercosur y Asociados, Fundación Konrad Adenauer (Editores), 2006, p. 133.

50 *Primeiro relatório sobre a aplicação do direito do Mercosul pelos tribunais nacionais* (2003). *Op. cit.*, p. 134.

51 Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 2015, I Reunião Negociadora, Brasília, 17 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/10519-declaracao-sociolaboral-do-mercossul-de-2015-i-reuniao-negociadora-brasilia-17-de-julho-de-2015>. Acesso em: 20 nov. 2016.

DOCTRINA

econômicas e sociais, de modo a favorecer a geração de oportunidades de ocupação e renda;

- b) elevar as condições de vida dos cidadãos;
- c) promover o desenvolvimento sustentável da região;

2. Na formulação das políticas ativas de trabalho decente, os Estados Partes devem ter presente:

- a) a geração de empregos produtivos em um ambiente institucional, social e economicamente sustentável;
- b) desenvolvimento de medidas de proteção social;
- c) promoção do diálogo social e do tripartismo; e
- d) respeito, difusão e aplicação dos princípios e direitos fundamentais do trabalho.

ARTIGO 3º

Empresas sustentáveis (...)

ARTIGO 20

Diálogo social

1. Os Estados Partes comprometem-se a fomentar o diálogo social em âmbito nacional e regional, instituindo mecanismos efetivos de consulta permanente entre representantes dos governos, dos empregadores e dos trabalhadores, a fim de garantir, mediante o consenso social, condições favoráveis para o crescimento econômico sustentável e com justiça social na região e à melhoria das condições de vida de seus povos.

2. A consulta permanente, praticada com base efetiva no tripartismo previsto na Convenção nº 144 da OIT, deve permitir o exame conjunto de questões de interesse mútuo, a fim de alcançar, na medida do possível, soluções aceitas de comum acordo.

3. A consulta tem por objetivo geral incentivar a compreensão mútua e as boas relações entre as autoridades públicas e as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, bem como entre as próprias organizações, visando à promoção do diálogo social e à possibilidade de gerar acordos-marco de trabalho, como elementos essenciais para a consolidação de uma sociedade democrática, plural e justa.⁵²

52 Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 2015, I Reunião Negociadora, Brasília, 17 de julho de 2015. *Op. cit.*

Registraram Jorge Rosenbaum e Octavio Racciatti que

“o fundamento jurídico da negociação coletiva regional no MERCOSUL provém das normas internacionais sobre liberdade sindical e negociação coletiva (o princípio da liberdade sindical emana da ratificação da Constituição da OIT), assim como do reconhecimento do diálogo social na Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 10.12.98.”⁵³

Na parte final do artigo 5º do novo texto da Declaração Sociolaboral estabelece a negociação coletiva do trabalho também como forma de garantir a igualdade de oportunidades e de tratamento entre mulheres e homens⁵⁴.

Diretamente em relação à negociação coletiva, encontramos o novo artigo 17, estabelecendo o seguinte:

“Negociação coletiva

1. Os empregadores ou suas organizações representativas, inclusive os do setor público, as organizações representativas de trabalhadores, inclusive as do setor público, têm direito de negociar e celebrar convenções e acordos coletivos para regular as condições de trabalho, em conformidade com as legislações e práticas nacionais dos Estados Partes.

2. Os Estados Partes comprometem-se a facilitar mecanismos para fomentar o exercício da negociação coletiva nos diferentes âmbitos.”⁵⁵

Como recordamos, esse importante documento, atualizado em 2015, estabelece, no artigo 20, sob o título Diálogo Social, o seguinte:

“1. Os Estados Partes comprometem-se a fomentar o diálogo social em âmbito nacional e regional, instituindo mecanismos efetivos de consulta permanente entre representantes dos governos, dos empregadores e dos trabalhadores, a fim de garantir, mediante o consenso social, condições favoráveis para o crescimento econômico sustentável e com justiça social na região e à melhoria das condições de vida de seus povos.

2. A consulta permanente, praticada com base efetiva no tripartismo previsto na Convenção nº 144 da OIT, deve permitir o exame conjunto de questões de interesse mútuo, a fim de alcançar, na medida do possível, soluções aceitas de comum acordo.

53 ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Op. cit.*, p. 195.

54 Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 2015, I Reunião Negociadora, Brasília, 17 de julho de 2015. *Op. cit.*

55 Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 2015, I Reunião Negociadora, Brasília, 17 de julho de 2015. *Op. cit.*

3. A consulta tem por objetivo geral incentivar a compreensão mútua e as boas relações entre as autoridades públicas e as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, bem como entre as próprias organizações, visando à promoção do diálogo social e à possibilidade de gerar acordos-marco de trabalho, como elementos essenciais para a consolidação de uma sociedade democrática, plural e justa.”

Da mesma forma importante é que encontramos no artigo 32 da nova Declaração Sociolaboral, ficou estabelecido que em seis anos será realizada outra revisão, conforme a prática, além de que a comissão deverá se reunir pelo menos duas vezes ao ano para estudar o que vem sendo realizado nos cinco Estados-partes atuais (Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela).

7 – O DUMPING SOCIAL DIAGNOSTICADO, MAS NÃO SOLUCIONADO

O *dumping* social, segundo Carina Frahm e Marco Antônio César Villatore⁵⁶, constitui prática da qual governos e empregadores de países altamente desenvolvidos frequentemente acusam governos menos desenvolvidos, porque estes deliberadamente negligenciariam regras trabalhistas. Esse conceito, então, é invocado, segundo os mesmos autores, “Com o intuito de proteger o mercado interno de países desenvolvidos, das mercadorias produzidas pela mão de obra considerada carente de direitos mínimos do trabalhador: longas jornadas de trabalho, utilização de mão de obra infantil, precário sistema previdenciário, etc.”.

Recordando o exemplo do uso da mão de obra infantil na produção de bolas de futebol da Nike, no Paquistão, no Vietnã, na China e na Indonésia, Frahm e Villatore⁵⁷ sintetizam a compreensão do tema, afirmando: “como o salário do trabalhador representa relevante obstáculo para o aumento do lucro, explora-se a mão de obra para a obtenção de menores custos de produção, o que permite também a diminuição do preço de venda, instigando, assim, a prática de *dumping* social”.

Segundo Georgenor de Sousa Franco Filho⁵⁸, o grave problema do *dumping* social ocorre “porque as empresas transnacionais costumam se implantar nos países onde a mão de obra é mais barata, promovendo tratamento diverso, porquanto geralmente atuando nos diversos processos de integração, tendem a subverter esses a seu interesse”.

56 FRAHM, Carina; VILLATORE, Marco Antônio César. *Dumping* social e o direito do trabalho. In: VIDOTTI, Tércio José; GIORDANI, Francisco Alberto da Mota Peixoto (Coord.). *Direito coletivo do trabalho em uma sociedade pós-industrial: homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen*. São Paulo: LTr, 2003. p. 150-151.

57 FRAHM, Carina; VILLATORE, Marco Antônio César. *Op. cit.*, p. 151.

58 FRAHM, Carina; VILLATORE, Marco Antônio César. *Op. cit.*, p. 297.

Manifestação dessa natureza pode-se dar em pelo menos três formas, na lição de Luiz Carlos Amorim Robortella⁵⁹: a) empresas transferem-se de um para outro Estado em busca de menor custo de mão de obra e vantagens tributárias; b) fixação interna de salários baixos para atrair empresas estrangeiras; e c) trabalhador transfere-se para o Estado que oferecer mais proteção e maior *salário*, o que agrava a situação econômico-social.

Juliana Machado Massi e Marco Antônio César Villatore⁶⁰ afirmam que “ao se indignar, os seus valores sobre ética e solidariedade afloram com mais força e a sua atuação social ganha maior efetividade. A atuação do jurista é, dessa forma, semelhante à de um agente social. Mas sua importância é também fundamental como um agente processual. A ética deve estar presente nas relações de trabalho e, sobretudo, nas relações processuais”, concluindo que “é chegado o tempo de mudanças: da troca de paradigmas. Os valores devem ser recuperados e colocados acima do viés econômico e da lucratividade. Somente assim será possível conquistar a verdadeira justiça social e viver em harmonia”.

Importante a temática proposta que se justifica pela atualidade e pela repercussão tanto positiva quanto negativa que o comércio promove sobre as atividades econômicas do país e das suas relações de trabalho. Assim, é de extrema importância o estudo das medidas cabíveis para a proteção não apenas do mercado, mas também da dignidade da pessoa humana dos trabalhadores. É nesse ponto que se coloca “em xeque” a relação capital x trabalho.

8 – OS FATORES QUE AUMENTAM OU DIMINUEM A POSSIBILIDADE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA INTERNACIONAL

Em ensaio de grande profundidade, Jorge Rosenbaum e Octavio Racciatti assinalam existirem fatores que favorecem e outros que debilitam a negociação coletiva internacional⁶¹.

Tendo-se em conta esse estudo, sinteticamente, foram considerados como principais fatores que favorecem a negociação coletiva internacional: a) que a integração dos países da região em um mercado comum, nas características do MERCOSUL, deveria abrir o caminho até a expansão da autonomia coletiva; b)

59 ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. As relações de trabalho no MERCOSUL. *Revista LTr*, São Paulo, 57 (11), nov. 1993, p. 1.315.

60 MASSI, Juliana Machado; VILLATORE, Marco Antônio César. O *dumping* social e a total possibilidade de tutela das minorias na atividade empresarial. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI/ UNICURITIBA, 2013, Curitiba-PR. *Anais do XXII Encontro Nacional do Congresso Nacional de Pós-Graduação em Direito (CONPEDI)*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. v. 1. p. 80-105. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27ef345422b300b5>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

61 ROSENBAUM, Jorge; RACCIATTI, Octavio. Negociación colectiva internacional. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, ano 26, out./dez. 2000, p. 160-170.

que tanto a globalização econômica como a integração regional, que operam sobre a produção, o comércio, as comunicações e as finanças se convertem em agentes ativos para modificar o sistema social, impulsionando um redimensionamento dos sistemas de relações trabalhistas, apresentando um novo contexto para que se desenvolvam. Nesse cenário do mundo econômico e social, que afeta as relações trabalhistas, pode-se admitir que inevitavelmente se tenda à internacionalização dos atores e de suas relações, e essa circunstância deveria também operar por si mesma como um estímulo à negociação coletiva internacional; c) que a importante expansão das empresas multinacionais, e da integração de empresas e/ou grupos de empresas entre si, para enfrentar os desafios da competitividade internacional, no esquema de globalização que impera na realidade presente, configura uma peça a mais, das diversas formas, processos, estruturas e relações que transcendem ao “*Estado-nação*” e desenha parte das “economias-mundo”.

No outro lado da linha, seguindo os mesmos doutrinadores, encontramos os principais fatores que debilitam a negociação coletiva internacional e que podem ser resumidos da seguinte maneira: a) a inadequação das estruturas das organizações sindicais e das organizações de empregadores para esse fim; b) ausência de uma vontade negociadora efetiva e convincente nos interlocutores sociais para concluir normas coletivas. Essa realidade – ainda com diversidade de graus e matizes – constitui um fenômeno bastante generalizado no mundo, porém, muito mais na região e ainda em países que, como Argentina e Uruguai, possuem uma tradição de práticas nessa matéria; c) carências atuais do sindicalismo – as organizações de trabalhadores não possuem poder suficiente para levar as organizações de empregadores e os grupos multinacionais a sentar-se em uma mesa de negociações; d) a debilidade sindical no mercado, onde a empresa assume um papel de protagonista e as organizações gremiais perderam pé, possuindo um papel cada vez menos decisivo; e) acúmulo de dificuldades práticas, que operam como freio a um adequado desenvolvimento da negociação coletiva internacional, muitas das quais se acentuam, ou respondem quase exclusivamente à realidade regional, à qual pertencem os países da área; e f) problemas técnicos (jurídicos) que se encontram ao seu redor – a existência de uma diversidade de legislações nacionais sobre negociação coletiva, e a paralela ausência de um ordenamento internacional unitário a respeito, constituem uma barreira quase intransponível para uma negociação coletiva multinacional.

Conforme registro de Gerardo Cedrola Spremolla⁶², citando H. Northory e R. Rowan, as críticas à negociação coletiva internacional foram convertidas

62 SPREMOLLA, Gerardo Cedrola. Negociación colectiva internacional: realidad o utopia? *RELASUR – Revista de Relaciones Laborales en America Latina – Cono Sur*, n. 6, OIT/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, Montevideo, 1995, p. 70.

em uma lista já “clássica” de impedimentos: 1) as diversas legislações, ou, mais estritamente, a regulação diversa que da negociação coletiva fazem as diversas legislações dos Estados; 2) a resistência dos empregadores; 3) a falta de preparo sindical; 4) a falta de convicção dos trabalhadores; 5) os obstáculos devidos à política macroeconômica dos governos.

9 – A IMPONDERABILIDADE QUANTO AO FUTURO – UM ENIGMA A SER DECIFRADO – E A VIABILIDADE DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE VIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Roland Hasson já alertava que a nossa “maior preocupação é garantir a integração do indivíduo às raias do sistema de inclusão e expansão capitalista, fundindo-se a realização econômica com aspectos inerentes à dignidade e existência humana. Então, percebe-se que a dignidade da pessoa humana se confunde com a atividade econômica por ela exercida, bem como pela possibilidade de estabilidade no desenvolver dessa mesma atividade, impedindo-se que haja qualquer evento que provoque o rompimento na inclusão do indivíduo à teia de consumo, geração e distribuição de riqueza”⁶³.

A negociação coletiva internacional segue sendo um grande enigma a deciframos. Adrián O. Goldin e Silvio Feldman consideram-na “como um processo com certos traços convergentes, a partir de realidades significativamente diferentes que, por sua vez, abre novas perspectivas a respeito da representação potencial que pode jogar a negociação coletiva como fonte normativa no processo de integração e, mais em geral, a participação dos protagonistas sociais em seus avanços e estilo de desenvolvimento”⁶⁴.

Na verdade, e o mais importante, não se trata de constatar a existência de uma série de organizações internacionais, para possibilitar a negociação coletiva transnacional. Muito mais do que isso, trata-se de impulsionar um duplo processo de construção organizacional e de atuação, dentro e fora dos Estados nacionais, como explicita Antonio Baylos: a) em nível supranacional, fortalecendo uma organização sindical para agir de forma autônoma, que não se limite a mera coordenação de sindicatos nacionais; b) de forma paralela, e

63 HASSON, Roland. O Estado, a atividade econômica e a sociedade globalizada. In: VILLATORE, Marco Antônio César; HASSON, Roland (Coord.). *Estado & atividade econômica: o direito laboral em perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 49-50.

64 GOLDIN, Adrián O.; FELDMAN, Silvio. Relaciones colectivas del trabajo en el Mercosur (sobre una hipótesis de convergencia). *RELASUR – Revista de Relaciones Laborales en America Latina – Cono Sur*, n. 7, OIT/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, Montevideo, 1995, p. 68.

DOCTRINA

simultânea, os sindicatos estatais deverão desenvolver um âmbito de atuação próprio à dimensão supranacional da sua ação sindical⁶⁵.

Georgenor de Sousa Franco Filho⁶⁶ assinala, com precisão, “que a negociação coletiva transnacional, longe de ser novidade no Direito do Trabalho, é prática que deve ser incentivada e apoiada, porque resulta da realidade de hoje, irrefreável no futuro”.

A entendermos o direito não apenas como aquilo que é posto, mas o que pode ser conquistado, recriado, a negociação coletiva internacional pode tornar-se um instrumento metódico, eficiente e ágil para aprimorar as relações mundializadas das empresas com os trabalhadores.

Na sociedade em que vivemos, denominada de pós-moderna, ou pós-industrial, o Direito do Trabalho (seja o Individual, seja o Coletivo – Sindical) movimenta-se no sentido do respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, com a finalidade de implantar “o império da dignidade do trabalhador como pessoa humana, como ser que produz em benefício da sociedade”⁶⁷.

Nesse sentido, pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que os direitos fundamentais (aí considerados, também, os direitos de personalidade), exercem dupla função: “limitam o exercício do poder do empregador no curso da relação de emprego e representam barreira oposta à flexibilização das condições de trabalho mediante negociação coletiva”⁶⁸.

Como assinala Alice Monteiro de Barros, a convenção coletiva (que é o resultado concreto da negociação coletiva) traduz, seguramente, uma afirmação do poder do sindicato e “da faculdade que lhe foi atribuída no sentido de resolver problemas e de melhorar as condições de vida dos trabalhadores”⁶⁹.

Chegou o momento, pois, de reelaborar a negociação coletiva para que a sua efetividade ultrapasse as barreiras nacionais, seja um ímã agregador das reivindicações do proletariado internacional, estabelecendo, ainda, certa previsibilidade na atividade mundializada das empresas.

Torna-se, necessário, portanto, sugerir, fundamentadamente, que a Organização Internacional do Trabalho (na frente...) e os blocos supranacionais (União Europeia, MERCOSUL, NAFTA, etc.) avancem na direção de um or-

65 GOLDIN, Adrián O.; FELDMAN, Silvio. *Op. cit.*, p. 28.

66 GOLDIN, Adrián O.; FELDMAN, Silvio. *Op. cit.*, p. 305.

67 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 422.

68 ROMITA, Arion Sayão. *Op. cit.*, p. 422.

69 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 1.270.

denamento básico, estabelecedor de regras mínimas no relacionamento capital e trabalho.

Tendo havido modificação no relacionamento entre instituições políticas e econômicas, tornou-se imprescindível elaborar um novo ordenamento que considere técnicas e categorias conceituais divergentes “das que são empregadas nos modelos culturais dominantes, no campo do Direito do Trabalho”⁷⁰.

Outra situação que se coloca hodiernamente é o negociado em relação ao legislado, algo que se discutia já em um passado distante, possibilitando que a entidade sindical modifique direitos de sua categoria, apenas sendo proibida de alterar regras de saúde e de segurança no trabalho.

10 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma análise da negociação coletiva do trabalho no Direito Internacional do Trabalho, frente à crise econômica que chegou e se ancorou no nosso querido país, é importante para se entender que caminhos podemos trilhar para que continue existindo o lucro do empregador sem aviltar a figura do(s) seu(s) prestadores de serviços ou, mais diretamente, seus empregados.

A Organização Internacional do Trabalho, como organismo internacional mais importante, possui uma série de documentos internacionais que podem nortear cada um dos mais de 180 Estados-membros, sendo o Brasil um dos 10 mais importantes, desde sua criação em 1919.

Já o MERCOSUL, que surgiu apenas como um bloco econômico para criar regras econômicas, por intermédio das centrais sindicais dos originários quatro Estados-partes (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) acabou criando instrumentos para os orientar, além da Venezuela e dos Estados convidados.

Necessitamos de soluções para criação de empregos, para chegarmos ao fim da fome e da miséria, para estancar a violência contra o meio ambiente, ou seja, para impor limites ao capitalismo e à globalização, sendo que apenas encontrando essas soluções poderemos minimizar efetivamente a ocorrência de afrontas ao direito de intimidade e de privacidade do empregado.

Mesmo com toda a legislação existente no Brasil e nos organismos internacionais, pressionado cada vez mais pelo crescente desemprego, há preocupação com o direito de personalidade, fazendo com que o Governo e o Poder Legislativo tentem criar nova legislação ou, sob outro viés, que a negociação

70 GOMES, Orlando. *Escritos menores*. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 191.

coletiva possa prevalecer sobre o legislado, alguns se preocupam com algumas entidades sindicais menos preparadas.

Para essa tarefa de reordenamento, a pesquisa acadêmica, no campo das relações do trabalho, torna-se essencial, assimilando novos padrões comportamentais dos trabalhadores e novas técnicas empresariais para assegurar, sempre, e em qualquer hipótese, a preservação dos direitos fundamentais e de personalidade, ingredientes essenciais da cidadania e da civilização humana.

Este texto se conclui afirmando sobre a imponderabilidade quanto ao futuro. O enigma a ser decifrado está na equação entre o que será considerado prioritário no desenvolvimento empresarial mundializado: o salve-se quem puder da lucratividade a qualquer preço, com a redução das conquistas sociais, ou, em sentido evolutivo, uma proteção efetiva dos direitos de personalidade via negociação coletiva internacional.

11 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BAYLOS, Antonio. Representação e representatividade sindical na globalização. *Revista Trabalhista – Direito e Processo*, Rio de Janeiro, Forense, ano 2, v. V, jan./mar., 2003, p. 17-37.

BOTELHO, Martinho Martins. A CLT e o Estatuto do Trabalho Nacional de 1933: (des)influências e fundamentos jurídicos em direito econômico do trabalho. In: *70 anos de Consolidação das Leis do Trabalho: uma reflexão social, econômica e jurídica*. São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *MERCOSUL: a integração, o direito e os conflitos coletivos de trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COMITÊ DE LIBERDADE SINDICAL. Queixa contra o governo da Argentina apresentada pela Confederação Geral do Trabalho da República Argentina (CGT) e a Confederação Internacional de Organizações Sindicais Livres (CIOSL). *Informe n° 292, Caso n° 1.684*.

CUARTANGO, Gonzalo Oscar. La negociación colectiva transnacional en el MERCOSUR: observaciones y perspectivas. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, ano 27, out./dez. 2001, p. 180-196.

Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 2015, I Reunião Negociadora, Brasília, 17 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/10519-declaracao-sociolaboral-do-mercosul-de-2015-i-reuniao-negociadora-brasilia-17-de-julho-de-2015>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005.

FERNANDES, António de Lemos Monteiro. *Direito do trabalho: relações colectivas de trabalho*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1994. v. 1.

DOCTRINA

FRAHM, Carina; VILLATORE, Marco Antônio César. *Dumping social e o direito do trabalho*. In: VIDOTTI, Tarcio José; GIORDANI, Francisco Alberto da Mota Peixoto (Coord.). *Direito coletivo do trabalho em uma sociedade pós-industrial: homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen*. São Paulo: LTr, 2003.

FRANCO FILHO, Georgeton de Souza. *Negociação coletiva transnacional*. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Souza (Coord.). *Curso de direito coletivo do trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa*. São Paulo: LTr, 1998.

FURTADO, Celso. *O longo amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

GOLDIN, Adrián O.; FELDMAN, Silvio. *Relaciones colectivas del trabajo en el Mercosur (sobre una hipótesis de convergencia)*. In: *RELASUR – Revista de Relaciones Laborales en America Latina – Cono Sur*, n. 7, OIT/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, Montevideo, 1995, p. 47-102.

GOMES, Orlando. *Ensaio de direito civil e de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986. _____ . *Escritos menores*. São Paulo: Saraiva, 1981.

GONÇAVES, Lilian. *Ultratividade das cláusulas normativas*. São Paulo: LTr, 2008.

HASSON, Roland. *O Estado, a atividade econômica e a sociedade globalizada*. In: VILLATORE, Marco Antônio César; HASSON, Roland (Coord.). *Estado & atividade econômica: o direito laboral em perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2007.

_____; VILLATORE, Marco Antônio César. *Análise comparativa da limitação do poder de controle do empregador frente aos direitos à intimidade e à privacidade do empregado sem prejuízo à atividade econômica*. In: V Congresso brasileiro de Direito Internacional, 2007, Curitiba. *Estudos de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2007. v. XI.

HISTÓRIA. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/inst/hist/index.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

KOLLER, Carlos Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio César. *A Consolidação das Leis do Trabalho e a globalização: institutos em crise e os impactos na sociedade hegemônica e capitalista brasileira*. In: *70 anos de Consolidação das Leis do Trabalho: uma reflexão social, econômica e jurídica*. São Paulo: Atlas, 2013.

LEBRE, Eduardo Antonio Temponi. *A importância do emprego na era da globalização de mercado: considerações sobre a ideologia neoliberal e a reforma da Consolidação das Leis do Trabalho*. In: *70 anos de Consolidação das Leis do Trabalho: uma reflexão social, econômica e jurídica*. São Paulo: Atlas, 2013.

Liberdade sindical: recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 1997. Verbete 801.

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1993. v. 3.

MASSI, Juliana Machado; VILLATORE, Marco Antônio César. *O dumping social e a total possibilidade de tutela das minorias na atividade empresarial*. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNICURITIBA, 2013, Curitiba-PR. *Anais do XXII Encontro Nacional do Congres-*

DOCTRINA

so Nacional de Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Florianópolis: FUNJAB, 2013. v. 1. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27ef345422b300b5>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

MELHADO, Reginaldo. *Metamorfoses do capital e do trabalho: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral*. São Paulo: LTr, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <www.ilo.org>. Acesso em: 20 nov. 2016.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. Carlos. *Derecho sindical español*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1988.

PRIMEIRO RELATÓRIO SOBRE A APLICAÇÃO DO DIREITO DO MERCOSUL PELOS TRIBUNAIS NACIONAIS (2003). 2. ed. Uruguay: Secretaria del Mercosur, Foro Permanente de Cortes Supremas del Mercosur y Asociados, Fundación Konrad Adenauer (Editores), 2006.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. As relações de trabalho no MERCOSUL. *Revista LTr*, São Paulo, 57 (11), nov. 1993, p. 1.312-1.317.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

ROSENBAUM, Jorge; RACCIATTI, Octavio. Negociación colectiva internacional. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, ano 26, out./dez. 2000, p. 157-198.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUSA SANTOS, Boaventura. Introdução: para ampliar o cânone do internacionalismo operário. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (Org.). *Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SPREMOLLA, Gerardo Cedrola. Negociación colectiva internacional: realidad o utopia? *RELASUR – Revista de Relaciones Laborales en America Latina – Cono Sur*, n. 6, OIT/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, Montevideo, 1995, p. 59-79.

SPYROPOULOS, Georges. El sindicalismo frente a la crisis: situación actual y perspectivas futuras. In: *RELASUR – Revista de Relaciones Laborales en America Latina – Cono Sur*, n. 4, OIT/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, Montevideo, 1994, p. 81-104.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Negociação coletiva de trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. II.

ORGANIZAÇÕES SINDICAIS E UNITÁRIAS NOS LOCAIS DE TRABALHO: UM ENSAIO DE RECONSTRUÇÃO DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Marcus de Oliveira Kaufmann*

1 – PINCELADAS DE UM FRACASSO

A superação da discussão acerca da implosão do sistema da unicidade sindical, que obstrui a efetivação larga do princípio maior, do direito humano fundamentalizado, da liberdade sindical, já é por demais conhecida. É, em verdade, quase inglória, muito explorada e, por tudo, cansativa.

Já não surpreende a constatação de que o Brasil convive e mantém um sistema esquizofrênico, embora muitos partícipes do movimento sindical ainda empunhem a bandeira da unicidade imposta de cima para baixo, ao mesmo tempo em que, curiosamente, a produção científica atual, quando ocorre, seja majoritariamente favorável à superação do longo modelo.

No modelo de unicidade imposto, o Brasil vive e tenta administrar um monopólio sindical caótico porque, a despeito daquele modelo, artificial, milhares de sindicatos, detentores de mera representação legal e formal, uma vez que sobreviveram ao procedimento administrativo do pedido de registro sindical perante o Ministério do Trabalho¹, lançam-se à representação privada de categorias sem que tenham condições mínimas de representá-las a contento, *afastados que estão das bases e, portanto, distantes que estão dos locais de*

* *Doutor e mestre em Direito das Relações Sociais (Direito do Trabalho) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB); membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior (IBDSCJ) e da Academia Brasiliense de Direito do Trabalho (ABRADT); advogado.*

1 Nos termos do art. 2º, inciso IV, da Medida Provisória (MP) nº 726/2016 (Diário Oficial da União – DOU 12.05.2015, com retificação no DOU 19.05.2016). Essa Medida Provisória foi convertida na Lei nº 13.341/2016, que dispôs, em seu art. 2º, inciso III, o seguinte:

“Art. 2º Ficam transformados:

(..)

III – o Ministério do Trabalho e Previdência Social em Ministério do Trabalho;”

trabalho, os centros de gravidade por onde deveriam transitar qualquer tentativa de construção de verdadeiras e fortes representatividades materiais sindicais.

O menosprezo do atual Direito Coletivo do Trabalho à proximidade entre as entidades sindicais e os locais de trabalho é um dado importante ilustrador da curiosa realidade sindical brasileira, que, a despeito da unicidade, impulsiona uma pluralidade de fato de entidades sindicais que se multiplicam exponencialmente nessa estrutura que pressuporia poucos, e controlados, sindicatos, fenômeno fomentado pela previsão constitucional de uma não interferência estatal na vida associativa e pela facilidade com que “categorias”, econômicas e/ou profissionais, são inventadas, sempre pensadas como um dado *a posteriori* da constituição de determinado ente sindical.

Antes da Constituição Federal de 1988, o Poder Público exigia condições para o enquadramento sindical, uma vez que a ideia de “categoria”, nos termos do quadro anexo do art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), se constituía em um mero dado cadastral fornecido *a priori*, um instrumento hábil, nas palavras de Arion Sayão Romita, para reduzir o sindicato à impotência sem que se tornasse necessário proibir a sua própria existência². Após a Constituição Federal de 1988, a ideia de “categoria” passou a ser um dado meramente construído, e não dado, *a posteriori*, em conformidade com a exteriorização da autonomia sindical decorrente do art. 8º, inciso I, da Constituição Federal.

Antes de 1988, o Poder Executivo era o protagonista, pela interferência estatal, em toda a organização do enquadramento sindical. Após 1988, todos os embates sindicais, de conflitos de representação à disciplina acerca da vigência das normas coletivas por exemplo, passou a contar com o protagonismo do Poder Judiciário, em um momento em que o sistema de unicidade passou a ser estranhamente aberto à criação de novos sindicatos.

E o protagonismo se pretendeu ser exercido por várias instâncias judiciárias com visões acerca do Direito Sindical distintas; e os sindicatos, presos a um modelo artificial que os torna dependentes da regulação estatal, a tudo observam inertes, pasmos, sem ação e sem reação, tenham eles, ou não, verdadeira representatividade sindical. Se sindicatos são, passaram pelo cadastro prévio do Ministério do Trabalho, para a aquisição da personalidade jurídica sindical, o que não quer dizer que detenham representatividade material sindical, que é uma noção mais ligada à legitimidade para a ação sindical em nome de determinado grupo de representados. Sindicatos possuem representação

2 A des(organização) sindical brasileira. *Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, LTr, v. 71, n. 6, jun. 2007, p. 666-675, p. 669.

formal sindical, pelo simples fato de existirem juridicamente como tais, portadores de personalidade jurídica sindical. Sindicatos com representação formal adquiriram, juridicamente, a certidão de nascimento para o tráfego no mundo jurídico. Sindicatos com representatividade material sindical, ao contrário, não a adquirem como a mera representação formal, mas a conquistaram a partir da proximidade para com os seus representados, pela confluência de interesses, pelo amálgama criado entre a ação sindical e as aspirações, interesses e direitos que se forjam a partir das bases, dos locais de trabalho, de baixo para cima.

O Poder Judiciário, que, no modelo imposto, é levado a discutir artificialidades, como o prazo de vigência de normas coletivas, assunto que deveria estar afastado da interferência judiciária por ser de livre trato se se trata de plena autonomia privada coletiva, acaba, ao fim, só debatendo e julgando representações formais, mormente em disputas de representação sindical, sem levar em consideração a participação das bases, aquilo que se constrói de baixo para cima.

O cenário sindical brasileiro, que prestigia as representações formais em detrimento de verdadeiras representatividades materiais, detecta que, no sistema de unicidade, cada vez mais, mais sindicatos representam menos pessoas, cada vez mais desinteressadas na vida associativa, no limite do desemprego, automaticamente sujeitas à dada representação formal sem testarem, em liberdade, a representatividade de certas entidades, submetidas ao monopólio da representação formal sem possibilidade de oposição ou de escolha.

O modelo brasileiro, que já abandonou, ao que as décadas já ilustram, a discussão entre a prevalência da liberdade em detrimento da unicidade imposta, ainda não enfrentou o problema da aferição de verdadeiras representatividades sindicais em detrimento das meramente formais de carimbo³ ou ditas pelegas. Se ainda o modelo nacional encontra-se nas agruras de decidir o que tiver que decidir em matéria coletiva com defeitos e agruras na identificação do que seria melhor entre a mera representação formal e a verdadeira representatividade material, sem ter superado o viés ditatorial pela não integração, ao ordenamento constitucional e em sua plenitude, do princípio da plena liberdade sindical, vive-se uma progressiva ruína normativa, o fracasso do Direito Coletivo do Trabalho.

O estratagema montado, desde a década e dos anos 1930, sabe-se muito bem, foi a de transferir o conflito originário entre capital e trabalho para o interior da burocracia estatal e suas estruturas⁴, esvaziando-o em seu berço natural,

3 CASTRO, Antonio Escosteguy. *Trabalho, tecnologia e globalização: a necessidade de uma reforma sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2006. p. 159.

4 CARDOSO, Adalberto Moreira. *Sindicatos, trabalhadores e a coqueluche neoliberal: a Era Vargas acabou?*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 28-29. Bem características do intento

no seio das fábricas do ainda débil industrialismo brasileiro, o que se deu por meio da Justiça do Trabalho, detentora do poder normativo.

Diante dessas circunstâncias, o governo Vargas combinou concessão de direitos e repressão política. Criou direitos individuais de proteção do trabalhador (limitação da jornada de trabalho, férias), já adquiridos pela luta dos sindicatos então livres do pré-1930, mas fulminou o movimento coletivo de trabalhadores ao rechaçar o desenvolvimento de relações coletivas de trabalho verdadeiramente livres e bem estruturadas em conformidade com a autonomia privada coletiva, uma vez que os entes sindicais estavam submetidos à estrutura oficial de dominação.

A própria figura da data-base, de vinculação das pautas sindicais ao calendário oficial, obrigava as movimentações coletivas a não se manterem afastadas do controle estatal, com o que se criou, no Brasil, uma necessidade histórica de, principalmente no âmbito coletivo, submeter os conflitos ao crivo jurisdicional.

A estratégia brasileira em linha com a lógica da então exploração capitalista embrionária, perspicaz e inteligente pelo mito de Vargas, de um lado aperfeiçoava progressivamente a legislação trabalhista por meio de atos de cúpula, tutelares no âmbito do Direito Individual do Trabalho, com inspiração na produção legislativa de países de cariz providencial; e, de outro lado, no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, regulava, à minúcia, as associações sindicais, tornando-as dependentes da estrutura estatal, desvinculando-as de suas bases.

Independentes das massas “revoltosas”, os sindicatos poderiam se manter e sobreviver em decorrência da “bondosa” fonte de custeio da contribuição sindical oficial, que inibe a concorrência entre sindicatos e incentiva a leniência em relação às necessidades das bases, ao tempo em que a unicidade sindical cuidava de explicar, à coletividade, a imensa dificuldade que seria galgar uma posição digna no mundo do trabalho fora da estrutura sindical. Por tais razões é que já se observou que o trabalhismo, no Brasil, se processou mediante a captura dos movimentos de base – forçados que estavam à ineficiência se mantidos fora da estrutura subalterna e dependente do Estado – e a devolução, aos trabalhadores,

governamental, emoldurado pela cultura da paz social e do “mito da doação” de Getúlio Vargas, as palavras do quarto Ministro do Trabalho do governo varguista, Waldemar Falcão (25.11.1937 a 13.06.1941): “Conseguimos firmar a nossa estrutura corporativa em bases nitidamente profissionais, ao mesmo tempo em que mantínhamos essa outra característica já imanente aos nossos sindicatos: a de dissociar a organização sindical da ideia de agitação e luta, tirando-lhe aquela fisionomia eriçada de ameaças com que, em outros países, se compreendia o sindicato, sempre ligados aos objetivos revolucionários como instrumento do choque de classes e como elemento propulsor de reformas audaciosas” (PARANHOS, Adalberto. *O roubo da fala: origens da ideologia do trabalhismo no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 88).

de leis protetoras e tutelares de direitos individuais não passíveis de negociação pelos sindicatos, mas sujeitas a acordos perante a Justiça do Trabalho, o que ilustra que a história não deixa de ter o seu lado irônico.

A estrutura sindical brasileira, por tudo, se montou, nos eixos da representação automática por categoria e por base territorial mínima não inferior a um município, de forma dispersa e descentralizada por região, o que impede iniciativas e formas de ação unificada, mas, ao mesmo tempo, centralizada na representação por categorias, inviabilizadora de uma efetiva participação das bases obreiras no processo de negociação coletiva, qualificando-a como desenraizada porque, sem a inserção do modelo sindical nos locais de trabalho, todo o movimento sindical se montou a partir do ambiente externo às empresas, longe dos problemas do cotidiano do trabalhador em hipótese de representação sindical profissional.

Além disso, a estrutura sindical se montou de forma fragmentada e dispersa por uma miríade de sindicatos de base territorial municipal, além de ser verticalmente organizada pela pirâmide dos níveis e graus das entidades sindicais, totalmente incapaz, assim, de organizar uma verdadeira resistência, dir-se-ia de uma identidade coletiva, sob o prisma horizontal no território disperso da empresa capitalista, o que, perante o novo complexo de rearranjo empresarial, altamente descentralizado, horizontalizado e fragmentado no território, inclusive internacional, impõe sérias dificuldades de contato e convivência entre bases e cúpulas sindicais.

O tradicional sindicalismo não se libertou das discussões intrínsecas do sistema normativo, que só o levam ao debate superficial que enaltece o artificialismo da disputa intersindical de representação e de outros temas da vida associativa, como o da vigência das normas coletivas, contando, portanto, com o distanciamento verificado entre bases representadas, a partir dos locais de trabalho, e as cúpulas diretivas das entidades. Ao mesmo tempo, o sindicalismo não desenvolveu qualquer via de escape do seu isolamento – decorrente da prepotência em se afirmar como o único representante dos direitos e interesses dos trabalhadores – no mundo do trabalho.

O tradicional sindicalismo não dialoga com outras representações coletivas de trabalhadores em prol das bases representadas nos locais de trabalho, ou seja, não se organiza, de modo ordeiro e sistêmico, para uma sua atuação horizontal com organismos outros de representação coletiva, montados por vias singulares (delegados de pessoal ou representantes eleitos de trabalhadores) ou por vias coletivas (comitês ou comissões de empresa ou de fábrica), acaso voluntariamente construídos pela base de representação.

Paralelamente, o tradicional sindicalismo não se estrutura de forma adequada no verticalismo de sua estrutura, uma vez que, pela unicidade, não consegue atingir o local de trabalho e, pela representação categorial automática, não consegue participar ativamente das discussões para além dos seus limites de atuação territorial, ainda mais de forma próxima e alinhada às bases representadas, nos locais onde os trabalhadores se encontram, nos ambientes de trabalho dispersos pelo território da empresa horizontal.

O problema nevrálgico no desenho do modelo sindical brasileiro é, assim, *como aqui se sugere e se pretende explorar*, a impossibilidade, de que se ressentem várias entidades sindicais, de acesso aos locais de trabalho e de manter vínculos, sem concorrência, com outros organismos, unitários e não necessariamente sindicais, de representação coletiva eleita estabelecidos nos locais de trabalho⁵, ou seja, exatamente nos locais a partir dos quais o sindicalismo, a despeito da representação formal categorial e embasada no sistema da unicidade, poderia construir sua legítima e real representatividade, de baixo para cima, em um modelo mais próximo aos desideratos do direito fundamental, e verdadeiramente humano, da liberdade sindical.

2 – ATUAÇÃO SINDICAL DESMOBILIZADA E EM DECLÍNIO

Os sindicatos, mundialmente considerados e a exemplo de modelos como o brasileiro, enfrentam o sério problema da perda paulatina de suas representatividades. Com essa perda, a negociação coletiva, ilustrativa da função primordial negocial, sucumbe como instrumento de um sistema generalizado de garantia de direitos trabalhistas⁶ e de emancipação social.

5 O art. 3º, alínea *b*, parte final, e o art. 5º da Convenção nº 135 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada no Brasil em 1990, dispõem a respeito de uma salvaguarda às funções representativas que, pela legislação nacional ou pelos convênios coletivos, são desempenhadas por sindicatos e, também, por representantes não sindicais, quando se confere proteção, também e para além dos sindicais, aos representantes livremente eleitos (representantes eleitos de trabalhadores) de trabalhadores na empresa, de perfil unitário, a abranger os delegados ou representantes de pessoal e as comissões ou comitês de empresa ou de fábrica. Diz-se “unitário” para destacar a representação da “totalidade humana do pessoal da empresa, prova de que, entre as pessoas que ali trabalham, há pelo menos isto em comum e uma solidariedade de fato”, que, no microcosmo do local de trabalho, consagra uma “representação equitativa do conjunto do pessoal”, independentemente da filiação, ou não, do trabalhador, a uma entidade sindical, independentemente de qualquer vinculação automática a uma dada representação formal, mas calcada, tão só, pela eleição ocorrida naquele território, em liberdade de escolha e de opção democrática (DELAMOTTE, Yves. *Relações coletivas e regras jurídicas do trabalho e da segurança social*. In: FRIEDMANN, Georges; NAVILLE, Pierre. *Tratado de sociologia do trabalho*. Trad. Octávio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix/Universidade de São Paulo, 1973. v. II. p. 255).

6 EDWARDS, Richard. *Rights at work: employment relations in the post-union era*. Washington: The Brookings Institution, 1993. p. 77 e 83.

Em verdade, os sindicatos vivenciam, de algumas décadas até os dias de hoje, o que se convencionou chamar de a “crise do sindicalismo”, com inúmeros problemas de ordem interna, nacional, bem como de índole internacional, a enfrentar se pretendem se manter como a melhor forma, até agora encontrada, para a representação coletiva⁷.

Afetam o sindicalismo elementos gerais como (i) a queda relativa e absoluta do número de trabalhadores sindicalizados; (ii) dificuldades de representação, por parte de organizações sindicais, de camadas de assalariados cada vez mais heterogêneas e refratárias à padronização dos salários e demais benefícios; (iii) baixa disposição, por parte dos trabalhadores, de participar das mobilizações determinadas pelas lideranças sindicais; (iv) queda da taxa de greves; (v) diminuição do número de trabalhadores cobertos por instrumentos coletivos de trabalho; e o (vi) geral enfraquecimento do poder sindical. Tais elementos atacam, sobremaneira, os sindicatos dos trabalhadores das indústrias mais afetadas pelas mudanças tecnológicas, pelo declínio da demanda e/ou pelo acirramento da concorrência internacional ou pela desconcentração da produção, bem como os sindicatos alinhados a correntes sindicais que se apoiavam mais intensamente em uma cultura militante e de conflito⁸.

Se já não bastasse a própria legislação contribuir para a implosão dos métodos de aferição de representatividade e de prestígio à negociação coletiva, mediante técnicas de proibição ou de obstaculização às campanhas ou às greves

7 Uma nota curiosa, a respeito dos sindicatos, é dada pelo clássico americano Charles B. Craver, segundo o qual o sistema capitalista, como um todo, é desfavorável aos sindicatos, que integram um particular momento do desenvolvimento, já ultrapassado, das relações industriais, em que o embate “capital-trabalho” era vivo, era diário e feito entre pessoas, e não disseminado em uma complexa estrutura tecnológica empresarial, hierarquizada, funcional e governamental. Seja como for, ainda com Charles B. Craver, mesmo que não mais existissem sindicatos, os trabalhadores simplesmente acabariam os reinventando porque sem uma “voz” de representação coletiva, milhões de trabalhadores, individualmente considerados, seriam jogados à mercê das burocracias tão queridas pela estrutura capitalista, cujo único interesse é maximizar os lucros mediante a diminuição dos custos do trabalho. Por tudo e contra tudo, os sindicatos continuam sendo a única voz que os trabalhadores possuíam (CRAVER, Charles B. *Can unions survive? The rejuvenation of the American labor movement*. New York: New York University Press, 1995. p. 1). Ideia semelhante é usada por Ronaldo Munck, para quem, com base em Alain Touraine, o sindicato toma a forma de um ser orgânico vivo qualquer, com uma vida: infância, juventude, maturidade, velhice e morte. Só que, como o capitalismo, com a sua capacidade de mutação, regeneração e transformação, o sindicalismo também é capaz de muitas vidas após poder ser declarado morto (Labour dilemmas and labour futures. In: MUNCK, Ronaldo; WATERMAN, Peter [Ed.]. *Labour worldwide in the era of globalization: alternative union models in the new world order*. New York: Palgrave, 1999. p. 16).

8 RODRIGUES, Leôncio Martins. As transformações da sociedade contemporânea e o futuro do sindicalismo. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis; RODRIGUES, Leôncio Martins (Org.). *O futuro do sindicalismo* (CUT, Força Sindical, CGT). São Paulo: Nobel, 1992. p. 16 e 18.

de solidariedade ou de financiamento compulsório da atividade sindical⁹, como é o caso brasileiro que ainda convive com o sistema da unicidade imposta e com um poder normativo, da Justiça do Trabalho, que viabiliza o acesso fácil a instâncias judiciais contando com um mero malogro das negociações coletivas independentemente de pressupostos como o do “comum acordo” constitucional; o mundo de hoje impulsionou o fenômeno da descentralização produtiva, com o surgimento de uma miríade de empresas envolvidas na cadeia produtiva moderna, principalmente de empresas multinacionais. Além disso, o mundo fez se revelarem as flagrantes disparidades existentes nos planos de remuneração, nos sistemas de contratação, nas flexibilidades impostas à regulação de cada condição de trabalho, complicando a atuação dos dirigentes sindicais, que se tornaram inaptos a acompanhar, diante de uma camada assalariada heterogênea, o cotidiano de cada local de trabalho e a realidade de cada empresa.

Nos dias atuais, há uma forte tendência a que os empregados (i) percam o interesse pelas ações coletivas e sindicais, geralmente burocratizadas em procedimentos vários de validação da vontade expressa em assembleia; e (ii) busquem, como alternativa, o diálogo com o empregador, em uma verdadeira parceria, como estratégia de tornar a solução dos problemas cotidianos expeditos e simples. O desinteresse e a apatia¹⁰ generalizada dos trabalhadores pela e para com a atividade sindical é uma bomba para o futuro do sindicalismo e para, em consequência, a negociação coletiva.

Não há espaço para qualquer discussão acerca da eventual prevalência do negociado sobre o legislado se não se constroem métodos de fortalecimento sindical a partir de cada local de trabalho.

Isso porque, nas empresas periféricas e terceirizadas a multinacionais, por exemplo, o que se constata é o distanciamento entre as bases da categoria profissional e a liderança sindical, afastando, naturalmente, uma maior procura dos empregados por serviços sindicais, aliado ao natural obstáculo à sindicalização de jovens e mulheres, contratados que são por tempo parcial em pequenas empresas.

Nas empresas centrais, nas multinacionais, o interesse do trabalhador, de alta qualificação, polivalente e melhor treinado a se adaptar à automação

9 HECKSCHER, Charles C. *The new unionism: employee involvement in the changing corporation*. Ithaca: Cornell University Press, 1996. p. xxxiv.

10 “O curioso, ao lado da crescente dessindicalização, é perceber a apatia dos trabalhadores do conhecimento à adesão ao movimento sindical, cujo recrutamento ainda é majoritariamente formado por trabalhadores manuais assalariados.” (VASCONCELOS FILHO, Oton de Albuquerque. *Liberdades sindicais e atos anti-sindicais*. São Paulo: LTr, 2008. p. 103)

DOCTRINA

e aos incrementos da tecnologia na produção, é, até, mais egoísta. Prefere, tal trabalhador, que seu labor não se vincule à atividade sindical, em prol de providências que possam ser processadas individualmente, com pleitos e reivindicações que sejam tratadas diretamente com o empregador, mesmo porque, com remuneração variável, é preferível, a fim de se evitar empecilhos a uma melhora na contraprestação, que o pagamento seja tratado de forma reservada, sem riscos de desconfiâncias por parte do lado patronal.

Tal baixa disposição dos trabalhadores à mobilização sindical, se multiplicado pelo número de indivíduos hábeis a compor assembleias sindicais em prol de pautas reivindicatórias mais agressivas, esvazia o movimento e a própria razão de ser da existência do ente de classe.

A produção enxuta da atualidade, no mais, incita formas menos combativas de negociação coletiva. O que perde, diante da lógica do capitalismo atual, é a atividade sindical de cunho socialista, voltada à classe e não a fragmentos ou a setores daquela classe de trabalhadores identificados em grupos de empregados de uma empresa. Essa atividade sindical socialista era aquela que, no sonho da emancipação da classe trabalhadora, seria mais agressiva e combativa; mais natural ao seio das divergências entre os mundos do trabalho e do capital; mais apta a evitar a crescente perda da consciência, da subjetividade operária, quanto à pertinência a uma coletividade¹¹.

Na reestruturação produtiva, enfim, pressupõe-se o abandono, por parte do sindicalismo, de práticas classistas que contestam o controle do capital e que possam resguardar alguma noção obreira quanto à sua exploração no projeto da acumulação. O intuito, contra o qual o sindicalismo está fracassando, é quanto a já referida perda da subjetividade operária, “comprada” mediante um processo de envolvimento do trabalho à produção, o que se passa quando, por exemplo, se explora a criatividade do trabalhador em prol da organização empresarial e do processo produtivo; e quando, no mais, o capital desvia a atenção do trabalhador da natural conflituosidade de quem está em condições subalternas em relação a outrem, para novas formas de pagamento, imediatamente mais interessantes, como os bônus de produtividade e, inclusive, os planos ou programas de participação nos lucros e/ou resultados da empresa.

Ocorre, então, a desconcentração negocial ou a descentralização da normatização coletiva¹², que passa, já fora do mundo sindical, a sugerir a

11 Essa é a tônica do discurso de: ANTUNES, Ricardo. Mundo do trabalho, precarização e desemprego. In: MARQUES, Rosa Maria (Org.). *Mercado de trabalho e estabilização*. São Paulo: Educ, 1997. p. 33.

12 São de Marcio Pochmann as advertências de que “o movimento de descentralização das negociações coletivas de trabalho não indica necessariamente uma maior aproximação dos sindicatos aos interesses

necessidade de que haja outras vias de tutela e de proteção dos interesses e direitos coletivos de um determinado grupo social nos locais de trabalho, ainda mais no sistema de unicidade, em que mais sindicatos estão, cada vez mais, representando menos pessoas em razão do desemprego crescente, a sugerir, em pessimismo, que o futuro do trabalho seja o de inventar o seu próprio emprego, se não salvo por um *novo sindicalismo*.

A sugestão se torna mais impactante quando, segundo José Pastore, os sindicatos diminuem sua importância ao mesmo tempo em que desabrocham outras formas de organização coletiva, como as comissões de fábricas e representantes unitários, eleitos, de empregados¹³. Por essas modalidades não sindicais, ou unitárias, de organização, a negociação coletiva poderá contar com dados reais da empresa¹⁴ mediante a constante vinculação do trabalho e da organização coletiva à realidade do capital e, quiçá, mediante a perda do controle sindical sobre algumas das principais e clássicas pautas de reivindicação, notadamente sobre os salários, sobre a jornada e sobre as condições de trabalho.

Aliás, a presença, no debate, dos organismos de representação coletiva de trabalhadores do tipo unitários e não sindicais evidencia um dos fracassos dos métodos clássicos da negociação coletiva, que é o de considerar que, para a solução de conflitos ou problemas coletivos, apenas duas partes seriam suficientes¹⁵, sem a consideração de outros partícipes da tutela dos interesses da coletividade de trabalhadores, ainda que fixada em um local de trabalho, fora das rédeas da ideia de categoria, fora das rédeas do sistema de unicidade.

Essa é a razão pela qual se propugna a necessidade de a estrutura sindical, em todos os seus variados níveis de *representação, internacional, nacional,*

das empresas, nem tampouco a maior organização dos trabalhadores por local de trabalho. Pode estar provocando, no entanto, maior heterogeneidade nas remunerações e nas condições e relações de trabalho” e de que, por estarem pulverizadas, “a condução das negociações coletivas de trabalho no Brasil não traduz resultados semelhantes para todas as categorias de trabalhadores” (POCHMANN, Marcio. Desafios atuais do sindicalismo brasileiro. In: GARZA TOLEDO, Enrique de La [Comp.]. *Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales [CLACSO], 2005. p. 177).

13 Ver nota 5.

14 *A agonia do emprego*. São Paulo: LTr, 1997. p. 128. De um lado, tem-se uma agenda sindical que é definida pela empresa e causada pelo distanciamento das bases para com a cúpula sindical. De outro, os trabalhadores, que não podem esperar o sindicato e não possuem condições de competir e discutir salários e condições de trabalho com a empresa, estão vivendo tensos diante do desemprego estrutural, o que torna, para eles, uma questão bem mais recorrente a da proteção e defesa do emprego quando da negociação das normas coletivas (RODRIGUES, Iram Jácome. A trajetória do novo sindicalismo. In: RODRIGUES, Iram Jácome [Org.]. *O novo sindicalismo: vinte anos depois*. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Educ – Editora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/Unitrabalho – Fundação Interuniversitária de Estudos e Pesquisas sobre o Trabalho, 1999. p. 83).

15 HECKSCHER, Charles C. *The new unionism*, p. 192.

regional e local, manter *coalizões horizontais com outros agentes sociais*, a fim de que haja uma solidariedade local, muito mais abrangente para encampar a *experiência rica e humana, surgida nos locais de trabalho*, sempre com o intuito de *evitar conflitos dentro da classe trabalhadora*¹⁶ e assegurar, de forma legítima, a real representatividade sindical.

O reflexo da diminuição de importância do sindicato está, diante de todas essas circunstâncias, no fato de que, hoje em dia, os sindicatos se preocupam, presos em si mesmos, bem mais com as cláusulas pertinentes à garantia de emprego, o que exige um perfil mais complacente, do que com as cláusulas que tratam do salário, da jornada e das condições de trabalho, reivindicações históricas de um sindicalismo ideológico de classe.

Considerando, no declínio sindical, o desemprego que impregna, particularmente, a sociedade brasileira, coloca-se, diante do sindicalismo atual, uma luta pela sobrevivência, uma vez que, se já não fosse o bastante a perda do comando sobre importantes temas trabalhistas, o sindicato está tendo sua base de representação restringida a um “contingente minoritário e parcial dos trabalhadores”¹⁷ que ainda está apta a pagar as diversas taxas e contribuições de filiação sindical. Em sistemas normativos outros que não o brasileiro, em que a filiação ainda é importante para a sustentação do sindicato, observa-se o crescente incremento dos números de desfiliações ou de não filiações¹⁸.

O cenário do desemprego é, efetivamente, devastador, bem como as consequências para a luta sindical, que não é fomentada porque as greves estão tendo um decréscimo, salvo recentes exemplos, e também porque há uma natural redução da taxa de sindicalização. Reduzindo a taxa de sindicalização, aumenta-se, em princípio, o número de pessoas imersas no mercado informal, donas de seu próprio negócio¹⁹, parassubordinadas na maior parte das vezes, o

16 A esse propósito, apenas como uma ilustração do caos que a crise sindical gera para a própria classe trabalhadora: “Há tempos, empregados e membros de conselhos das empresas não encontram mais seus adversários entre os executivos de sua empresa, mas entre os assalariados de empresas e de ‘localizações’ concorrentes, tanto faz se na cidade vizinha ou no Extremo Oriente. E, quando se coloca a questão de quem será sacrificado no próximo impulso da racionalização econômica empresarial, também o departamento vizinho e o colega imediato tornam-se inimigos” (GRUPO KRISIS. *Manifesto contra o trabalho*. Trad. Heinz Dieter Heide Mann; Cláudio Roberto Duarte. São Paulo: Conrad, 2003. p. 82-83).

17 ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 6. ed. São Paulo: Boitempo, 2002. p. 244. Também em: GORZ, André. A new task for the unions: The liberation of time from work. In: MUNCK, Ronaldo; WATERMAN, Peter (Ed.). *Labour worldwide in the era of globalization: alternative union models in the new world order*. New York: Palgrave, 1999. p. 45 e 48.

18 OLNEY, Shauna L. *Unions in a changing world: problems and prospects in selected industrialized countries*. Geneva: International Labour Office, 1996. p. 2.

19 A proliferação de pequenos negócios, de natureza parassubordinada, juntamente com a menor pressão social sobre os jovens para a filiação, o aumento do comércio internacional e a sofisticação da gestão de recursos

que incentiva a proliferação de sindicatos sem maior representatividade para a tutela de pequenos setores e pequenas aglomerações de pessoal, tudo acompanhado do fenômeno da descentralização normativa coletiva²⁰, com a diminuição do número de cláusulas, mormente após uma certa estabilidade monetária, voltadas ao trato de indexação salarial ou a novas formas de remuneração variável.

Do baixo número de cláusulas, surge a pouca abrangência de trabalhadores incluídos nos convênios coletivos de trabalho, refletores da pujança de um sindicalismo atuante; e o sentimento de pertencimento a um coletivo se esvai.

A crise do sindicalismo é dura e complexa. Essa realidade concreta do Brasil e de outros países, de toda a sorte, é típica de mercados de índole liberal, razão pela qual os problemas enfrentados pelo sindicalismo são comuns, de alguma forma, a outros sindicatos inseridos em modelos de economia liberal, ou seja, aqueles mais pujantes das sedes das empresas multinacionais.

Com efeito, nessas economias, o enfraquecimento sindical resulta na caracterização dos sindicatos como entes de perfil mais conservador e minimalista²¹ e que buscam apenas a representação dos trabalhadores diretamente envolvidos em uma dada negociação coletiva, muitas vezes de cariz conflituosa, longa e com impactos nos interesses de terceiros, do público em geral.

Em suma, há três principais eixos de crises enfrentadas pelo sindicalismo: (i) a crise de união, de filiação, de união de trabalhadores, causada pela segmentação do trabalho em prol da flexibilidade, da polivalência do trabalhador; (ii) a crise de lealdade dos trabalhadores para com os sindicatos, causada pelas variadas pressões exercidas pela empresa capitalista; e (iii) a crise de representatividade, causada pela dificuldade dos sindicatos organizarem os setores altamente tecnológicos ou por demais qualificados.

Todas essas contingências e crises por que passam os sindicatos, aqui pontuadas em exemplificação, podem ser, ainda, adicionadas, no plano econômico, de fatores como (i) a dispersão industrial internacional, com o aumento de empresas, de menor porte, partícipes de grandes cadeias produtivas, o que

humanos também são tidos como elementos caracterizadores do declínio sindical (ZYLBERSTAJN, Hélio. Os metalúrgicos do ABC: tentando construir o novo/velho sindicato no Brasil. In: CHAHAD, José Paulo Zeetano; CACCIAMALI, Maria Cristina [Org.]. *Mercado de trabalho no Brasil: novas práticas trabalhistas, negociações coletivas e direitos fundamentais no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 287).

20 HINZ, Henrique Macedo. *Cláusulas normativas de adaptação: acordos e convenções coletivas como formas de regulação do trabalho no âmbito das empresas*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 97.

21 PIAZZA, James A. *Going global: unions and globalization in the United States, Sweden and Germany*. Lanham: Lexington Books, 2002. p. 79. No mesmo sentido, na doutrina estadunidense: RICHARDS, Lawrence. *Union-free America: workers and antiunion culture*. Chicago: University of Illinois Press, 2008. p. 3.

DOUTRINA

impulsiona os sindicatos a responder com rapidez, precisão, equilíbrio e força às mudanças estruturais nacionais e mundiais provocadas pela globalização da economia a fim de que possam influenciar a tomada de decisões²², sob pena de sucumbirem ao racha da solidariedade operária; (ii) as novas tecnologias; (iii) acirramento da competição internacional; (iv) novas modalidades de gestão empresarial e políticas de recursos humanos destinadas a afastar o sindicalismo da empresa mediante emulação de trabalhadores; (v) flexibilização do emprego, precarização e aumento de trabalhadores parassubordinados, além, também, da flexibilização dos procedimentos produtivos; (vi) terceirização; (vii) individualização no trato de matérias salariais, promoções, benefícios; (viii) melhoria geral nas condições de trabalho; (ix) elevação do padrão de consumo das classes assalariadas ao longo do tempo e a despeito de tudo; (x) aumento do poder de barganha das empresas, que passam a poder negociar melhor sob a ameaça de deslocamento, em uma espécie de *lockout* disfarçado; e (ix) a redução dos índices inflacionários.

No plano da estrutura social, a crise sindical se qualifica, ainda, por conta (i) da redução dos trabalhadores industriais e manuais clássicos; (ii) do aumento proporcional de trabalhadores altamente qualificados, inclusive sob o ponto de vista educacional; (iii) do aumento da proporção de trabalhadores de tempo parcial, por períodos determinados, a domicílio, terceirizados e com sistemas flexíveis de trabalho; (iv) da ampliação da informalidade e do contingente de mulheres; bem como (v) da evidente heterogeneidade das bases de representação.

A crise do sindicalismo também se identifica no plano político-institucional, em que se constata (i) a ascensão de governos mais conservadores na média mundial; (ii) o declínio dos partidos de ideologia socialista; (iii) a crise geral das políticas sociais dos Estados de cariz providencial; e (iv) o fim dos regimes socialistas que se opunham politicamente ao capitalismo.

No plano ideológico e valorativo, o sindicalismo ainda enfrenta (i) o avanço das ideologias individualistas e dos direitos do cidadão diante do Estado e da coletividade, com a rejeição da crença de que o bem estar e a felicidade individual são alcançáveis somente mediante o bem estar coletivo²³; (ii) a des-

22 PEDROSO, Elizabeth M. K. *Movimento sindical urbano no Brasil: 1850-1997 trajetória, características e desafios*. Porto Alegre: Evangraf, 1998. p. 94.

23 Interessante nota a esse respeito é dada por Thomas C. Kohler, da Boston College Law School. Segundo o jurista, o declínio sindical faz parte de um declínio ainda maior visto, na sociedade, em relação à vida associativa, dos clubes e grupos religiosos aos aspectos políticos, o que se ilustra pelo número de pessoas que, atualmente, vivem e são felizes sozinhas, ultrapassando, em quantidade, lares de família, se se comparar os números de hoje, nos EUA, como os da década de 1950, por exemplo. Conclui, o

confiança com relação a partidos e classe política, em detrimento, também, de outras formas de lideranças, como as sindicais, que parecem se profissionalizar no poder; e (iii) a valorização dos movimentos sociais e de outras formas de atuação política de perfil mais apartidário, com objetivos mais precisos (movimentos ecológicos, por exemplo).

Por fim, no plano sindical, a crise está estampada, como já alertado, (i) na dificuldade de o sindicato se organizar diante de uma base de representação dispersa na miríade de operações produtivas que se espalham no território nacional e global, quando o sindicato está acostumado a vivenciar uma estrutura hierarquizada, que é colocada em xeque diante da estrutura moderna, enxuta, e horizontal da cadeia produtiva, com dificuldades, portanto, de o sindicato acompanhar a heterogeneidade dos trabalhadores que formam a sua base de representação, principalmente em países como o Brasil, onde a representação sindical não se dá por empresas ou por unidades de negociação, onde não há organização sindical de base (salvo pontuais exceções que criaram delegacias sindicais nos locais de trabalho, etc.) e onde não se acessa o local de trabalho; e (ii) na burocratização das estruturas sindicais, que vivem autonomamente em relação à base representada, em um evidente movimento de distanciamento entre a cúpula e os locais de trabalho²⁴.

No Brasil, a situação toma ares de afronta, mesmo, à liberdade sindical, em um contexto normativo em que o Estado ainda exerce controle sobre a liberdade de constituição de sindicatos, em razão do sistema da unicidade, tudo agravado pelo fato de, nessas condições, com um sindicalismo financiado publicamente pela contribuição sindical, não desenvolver (e não querer) um poder de barganha mais arrojado, se já não bastasse a acomodação das lideranças sindicais, mais envoltas em questões de perpetuação no poder do que comprometidas com os resultados úteis, e benéficos, que, da negociação coletiva, poderiam retirar²⁵.

jurista, sustentando que, se o casamento e a família, desde os tempos gregos considerados instituições fundamentais da sociedade, parecem estar se dissolvendo, ninguém poderá se espantar que organizações como os sindicatos possam estar mergulhados em crise também (Decentralizing industrial relations: the American situation and its significance in comparative perspective. In: BLANPAIN, Roger; OUCHI, Shinya; ARAKI, Takashi [Ed.]. *Decentralizing industrial relations and the role of labour unions and employee representatives*. AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 124).

24 Por tudo, ver: RODRIGUES, Leôncio Martins. As transformações da sociedade contemporânea e o futuro do sindicalismo. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis; RODRIGUES, Leôncio Martins (Org.). *O futuro do sindicalismo* (CUT, Força Sindical, CGT). São Paulo: Nobel, 1992. p. 21 a 25; e VIANA, Márcio Túlio. A reforma sindical, entre o consenso e o dissenso. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, LTr, v. 68, n. 8, ago. 2004, p. 932-933.

25 BERNARDES, Hugo Gueiros. Níveis da negociação coletiva. In: PRADO, Ney (Coord.). *Direito sindical brasileiro: estudos em homenagem ao Prof. Arion Sayão Romita*. São Paulo: LTr, 1998. p. 154.

Os sindicatos, por uma questão de sobrevivência no contexto atual, precisam, sim, se democratizar, no Brasil e no mundo. Parece incrível constatar, mas o que se nota, no mundo político e, com desvios explicados pelas excentricidades sindicais, até no mundo forense, é um paradoxo. A estrutura sindical nutre, internamente, em sua governança, um modelo que se assemelha, e muito, ao das empresas com as quais contendem ou com as quais estabelecem parcerias. Os sindicatos, atualmente, e é preciso se encarar com seriedade o problema, não são, hoje, instituições muito democráticas²⁶.

É muito comum, embora tenham surgido para e pelos seus representados, que certas lideranças sindicais estejam continuamente lidando com matérias de eleições internas, preocupadas com as suas posturas políticas em um próximo mandato, envolvidas intensamente nos bastidores das trocas de benesses e de regalos institucionais nos corredores dos poderes. É muito comum, por consequência, que a cátedra sindical se mostre relutante em envolver as bases, em demasia, nos assuntos *interna corporis* do sindicato.

É bem inusitado constatar que, muitas vezes, pretendam os dirigentes dos sindicatos eliminar a intervenção das bases na administração do sindicato como um modo ditatorial de adquirir o controle absoluto sobre a atividade e, por naturalidade, sobre a burocracia sindical²⁷ que os perpetua no poder, que os faz “destruir” oposições sindicais, que os transforma em profissionais e tecnocratas sindicais, quando a atuação deveria se dar em contexto político adverso, ou seja, do desenvolvimento do talento, da vocação e da meritocracia na representação.

26 Três paradoxos são apontados, em linhas gerais, como inerentes ao modo de agir do sindicalismo mundial, por mais criticáveis que possam parecer em um primeiro momento, mas que se relacionam com o espírito da existência dos sindicatos. O primeiro é a necessidade atual de os sindicatos estabelecerem relações duradouras e flexíveis com o capital. O segundo é de não manterem, internamente, estruturas democráticas. O terceiro é o de os sindicatos buscarem um legalismo exacerbado, com “contratos” longos, de difícil compreensão e que buscam uniformidade na aplicação e simplicidade nas demandas diárias (HECKSCHER, Charles C. *The new unionism*, p. 27).

27 Contundente análise do tema pode ser encontrada nos ácidos estudos desenvolvidos por BERNARDO, João; PEREIRA, Luciano. *Capitalismo sindical*. São Paulo: Xamã, 2008. p. 27 e 121; e ALMEIDA, José Maria. *Os sindicatos e a luta contra a burocratização*. São Paulo: Sundermann, 2007. p. 33-34. Ainda sobre a burocracia, adverte, em contraposição, Geoffrey Wood, que sempre haverá alguma tensão entre o processo de democratização e o de burocratização, uma vez que direitos democráticos, para serem exercidos, dependerão de estruturas burocráticas adicionais. Nessa dependência, o risco é o de os líderes, envoltos com a burocratização, se distanciarem das bases representativas e passarem a raciocinar na possibilidade de a estrutura burocrática os tornar inatingíveis democraticamente, tornando-os uma elite que mais nada tem a ver com as suas origens (Trade unions and theories of democracy. In: HARCOURT, Mark; WOOD, Geoffrey [Ed.]. *Trade unions and democracy: strategies and perspectives*. News Brunswick: Transaction Publishers, 2009. p. 23-24).

DOCTRINA

As gritas sindicais hodiernas, em prol de uma melhor democracia industrial, de uma melhor democracia nos locais de trabalho, de uma melhor democracia nas empresas, antes de se instituírem, deveriam enfrentar a revisão das próprias estruturas sindicais, que, em sua grande e vergonhosa maioria, permitem a sobrevivência de sistemas antidemocráticos, de efetiva exclusão das bases representadas na afirmação dos desígnios da categoria, de efetiva negação à participação assemblear das bases e à confirmação de uma representatividade sindical nos locais de trabalho.

Enfim, os sindicatos, pela crise em que se inserem, não podem pretender e exigir que seus supostos oponentes, representantes da empresa capitalista, sejam mais democráticos do que eles mesmos, ao, do capital, exigirem que admitam a existência, no terreno antes reservado exclusivamente aos intentos empresariais, o terreno da empresa, o terreno do local de trabalho, a interferência e a presença sindical ou, ainda, a interferência e a presença de representações coletivas de trabalhadores de perfil unitário e não sindical. É uma questão de lógica e uma imposição de conduta diante de um novo cenário que se apresenta, em prol de uma atuação, mormente para a negociação coletiva, mais restrita ao âmbito da empresa. Os sindicatos, nessas circunstâncias, caminham para terem que enfrentar a realidade do local de trabalho, quer quanto à negociação coletiva, quer quanto à organização de base, local, ainda que isso imponha a convivência com representações eleitas e unitárias, a fim de, a partir desses locais, reconstruírem a sua força com uma legítima, e não artificial, representatividade sindical.

Por todas essas razões é que os sindicatos devem, antes de qualquer postulação ou irrisignação, dar e viver o exemplo efetivo da democracia sindical interna. A democracia requer contato e diálogo contínuos com as bases e com as pessoas para as quais os sindicatos servem. Os sindicatos não representam dirigentes ou lideranças sindicais. Representam as bases, pura e simplesmente. Portanto, os sindicatos devem trazer, para o seio das decisões que afetem os seus representados, para o cotidiano das atividades, inclusive administrativas, a participação ativa dos representados, em um ambiente de ampla e aberta democracia.

A democracia sindical interna não pode mais ser tida como uma simples demanda ética para a melhor justiça social ou para a melhor representação. A prática da democracia, dentro das estruturas sindicais, é um pressuposto para a própria sobrevivência dos sindicatos, para a sua própria representatividade, sob pena de se fragmentar e se perder a grande voz que essas entidades ilustram na função de arrematar e organizar os que buscam expressão e poder coletivo.

A recuperação dos afazeres sindicais é uma demanda, também, para a função negocial dessas entidades, a fim de que a negociação coletiva, em qualquer contexto normativo em que se insira, continue a resguardar, suas três funções essenciais: (i) a fixação dos princípios e dos grandes objetivos da política social setorializada; (ii) o estabelecimento das condições necessárias ao equilíbrio entre as partes da negociação; e (iii) o incentivo ao trato de matérias que ofereçam resistência ao diálogo²⁸.

Viver a democracia demandará, do sindicalismo, a experiência de conviver em sistema associativo, em um *sindicalismo associativo*²⁹, com todos os níveis de representação nos quais se compõe a estrutura sindical, do nível local ao nível internacional, bem como a de conviver, por mais difícil que seja, com outros organismos de representação coletiva de trabalhadores nos locais de trabalho (embora o problema também se apresente em todos os níveis, mas com predominância nos locais de trabalho), do tipo unitário e não sindicais, além de organizações não governamentais, entidades religiosas, associações civis que apresentam alguma aproximação com o temário laboral³⁰.

3 – OS LIMITES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E O LOCAL DE TRABALHO

Um dos principais instrumentos, prestigiado, de atuação sindical, mesmo que no modelo de unicidade, a negociação coletiva, por consequência do quanto já exposto, se deteriora. Ator exclusivo, em tese, na negociação coletiva, no Brasil, diante da necessária intervenção sindical, que impõe a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho – mas não, necessariamente, que o sindicato finalize a negociação coletiva –, o sindicato não consegue, sequer com a negociação coletiva, projetar-se para além de sua implosão.

Diz-se que os sindicatos não necessariamente possuem a missão de finalizar a negociação coletiva no Brasil porque pode acontecer de a negociação

28 SUPIOT, Alain; EMILIA CASAS, María; DE MUNCK, Jean; HANAU, Peter; JOHANSSON, Anders; MEADOWS, Pamela; MINGIONE, Enzo; SALAIS, Robert; VAN DER HEIJDEN, Paul. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 153.

29 A respeito do qual já se explorou em: KAUFMANN, Marcus de Oliveira. *Por um sindicalismo associativo: da solidariedade sindical internacional à democracia nos locais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2014. p. 327-336.

30 Um dos desafios do sindicalismo, frequentemente alardeados pela literatura, é o de exatamente desenvolver a capacidade de ampliação de sua articulação com outros movimentos sociais, com outras entidades nacionais e internacionais, outras instituições para combinar “iniciativas localizadas com campanhas globais” (PEDROSO, Elizabeth M. K. *Movimento sindical urbano no Brasil*, p. 95-96). A essa nova postura do sindicalismo, emprega-se, ainda, na literatura, a expressão “sindicalismo cosmopolita” (GOMES, Maira Neiva. *O sindicato reinventado*. Belo Horizonte: RTM, 2016. p. 270).

coletiva de trabalho ocorrer de forma direta, a partir de determinado estágio, entre os trabalhadores, mediante uma outra representação coletiva por organismos de natureza unitária e não sindical (comissões, comitês com conselhos de empresa ou de fábrica), e a empresa, sem uma “formalização” do sindicato, ainda mais quando os interesses em jogo dizem respeito ao local de trabalho (como quando envolvem a introdução de nova tecnologia, a transferência de produção, aviso prévio quanto a decisões estruturais e fechamentos de unidade³¹) e não à categoria profissional necessariamente.

Nos dizeres de Leonardo Mello e Silva, a negociação coletiva de trabalho por local de trabalho, no Brasil, está restrita àquela que desemboca em acordo coletivo de trabalho ou quando prevista em convenções coletivas de trabalho, o que é raro ocorrer, a despeito de a negociação coletiva por local de trabalho, inclusive mediante a atuação de outras representações coletivas de trabalhadores, de cariz unitário e não sindical, ser uma tradição das reivindicações dos trabalhadores no Brasil, própria e recorrente nos momentos de luta por maior democracia (intensa reivindicação em prol de outras representações coletivas de trabalhadores se deu na redemocratização de 1945, na greve dos 300 mil em São Paulo em 1953, nos movimentos de Contagem e Osasco de 1968, nas greves na região do ABC no final da década de 1970 e início da de 1980)³².

É que, como visto, e bem pontuado por Dorothee Susanne Rüdiger, “o direito sindical brasileiro é inadequado para fazer frente aos desafios da globalização para os trabalhadores, prendendo, por lei, trabalhadores e empregadores em organizações nacionais, regionais e municipais em categorias econômicas e profissionais que se tornaram, diante da globalização, obsoletas”³³.

31 CRAVER, Charles B. *Can unions survive?*, p. 71 e 72.

32 Mudanças na organização do trabalho em empresas brasileiras nas últimas duas décadas: uma visão geral. In: ESTANQUE, Elísio; SILVA, Leonardo Mello e; VÉRAS, Roberto; FERREIRA, Antônio Casimiro; AUGUSTO COSTA, Hermes (Org.). *Mudanças no trabalho e ação sindical: Brasil e Portugal no contexto da transnacionalização*. São Paulo: Cortez, 2005. p. 136 e 137. Ainda em: SOUSA SANTOS, Boaventura de; AUGUSTO COSTA, Hermes. Introdução: para ampliar o cânone do internacionalismo operário. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org.). *Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 41-42.

33 Sindicatos como Sindicatos como atores globais: um desafio para o direito sindical brasileiro. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; CECATO, Maria Aurea Baroni; RÜDIGER, Dorothee Susanne (Org.). *Constitucionalismo social: o papel dos sindicatos e da jurisdição na realização dos direitos sociais em tempos de globalização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 22. O mesmo raciocínio em: E emancipação em rede: condições jurídicas para a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores no século XXI. In: VIDOTTI, Tércio José; GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto (Coord.). *Direito coletivo do trabalho em uma sociedade pós-industrial: estudos em homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen*. São Paulo: LTr, 2003. p. 72-73.

Não há como não concluir que a negociação coletiva de trabalho, nesse sistema, não consegue neutralizar o conflito com o capital³⁴ porque não representa, para o lado obreiro, um verdadeiro contrapoder do trabalho, onde quer que esteja o capital (articulação horizontal), onde quer que esteja o trabalhador (articulação horizontal) nos variados locais de trabalho.

Essa limitação e esse empobrecimento da função da negociação coletiva só se reforçam quando se constata o isolamento do mundo sindical, incapaz de, também de forma horizontal, se articular com outras representações coletivas de trabalhadores, mormente de perfil unitário e não sindical, mais capazes³⁵, livres que são dos limites impostos pela unicidade, para levar adiante a negociação coletiva de trabalho por local de trabalho e para levar adiante a construção de um ressurgimento do próprio sindicalismo, em um *novo sindicalismo*, em prol *do resgate de sua representatividade sindical*, a despeito da unicidade, de baixo para cima.

Alain Supiot, expressando o sentimento entranhado neste estudo, leciona, categoricamente, como já se destacou, que os organismos representativos de trabalhadores nas empresas, ainda mais com feição coletiva (comitês, conselhos ou comissões de empresa ou de fábrica), “são, em realidade, as únicas formas de representação coletiva capazes de competir com a representação sindical”³⁶ porque, deles, depende a consolidação da tendência de encaminhamento da negociação coletiva ao nível da empresa, hábil para confrontar o intenso movimento de descentralização empresarial e de criação de novas unidades do capital³⁷.

34 MARRAS, Jean Pierre. *Capital-trabalho: o desafio da gestão estratégica de pessoas no século XXI*. São Paulo: Futura, 2008. p. 227.

35 DURAN LOPEZ, Federico; SAEZ LARA, Carmen. *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*. Madrid: Civitas, 1997. p. 20-21 e 173.

36 Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa. *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficial Internacional del Trabajo, v. 118, n. 1, 1999, p. 44-45.

37 “Outro problema de desenho do sistema é a ausência de legislação para organizações por local de trabalho. Apenas em casos excepcionais de sindicatos mais fortes conseguiu-se negociar a constituição de comissões de empresa. Com isso, o sindicalismo brasileiro sempre foi de porta de fábrica, isto é, organizou-se externamente às firmas, não interferindo, cotidianamente, nos padrões de uso da força-de-trabalho. Isso dificulta enormemente a fiscalização da vigência da legislação trabalhista ou mesmo dos acordos coletivos no dia-a-dia do trabalho. Em geral, os sindicatos só tomam ciência de abusos quando o trabalhador é demitido e procura sua entidade de classe para mover uma ação trabalhista contra o empregador. A fiscalização da aplicação da lei, pois, ocorre *ex post*, findo o contrato de trabalho. (...) A estrutura sindical frustra, desse modo, as expectativas suscitadas pela relação coletiva de trabalho, sobretudo a de dar poder aos sindicatos para negociar coletivamente em condições menos desvantajosas e o de exercer o poder de fiscalização da aplicação da legislação trabalhista. Essas debilidades ficaram mais claras nos últimos anos, com o enfraquecimento da instituição sindical como um todo, cujo principal indicador são os resultados das negociações coletivas.” (CARDOSO, Adalberto Moreira; LAGE, Telma. *Desenho legal e desempenho real: Brasil*. In: BENSUSÁN, Graciela [Org.]. *Instituições trabalhistas na América Latina: desenho legal e desempenho real*. Rio de Janeiro: Revan/ Instituto Universitário de Pesquisas da Universidade Cândido Mendes [luperj/Ucam], 2006. p. 180 e 181)

Enquanto a negociação coletiva brasileira ainda depender da discussão prévia quanto à representação formal dos sindicatos *versus* a sua representatividade material, atrelada ao conceito de representação categorial e por base territorial, centralizada que é, estará ela longe, inclusive, de observar e aplicar os princípios da isonomia e da democracia.

Isso porque, segundo Henrique Macedo Hinz, ainda não é prestigiada a negociação coletiva no nível da empresa, em contexto descentralizado, que garanta a adaptação das normas trabalhistas à realidade de cada empresa (observância ao princípio isonômico) e que incentive os sindicatos, e outros atores mais localizados, a participarem das discussões coletivas de trabalho, com o desenvolvimento de uma *mentalidade participativa e associativa*, em maior observância ao princípio democrático³⁸, e não mais a uma mentalidade pura e simples de representação formal e categorial³⁹.

Os locais de trabalho, por tudo, são inacessíveis ao sindicalismo tradicional no Brasil⁴⁰ e o Direito Coletivo do Trabalho, cujo fracasso já se estampa pela estrutura montada, como ciência, deixa, portanto, de realizar o seu papel civilizatório com a penetração estatal no ambiente onde as relações parecem ter caráter unicamente privado⁴¹. Enquanto o sistema se prende ao artificialismo já antes detectado, ao invés de se libertar para incentivar verdadeiras representatividades materiais em detrimento de falaciosas representações formais ou de carimbo, as cúpulas sindicais se mantêm e se manterão afastadas das bases representadas e a democracia vai deixando de ser promovida diante da burocracia da máquina sindical, gerida como se fosse uma empresa capitalista, sem representatividade sindical a partir dos locais de trabalho.

Falta, ao sistema brasileiro, a capacidade de criar uma solução à crise do modelo nacional e às reformas tidas como de internalização sindical e de externalização sindical. A primeira tenciona para a inserção da estrutura sindical

38 *Cláusulas normativas de adaptação*, p. 96-97.

39 GOMES, Máira Neiva. *O sindicato reinventado*. Belo Horizonte: RTM, 2016. p. 207.

40 “Atualmente, os sindicatos não têm acesso ao local de trabalho, chegam no máximo até a porta da empresa. No caso das empresas ‘modernas’, elas não permitem nem o acesso ao ônibus que traz os operários. Montam um estacionamento num amplo terreno e os ônibus passam em alta velocidade pelo portão. O sindicato não tem qualquer contato com os operários. Hoje não dá para falar nem em sindicato de porta de fábrica; a democracia sindical inexistente no Brasil!” (CARNEIRO, Pascoal. *Avanços e armadilhas da reforma sindical em curso*. In: BORGES, Altamiro [Org.]. *A reforma sindical e trabalhista no Governo Lula*. São Paulo: Anita Garibaldi/Instituto Mauricio Grabois, 2004. p. 30). Da mesma forma em INSTITUTO OBSERVATÓRIO SOCIAL. *Multinacionais holandesas: o dia-a-dia dos trabalhadores da Ahold, Akzo Nobel, Philips e Unilever na Holanda e no Brasil*. Florianópolis: IOS, 2005. p. 100 e 131.

41 CARDOSO, Adalberto Moreira. *A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 115.

nos locais de trabalho (por vias singulares na figura de delegados sindicais ou por vias coletivas na figura de seções sindicais), até para não tornar a ação da empresa de caráter exclusivamente privado, da qual nenhum tipo de obrigação, atinente à prestação de informações aos trabalhadores⁴², por exemplo, existiria. A segunda, para a montagem de uma forte estrutura para além dos portões da fábrica ou da empresa, mas que não deixe, por ser forte, de se coordenar, no diálogo social, com outros movimentos obreiros, com outros tipos de representação coletiva de trabalhadores (mormente os de natureza unitária e não sindical), nos níveis regional, nacional e internacional, convivendo, em paralelo, com outros estágios de desenvolvimento da organização coletiva e admitindo uma abertura do processo de negociação coletiva para além do mundo sindical⁴³.

Somente com essas vertentes, de movimentação horizontal e vertical, será possível conceder, à voz dos trabalhadores, força para que possa ser levada em consideração em um próximo estágio das reformas inevitáveis e inadiáveis da estrutura sindical.

4 – O LOCAL DE TRABALHO COMO PONTO DE PARTIDA PARA A RECONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA

Por mais que se tornem complexas as relações coletivas de trabalho no desenho vertical da estrutura sindical, só ilustrarão êxitos, para os trabalhadores e, também, para as empresas, se o local de trabalho, onde a vida laboral toma sentido real⁴⁴, estiver firmemente destacado como alvo a partir do qual os sindicatos reconstruirão sua saída da crise e reafirmarão, a despeito do sistema artificial da unicidade, sua verdadeira, e legítima, representatividade sindical, diminuindo, conseqüentemente, o superficialismo das disputas intersindicais

42 INSTITUTO OBSERVATÓRIO SOCIAL. *Globalizar direitos: sindicatos e relações trabalhistas no Brasil, na Holanda e na Alemanha*. Florianópolis: IOS, s/a. p. 24.

43 Essa possibilidade existe, inclusive, na doutrina, ainda que, de um modo geral, tenda a ser um tanto quanto refratária e se refira aos termos do art. 617 da CLT, se considerado recepcionado pela Constituição Federal. Davi Furtado Meirelles, a propósito, leciona que “a interpretação da regra constitucional deve ser feita de forma a completar o que prevê a legislação infraconstitucional. Ou seja, é indispensável a participação dos sindicatos, econômicos e profissionais, nas negociações coletivas de trabalho. Mas, poderá ser desnecessária a presença da entidade sindical representativa da categoria econômica nas contratações entabuladas diretamente com as empresas, objetivando um acordo coletivo localizado. Tampouco segue a regra do monopólio sindical nas negociações coletivas, quando a categoria, ou os trabalhadores, não está organizada em sindicatos, ou ainda, sendo a negociação uma iniciativa de um grupo de trabalhadores, por negativa do sindicato, da federação ou da confederação” (MEIRELLES, Davi Furtado. *Negociação coletiva no local de trabalho: a experiência dos metalúrgicos do ABC*. São Paulo: LTr, 2008. p. 89-90).

44 TATTERSALL, Amanda. Labor-community coalitions, global union alliances and the potential of SEIU’s global partnerships. In: BRONFENBRENNER, Kate (Ed.). *Global unions: challenging transnational capital through cross-border campaigns*. Ithaca: Cornell University Press, 2007. p. 158.

de representação e a esquizofrenia das normas que tentam organizar o caos do modelo imposto de cima para baixo. Afinal, o local de trabalho é o ambiente em que a produção do trabalhador é sentida, onde a solução dos conflitos precisa ser pontual e ágil por uma melhor qualidade de vida e onde as pessoas passam, com dispêndio de tempo e energia, a maior parte de suas vidas adultas⁴⁵.

O epicentro geográfico de qualquer análise atinente a conflitos de interesses é o seio da empresa, os locais de trabalho, que se apresentam como núcleos organizativos de atividades humanas e que adquirem, por isso, posição central na sociedade, na política, na economia e, também, como centros de preocupações do Direito Coletivo do Trabalho⁴⁶ após a confirmação do deslocamento, com o Estado Democrático de Direito, da centralidade do Estado para a sociedade civil.

Nas sempre inafastáveis lições de Arion Sayão Romita, aqui aplicáveis para caracterizar o interesse do Direito Coletivo do Trabalho pelo local de trabalho e pelas relações entre o capital e o trabalho estabelecidas no universo intraempresarial, tem-se que:

“O direito coletivo do trabalho dispensa ao obreiro uma efetiva tutela, de feição antes sociológica do que propriamente jurídica: enseja aos trabalhadores o agrupamento em entidades de classe que congregam grandes massas e cobram imenso poderio ante os empregadores, mercê da organização, do número da disciplina e de recursos materiais e técnicos. Na verdade, dá ao trabalhador proteção indireta, ante o reconhecimento, pela ordem jurídica estatal, do poder de organização autônoma dos grupos profissionais.

É certo que todo direito é coletivo, mas não no sentido em que a expressão é empregada em escritos de Direito do Trabalho. As relações internas da empresa podem, sem quebra do sistema, ser incluídas no âmbito do direito coletivo.

O direito coletivo do trabalho não pressupõe apenas relações *externas* da empresa; travam-se também, no âmbito de organização empresarial interna, relações entre o capital e o trabalho.”⁴⁷

45 ROSOW, Jerome M. A Qualidade de vida de trabalho na mesa de negociações. In: HAVELICK, Franklin J. (Org.). *Negociação coletiva: novas dimensões nas relações trabalhistas*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 98.

46 GARCÍA ARCE, María Cruz; PRIETO JUÁREZ, José Antonio. *Acción social en la empresa*. Madrid: Trotta, 2004. p. 25 e 47. Outros centros geográficos de interesse para as relações laborais são, do nível macro ao nível micro, os seguintes: toda a economia, o setorial, o categorial, o setor produtivo, o grupo de empresas, a empresa, o centro de trabalho, o infraempresarial.

47 *Despedida arbitrária e discriminatória*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 33-34.

A concepção de benefícios que o Direito do Trabalho, de uma maneira geral, pode gerar para os trabalhadores só pode ser uma concepção em que tais benefícios sejam concretizados na vida fenomênica do local de trabalho e não em um ambiente no qual os trabalhadores, como pessoas físicas, não se inserem. As negociações coletivas que tendem a prestigiar o nível micro alcançam um resultado que, em tese, consegue aproximar, real e de forma direta, os interesses das partes⁴⁸, melhor construindo o amálgama necessário para a identificação de verdadeiras representatividades sindicais.

A despeito dessa obviedade, é incrível e paradoxal que, mormente em países como o Brasil, o local de trabalho constitua o ambiente menos definido, menos entendido e menos regrado pelo *consensus* social, constituindo “fábricas de autoritarismo que poluem o ambiente democrático”⁴⁹. Torna-se difícil desenhar um sistema de direitos sindicais e trabalhistas que proteja, de forma adequada, os trabalhadores individualmente considerados e, ao mesmo tempo, preserve as prerrogativas empresariais necessárias a operar uma moderna empresa inserida em uma economia dinâmica, competitiva e que respeite os direitos de propriedade.

Como resultado, não se estranha que os direitos trabalhistas e sindicais nos locais de trabalho sejam contestados e discutidos longamente por todos os sujeitos do mundo do trabalho e todas as formas de reformistas e reacionários. São por motivos como esses que o tradicional sindicalismo, na proposta que ora se sugere e que precisa se reerguer de um contexto de crise, prescinde da atuação efetiva, nos locais de trabalho, dos representantes sindicais locais ou, até mesmo, em paralelo, dos representantes eleitos de trabalhadores (representantes unitários e não sindicais) na forma preconizada no art. 3º, alínea *b*, da Convenção nº 135 da OIT, em uma espécie de solidariedade local de representantes coletivos de trabalhadores.

Em conformidade com Boaventura de Sousa Santos, a articulação de representações coletivas de trabalhadores nos níveis local e internacional, em *network*, cada uma portando o seu grau de solidariedade, trabalhando em paralelo, assume o condão de influenciar, positivamente, o impacto global nas

48 MARRAS, Jean Pierre. *Capital-trabalho*, p. 229. Nas palavras de André Gorz que o “poder do proletariado e a propriedade coletiva proletária só poderão tornar-se realidade, se os proletários, como indivíduos, grupos, equipes, comunidades, tiverem o poder de unir-se e decidir, em conjunto, lá, onde trabalham e vivem, sobre aquilo que querem produzir, como, quando e onde. Na ausência desse poder, o poder de classe do proletariado (sua ditadura, seu Estado) será completamente nominal e abstrato” (Prefácio. In: GORZ, André [Org.]. *Crítica da divisão do trabalho*. Trad. Estela dos Santos Abreu. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 17).

49 BERNARD, Elaine. Creating democratic communities in the workplace. In: MANTSIOS, Gregory (Ed.). *A new labor movement for the new century*. New York: Monthly Review Press, 1998. p. 6.

relações de produção ou nas relações na produção impostas pelas transformações fomentadas pelo avanço do capitalismo mundial⁵⁰.

Para se manterem alertas com tal realidade é que os representantes locais de trabalhadores, sindicais (delegados sindicais ou seções sindicais na empresa) e não sindicais/unitários em convivência solidária e coordenada, já deveriam, necessariamente, existir, com garantias normativas claras para a atuação livre e desembaraçada nos locais de trabalho, inclusive com mecanismos de acesso a informações e à consulta, como convém às mais modernas e atuais tendências do Direito do Trabalho, para:

(i) fundamentarem o trabalho desenvolvido por entidades de outros níveis de representação na perspectiva vertical, no raciocínio tradicional do “pensar globalmente, agir localmente”⁵¹; e

(ii) ensejarem a formação de coalizões progressivas nos níveis local, regional, nacional e global, ao mesmo tempo em que coalizões de vertentes horizontais se formam entre os partícipes da representação coletiva de trabalhadores com organizações não governamentais, com entidades da sociedade civil, com instituições religiosas, com associações civis próximas ao temário laboral, em uma verdadeira construção de um “sindicalismo comunitário”, de um “movimento sindical cidadão” na proposta de Paul Johnston⁵² ou de um “movimento sindical social” na proposta de Steven Henry Lopez⁵³.

No que diz respeito às progressivas coalizões verticais nos níveis local, regional, nacional e internacional, aos sindicatos se supõe a capacidade de instruir seus integrantes acerca de questões complexas e que possam vir a constituir uma unidade em torno de uma visão geral internacionalizada, mas desde que aquela unidade surja das necessidades comuns de numerosos grupos locais, a partir dos ambientes de trabalho. Trata-se de uma questão de democracia a oportunidade de os locais de trabalho influírem no resultado das demandas

50 SOUSA SANTOS, Boaventura de. Teses para a renovação do sindicalismo em Portugal, seguidas de um apelo. In: ESTANQUE, Elisio; SILVA, Leonardo Mello e; VÉRAS, Roberto; FERREIRA, António Casimiro; AUGUSTO COSTA, Hermes (Org.). *Mudanças no trabalho e ação sindical: Brasil e Portugal no contexto da transnacionalização*. São Paulo: Cortez, 2005. p. 175-176.

51 BEYNON, Huw. O sindicalismo tem futuro no século XXI? Trad. Marco Aurélio Santana. In: RAMALHO, José Ricardo; SANTANA, Marco Aurélio (Org.). *Além da fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 68.

52 Citizenship movement unionism: for the defense of local communities in the global age. In: NISSEN, Bruce (Ed.). *Unions in a globalized environment: changing borders, organizational boundaries, and social roles*. Armonk: M. E. Sharpe, 2002. p. 257.

53 *Reorganizing the rust belt: an inside study of the American labor movement*. Los Angeles: University of California Press, 2004. p. 24. A essa nova postura do sindicalismo, emprega-se, ainda, na literatura nacional, a expressão “sindicalismo cosmopolita” (GOMES, Maira Neiva. *O sindicato reinventado*, p. 270).

globais, independentemente de, para tanto, os locais de trabalho passarem a constituir representações coletivas próprias, de natureza sindical e/ou unitária, que, com o empresariado local, dialoguem⁵⁴.

Para evitar uma ruptura em relação ao espaço tradicional de atividade do sindicato é que as entidades de natureza sindical precisam aprender a articular e a coordenar suas atividades com as representações coletivas de trabalhadores nos locais de trabalho, vinculadas ou não aos sindicatos⁵⁵, uma vez que, ainda que o poder constituinte ou a legislação ordinária atribuam privilégios aos sindicatos, não há diploma legal, inclusive no Brasil, que afaste ou exclua outros organismos do processo negocial⁵⁶ ou representativo, para além da unicidade portanto.

Aliás, para o Brasil, a revelar a necessidade de se ter um duplo canal de representação (representação dual) coletiva de trabalhadores nos locais de trabalho, próximos à realidade da empresa, mormente após a adoção, a partir do Código Civil brasileiro de 2002, da teoria da empresa, o Professor Renato Rua de Almeida, em benefício da ênfase do que já se pontuou, contundentemente assevera que “é preciso que, ao lado da representação sindical nos locais de trabalho, fundada em autêntica representatividade para dar eficácia à necessária pluralidade como corolário da liberdade sindical, haja também formas complementares de representação eleita pelos empregados, nos termos da Convenção nº 135 da OIT, já ratificada pelo Brasil, de modo que a realidade da empresa seja melhor vivenciada nas reivindicações que servirão de base para a negociação coletiva” (1998)⁵⁷.

Ao tratar do fenômeno, evidente na União Europeia, de proliferação das instâncias de negociação coletiva que, até os anos 1980, se centravam, em sua grande maioria, no nível nacional (casos da Alemanha, da França, dos Países

54 Como bem sustenta Iram Jácome Rodrigues, “a maioria dos empresários terá que mudar sua postura diante do conflito e da organização dos trabalhadores; terá de desenvolver uma maior capacidade de absorção das ações conflituosas com os empregados no interior das empresas, pois, caso contrário, poderão assistir a uma queda acentuada da qualidade de seus produtos, uma diminuição da produtividade, e o incremento – a um nível desproporcional – dos conflitos com a força de trabalho. Ora, o conflito é inerente à democracia e é a expressão palpável dos vários grupos de interesses no interior da sociedade” (As comissões de empresa e o movimento sindical. In: BOITO Jr., Armando [Org.]. *O sindicalismo brasileiro nos anos 80*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 169-170).

55 Em nenhum outro centro geográfico, aliás, um sistema de duplo canal de representação ou de representação dual poderá se estabelecer que não no próprio local de trabalho, um de natureza sindical pura e outro de natureza unitária (GARCÍA ARCE, María Cruz; PRIETO JUÁREZ, José Antonio. *Acción social en la empresa*, p. 51).

56 MEIRELLES, Davi Furtado. *Negociação coletiva no local de trabalho*, p. 95-96.

57 ALMEIDA, Renato Rua de. A teoria da empresa e a regulação da relação de emprego no contexto da empresa. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, LTr, v. 69, n. 5, maio 2005, p. 578.

Baixos, da Suécia e da Itália) ou no nível empresarial (caso da Inglaterra), o grupo de juristas coordenados por Alain Supiot já alertava para a tendência de descentralização da negociação coletiva, inclusive em sede comunitária, em direção à empresa, o que, segundo se acentuou, torna palmar a “emergência da gestão participativa e da negociação da organização do trabalho”⁵⁸, o que aumentaria a “importância dos acordos de empresa” e, principalmente, “o papel das instituições de representação do pessoal na empresa”⁵⁹, de natureza sindical e/ou unitária.

O que garantirá a verdadeira representatividade aos sindicatos no futuro, como, neste estudo, se projeta, em contexto de negociação coletiva descentralizada para a empresa, é a *organização nos locais de trabalho*.

Se não for pelo sindicalismo, por delegados e/ou seções sindicais, será pela voz dos próprios trabalhadores em organismos eleitos, unitários e não sindicais, como delegados de pessoal e comitês/comissões de empresa ou de fábrica.

A importância da discussão para o cenário brasileiro é ímpar, mas, segundo opina Maria Aparecida Bridi, as multinacionais de origem europeia, que operam no Brasil, possuem vivência com entidades de representação coletiva de trabalhadores como os comitês mundiais de trabalhadores, o que pode vir a indicar uma predisposição empresarial para aceitarem as representações internas nas plantas locais⁶⁰, quer em formatação sindical, como comissões sindicais de base, quer em formatação unitária e não sindical⁶¹, como comissões ou comitês de empresa ou de fábrica.

Não sem razão, a Volkswagen, que assinou o famoso “Contrato Coletivo Mercosulista”⁶² e que reconhece organizações coletivas de trabalhadores pa-

58 A tratar de temas como a formação e a qualificação profissional, a redução/reorganização do tempo de trabalho, a própria organização da representação dos trabalhadores ao nível da empresa ou do grupo, a proteção da saúde no trabalho, a proteção social e os planos complementares de reforma/reestruturação produtiva e suas dificuldades financeiras e as medidas de combate a práticas discriminatórias de qualquer matiz.

59 SUPLOT, Alain; EMILIA CASAS, María; DE MUNCK, Jean; HANAU, Peter; JOHANSSON, Anders; MEADOWS, Pamela; MINGIONE, Enzo; SALAIS, Robert; VAN DER HEIJDEN, Paul. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*, p. 159.

60 *Trabalhadores dos anos 2000: o sentido da ação coletiva na fábrica de nova geração*. São Paulo: LTR/ Associação Brasileira de Estudos do Trabalho (ABET), 2009. p. 34.

61 Ainda que isso desagrade parcela do patronato e, também, os sindicalistas clássicos, que não aceitariam outra forma de organismo de representação nos locais de trabalho que não o de vinculação estreita com o sindicato, mesmo porque, reconhece-se, conselhos de empresa ou comissões de fábrica podem ser explorados para a função de introduzir o empregado na gestão das grandes e médias empresas, democratizando e ampliando, ao sindicalismo nos locais de trabalho, a capacidade de atuação para algo próximo à cogestão (SILVA, Antônio Álvares da. *Alternativas para a reforma da justiça do trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2016. p. 24).

62 Firmou-se, em 16 de abril de 1999, abrangendo, explicitamente, o Brasil, o primeiro exemplar de um “acordo coletivo marco setorial” de porte internacional, conhecido como o “Contrato Coletivo do Mercosul”, firmado, de um lado, pela Volkswagen do Brasil Ltda. e pela Volkswagen de Argentina S.A.

ralelas ao tradicional sindicalismo, como o comitê mundial de trabalhadores, oferece, no Brasil, um comitê nacional de trabalhadores, considerando suas plantas em Resende/RJ, São Carlos/SP e São José dos Pinhais/PR. A missão do Comitê Nacional de Trabalhadores é o de reduzir as disparidades regionais e entre os países, ilustrando a organização dos trabalhadores em rede do local ao global.

5 – CONSTRUÇÕES NORMATIVAS BRASILEIRAS EMBRIONÁRIAS, MAS SIMBÓLICAS DE UM FUTURO

Pelo exposto, parece evidente que uma das tarefas inadiáveis do sindicalismo, na busca pela recuperação de seu prestígio, na busca de sua saída de um contexto de crise, para a construção de sua efetiva e verdadeira representatividade material sindical, ainda que no deletério modelo de unicidade, mas de baixo para cima, é a redescoberta da importância que, para a representatividade sindical, o local de trabalho sugere como nicho ou ambiente propício para a atividade e a organização sindical, seguida da descoberta, decorrente dos limites e fracassos que, no modelo de unicidade, o sindicalismo enfrenta, da necessidade de os sindicatos coordenarem suas atividades com organismos outros alheios à estrutura sindical, de natureza unitária e não sindical, mas igualmente representativos de trabalhadores naqueles locais de trabalho. Alguns avanços, por vezes tímidos, do ponto de vista normativo, já se apresentam para a viabilização da construção, a partir dos locais de trabalho, de representações coletivas, sindicais e/ou unitárias, simbolizando que, lentamente, o Brasil caminha para o enfrentamento inevitável do tema.

5.1 – Na Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 369/05 e no Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais (ALRS)

No dia 2 de março de 2005, o Governo Federal formalmente encaminhou, à Câmara dos Deputados, a PEC da tão propalada “Reforma Sindical”, tal qual pensada após um intenso processo de negociação tripartite e paritária e, enfim, formulada pelo Fórum Nacional do Trabalho (FNT) no primeiro governo Lula. Imediatamente recebida pela Câmara dos Deputados, a PEC, que se destinava

e, de outro, pelo Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias e Oficinas Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico e Eletrônico, Siderúrgicas e Automobilísticas e de Autopeças de Taubaté, Tremembé e Distritos Metalúrgicos, pela Confederação Nacional dos Metalúrgicos (CNM) e pelo *Sindicato de Mecánicos y Afines de Transporte Automotor de la República Argentina*. Por esse acordo, promoveu-se o reconhecimento espontâneo, pela empresa, no tópico “6” do contrato dedicado à ‘*Representatividad*’, de representações coletivas de trabalhadores como as comissões internas de fábrica, que podem assumir, eventualmente, natureza não sindical, se eleitas e constituídas pelos trabalhadores nos marcos do art. 3º, alínea b, da Convenção nº 135 da OIT.

DOCTRINA

a alterar os arts. 8º, 11, 37 e 114 da Constituição Federal, obteve o nº 369/05 (PEC nº 369/05) e foi submetida ao exame da Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania.

Já na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, a PEC nº 426/05, de autoria da Deputada Vanessa Graziotin (PC do B/AM), foi apensada à PEC nº 369/05 e o Deputado Moreira Mendes (PPS/RO), relator, opinou pela admissibilidade das propostas. A despeito de o Deputado Raul Lima (PP/RR) ter requerido ao Presidente da Câmara dos Deputados, à época o Deputado Marco Maia (PT/RS), a colocação da PEC nº 369/05, com o apenso da PEC nº 426/05, na “ordem do dia” da Câmara dos Deputados, a longa história de tramitação das propostas não dá azo a que a questão possa ser, no âmbito da pretendida “Reforma Sindical”, apreciada em médio ou longo prazo, até por conta das profundas divergências no seio do próprio movimento sindical.

Afora a PEC nº 369/05, um dos resultados empreendidos pelo FNT foi a formatação de um extenso Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais (ALRS), que dependia, para suscitar as discussões que pretendia promover, da aprovação prévia da PEC nº 369/05. O ALRS nunca tramitou formalmente no Congresso Nacional.

O que interessa, neste momento, é a configuração de um sistema em que se permitem negociações coletivas descentralizadas desde os níveis mais gerais até os mais específicos, o que se daria mediante uma atuação, nova, de representações sindicais, e eleitas, nos locais de trabalho.

Antes de qualquer outra consideração, o ALRS estabelece um sistema articulado de negociação coletiva e de contratos coletivos de trabalho em vários níveis, desde o setor econômico, passando pelo ramo de atividade (art. 9º, *caput* e §§ 1º e 2º, do ALRS), empresa ou grupo de empresas (art. 96, inciso IV, do ALRS) até a negociação coletiva direta e local na empresa (art. 88 do ALRS), regrando, a partir do art. 100, § 3º, que o “contrato coletivo” de nível superior poderá indicar as cláusulas que não serão objeto de modificação em níveis inferiores.

Quiçá pela posição retrógrada do setor patronal e de alguns setores do sindicalismo tradicional, temerosos com a possível perda da já escassa representação nas bases, deixou-se escapar a oportunidade histórica de se instituir, no ALRS, em linha com a Convenção nº 135 da OIT e com a Recomendação nº 143 da OIT, e paralelamente à representação sindical do lado de dentro dos portões das fábricas ou das empresas, as representações eleitas de trabalhadores nos locais de trabalho, de natureza unitária e não sindical, mais consentâneas

com a atual redação do art. 11 da Constituição Federal e que, a bem da verdade, não possibilita maiores aberturas à configuração de um sistema dual de representação obreira (sindical e não sindical, unitária) nos locais de trabalho.

O atrelamento da representação obreira nos locais de trabalho à estrutura sindical, ainda que eleita em conformidade com o disposto nos arts. 65 a 73 do ALRS, é óbvia a partir do texto dos arts. 61, *caput*; e 63, *caput*, do ALRS, muito embora se reconheça que a iniciativa, para a instalação da representação sindical dos trabalhadores, possa advir de solicitação escrita de 20% (vinte por cento) dos trabalhadores com mais de 6 (seis) meses na empresa e que, ainda, pelo art. 63, § 4º, do ALRS, uma vez constatada a recusa do sindicato, “os trabalhadores poderão instalar diretamente a representação”, em um embrião do que pode vir a ser, um dia, uma livre-representação unitária e não sindical nos locais de trabalho.

Esse embrião do que poderia vir a ser uma livre e eleita representação unitária de trabalhadores ainda é perceptível no disposto no art. 88, § 2º, do ALRS, segundo o qual em caso de omissão do sindicato, uma vez notificado sobre o objeto da negociação coletiva que a representação dos trabalhadores pretenda instituir na empresa, a representação estará autorizada a prosseguir com a negociação coletiva de trabalho direta na empresa, como é a tendência na Europa⁶³.

De toda a sorte, a internalização da estrutura sindical no local de trabalho constitui um enorme avanço, em termos de projeto normativo, para um modelo sindical que não acessava o interior das empresas e das fábricas.

O ALRS, pelo art. 62, institui, como objetivos da representação dos trabalhadores, embora apenas sindical, nos locais de trabalho, (i) a representação dos trabalhadores perante a administração da empresa (inciso I); (ii) o

63 “Os negociadores das convenções colectivas de empresa são, habitualmente, delegações dos sindicatos nas empresas (sistemas de monopólio sindical da negociação). No entanto, a negociação de alguns novos tipos de acordo de empresa é confiada aos representantes eleitos pelo pessoal (comissões ou conselhos de empresa). Este alargamento das funções das instituições electivas à negociação pode entrar em concorrência com as atribuições dos sindicatos.

Estes acordos de empresa caracterizam-se frequentemente pela informalidade dos processos de negociação. As suas funções são variadas: reestruturações, protecção social ou participação, aplicação de leis supletivas ou dispositivas ou de acordos-quadro concluídos a nível dos sectores, etc. Algumas legislações nacionais estipulam que os acordos assim concluídos pelos representantes eleitos do pessoal sejam sujeitos à aprovação de comissões paritárias sectoriais, em que têm assento os sindicatos. A sua eficácia, enquanto acordos colectivos atípicos, é variável mas, geralmente, é-lhes reconhecido um efeito imperativo. Estes acordos são um poderoso instrumento de autonomização das políticas da empresa, não apenas em relação às instâncias colectivas de nível superior (lei e convenções de sector), mas também em relação aos contratos individuais de trabalho” (SUPIOT, Alain; EMILIA CASAS, Maria; DE MUNCK, Jean; HANAU, Peter; JOHANSSON, Anders; MEADOWS, Pamela; MINGIONE, Enzo; SALAIS, Robert; VAN DER HEIJDEN, Paul. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*, p. 160).

aprimoramento do relacionamento entre a empresa e seus trabalhadores com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo (inciso II); (iii) a promoção do diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos (inciso III); (iv) a busca de soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais (inciso IV); (v) a mediação e a conciliação dos conflitos individuais do trabalho (inciso V); (vi) a promoção de um tratamento justo e imparcial aos trabalhadores, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, raça, cor, religião, opinião política, atuação sindical, nacionalidade ou origem social (inciso VI); (vii) o encaminhamento de reivindicações específicas dos trabalhadores de seu âmbito de representação (inciso VII); e (viii) o acompanhamento do cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e dos “contratos coletivos”.

O art. 88 do ALRS, mais adiante, ainda prevê a negociação coletiva na empresa, que poderá ser conduzida pela representação dos trabalhadores, desde que antes, no prazo de até cinco dias, seja o sindicato notificado sobre o objeto da negociação, quando poderá avocar a direção da negociação coletiva.

O art. 85 do ALRS dispõe, a seu turno, que a representação dos trabalhadores terá acesso às informações da empresa que forem necessárias ao efetivo cumprimento de suas atribuições, ainda que, pelo art. 86, devam preservar o sigilo das informações que forem recebidas com a expressa advertência do caráter confidencial⁶⁴.

O avanço e a perspectiva lançada sobre o futuro do sindicalismo nacional são benfazejos e paradigmáticos para suprir a grave lacuna do sistema sindical brasileiro, que, de toda a sorte, não impede o surgimento espontâneo, como já se viu e com apoio de empresas cientes de suas responsabilidades sociais, sem criação de obstáculos ou de represálias à livre-movimentação do trabalho, de representações de trabalhadores nos locais de trabalho, mesmo com natureza unitária e não sindical e mesmo com poderes de informação, de consulta e, inclusive, em certos casos, de negociação coletiva por local de trabalho e, evidentemente, sem o sindicato⁶⁵.

64 Trata-se do reconhecimento, para a representação interna de trabalhadores, dos princípios da informação e do sigilo das informações, que só podem se concretizar se alinhados aos princípios da proteção, da facilidade, da liberdade de escolha e da não concorrência sindical (MEIRELLES, Davi Furtado. *Negociação coletiva no local de trabalho*, p. 124).

65 Para tanto, ver: AGUIAR, Adriana. Decisões permitem Acordo sem Sindicato. *Valor Econômico*, São Paulo, 25 maio 2010. Legislação & Tributos – Centro-Oeste, p. E1; e FIORAVANTE, Tamira Maira; MASSONI, Túlio de Oliveira. Acordo coletivo de trabalho celebrado diretamente entre empregador e grupo inominado de trabalhadores. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, LTr, v. 71, n. 7, jul. 2007, p. 816-819.

DOCTRINA

Como não há perspectiva, em médio prazo, para o desenvolvimento dos aspectos positivos do ALRS, o modelo de negociação coletiva brasileiro continuará, em verdadeiro absurdo, permitindo que os sindicatos entrem em negociação sem informações⁶⁶, conseguidas por outras vias, mas não pela via mais democrática e decorrente do diálogo social constante e contínuo com a empresa, prestigiada, a não ser que voluntariamente mude como acima sugerido, em contexto conflitivo e não participativo.

Por uma outra vertente, o art. 1º da PEC nº 369/05, ao sugerir alterações no texto do art. 11 da Constituição Federal, assegurará, no texto constitucional, a representação dos trabalhadores nos locais de trabalho e na forma da lei. Não mais promoverá, acaso venha a vingar, a eleição de um representante de empregados nas empresas de mais de 200 empregados com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregados, como consta do atual texto do art. 11. Há aspectos positivos e negativos na PEC nº 369/05 nesse tópico.

Os aspectos positivos dizem respeito, em primeiro lugar, ao fato de que não mais haverá a limitação, para o estabelecimento de uma representação coletiva nos locais de trabalho, para as empresas com mais de 200 empregados, mas, sim, agora, sem limites, para empresas com qualquer número de empregados. Ademais, a PEC nº 369/2005, ao substituir o termo “empregados” do atual texto do art. 11 por “trabalhadores”, sugere que qualquer tipo de trabalhador (principalmente terceirizados) contará com a representação local. Por fim, o art. 1º da PEC nº 369/05 substitui o termo “empresa” do atual texto do art. 11 por “local de trabalho”, o que enseja a perspectiva de instalação de mais de uma representação coletiva local em uma mesma empresa com vários locais de trabalho⁶⁷.

Os aspectos negativos podem ser aferidos sob o ponto de vista formal. Ao referendar a instituição de uma representação dos trabalhadores nos locais de trabalho “na forma da lei”, o art. 1º da PEC nº 369/05 poderá causar uma vinculação necessária ao que vier a ser regrado quando, e se, o ALRS se transformar em lei.

66 INSTITUTO OBSERVATÓRIO SOCIAL. *Globalizar direitos*, p. 23.

67 MARRAS, Jean Pierre. *Capital-trabalho*, p. 130. Quanto à instalação de mais de uma representação de trabalhadores nos locais de trabalho, o ALRS trata da questão no art. 64, §§ 3º, 4º e 5º. O ALRS dá a entender que, em empresas com menos de 30 trabalhadores, uma única representação no local de trabalho existirá, ainda que a empresa tenha, se todos os empregados somarem, no máximo, 30, mais de um estabelecimento.

Como o ALRS atrela a representação dos trabalhadores nos locais de trabalho ao sistema sindical, o Brasil, também nessa perspectiva, terá perdido outra grande oportunidade de responder com um duro golpe o modelo corporativista ou implantar um sistema mais democrático de relações coletivas do trabalho no âmbito da empresa, eventualmente com o duplo canal de representação, contando, também, com representações unitárias e não sindicais⁶⁸, com direitos de movimentar os procedimentos de informação e de consulta, todas com proteção normativa contra as práticas antissindicais⁶⁹, de defesa dos representantes sindicais, e contra as práticas antirrepresentativas, de defesa dos representantes unitários e não sindicais.

5.2 – Na Lei nº 12.353/2010

Diretamente no trato dos esquemas de participação dos empregados no governo da empresa, no final de 2010, foi editada, com publicação ocorrida no Diário Oficial da União (DOU) de 29 de dezembro de 2010, ainda que referente a empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto, a Lei nº 12.353/2010, que regulamentou o que está prescrito no art. 11 da Constituição Federal e que, de longa data, era aguardado para o setor privado.

Parece um tanto inusitado que, sem muito alarde acadêmico, doutrinário ou político, a regulamentação do art. 11 da Constituição Federal tenha sido feita para as empresas públicas e de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União detenha a maioria do capital social com direito a voto, mas não para as empresas da iniciativa privada *stricto sensu*.

68 “Uma das tendências fundamentais do direito do trabalho, hoje, é a organização dos trabalhadores dentro da própria empresa. É a concepção de que a empresa deixa de ser um quartel onde o empregado despe a sua roupa de cidadão trabalhador na porta, com o oficial do dia, e veste a sua farda, dali por diante. A ideia de participação na empresa, senão na gestão, que é uma das formas também possíveis, mas nos resultados, em conselhos, comissões e até na organização autônoma dos trabalhadores dentro da própria empresa, é um conceito moderno, irrecusável, do direito do trabalho. A Constituição sinaliza nesse sentido, quando indica a possibilidade de um representante dos empregados – ela não diz sindical – em cada empresa.” (BOSÍLIO, Carlos Eduardo. Justiça do Trabalho e política do trabalho no Brasil. In: GOMES, Angela de Castro [Org.]. *Trabalho e previdência: sessenta anos em debate*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992. p. 52)

69 Pelo sistema dos arts. 80 a 84 do ALRS, a proteção jurídica a ser dada aos representantes de trabalhadores nos locais de trabalho só pode ser concebida como um sistema de combate às práticas antissindicais – e não como um sistema de combate, propriamente, contras as práticas antirrepresentativas, o que, talvez, pudesse ser mais interessante sob o manto democrático e das representações eleitas prestigiadas pela Convenção nº 135 da OIT –, uma vez considerados, os representantes, partícipes da estrutura sindical.

Como as empresas públicas e as sociedades de economia mista sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas, por força do disposto no art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, a Lei nº 12.353/2010 constitui uma grandiosa fonte de direito para as empresas privadas, inclusive para os fins da analogia, e quando o caso, acerca de esquemas de participação dos trabalhadores no governo da empresa, o que já daria ensejo a um outro estudo.

Para o setor privado, não há norma específica que tenha tido a coragem de regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, ainda que para as empresas com mais de 200 empregados. A Lei nº 12.353/2010 apresenta ponto de contato com o setor privado, exatamente porque as empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como as suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União detenha a maioria do capital social com direito a voto, sujeitam-se ao mesmo regime jurídico aplicável às empresas privadas (art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal). No mais, o próprio regime da participação dos trabalhadores no governo da empresa é exatamente o elemento central faltante no setor privado que pode desencadear a operação analógica, dogmaticamente tida como a primeira providência procedimental no processo de integração normativa de lacunas, antes da invocação aos costumes e antes da invocação aos princípios gerais de direito.

O art. 2º da Lei nº 12.353/2010 dispõe que os estatutos das empresas públicas e de sociedades de economia mista deverão prever a participação de representante eleito dos trabalhadores nos conselhos de administração da empresa, sujeito que está aos critérios e exigências para o cargo de conselheiro de administração previstos em lei e no Estatuto (§ 2º), mas que não participará das discussões e deliberações sobre assuntos que envolvam relações sindicais, remuneração, benefícios e vantagens, inclusive matérias de previdência complementar e assistenciais (§ 3º).

A regulamentação da Lei nº 12.353/2010 deve-se à Portaria nº 26/2011 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), publicada no DOU de 14 de março de 2011. O art. 5º da Portaria nº 26/2011 garante, ao empregado designado representante no conselho de administração, a estabilidade provisória de um ano desde o registro da candidatura até o fim da gestão, quando não poderá ser dispensado sem justa causa.

A Lei nº 12.353/2010 chega, mesmo, a referendar formas de participação que, espontaneamente, estavam surgindo no seio das empresas privadas, razão pela qual existe, ainda, um longo caminho, inclusive de maturação quanto ao que

é disposto na lei e na Portaria nº 26/2011, quer no âmbito do Poder Executivo, quer no âmbito do Poder Judiciário.

O fato é que a tramitação da PEC nº 369/05, as discussões suscitadas pelo ALRS que haverá de tramitar e, de forma mais moderna, as disposições da Lei nº 12.353/2010 e da Portaria nº 26/2011 do MPOG, constituem uma espécie de “reforma sindical” fatiada ao modelo de unicidade imperante, na medida em que, direta ou indiretamente, descentralizam a voz coletiva para o local de trabalho e acabam – o que é o ponto mais evidente – por instituir representações de trabalhadores nos locais de trabalho, com natureza somente sindical no caso do ALRS e com natureza eleita, mas também paritária, no caso da Lei nº 12.353/2010 (conselho de administração das empresas integrado por empregadores e empregados), mas sem que os representantes de trabalhadores no conselho de administração tenham total independência em relação ao sindicato, uma vez que o art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.353/2010 prevê que o representante dos trabalhadores será escolhido dentre os empregados ativos da empresa pública ou sociedade de economia mista, pelo voto direto de seus pares, em eleição organizada pela empresa em conjunto com as entidades sindicais.

5.3 – No anteprojeto de lei do acordo coletivo com propósito específico

Digna de nota é a proposta, formulada no Brasil e capitaneada pelo Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, contida no anteprojeto de lei para a implantação de um novo instrumento coletivo de trabalho, dotado de características próprias, intitulado de “acordo coletivo de trabalho com propósito específico” ou, simplesmente, “acordo coletivo especial”.

A despeito das injustas críticas que a imprensa e certos setores do sindicalismo brasileiro direcionaram contra o projeto (quicá por desconhecimento; quicá por medo de tudo o quanto imponha, aos sindicatos, as suas responsabilidades; quicá por medo de enfrentar o novo em razão do velho sistema comodista e paternalista) por conta da sugestão, contida nos arts. 2º, inciso II, e 6º, de adequação setorial negociada de condições de trabalho para o âmbito localizado da empresa e/ou do estabelecimento, o fato importante a revelar é o avanço consignado na exigência de que só haverá a entabulação de um acordo coletivo especial, calcado em boa-fé na negociação coletiva de trabalho prévia, se o sindicato habilitado a proceder a uma tal negociação localizada possuir, regulamentado em seu estatuto, e instalado, um comitê sindical de empresa, de óbvia natureza sindical, composto por no mínimo dois e por, no máximo, 32 integrantes, obedecida a proporção de dois integrantes para cada 500 ou fração de 500 trabalhadores sindicalizados por unidade de produção ou de

serviço (arts. 7º, inciso I; 9º, inciso I, alínea *b*), devidamente reconhecido pela empresa (art. 9º, inciso II, alínea *a* e § 1º), sob o pressuposto de que tal comitê se constitui “o órgão de representação do sindicato profissional no local de trabalho, cuja comprovação se dá por meio do acordo coletivo de trabalho firmado entre as partes”.

É certo que o anteprojeto do acordo coletivo especial ainda se fecha ao mundo sindical nos locais de trabalho, a partir das modernas experiências dos metalúrgicos do ABC, mas, em matéria de representação de trabalhadores, ilustra um enorme avanço para um sistema, como o brasileiro, que não oferece garantia concreta de que as negociações coletivas se efetivem com boa-fé e com direito à informação⁷⁰ por organizações representativas a partir dos locais de trabalho.

O avanço normativo que, para preencher essa lacuna, o anteprojeto apresentava, infelizmente, sumiu do noticiário a partir do final do ano de 2012, depois que o documento foi entregue, em 2011, oficialmente e pelo Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, à Casa Civil da Presidência da República para debates com a sociedade.

5.4 – Na Notificação Recomendatória, de âmbito nacional, nº 1/2011, da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical (Conalis) do Ministério Público do Trabalho

Com uma série de “considerandos” calcados na Convenção nº 135 da OIT, a Conalis do Ministério Público do Trabalho, tendo eleito, como um de seus projetos para 2011, a implantação da representação de trabalhadores nas empresas, em efetivação do disposto no art. 11 da Constituição Federal, expediu, em 11 de agosto de 2011, uma Notificação Recomendatória, de nº 1/2011, para empresas e sindicatos de categorias profissional e econômica para recomendar a valoração e a implementação da norma constitucional, de preferência pela via negocial.

Por digna a iniciativa, não se raciocina possa a representação eleita, que se quer crer não possuir natureza sindical, ser instituída por vias não negociais ou voluntárias. A norma do art. 11 da Constituição Federal sugere uma programaticidade para a mudança de comportamento dos sujeitos coletivos de trabalho:

70 A respeito do acordo coletivo com propósito específico e suas benéficas, úteis e importantes sugestões, ver: MEIRELLES, Davi Furtado. Em defesa do acordo coletivo com propósito específico. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, ano 39, n. 150, mar./abr. 2013, p. 133-135; e SIQUEIRA NETO, José Francisco. Acordo coletivo com propósito específico. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (Coord.). *CLT 70 anos de consolidação: uma reflexão social, econômica e jurídica*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 212-214.

DOCTRINA

aos sindicatos, a não criação de dificuldades para a representação por empresa ou para as eleições pelos trabalhadores, inclusive se a implementação surgisse de previsão de norma coletiva de trabalho; aos empregadores, o respeito à livre movimentação obreira sem a apresentação de quaisquer obstáculos.

A ideia de representação unitária e eleita jamais poderia se concatenar com a obrigatoriedade ou com alguma imposição via judicial, quer aos sindicatos, quer aos empregadores, uma vez que a imposição a isso contamina a razão de ser do diálogo que se pretenderia ver estabelecido, em total respeito e liberdade, nas empresas para a melhor convivência intraempresa, incompatível com demandas judiciais e comandos judiciários.

Assim, ainda que se conteste as ameaças ministeriais no sentido de que a não implementação da representação eleita de trabalhadores nos moldes do art. 11 da Constituição Federal pudesse despertar imediata adoção de providências jurídicas e judiciais pelo Ministério Público do Trabalho, quer em desfavor de empregadores, quer em desfavor de sindicatos, a iniciativa de recomendar a observância do art. 11 da Constituição Federal, destacando-o do universo das normas de direito social constitucionais, é louvável e insinua que, inclusive perante os poderes constituídos, ou os espaços públicos de poder, a emergência da representação obreira a partir dos locais de trabalho, independentemente se sindical ou unitária, não pode mais ser tangenciada, além de ser essencial para a própria construção do modelo de organizações coletivas desenhado em 1988 e que é, ao contrário do que muitos poderiam entender e compreender, mais vasto do que o sindicato, mais forte do que a unicidade.

6 – A ESPERANÇA DE UMA RECONSTRUÇÃO DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Não se tem dúvidas de que, para superar a implosão intrínseca ao modelo sindical brasileiro, faz-se mais do que imperioso fomentar a inserção, ao menos do sindicalismo, no ambiente antes exclusivo das empresas e das fábricas, o local de trabalho, onde a condição da cidadania, tal como regrada e protegida por Estados Democráticos de Direito, também precisa ser reconhecida e tutelada.

Paralelamente, o sindicalismo tradicional, se pretende, efetivamente, fugir de seu desmantelamento, em prol da recuperação de sua representatividade, mesmo em modelo de unicidade, quando provocado pelas movimentações internacionais, nacionais, regionais ou locais patrocinadas pelas empresas, mormente as multinacionais, inserido nos locais de trabalho, precisa coordenar suas atividades para além, também, do seio dos estabelecimentos e das empresas,

DOCTRINA

a fim de criar comunidades totais de trabalhadores, ainda que sejam, alguns deles, representados por representações coletivas unitárias e não sindicais nos locais de trabalho.

O sindicalismo, constituinte de um dos últimos receptáculos das esperanças coletivas de trabalhadores no combate à agressividade inerente ao avanço e à desterritorialização global do capital e dos modos operacionais, deve saber conviver e se harmonizar com outras formas de representação coletiva de trabalhadores, inclusive eventualmente unitárias e não sindicais, que completem as formas de representação dos trabalhadores sem as amarras da representação categorial, e limitada a uma dada base territorial, típicas do modelo de unicidade sindical.

Esse modelo, com o passar dos anos, só faz alimentar discussões cerebri- nas em torno de representação sindical formal, instituída de forma artificial, de cima para baixo, em detrimento de verdadeiras e legítimas representatividades sindicais e materiais a partir dos locais de trabalho, de baixo para cima.

Para tapear o modelo de unicidade, impulsionando, sem ofender o sistema, a qualificação do sindicalismo para um novo mundo do trabalho e que conte com a sua própria inserção nos locais de trabalho, que se apresenta, diversificado, fragmentado e disperso por conta do capital, as propostas de reformulação do regime, em uma reforma sindical mesmo fatiada, deve, por todo o exposto, coordenar as atividades dos sindicatos em direção ao local de trabalho e, no local de trabalho, coordenar as atividades sindicais com todos os organismos que – agora voluntariamente, mas que, em um futuro, podem ter expressa tutela normativa – representem trabalhadores inclusive fora do sistema sindical, de cariz unitário, todos integrados na representação plena de suas bases, fortificando a representatividade sindical, de baixo para cima, tão abandonada no modelo posto.

Essa proposta de entendimento das novas relações coletivas de trabalho devolve, ao movimento sindical, uma enorme responsabilidade na construção do seu próprio futuro. Trata-se da assunção de um ônus do sindicalismo para com ele mesmo, *independente de atores estatais*. Tal condição contrasta com posicionamentos doutrinários sociológicos que enxergariam, no Poder Judiciário, ou em um maior ativismo judicial diante do fenômeno da “juridificação da vida social”⁷¹, uma das soluções para os problemas de índole coletiva, inclusive

71 SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 67.

laborais, a fim de caracterizar a democracia do sistema judicial e a relevância política na sua atuação.

A proposta encartada neste ensaio atribui, ao próprio sindicalismo, a construção de vias alternativas de reformulação de sua pauta de condutas e objetivos, motivando a sustentação de critérios de legitimidade, porque conectado às bases de representação, mas não de mera representação formal, tão úteis para uma reconstrução do Direito Coletivo do Trabalho, a partir da vida fenomênica, da legitimidade de ação, a partir dos locais de trabalho, de baixo para cima, a fim de que o Direito Coletivo do Trabalho possa resgatar a sua verve de instrumento de recuperação de democracias fragilizadas e deficitárias como é a brasileira.

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Adriana. Decisões permitem Acordo sem Sindicato. *Valor Econômico*, São Paulo, 25 maio 2010. Legislação & Tributos – Centro-Oeste, p. E1.

ALMEIDA, José Maria. *Os sindicatos e a luta contra a burocratização*. São Paulo: Sundermann, 2007.

ALMEIDA, Renato Rua de. A teoria da empresa e a regulação da relação de emprego no contexto da empresa. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, LTr, v. 69, n. 5, maio 2005, p. 573-580.

ANTUNES, Ricardo. Mundo do trabalho, precarização e desemprego. In: MARQUES, Rosa Maria (Org.). *Mercado de trabalho e estabilização*. São Paulo: Educ, 1997.

_____. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Boitempo, 2002.

BERNARD, Elaine. Creating democratic communities in the workplace. In: MANTSIOS, Gregory (Ed.). *A new labor movement for the new century*. New York: Monthly Review Press, 1998.

BERNARDES, Hugo Gueiros. Níveis da negociação coletiva. In: PRADO, Ney (Coord.). *Direito sindical brasileiro: estudos em homenagem ao Prof. Arion Sayão Romita*. São Paulo: LTr, 1998.

BERNARDO, João; PEREIRA, Luciano. *Capitalismo sindical*. São Paulo: Xamã, 2008.

BEYNON, Huw. O sindicalismo tem futuro no século XXI? Trad. Marco Aurélio Santana. In: RAMALHO, José Ricardo; SANTANA, Marco Aurélio (Org.). *Além da fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Boitempo, 2003.

BRIDI, Maria Aparecida. *Trabalhadores dos anos 2000: o sentido da ação coletiva na fábrica de nova geração*. São Paulo: LTr/Associação Brasileira de Estudos do Trabalho (ABET), 2009.

CARDOSO, Adalberto Moreira. *A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003.

_____. *Sindicatos, trabalhadores e a coqueluche neoliberal: a Era Vargas acabou?* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

DOCTRINA

_____; LAGE, Telma. Desenho legal e desempenho real: Brasil. In: BENSUSÁN, Graciela (Org.). *Instituições trabalhistas na América Latina: desenho legal e desempenho real*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Universitário de Pesquisas da Universidade Cândido Mendes (Iuperj/Ucam), 2006.

CARNEIRO, Pascoal. Avanços e armadilhas da reforma sindical em curso. In: BORGES, Altamiro (Org.). *A reforma sindical e trabalhista no Governo Lula*. São Paulo: Anita Garibaldi/Instituto Maurício Grabois, 2004.

CASTRO, Antonio Escosteguy. *Trabalho, tecnologia e globalização: a necessidade de uma reforma sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2006.

CRAVER, Charles B. *Can unions survive? The rejuvenation of the American labor movement*. New York: New York University Press, 1995.

DELAMOTTE, Yves. Relações coletivas e regras jurídicas do trabalho e da segurança social. In: FRIEDMANN, Georges; NAVILLE, Pierre. *Tratado de sociologia do trabalho*. Trad. Octávio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix/Universidade de São Paulo, 1973. v. II.

DURAN LOPEZ, Federico; SAEZ LARA, Carmen. *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*. Madrid: Civitas, 1997.

EDWARDS, Richard. *Rights at work: employment relations in the post-union era*. Washington: The Brookings Institution, 1993.

FIORAVANTE, Tamira Maira; MASSONI, Túlio de Oliveira. Acordo coletivo de trabalho celebrado diretamente entre empregador e grupo inominado de trabalhadores. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, LTr, v. 71, n. 7, jul. 2007, p. 812-819.

GARCÍA ARCE, María Cruz; PRIETO JUÁREZ, José Antonio. *Acción social en la empresa*. Madrid: Trotta, 2004.

GOMES, Máira Neiva. *O sindicato reinventado*. Belo Horizonte: RTM, 2016.

GORZ, André. A new task for the unions: The liberation of time from work. In: MUNCK, Ronaldo; WATERMAN, Peter (Ed.). *Labour worldwide in the era of globalization: alternative union models in the new world order*. New York: Palgrave, 1999.

_____. Prefácio. In: GORZ, André (Org.). *Crítica da divisão do trabalho*. Trad. Estela dos Santos Abreu. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GRUPO KRISIS. *Manifesto contra o trabalho*. Trad. Heinz Dieter Heide Mann; Cláudio Roberto Duarte. São Paulo: Conrad, 2003.

HECKSCHER, Charles C. *The new unionism: employee involvement in the changing corporation*. Ithaca: Cornell University Press, 1996.

HENRY LOPEZ, Stephen. *Reorganizing the rust belt: an inside study of the american labor movement*. Los Angeles: University of California Press, 2004.

HINZ, Henrique Macedo. *Cláusulas normativas de adaptação: acordos e convenções coletivas como formas de regulação do trabalho no âmbito das empresas*. São Paulo: Saraiva, 2007.

INSTITUTO OBSERVATÓRIO SOCIAL. *Globalizar direitos: sindicatos e relações trabalhistas no Brasil, na Holanda e na Alemanha*. Florianópolis: IOS, s/a.

DOCTRINA

_____. *Multinacionais holandesas: o dia-a-dia dos trabalhadores da Ahold, Akzo Nobel, Philips e Unilever na Holanda e no Brasil*. Florianópolis: IOS, 2005.

JOHNSTON, Paul. Citizenship movement unionism: for the defense of local communities in the global age. In: NISSEN, Bruce (Ed.). *Unions in a globalized environment: changing borders, organizational boundaries, and social roles*. Armonk: M. E. Sharpe, 2002.

KAUFMANN, Marcus de Oliveira. *Por um sindicalismo associativo: da solidariedade sindical internacional à democracia nos locais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

KOHLER, Thomas C. Decentralizing industrial relations: the American situation and its significance in comparative perspective. In: BLANPAIN, Roger; OUCHI, Shinya; ARAKI, Takashi (Ed.). *Decentralizing industrial relations and the role of labour unions and employee representatives*. AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007.

MARRAS, Jean Pierre. *Capital-trabalho: o desafio da gestão estratégica de pessoas no século XXI*. São Paulo: Futura, 2008.

MEIRELLES, Davi Furtado. Em defesa do acordo coletivo com propósito específico. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, ano 39, n. 150, mar./abr. 2013, p. 129-147.

_____. *Negociação coletiva no local de trabalho: a experiência dos metalúrgicos do ABC*. São Paulo: LTr, 2008.

MUNCK, Ronaldo. Labour dilemmas and labour futures. In: MUNCK, Ronaldo; WATERMAN, Peter (Ed.). *Labour worldwide in the era of globalization: alternative union models in the new world order*. New York: Palgrave, 1999.

OLNEY, Shauna L. *Unions in a changing world: problems and prospects in selected industrialized countries*. Geneva: International Labour Office, 1996.

PARANHOS, Adalberto. *O roubo da fala: origens da ideologia do trabalhismo no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 1999.

PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo: LTr, 1997.

PEDROSO, Elizabeth M. K. *Movimento sindical urbano no Brasil: 1850-1997 trajetória, características e desafios*. Porto Alegre: Evangraf, 1998.

PIAZZA, James A. *Going global: unions and globalization in the United States, Sweden and Germany*. Lanham: Lexington Books, 2002.

POCHMANN, Marcio. Desafios atuais do sindicalismo brasileiro. In: GARZATOLEDI, Enrique de La (Comp.). *Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2005.

RICHARDS, Lawrence. *Union-free America: workers and antiunion culture*. Chicago: University of Illinois Press, 2008.

RODRIGUES, Iram Jácome. A trajetória do novo sindicalismo. In: RODRIGUES, Iram Jácome (Org.). *O novo sindicalismo: vinte anos depois*. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Educ – Editora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/Unitrabalho – Fundação Interuniversitária de Estudos e Pesquisas sobre o Trabalho, 1999.

_____. As comissões de empresa e o movimento sindical. In: BOITO Jr., Armando (Org.). *O sindicalismo brasileiro nos anos 80*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

DOCTRINA

RODRIGUES, Leôncio Martins. As transformações da sociedade contemporânea e o futuro do sindicalismo. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis; RODRIGUES, Leôncio Martins (Org.). *O futuro do sindicalismo (CUT, Força Sindical, CGT)*. São Paulo: Nobel, 1992.

ROMITA, Arion Sayão. A des(organização) sindical brasileira. *Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, LTr, v. 71, n. 6, jun. 2007, p. 666-675.

_____. *Despedida arbitrária e discriminatória*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROSOW, Jerome M. A Qualidade de vida de trabalho na mesa de negociações. In: HAVELICK, Franklin J. (Org.). *Negociação coletiva: novas dimensões nas relações trabalhistas*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. Emancipação em rede: condições jurídicas para a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores no século XXI. In: VIDOTTI, Tércio José; GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto (Coord.). *Direito coletivo do trabalho em uma sociedade pós-industrial: estudos em homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. Sindicatos como atores globais: um desafio para o direito sindical brasileiro. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; CECATO, Maria Aurea Baroni; RÜDIGER, Dorothee Susanne (Org.). *Constitucionalismo social: o papel dos sindicatos e da jurisdição na realização dos direitos sociais em tempos de globalização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

SILVA, Antônio Álvares da. *Alternativas para a reforma da justiça do trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2016.

SILVA, Leonardo Mello e. Mudanças na organização do trabalho em empresas brasileiras nas últimas duas décadas: uma visão geral. In: ESTANQUE, Elísio; SILVA, Leonardo Mello e; VÉRAS, Roberto; FERREIRA, Antônio Casimiro; AUGUSTO COSTA, Hermes (Org.). *Mudanças no trabalho e ação sindical: Brasil e Portugal no contexto da transnacionalização*. São Paulo: Cortez, 2005.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Acordo coletivo com propósito específico. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (Coord.). *CLT 70 anos de consolidação: uma reflexão social, econômica e jurídica*. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. Teses para a renovação do sindicalismo em Portugal, seguidas de um apelo. In: ESTANQUE, Elísio; SILVA, Leonardo Mello e; VÉRAS, Roberto; FERREIRA, Antônio Casimiro; AUGUSTO COSTA, Hermes (Org.). *Mudanças no trabalho e ação sindical: Brasil e Portugal no contexto da transnacionalização*. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. ; AUGUSTO COSTA, Hermes. Introdução: para ampliar o cânone do internacionalismo operário. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org.). *Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SUPIOT, Alain. Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, Oficial Internacional del Trabajo, v. 118, n. 1, 1999, p. 35-50.

_____. EMILIA CASAS, María; DE MUNCK, Jean; HANAU, Peter; JOHANSSON, Anders; MEADOWS, Pamela; MINGIONE, Enzo; SALAIS, Robert; VAN DER HEIJDEN, Paul. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

DOCTRINA

TATTERSALL, Amanda. Labor-community coalitions, global union alliances and the potential of SEIU's global partnerships. In: BRONFENBRENNER, Kate (Ed.). *Global unions: challenging transnational capital through cross-border campaigns*. Ithaca: Cornell University Press, 2007.

VASCONCELOS FILHO, Oton de Albuquerque. *Liberdades sindicais e atos anti-sindicais*. São Paulo: LTr, 2008.

VIANA, Márcio Túlio. A reforma sindical, entre o consenso e o dissenso. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, LTr, v. 68, n. 8, ago. 2004, p. 931-940.

WOOD, Geoffrey. Trade unions and theories of democracy. In: HARCOURT, Mark; WOOD, Geoffrey (Ed.). *Trade unions and democracy: strategies and perspectives*. News Brunswick: Transaction Publishers, 2009.

ZYLBERSTAJN, Hélio. Os metalúrgicos do ABC: tentando construir o novo/velho sindicato no Brasil. In: CHAHAD, José Paulo Zeetano; CACCIAMALI, Maria Cristina (Org.). *Mercado de trabalho no Brasil: novas práticas trabalhistas, negociações coletivas e direitos fundamentais no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E NEGOCIAÇÃO COLETIVA TRABALHISTA

Mauricio Godinho Delgado*

I – INTRODUÇÃO

O direito coletivo do trabalho brasileiro foi posto em destaque no cenário jurídico do país no ano de 2016 a partir da reinserção de antigo tema que se imaginava superado nos debates acadêmicos e científicos do direito brasileiro: a dualidade de proposições conhecida como “o negociado *versus* o legislado”.

Reaberto o debate, torna-se necessário realizar a visita a temas cardeais desse campo jurídico específico, em particular alguns de seus princípios mais diretamente afetos ao assunto em recidiva.

O presente texto procurará, dessa maneira, assentar, em um primeiro momento, as correlações entre a estrutura normativa da Constituição da República Federativa do Brasil, seu conceito fundamental de Estado Democrático de Direito e a negociação coletiva trabalhista.

Em seguida, passará pela análise de quatro princípios especiais do direito coletivo do trabalho, que interagem fortemente com a negociação coletiva: o princípio da equivalência entre os contratantes coletivos; o princípio da lealdade e da transparência entre os contratantes coletivos; o princípio da criatividade da negociação coletiva trabalhista; e, finalmente, o princípio da adequação setorial negociada.

Por fim, o texto será concluído com o exame das novas leituras feitas sobre princípios do direito coletivo do trabalho no interior de decisões recentes do Supremo Tribunal Federal¹.

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST) desde novembro de 2007; magistrado do trabalho desde novembro de 1989; professor universitário desde 1978, sendo atualmente professor titular do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e de seu Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas; advogado por mais de 10 anos, antes de novembro de 1989; autor de 28 livros individuais, duais e coletivos e mais de 90 artigos sobre temas de sua área de especialização.*

1 O presente artigo acadêmico baseia-se em texto atualizado da nova edição do livro deste autor, *Direito Coletivo do Trabalho* (7. ed. São Paulo: LTr, 2017).

II – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E NEGOCIAÇÃO COLETIVA TRABALHISTA – CORRELAÇÕES

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em cinco de outubro de 1988, buscou implantar no país, conforme se conhece, um Estado Democrático de Direito, estruturado a partir de um tripé conceitual: a) a pessoa humana e sua dignidade; b) a sociedade política, democrática e inclusiva; e c) a sociedade civil, também democrática e inclusiva².

Nessa dimensão, como meio de favorecer a democratização da sociedade civil, a Constituição da República reconheceu e conferiu estímulos à negociação coletiva trabalhista, por intermédio de vários de seus dispositivos: art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, do texto constitucional original de 1988; art. 8º do texto original da Constituição, que, em seus diversos incisos, trata das entidades sindicais, instituições decisivas para a adequada dinâmica negocial coletiva; art. 114, em seu novo § 2º (este inserido pela EC nº 45/04), dispositivo que restringiu o anterior amplo acesso ao poder normativo judicial trabalhista, enquanto via concorrencial à clássica negociação coletiva trabalhista.

Os estímulos constitucionais produziram resultado exponencial, transformando, profundamente, essa dimensão do direito coletivo do trabalho do país e da realidade socioeconômica das relações coletivas trabalhistas brasileiras. Em uma palavra, a nova Constituição da República retirou do limbo e da inércia factuais a dinâmica das negociações coletivas trabalhistas em todo o território brasileiro, abrindo-lhe espaço de desenvolvimento que ainda não experimentara no período histórico precedente a 1988³.

2 Sobre o conceito constitucional de *Estado Democrático de Direito*, consultar: DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e direito do trabalho. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

3 Realmente, no período anterior à Constituição de 1988, não havia espaço significativo para a negociação coletiva trabalhista no Brasil. A historiadora Larissa Rosa Corrêa, estudiosa das questões trabalhistas e sindicais nos anos de 1950 e 1960, desvendou, com maestria de cientista, a lógica do direito coletivo do trabalho da época, que internalizava os conflitos coletivos para a Justiça do Trabalho, desestimulando, indiretamente, que florescessem e se mantivessem no cenário da sociedade civil. Isso porque era tão amplo e favorável, naqueles tempos, o caminho do dissídio coletivo de natureza econômica perante os Tribunais do Trabalho (poder normativo judicial trabalhista) que as entidades sindicais simplesmente, regra geral, após abrirem a necessária fase negocial e de mobilizações dos trabalhadores, protocolavam a ação de dissídio coletivo de natureza econômica no respectivo TRT, transferindo para o Poder Judiciário a responsabilidade pela concessão ou denegação de seus vários pleitos alinhavados. À medida que o poder normativo judicial se tornava cada vez mais interventivo nas relações de trabalho, elaborando uma jurisprudência significativamente favorável à efetividade dos direitos individuais e sociais trabalhistas, essa via pública concorrencial em face da negociação coletiva sindical se mostrava insuperável em comparação com os imprevisíveis riscos da negociação coletiva autônoma ou da

Efetivamente, o fato é que, desde a nova Constituição, a negociação coletiva trabalhista – que era caminho de solução de conflitos coletivos, dentro do âmbito das relações de trabalho, raramente adotado na vida laborativa do país antes de 1988 – passou a ser a via mais importante de solução desses conflitos na realidade brasileira, logo depois da promulgação da Constituição Federal, considerada, inclusive, a década de 1990 e até os dias atuais⁴.

Não obstante esse amplo sucesso da negociação coletiva trabalhista, a partir da regência normativa e dos estímulos constitucionais, reapresenta-se no país, atualmente, uma curiosa proposição: a ideia de que o incentivo constitucional à negociação coletiva trabalhista supõe a permissão para que esse importante instrumento de gestão social, realizado no seio da sociedade civil, detenha a prerrogativa de piorar, precarizar, rebaixar as condições de vida e de trabalho dos empregados e demais trabalhadores sob sua influência normativa.

A curiosa proposição interpretativa não se sustenta, sob qualquer ângulo, conforme será demonstrado.

A Constituição de 1988, ao estruturar um Estado Democrático de Direito, abriu senda de modificações que, naturalmente, apenas seriam mais bem compreendidas ao longo dos anos e das décadas subsequentes à sua própria promulgação. Ao colocar a pessoa humana no vértice da ordem constitucional e, por consequência, da ordem jurídica do país (e, por consequência, da ordem social, econômica, cul-

necessidade de deflagração de greves. Sobre essa dinâmica histórica e institucional peculiar, consultar a obra essencial de CORRÊA, Larissa Rosa. *A tessitura dos direitos: padrões e empregados na Justiça do Trabalho – 1953-1964*. São Paulo: LTr, 2011.

- 4 O desestímulo à negociação coletiva trabalhista era manifesto desde sempre, quer no período pré-1930, quando as questões trabalhistas não eram sequer institucionalizadas e respeitadas, quer no período iniciado com a Revolução de 1930. Vários fatores conduziam a esse desestímulo: a inexistência dos princípios cardeais da liberdade sindical e da autonomia dos sindicatos; a forte repressão aos movimentos sindicais e de greve; as dificuldades formais à celebração de instrumentos coletivos negociados então existentes na legislação. Em contraponto a isso, a própria ordem jurídica pós-1930 favorecia claramente a propositura da ação de dissídio coletivo de natureza econômica para os fins de dar solução aos conflitos coletivos de trabalho. Veja-se, por ilustração, o grau dessas dificuldades formais fixadas em lei. A CLT, em seu Título VI, que trata das “Convenções Coletivas de Trabalho”, passou a prever as figuras da CCT e do ACT, desde 1967, a partir de reforma promovida pelo Decreto-Lei nº 229/67. Nessa mudança, não reverteu as dificuldades para a negociação coletiva trabalhista, resultantes de claro grupo de fatores: a) a forte repressão então dirigida aos sindicatos; b) a forte restrição ao direito de greve; c) a presença de alguns artificios legais de desestímulo à negociação coletiva. Neste último rol, sobreleva-se o rigorosíssimo *quorum* assemblear de deliberação, de difícil cumprimento pelos trabalhadores: em primeira convocação, *2/3 dos associados*, para as CCTs, ou *2/3 dos interessados*, para os ACTs; em segunda convocação, *1/3 dos associados*, para as CCTs, ou *1/3 dos interessados*, para os ACTs (art. 612, *caput* e parágrafo único, da CLT). Em contraponto a isso, a mesma ordem jurídica favorecia a propositura da ação de dissídio coletivo de natureza econômica, seja por não inserir pressupostos de difícil consecução (o *quorum* assemblear do dissídio era singelo: em primeira convocação, *2/3 dos associados interessados*; em segunda convocação, *2/3 dos presentes* – art. 859 da CLT), seja por propiciar a formação de uma jurisprudência fortemente interventiva, de sentido favorável, nas inúmeras questões de natureza coletiva.

tural e institucional), a Lei Magna impôs ao direito e a todos os seus intérpretes o dever de compreenderem e aplicarem a nova e civilizatória lógica constitucional.

Ora, a centralidade da pessoa humana está manifestamente exposta pelo próprio sentido da estruturação topográfica da Constituição da República. Seu Preâmbulo, seu Título I (“Dos Princípios Fundamentais”) e seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) – estes os componentes mais paradigmáticos da Constituição, que antecedem os demais e os influenciam – são enfáticos em demonstrar essa centralidade humanística e social, conforme se reconhece, hoje, amplamente, no segmento científico e jurisprudencial do direito.

E os direitos individuais e sociais trabalhistas foram, de modo destacado e claramente imperativo, integrados ao âmago desses componentes paradigmáticos da Constituição Federal, seja no Título I, por meio de princípios jurídicos de larga amplitude, mas cardeais também para o direito do trabalho, seja no Título II, por meio de todo o Capítulo II, que trata dos “direitos sociais”, com iniludível ênfase nos direitos individuais e sociais fundamentais trabalhistas.

Por sua vez, os princípios humanísticos e sociais da Constituição de 1988 expressam-se já em seu Preâmbulo, para se afirmarem, enfaticamente, nos Títulos I e II da nova Constituição e, a partir dali, lançarem influência por todo o texto magno. Citem-se, ilustrativamente: centralidade da pessoa humana na ordem jurídica; dignidade da pessoa humana; inviolabilidade física e psíquica do direito à vida; bem-estar individual e social; valorização do trabalho e emprego; liberdade e igualdade, esta especialmente em sentido substantivo, material; justiça social; segurança, particularmente em sua dimensão humana, ao invés de, como no passado, em suas dimensões estritamente econômicas e patrimoniais; subordinação da propriedade à sua função socioambiental.

Nos títulos que tratam da ordem econômica e social (Títulos VII e VIII), é retomada essa ênfase na centralidade da pessoa humana, com seus princípios humanísticos e sociais. E é retomada especialmente nas normas de abertura de cada título, de modo a não permitir o negligenciamento interpretativo acerca da firme e segura determinação filosófica e jurídica da Constituição da República.

É o que se percebe no Título VII (“Da Ordem Econômica e Financeira”), em sua norma introdutória, insculpida no *caput* do art. 170: “A ordem econômica, *fundada na valorização do trabalho humano* e na livre iniciativa, *tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)*” (grifos acrescidos).

É o que se percebe também no Título VIII (“Da Ordem Social”), igualmente em sua norma introdutória, inserta em seu Capítulo I (“Disposição Geral”),

composto estritamente do art. 193: “A ordem social tem como base *o primado do trabalho*, e como objetivo *o bem-estar e a justiça sociais*” (grifos acrescidos).

Todo esse conjunto normativo constitucional, de caráter lógico e teleológico, além de sistêmico, coerente, integrado, aplica-se, sim, é claro, à negociação coletiva trabalhista. Por essa razão, em vista do disposto na Constituição da República, ostenta a negociação coletiva amplos poderes; porém, não se trata jamais de um *superpoder* da sociedade civil, apto a desconsiderar, objetivamente, os princípios humanísticos e sociais da própria Constituição Federal, ou de, inusitadamente, rebaixar ou negligenciar o patamar de direitos individuais e sociais fundamentais dos direitos trabalhistas que sejam imperativamente fixados pela ordem jurídica do país.

Afinal, a negociação coletiva trabalhista consiste em um instrumento de democratização do poder e da riqueza no âmbito da sociedade civil; é importante veículo institucionalizado para a busca da maior democratização e inclusão socioeconômica das pessoas humanas na sociedade civil. Entretanto, se não exercer esse papel – ao invés, passando a se transmutar em mecanismo de rebaixamento das condições de vida e trabalho da pessoa humana trabalhadora –, ela encontrar-se-á desfigurada, descaracterizada, posta distante de sua função histórica, lógica e teleológica no direito coletivo do trabalho.

Ora, a Constituição da República, conforme já dito neste artigo, resgatou a negociação coletiva de seu limbo jurídico e de sua inércia factual, que eram uma das marcas distintivas, nesse campo, do período precedente a 1988. Mas não a transformou, perversamente, em um mecanismo adicional de solapamento de direitos individuais e sociais humanísticos trabalhistas – os quais a própria Constituição de 1988 alçou a patamar magno e superior.

Os limites postos pela Constituição à negociação coletiva trabalhista, conforme se sabe, estão objetivamente explicitados pelo princípio da adequação setorial negociada, os quais têm de ser observados, portanto, na experiência concreta do direito coletivo do trabalho no território brasileiro⁵.

5 O princípio da adequação setorial negociada, além do princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista (logo à frente estudados neste artigo), estão igualmente tratados, com exemplos práticos jurisprudenciais, no livro deste autor, *Direito Coletivo do Trabalho* (7. ed. São Paulo: LTr, 2017), dentro do Capítulo II (“Princípios Especiais do Direito Coletivo do Trabalho”), em seu item V (“Princípios Regentes das Relações entre Normas Coletivas Negociadas e Normas Estatais”).

III – PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA ENTRE OS CONTRATANTES COLETIVOS

O princípio da *equivalência dos contratantes coletivos* postula pelo reconhecimento de um estatuto sociojurídico semelhante a ambos os contratantes coletivos (o obreiro e o empresarial).

Tal equivalência resulta de dois aspectos fundamentais: a natureza e os processos característicos aos seres coletivos trabalhistas.

Em primeiro lugar, de fato, os sujeitos do direito coletivo do trabalho têm a mesma natureza, são todos *seres coletivos*. Há, como visto, o empregador, que, isoladamente, já é um ser coletivo, por seu próprio caráter, independentemente de se agrupar em alguma associação sindical. É claro que pode também atuar por sua entidade representativa; contudo, mesmo atuando de forma isolada, terá natureza e agirá como ser coletivo.

No que tange aos trabalhadores, sua face coletiva institucionalizada surge por intermédio de seus entes associativos; no caso brasileiro, os sindicatos.

Evidentemente que essa natureza coletiva dos sindicatos deve ser real, ao invés de mera formalidade ilusória. Quer isso dizer que os sindicatos de trabalhadores têm de ostentar solidez e consistência, com estrutura organizativa relevante, além de efetiva representatividade no que concerne à sua base profissional trabalhista. É que entidade sindical frágil e sem representatividade consiste na antítese da ideia de sindicato e de ente integrante do sindicalismo, dificilmente sendo apta a realmente deter a natureza de ser coletivo obreiro.

Nesse contexto, atendidas essas peculiaridades, considera-se que os seres coletivos obreiros e empresariais apresentam a mesma natureza.

O segundo aspecto essencial a fundamentar o presente princípio é a circunstância de contarem os dois seres contrapostos (até mesmo o ser coletivo obreiro) com instrumentos eficazes de atuação e pressão (e, portanto, negociação).

Os instrumentos colocados à disposição do sujeito coletivo dos trabalhadores (garantias de emprego, prerrogativas de atuação sindical, possibilidades de mobilização e pressão sobre a sociedade civil e Estado, greve, etc.) reduziriam, no plano juscoletivo, a disparidade lancinante que separa o trabalhador, como indivíduo, do empresário. Isso possibilitaria ao direito coletivo conferir tratamento jurídico mais equilibrado às partes nele envolvidas. Nessa linha, perderia sentido, no direito coletivo do trabalho, a acentuada diretriz protecionista e intervencionista que tanto caracteriza o direito individual do trabalho.

Obstáculos à Efetividade do Princípio Jurídico

É bem verdade que, no caso brasileiro, mais de 25 anos após a Constituição de 1988, ainda não se completou a transição para um direito coletivo pleno, equânime e eficaz – *assecuratório de real equivalência entre os contratantes coletivos trabalhistas*.

É que, embora tenha a Constituição afirmado, pela primeira vez desde a década de 1930, de modo transparente, alguns dos princípios fundamentais do direito coletivo no país, não foi seguida, ainda, de uma *Carta de Direitos Sindicais*, que adequasse a anterior legislação heterônoma (ou seja, o Título V da CLT) às necessidades da real democratização e fortalecimento do sistema sindical do país. Nesse contexto, quatro aspectos, pelo menos, conspiram contra a efetividade do princípio jurídico da *equivalência entre os contratantes coletivos* na realidade brasileira.

De um lado, o critério de reunião dos trabalhadores adotado pela jurisprudência do país (STF e TST) para definir e enquadrar, como mais legítima, a respectiva entidade sindical. Ao invés de se perfilar pelo *critério da agregação* na análise do conceito de categoria profissional e na busca do sindicato mais legítimo, em contexto de disputas intersindicais – critério que levaria, sem dúvida, à estruturação de sindicatos grandes, realmente fortes, consistentes e bastante representativos no país –, a jurisprudência do STF e do TST, desafortunadamente, pacificou-se em torno do *critério da especialidade* (que propõe que a entidade mais específica seja considerada como a mais representativa), decisão interpretativa que permitiu, senão impulsionou, a acentuada fragmentação do sindicalismo no Brasil.

Com isso, em contraponto à manifesta intenção constitucional de fortalecer os sindicatos brasileiros, a linha interpretativa jurisprudencial dominante tem contribuído para o enfraquecimento palmar e contínuo das entidades sindicais de primeiro grau no território brasileiro – exatamente aquelas que, segundo a Constituição (art. 8º, VI), ostentam a aptidão para realizar a negociação coletiva trabalhista.

À diferença de importantes países europeus (*vide* Alemanha, por exemplo) e, até mesmo, latino-americanos (Argentina, ilustrativamente), que se caracterizam pela presença de entidades sindicais extremamente fortes, o Brasil, mais de 25 anos depois do advento da Constituição, passou a apresentar uma miríade de sindicatos fracos, mitigados, pulverizados (mais de 10 mil entidades sindicais obreiras!) – embora, naturalmente, trate-se, em geral, de sindicatos bastante *específicos*⁶.

6 Consideradas apenas as entidades de primeiro grau com reconhecimento expresso no Ministério do Trabalho, existem 10.926 sindicatos de trabalhadores no país, em conformidade com dados divulgados pelo órgão oficial, em seu sítio da internet, em respaldo à apuração do índice de representatividade das centrais sindicais relativamente a 2016, conforme despacho do Ministro do Trabalho publicado no Diário

DOCTRINA

Não há como se falar na efetividade do princípio da equivalência entre os contratantes coletivos se a realidade do sindicalismo no país é formada por entidades sindicais extremamente frágeis, pequenas, modestas. Ora, conforme já se mencionou neste artigo, entidade sindical frágil e sem representatividade consiste na antítese da ideia de sindicato e de ente integrante do sindicalismo, dificilmente sendo apta a realmente desfrutar da natureza de ser coletivo obreiro e de cumprir o princípio cardeal da equivalência entre os seres coletivos trabalhistas⁷.

Em segundo lugar, há que se perceber que a garantia de emprego aos dirigentes sindicais, afirmada pela Constituição de 1988 (art. 8º, VIII), envolve um número exíguo de trabalhadores, se considerados os casos de sindicatos realmente grandes, abrangentes e com larga base obreira representada.

A verdade é que a superação, pelo art. 8º da Constituição, do antigo critério do art. 522 da CLT (que confere garantia apenas ao máximo de *sete diretores* e três conselheiros fiscais eleitos, e respectivos suplentes) ainda não conduziu ao vislumbre do novo critério surgido em harmonia com a vontade constitucional de 1988. Não há dúvida de que se mostra gritante a inadequação da tímida garantia do art. 522 da Consolidação perante o largo espectro constitucional (e perante a sociedade complexa hoje existente no Brasil). Contudo, a ausência de um parâmetro alternativo claro (que evite também, ao reverso, o abuso do direito pelos sindicalistas) tem inclinado os Tribunais à acomodação com o velho texto da CLT – o que frustra, obviamente, o princípio da efetiva equivalência entre os seres coletivos trabalhistas.

Ora, enquanto não surge texto legal adequado ao comando firme da Constituição, dever-se-ia relegar, em respeito à Lei Magna, ao estatuto do sindicato a fixação do número necessário de diretores da respectiva entidade, *atento o intérprete ao uso não abusivo da prerrogativa constitucional*. Sendo razoável, consistente, equânime o número escolhido, em correspondência com

Oficial da União em 01.04.2016. A lista do número de sindicatos obreiros do país consta da “Relação de Centrais Sindicais Certificadas”, com referência a 2016, em conformidade com determinação estipulada pela Lei das Centrais Sindicais (Lei nº 11.648/08), abrangendo os respectivos sindicatos filiados a cada uma das centrais. Esclareça-se que, nessa lista, há 2.791 sindicatos sem declaração de filiação a qualquer das centrais sindicais ou que se referem à central sindical não cadastrada no órgão público. Seis centrais sindicais receberam o “certificado de representatividade”, ao passo que há referência a outras sete centrais que não cumpriram os requisitos da Lei nº 11.648, de 31 de março de 2008 (MINISTÉRIO DO TRABALHO. *Divulgada relação das centrais sindicais certificadas para 2016*. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/noticias/3202-divulgada-relacao-das-centrais-sindicais-certificadas-para-2016>>. Acesso em: 7 nov. 2016).

- 7 Para melhor análise dos critérios da *agregação* ou da *especialização* (ou especialidade) como instrumental para a pesquisa acerca do *sindicato mais representativo* e, portanto, do sindicato efetivamente legítimo, consultar, na obra deste autor, *Direito Coletivo do Trabalho* (7. ed. São Paulo: LTr, 2017), dentro do Capítulo III, o item III (“Sistemas Sindicais”), em seu subitem I (“Critérios de Agregação dos Trabalhadores no Brasil”), alínea “B.a”, que trata do assunto “Categoria Profissional – Agregação *versus* Especialização”.

as características, as dimensões e a abrangência do sindicato, estende-se a garantia magna a todos eles. Sendo abusivo o número, esvai-se tal garantia sobre o montante superior ao legalmente estipulado pela CLT. Entretanto, conforme evidenciado, não é assim que compreende a jurisprudência dominante no país⁸.

Em terceiro lugar, ainda não se criaram, no direito coletivo do trabalho do país, fórmulas eficazes de representação obreira nas empresas. Nem se estendeu, regra geral, a tais representantes ou delegados obreiros o manto protetivo da *estabilidade provisória*.

Em quarto lugar, há que se reconhecer a injustificável resistência da cultura jurídica do Brasil em conferir efetividade ao princípio da equivalência entre os contratantes coletivos, mediante a adoção do *critério da ultratividade das cláusulas negociais coletivas até que, pelo menos, sobrevenha nova convenção coletiva ou novo acordo coletivo de trabalho (ou sentença normativa específica) na realidade jurídica da categoria ou dos empregados da empresa empregadora*. É que, sem essa ultratividade temporária (também chamada de *ultratividade relativa*), torna-se quimérico falar-se em equivalência entre os contratantes coletivos, uma vez que o advento da data fatal de vigência do ACT ou da CCT suprime automaticamente dezenas de direitos e garantias aos trabalhadores, colocando-os, e também seu sindicato, em posição de grave desvantagem de poder em face de seu empregador.

Conforme se sabe, o legislador presidencial da década de 1990 (por meio de medidas provisórias) recusou-se a permitir o prevaletimento temporário das normas coletivas negociadas enquanto não celebrado novo acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho no contexto da respectiva categoria ou empresa. Mais de 10 anos depois, felizmente, a jurisprudência trabalhista consagrou o critério da *ultratividade temporária* das cláusulas dos instrumentos coletivos trabalhistas; e o fez inicialmente por meio de decisões reiteradas da Seção de Dissídios Coletivos do TST, a contar de 2008, e, tempos depois, pela consagração, no ano de 2012, de nova redação à Súmula nº 277 do próprio Tribunal Superior do Trabalho.

Entretanto, em outubro de 2016, a Súmula nº 277 teve os seus efeitos suspensos por medida liminar conferida na ADPF 323-DF (arguição de descumprimento de preceito fundamental), inviabilizando, uma vez mais, a busca

8 Sobre a noção de abuso do direito e sua aplicação à área justrabalhista, consultar a obra deste autor, *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho* (4. ed. São Paulo: LTr, 2013), em seu Capítulo V – “Princípios Gerais do Direito (ou de Outros Ramos Jurídicos) Aplicáveis ao Direito do Trabalho”. De toda maneira, por lealdade ao leitor, deve ser enfatizado que a jurisprudência ainda preserva a restrição da garantia sindical de emprego apenas aos sete titulares e aos sete suplentes ocupantes de cargos de direção das entidades sindicais (Súmula nº 369, II, do TST). E também nega tal garantia estabilitária aos membros de conselho fiscal de sindicatos (OJ nº 365 da SDI-I do TST).

de maior efetividade ao princípio jurídico fundamental de equivalência entre os contratantes coletivos⁹.

Todas essas (e outras) situações de lacunas, imprecisões ou incompreensões no universo da ordem jurídica no país comprometem a real observância do princípio da equivalência dos contratantes coletivos trabalhistas na vida social, econômica e jurídica brasileira¹⁰.

Contudo, é evidente que, sendo os princípios comandos jurídicos instigadores, hão de ostentar *eficácia jurídica* isto é, aptidão para incidir, regendo relações da vida humana – o que deverá ser apreendido pela evolução jurisprudencial ao longo do tempo¹¹.

IV – PRINCÍPIO DA LEALDADE E DA TRANSPARÊNCIA NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

O *princípio da lealdade e da transparência nas negociações coletivas* vincula-se ao anteriormente examinado. Visa assegurar, inclusive, condições efetivas de concretização prática da equivalência teoricamente assumida entre os sujeitos do direito coletivo do trabalho.

Há duas faces no princípio: a da *lealdade* e a da *transparência*. Ambas são premissas essenciais ao desenvolvimento democrático e eficaz do próprio processo

-
- 9 A decisão liminar foi prolatada pelo Ministro Gilmar Mendes, do STF, em 14.10.2016, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 323/DF, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN). Sobre a mencionada liminar, consultar, neste artigo acadêmico, o item VII, intitulado “Novas Leituras sobre Princípios do Direito Coletivo do Trabalho: Decisões do STF”. A respeito do presente debate, que envolve as relações temporais entre as normas coletivas negociadas e os contratos de trabalho, contrapondo três critérios distintos (o da *aderência irrestrita*, o da *aderência limitada pelo prazo* e o da *aderência limitada por revogação* – este também chamado de *ultratividade temporária ou relativa*), consultar, no livro denominado *Direito Coletivo do Trabalho*, deste autor (7. ed. São Paulo: LTr, 2017), dentro de seu Capítulo IV (“Negociação Coletiva Trabalhista”), o item VII.3, intitulado “Regras Negociais Coletivas e Contrato de Trabalho: Relações”.
- 10 Poder-se-ia acrescentar também, como obstáculo à maior efetividade do princípio da equivalência entre os contratantes coletivos, a resistência da jurisprudência trabalhista (OJ nº 17 da SDC-TST; PN nº 119 da SDC-TST) em admitir a cobrança da contribuição assistencial, também chamada de *cota de solidariedade*, dos trabalhadores da categoria profissional e base sindical não associados ao respectivo sindicato – isso, não obstante todas as vantagens e garantias firmadas na negociação coletiva trabalhista sejam a todos eles aplicáveis. Trata-se, evidentemente, de mais um instrumento de fragilização das entidades sindicais, neste caso, sob a perspectiva econômica. A respeito, consultar no livro deste autor, intitulado *Direito Coletivo do Trabalho* (7. ed. São Paulo: LTr, 2017), o item 4 (“Receitas Sindicais”), subitem 4.C (“Contribuição Assistencial – *Cota de Solidariedade*), situado dentro do Capítulo III (“Sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho – O Sindicato”) da mencionada obra.
- 11 Sobre a noção de princípio como *comando jurídico instigador* (e não mero auxiliar interpretativo), consultar o Capítulo I do livro deste autor, *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho* (4. ed. São Paulo: LTr, 2013).

negocial coletivo. Afinal, o direito coletivo objetiva formular *normas jurídicas* – e não apenas cláusulas contratuais –, razão por que a lealdade e o acesso a informações se inscrevem no núcleo de sua dinâmica de evolução.

A lisura na conduta negocial atinge qualquer das duas partes coletivas envolvidas. Não se pode aqui, regra geral, invocar o princípio tutelar (próprio ao direito individual) para negar validade a certo dispositivo ou diploma anteriormente celebrado na negociação coletiva – as partes são teoricamente equivalentes (ao contrário do que ocorre no ramo justralhista individual).

Evidentemente que o princípio da lealdade e da transparência na negociação coletiva trabalhista não pode ser invocado para eliminar o risco jurídico decorrente da atuação do Estado, seja por meio das autoridades administrativas do Ministério do Trabalho, seja por meio de medidas oriundas do Ministério Público do Trabalho, seja por meio de decisões da Justiça do Trabalho. Ora, a celebração de cláusulas negociais contrárias à jurisprudência trabalhista (ilustrativamente, flexibilizações que ultrapassem os limites firmemente assentados, pela jurisprudência do TST, para a negociação coletiva) ou manifestamente ilegais por outros fundamentos (como regras que concedem isenções fiscais e previdenciárias na regência do contrato de trabalho) consiste em risco livremente assumido pelas duas partes negociais coletivas, quer o sindicato da categoria profissional, quer o sindicato da categoria econômica, quer a própria empresa subscrevente do diploma normativo negociado. Afinal, as partes coletivas – que tendem a ser muito bem assessoradas, juridicamente, conforme é natural – conhecem, perfeitamente, os poderes e os limites da negociação coletiva sindical, em conformidade com a jurisprudência dominante na Corte Superior trabalhista, consubstanciada, inclusive, em súmulas e orientações jurisprudenciais e/ou decisões plenárias amplamente divulgadas.

Em derivação ao princípio da *lealdade e da boa-fé na negociação coletiva* (outra denominação do princípio), não seria válida a greve em período de vigência de diploma coletivo negociado, em vista da pacificação traduzida por esse próprio diploma. É claro que uma mudança substantiva nas condições fáticas vivenciadas pela categoria poderia trazer a seu alcance a exceção da cláusula *rebus sic stantibus*. Acresça-se que o descumprimento reiterado – ou ainda que tópico, mas relevante – dos dispositivos convencionais pelo empregador reabre aos trabalhadores a prerrogativa da greve. Fundamentam isso a lógica própria ao direito (parêmia da “exceção do contrato não cumprido”), a natureza e os objetivos da greve, inclusive

constitucionalmente reconhecidos, a par do texto explícito da Lei nº 7.783/89 (art. 14, parágrafo único, I)¹².

A noção de transparência é também de grande importância no conteúdo desse princípio (podendo, inclusive, ser inferida da simples ideia de lealdade e boa-fé).

É evidente que a responsabilidade social de se produzirem normas (e não meras cláusulas) conduz à necessidade de clareza quanto às condições subjetivas e objetivas envolvidas na negociação. Não se trata aqui de singela pactuação de negócio jurídico entre indivíduos, na qual a privacidade prepondera; trata-se de negócio jurídico coletivo, no exercício da chamada autonomia privada coletiva, dirigida a produzir universos normativos regentes de importantes comunidades humanas. A transparência aqui reclamada é, sem dúvida, maior do que a que cerca negócios jurídicos estritamente individuais. Por isso, aqui é mais largo o acesso a informações adequadas à formulação de normas compatíveis ao segmento social envolvido.

V – PRINCÍPIO DA CRIATIVIDADE JURÍDICA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA TRABALHISTA

O *princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva* traduz a noção de que os processos negociais coletivos e seus instrumentos (contrato coletivo, acordo coletivo e convenção coletiva do trabalho) têm real poder de criar *norma jurídica* (com qualidades, prerrogativas e efeitos próprios a esta), em harmonia com a normatividade heterônoma estatal.

Tal princípio, na verdade, consubstancia a própria justificativa de existência do direito coletivo do trabalho. A criação de normas jurídicas pelos atores coletivos componentes de uma dada comunidade econômico-profissional realiza o princípio democrático de descentralização política e de avanço da autogestão social pelas comunidades localizadas. A antítese ao direito coletivo é a inibição absoluta ao processo negocial coletivo e à autonormatização social, conforme foi tão característico ao modelo de normatização subordinada estatal que prevaleceu nas experiências corporativistas e fascistas europeias da primeira metade do século XX¹³. No Brasil, a tradição justralhista sempre tendeu a mitigar o papel do direito coletivo do trabalho, denegando, inclusive,

12 A OJ nº 1 da SDC do TST, que considerava inválida a greve relativa a descumprimento de dispositivo convencional, em virtude de haver na ordem justralhista a *ação de cumprimento*, foi felizmente cancelada pela Corte Superior em maio de 2004.

13 Um estudo sobre os padrões principais de sistemas trabalhistas no mundo ocidental desenvolvido encontra-se no Capítulo IV do livro deste autor, *Direito Coletivo do Trabalho* (7. ed. São Paulo: LTr, 2017), em seu item II, sob o título “Importância da Negociação Coletiva”.

as prerrogativas mínimas de liberdade associativa e sindical e de autonomia sindical aos trabalhadores e suas organizações. Com a Constituição de 1988 é que esse processo começou a se inverter, conforme já descrito e enfatizado neste artigo acadêmico-jurídico.

Na análise desse princípio, é pertinente retomar-se importante diferenciação – às vezes não suficientemente ponderada na doutrina: a que separa *norma jurídica de cláusula contratual* ou *obrigacional*.

Em nossa obra *Introdução ao Direito do Trabalho*, já ressaltávamos não ser meramente acadêmica a distinção, mas fundamental: “é que o direito confere efeitos distintos às *normas* (componentes das fontes jurídicas formais) e às *cláusulas* (componentes dos contratos). Basta indicar que as normas não aderem permanentemente à relação jurídica pactuada entre as partes (podendo, pois, ser revogadas – extirpando-se, a contar de então, do mundo jurídico). Em contraponto a isso, as cláusulas contratuais sujeitam-se a um efeito adesivo permanente nos contratos, não podendo, pois, ser suprimidas pela vontade que as instituiu. A ordem jurídica confere poder revocatório essencialmente às normas jurídicas, e não às cláusulas contratuais. Trata-se, afinal, de poder político-jurídico de notável relevância, já que as normas podem suprimir do mundo fático-jurídico até as cláusulas (além das próprias normas precedentes, é claro), ao passo que o inverso não ocorre (excetuada a prevalência de *vantagem* trabalhista superior criada pela vontade privada no contrato)”¹⁴.

No mesmo texto, completávamos acerca do contrato (assim como figuras a ele equiparadas pela jurisprudência trabalhista, a saber, o regulamento empresarial): o contrato de fato “não se qualifica como diploma instituidor de atos-regra, de comandos abstratos, gerais, impessoais; ao contrário, compõe-se de *cláusulas* concretas, específicas e pessoais, envolvendo apenas as partes contratantes. Não se configura, assim, como fonte de normas jurídicas, mas como fonte de obrigações e direitos específicos, concretos e pessoais, com abrangência a seus contratantes”¹⁵.

Desse modo, a negociação coletiva trabalhista, processada com a participação do sindicato de trabalhadores, tem esse singular poder de produzir *normas jurídicas*, e não simples cláusulas contratuais (ao contrário do que, em geral, o direito autoriza a agentes particulares).

A circunstância de a negociação coletiva sindical poder produzir regras jurídicas confere a ela a lógica aptidão de gerar parcelas trabalhistas novas, conferindo-lhes inclusive a conformação jurídica, isto é, sua natureza e seus

14 DELGADO, M. G. *Introdução ao direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001. Capítulo IV, item 3.C.b.

15 *Idem, ibidem*, p. 131.

efeitos no contrato. *Não se tratando de parcela previamente regulada por lei*, a negociação coletiva ostenta a prerrogativa de definir a natureza jurídica da nova vantagem, ainda que lhe elidindo o caráter salarial (e respectivos reflexos) ou a amplitude de sua incidência. É o que tem reconhecido a jurisprudência, reiteradamente: por ilustração, consultar os seguintes verbetes sumulares do TST: OJ nº 123 da SDI-I; OJ nº 346 da SDI-I; OJT nº 61 da SDI-I; e OJT nº 64 da SDI-I¹⁶.

Naturalmente que o poder de criar normas jurídicas, ao invés de simples cláusulas contratuais, não é absoluto, nem avassalador, de maneira a transformar a negociação coletiva trabalhista em uma espécie de *superpoder* da sociedade civil, supostamente infenso à imperatividade das normas heterônomas estatais, consubstanciadas na Constituição da República, nas convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil e na legislação federal trabalhista.

É evidente que há limites claros e objetivos ao poder criativo da negociação coletiva trabalhista no país, sob pena de ela se transmutar em mecanismo de invalidação, esvaziamento ou descaracterização do Estado Democrático de Direito e dos princípios e regras humanísticos e sociais solidamente estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil. Ou em mecanismo de descaracterização ou *precarização* da legislação estatal imperativa vigente na economia e na sociedade brasileiras.

As fronteiras de tais poderes e limites é que serão objeto de análise no próximo item VI, logo a seguir. No referido tópico, será travado o debate a respeito da harmonização das normas coletivas negociadas ao conjunto da normatividade estatal trabalhista – assunto que remete ao princípio adiante exposto, o da *adequação setorial negociada*.

VI – PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA

Este princípio trata das possibilidades e dos limites jurídicos da negociação coletiva. Ou seja, os critérios de harmonização entre as normas jurídicas

16 Eis os textos de tais Orientações Jurisprudenciais da SDI-I da Corte Superior Trabalhista: a) *OJ nº 123*: “A ajuda alimentação prevista em norma coletiva em decorrência de prestação de horas extras tem natureza indenizatória e, por isso, não integra o salário do empregado bancário”; b) *OJ nº 346*: “A decisão que estende aos inativos a concessão de abono de natureza jurídica indenizatória, previsto em norma coletiva apenas para os empregados em atividade, a ser pago de uma única vez, e confere natureza salarial à parcela, afronta o art. 7º, XXVI, da CF/88”; c) *OJ Transitória nº 61*: “Havendo previsão em cláusula de norma coletiva de trabalho de pagamento mensal de auxílio cesta-alimentação somente a empregados em atividade, dando-lhe caráter indenizatório, é indevida a extensão desse benefício aos aposentados e pensionistas. Exegese do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal”; d) *OJ Transitória nº 64*: “As parcelas gratificação contingente e participação nos resultados, concedidas por força de acordo coletivo a empregados da Petrobras em atividade, pagas de uma única vez, não integram a complementação de aposentadoria”.

oriundas da negociação coletiva (pela consumação do princípio de sua criatividade-jurídica) e as normas jurídicas provenientes da legislação heterônoma estatal.

É princípio novo na história trabalhista do país exatamente porque, apenas nos últimos anos (a contar da Constituição de 1988), surgiu a possibilidade de ocorrência dos problemas por ele enfrentados. Embora ainda não universalizado na doutrina¹⁷, deriva ele do critério geral interpretativo que se tem percebido na prática dos Tribunais do país, quando enfrentando o dilema das relações entre normas trabalhistas negociadas e a normatividade heterônoma do Estado.

De fato, um dos pontos centrais de inter-relação entre o direito coletivo e o direito individual do trabalho reside na fórmula de penetração e harmonização das normas juscoletivas negociadas perante o estuário normativo heterônomo clássico ao direito individual do trabalho. Reside, em síntese, na pesquisa e na aferição sobre os critérios de validade jurídica e extensão de eficácia das normas oriundas de convenção, acordo ou contrato coletivo do trabalho em face da legislação estatal imperativa, que tanto demarca o ramo trabalhista individual especializado.

Em que medida as normas juscoletivas podem se contrapor às normas jusindividuais imperativas estatais existentes? Desse dilema é que trata o que denominamos *princípio da adequação setorial negociada* – configurado, por essa razão, como o princípio de direito coletivo que mais de perto atua e influencia a dinâmica específica do direito individual do trabalho.

Pelo *princípio da adequação setorial negociada*, as normas autônomas juscoletivas, construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional, podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo trabalhista, desde que respeitadas certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas trabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).

No primeiro caso especificado (*quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável*), as normas autônomas elevam o

17 A primeira referência feita ao *princípio da adequação setorial negociada* consta do artigo deste autor, de 1994, *Princípios do Direito do Trabalho*, *Jornal Trabalhista*, Brasília: Centro de Assessoria Trabalhista, ano XI, n. 535, 12.12.94, p. 1.202-1.208, estudo posteriormente inserido na obra *Introdução ao Direito do Trabalho*, cit., no capítulo dedicado aos princípios aplicáveis ao direito do trabalho. Consultar ainda a respeito o livro de Maria Cecília Máximo Teodoro, *O Princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho* (São Paulo: LTr, 2007).

patamar setorial de direitos trabalhistas, em comparação com o padrão geral imperativo existente. Assim o fazendo, não afrontam sequer o princípio da indisponibilidade de direitos, que é inerente ao direito individual do trabalho.

Já no segundo caso (*quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa – e não de indisponibilidade absoluta*), o princípio da indisponibilidade de direitos é realmente afrontado, mas de modo a atingir somente parcelas de *indisponibilidade relativa*. Estas assim se qualificam quer pela natureza intrínseca à própria parcela (ilustrativamente, modalidade de pagamento salarial, tipo de jornada pactuada, fornecimento ou não de utilidades e suas repercussões no contrato, etc.), quer pela existência de expresso permissivo jurídico heterônomo a seu respeito (por exemplo, montante salarial: art. 7º, VI, da CF/88; ou montante de jornada: art. 7º, XIII e XIV, da CF/88).

São amplas, portanto, as possibilidades de validade e eficácia jurídicas das normas autônomas coletivas em face das normas heterônomas imperativas, à luz do princípio da adequação setorial negociada. Entretanto, está também claro que essas possibilidades não são plenas e irrefreáveis. Há *limites objetivos* à adequação setorial negociada; limites jurídicos objetivos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista.

Desse modo, *ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não transação)*. É que ao processo negocial coletivo falece poderes de *renúncia* sobre direitos de terceiros (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso). Cabe-lhe, essencialmente, promover *transação* (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas.

Também *não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa)*, os quais *não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva*. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um *patamar civilizatório mínimo* que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III, e 170, *caput*, da CF/88). Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação de CTPS, o pagamento do salário mínimo, as normas de saúde e segurança no ambiente do trabalho; *em suma, todos os direitos e normas que ostentem caráter imperativo por força da ordem jurídica heterônoma estatal*.

Em conformidade com o já exposto, na ordem jurídica brasileira, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: *as normas constitucionais em geral* (respeitadas, é claro, as ressalvas *parciais* expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); *as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro* (referidas pelo art. 5º, §§ 2º e 3º, da CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); *as normas legais infra-constitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora* (preceitos relativos à saúde e à segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, em síntese, todos os dispositivos que contemham imperatividade em sua incidência no âmbito do contrato de trabalho)¹⁸.

Passadas mais de duas décadas de experiência jurídica e cultural intensa desde o advento da Constituição em 5 de outubro de 1988, a jurisprudência trabalhista já tem, contemporaneamente, aferido de modo bastante objetivo e transparente a adequação setorial negociada. Nessa linha, de maneira geral, tem considerado que, *estando a parcela assegurada por regra imperativa estatal (Constituição, tratados e convenções internacionais ratificados e/ou leis federais), ela prevalece soberanamente, sem possibilidade jurídica de supressão ou restrição pela negociação coletiva trabalhista – salvo se a própria regra heterônoma estatal abrir espaço à interveniência da regra coletiva negociada.*

Essa objetiva compreensão jurisprudencial está bem expressa, por exemplo, na Súmula nº 449 da Corte Superior Trabalhista (produto da conversão da antiga OJ nº 372 da SDI-1 do TST), como na Súmula nº 437, item II, do mesmo TST (resultado da conversão da antiga OJ nº 342, item I, da SDI-1), em que se enfatizam os poderes e os limites da negociação coletiva trabalhista, que deve respeitar o império da normatividade estatal.

18 Conforme se sabe, a imperatividade da ordem jurídica heterônoma estatal trabalhista constitui a regra geral prevalecente no direito brasileiro. Normas efetivamente dispositivas no direito do trabalho são raras e, quando existem, caracterizam-se por sua frágil efetividade. Ver, por exemplo, a regra facultativa de inserção do empregado doméstico no regime do FGTS, criada pela Medida Provisória nº 1.986, de 1999, e subsequentes medidas provisórias renovatórias, com conversão final na Lei nº 10.208, de 2001: durante seus quase 15 anos de vigência (com o Decreto nº 3.361, de 10.02.00, tornou-se viável a inscrição do doméstico no Fundo de Garantia), apresentou efetividade pífia, sendo muito pouco concretizada nas relações domésticas de emprego do país. Somente com o advento da Lei Complementar nº 150/2015 é que se tornou realmente obrigatória e efetiva a inserção do empregado doméstico no Fundo de Garantia (pela sistemática da LC nº 150/2015, a partir de 1º de outubro de 2015 todos os empregados domésticos passaram a ter direito aos depósitos mensais de FGTS).

DOCTRINA

Foi essa compreensão jurisprudencial objetiva que certamente conduziu a Corte Superior a cancelar, em 2011, verbetes sumulares que indicavam diretriz oposta, tais como a Súmula nº 349, o antigo item II da Súmula nº 364 e a OJ Transitória nº 04 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho.

O tema merece exame circunstanciado, feito a partir da jurisprudência sumulada da Corte Superior Trabalhista da República.

Nesse quadro, examine-se a jurisprudência dominante. Menciona a Súmula nº 449 da Corte Superior Trabalhista: “Minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho. Lei nº 10.243, de 19.06.01. Norma coletiva. Flexibilização. Impossibilidade. (Conversão da OJ nº 372 da SBDI-1) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014. A partir da vigência da Lei nº 10.243, de 19.06.2001, que acrescentou o § 1º ao art. 58 da CLT, não mais prevalece cláusula prevista em convenção ou acordo coletivo que elastece o limite de 5 minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho para fins de apuração de horas extras”. Por sua vez, fixa a Súmula nº 437, II: “É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/88), infenso à negociação coletiva”.

O que se percebe é que as duas diretrizes jurisprudenciais demarcam, com clareza, que não cabe à negociação coletiva diminuir ou suprimir direito trabalhista que tenha sido criado, *sem ressalvas*, por regra estatal imperativa.

Examine-se, em seguida, o texto das súmulas e OJs canceladas, que haviam sido escritas em direção manifestamente oposta. Inicialmente, Súmula nº 349 do TST: “A validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/88; art. 60 da CLT)”. Também o antigo item II da Súmula nº 364: “A fixação do adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos”. Finalmente, o texto da OJ Transitória nº 04, também da SDI-1 do TST: “O acordo coletivo estabelecido com a Mineração Morro Velho sobrepõe-se aos comandos da lei, quando as partes, com o propósito de dissipar dúvidas e nos exatos limites de seu regular direito de negociação, livremente acordaram parâmetros para a base de cálculo do adicional de insalubridade”.

Todos esses três verbetes mais antigos da jurisprudência autorizavam a flexibilização trabalhista de regras legais imperativas, por meio da via negociada coletiva, inclusive no tocante a matérias relacionadas à saúde e à segurança do trabalhador. Naturalmente que, por não mais corresponderem à leitura jurisprudencial trabalhista dominante, foram canceladas na sessão plenária do Tribunal Superior do Trabalho de 24.05.2011.

Na esteira dessa mesma lógica jurisprudencial, dois novos verbetes foram aprovados pelo TST em 2016. Trata-se do novo item VI da Súmula nº 85: “VI – Não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT”. Trata-se também do novo item II da Súmula nº 364: “Não é válida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho fixando o adicional de periculosidade em percentual inferior ao estabelecido em lei e proporcional ao tempo de exposição ao risco, pois tal parcela constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública (arts. 7º, XXII e XXIII, da CF e 193, § 1º, da CLT)”.

Estão bem claros, dessa maneira, a lógica e o sentido da ordem constitucional brasileira relativamente aos poderes e aos limites da negociação coletiva trabalhista: esta constitui veículo para o aperfeiçoamento da ordem jurídica, em harmonia aos princípios e às regras constitucionais fundamentais – jamais um mecanismo para o desprestígio ou precarização dessa ordem jurídica e das relações socioeconômicas por ela regulamentadas.

Nesse quadro, a negociação coletiva trabalhista pode instituir parcelas novas, não decorrentes de lei, e, nessa dimensão, formular os contornos, a extensão e as repercussões jurídicas dessas parcelas novas criadas. É o que tem reconhecido a jurisprudência trabalhista reiteradamente – como o demonstram as Orientações Jurisprudenciais a seguir indicadas, todas tratando de verbas instituídas pela negociação coletiva trabalhista. Citem-se, para ilustração, a OJ nº 123 e a OJT nº 61 da SDI-I do TST, referindo-se à verba de “ajuda-alimentação” e correlatas. Cite-se também a OJ nº 346 da mesma SDI-I, que se reporta a “abono de natureza indenizatória” conferido somente a empregados da ativa. Cite-se, por fim, a OJT nº 64, também da SDI-I, que menciona outras verbas derivadas estritamente da negociação coletiva trabalhista¹⁹.

19 Eis os textos acima mencionados das Orientações Jurisprudenciais da SDI-I da Corte Superior Trabalhista: a) *OJ nº 123*: “A ajuda alimentação prevista em norma coletiva em decorrência de prestação de horas extras tem natureza indenizatória e, por isso, não integra o salário do empregado bancário”; b) *OJ Transitória nº 61*: “Havendo previsão em cláusula de norma coletiva de trabalho de pagamento mensal de auxílio cesta-alimentação somente a empregados em atividade, dando-lhe caráter indenizatório, é indevida a extensão desse benefício aos aposentados e pensionistas. Exegese do art. 7º, XXVI,

A negociação coletiva trabalhista pode também transacionar aspectos efetivamente duvidosos existentes em certa comunidade trabalhista validamente representada pelos seres coletivos laborais, *desde que se trate realmente de parcela de disponibilidade relativa*.

Entretanto, está suficientemente claro que não ostenta a negociação coletiva o poder de reduzir ou normatizar *in pejus* parcela instituída pela ordem jurídica heterônoma estatal, *salvo nos limites – se houver – em que essa ordem jurídica imperativa especificamente autorizar*. Havendo tal autorização, o ACT ou a CCT ganham maior margem de atuação, *mas sem o poder de descaracterizar o direito individual e social manejado, uma vez que têm de respeitar os parâmetros constitucionais e legais incidentes*. Conforme já exposto neste artigo jurídico, a negociação coletiva pode concretizar a adequação setorial de vantagens estabelecidas na normatividade estatal imperativa, *desde que essa adequação se resguarde dentro dos limites da autorização fixada pela normatividade heterônoma do Estado, isto é, sem negar, suprimir ou descaracterizar os direitos explicitamente fixados por norma estatal*.

Tomem-se, para ilustração, dois exemplos comuns no cotidiano trabalhista: a hora ficta noturna e seu adicional, ao lado das horas extras, sua base de cálculo e seu adicional.

Conforme se sabe, é firme a jurisprudência trabalhista no sentido de permitir à negociação coletiva trabalhista a fixação da hora noturna de trabalho em 60 minutos (ao invés dos 52'30" estabelecidos pelo § 1º do art. 73 da CLT), *mas desde que aumentado o adicional noturno para percentual significativamente maior do que os 20% estipulados pelo caput do art. 73 da mesma CLT (35% ou mais de adicional noturno, ilustrativamente)* – tudo isso, naturalmente, *sem esterilizar a natureza eminentemente salarial da respectiva parcela trabalhista*.

De igual forma, para essa mesma jurisprudência, pode a negociação coletiva trabalhista alterar a base de cálculo das horas extras (em contraponto à larga base genericamente firmada pela Súmula nº 264 do TST), *mas desde que estabelecido adicional de sobrejornada muito acima dos 50% fixados no art. 7º, XIII, da Constituição da República (100%, por ilustração – e como é muito*

da Constituição Federal”; c) *OJ nº 346*: “A decisão que estende aos inativos a concessão de abono de natureza jurídica indenizatória, previsto em norma coletiva apenas para os empregados em atividade, a ser pago de uma única vez, e confere natureza salarial à parcela, afronta o art. 7º, XXVI, da CF/88”; d) *OJ Transitória nº 64*: “As parcelas gratificação contingente e participação nos resultados, concedidas por força de acordo coletivo a empregados da Petrobras em atividade, pagas de uma única vez, não integram a complementação de aposentadoria”.

comum, a propósito). Naturalmente que também aqui não se há falar em descaracterização da natureza jurídica salarial da correspondente verba analisada.

Ou seja, em qualquer desses dois exemplos, não pode a negociação coletiva trabalhista caminhar radicalmente por além das fronteiras constitucionais ou legais imperativas, como aconteceria se estipulasse que tais direitos não mais deteriam natureza salarial. Semelhante *patamar civilizatório mínimo* – que não é somente trabalhista, *mas também previdenciário e fiscal* – não pode ser desrespeitado por regra coletiva negociada, uma vez que se trata de *piso civilizatório heterônomo estatal*.

Em síntese, a negociação coletiva trabalhista concerne a poder inerente à sociedade civil e que é amplamente reconhecido e respeitado pela ordem jurídica do país, inclusive a constitucional. Porém, não se trata de poder absoluto, incontrolável e avassalador, ou seja, inusitado tipo de *superpoder* que ostente a prerrogativa de atuar no sentido antitético às próprias conquistas firmadas pela Constituição da República, pelas convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Estado brasileiro e pela legislação heterônoma estatal da República Federativa do Brasil²⁰.

VII – NOVAS LEITURAS SOBRE PRINCÍPIOS DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO: DECISÕES DO STF

Os princípios do direito coletivo do trabalho, estudados no presente artigo acadêmico e jurídico, ostentam suporte na jurisprudência trabalhista amplamente dominante no país e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal elaborada nos 27 anos de vigência da Constituição da República Federativa do Brasil.

Naturalmente que o STF não elaborou jurisprudência exaustiva sobre temas jurídicos trabalhistas ao longo de mais de duas décadas da promulgação da Constituição da República. Porém, afirmou, em decisões reiteradas importantes, o princípio da liberdade e da autonomia sindicais, o caráter amplo da substituição processual trabalhista, entre outros aspectos temáticos de relevo.

No período mais recente, contudo, a Corte Suprema prolatou decisões de impacto sobre três princípios do direito coletivo do trabalho: o da *adequação setorial negociada*, o da *equivalência entre os contratantes coletivos traba-*

20 A respeito do presente tema, além do texto lavrado neste artigo, consultar no livro deste autor, *Direito Coletivo do Trabalho* (7. ed. São Paulo: LTr, 2017), dentro do Capítulo IV (“Negociação Coletiva Trabalhista”), o item VIII (“Negociação Coletiva – Possibilidades e Limites”), em seus três subitens: “1. Possibilidade Jurídicas da Negociação Coletiva”; “2. Limites Jurídicos da Negociação Coletiva”; “3. Um Debate em Recidiva: o Negociado sobre o Legislado”.

lhistas e o da lealdade e boa-fé entre os contratantes coletivos. Os respectivos princípios jurídicos e as mencionadas decisões contêm clara correlação entre si.

Serão examinados a seguir.

No RE 590.415/SC – em que é recorrente o Banco do Brasil S/A (sucessor do Banco de Estado de Santa Catarina S/A – BESC) e recorridos Cláudia Maira Leite Eberhardt e outro(a/s), tratando da amplitude da quitação trabalhista firmada pela trabalhadora em Plano de Desligamento Incentivado (os conhecidos PDIs, PDVs e epítetos correlatos) instituído por negociação coletiva trabalhista, correspondente ao tema 152 de repercussão geral –, o Tribunal Pleno do STF, em sessão ocorrida em 30.04.2015, a partir de voto do Ministro-Relator Roberto Barroso, “por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário e a ele deu provimento, fixando-se a tese de que a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”²¹.

Eis a ementa do acórdão prolatado (Ministro-Relator Roberto Barroso), com a explicitação da tese aprovada pela Corte Suprema, na sessão de 30.04.2015:

“DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS.

1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano.

2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente.

3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de

21 Por razões distintas, não participaram do julgamento a Ministra Rosa Weber (impedimento) e os Ministros Celso de Mello (compromisso oficial internacional) e Dias Toffoli (compromisso oficial internacional).

trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.

4. A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção nº 98/1949 e na Convenção nº 154/81 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e das convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida.

5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso.

6. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: ‘A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado’.”

A decisão do Supremo Tribunal Federal, conforme se percebe, trata de instituto *supralegal* (Plano de Desligamento Incentivado), não regulado, seja pela Constituição da República, seja pelas convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil, seja pelas leis federais trabalhistas do país.

Ora, parcela *supralegal* efetivamente proporciona, em conformidade com o princípio da adequação setorial negociada, maior margem de atuação para a negociação coletiva trabalhista. A decisão da Corte Constitucional não trata, portanto, de situação jurídica em que a negociação coletiva afronta direitos fixados imperativamente em norma heterônoma estatal ou internacional ratificada; a decisão aborda a regência jurídica de instituto que envolve o encerramento do contrato de trabalho e que, no direito brasileiro, não é instituído ou regulado por norma imperativa, mas criado e regulado por negociação coletiva trabalhista (às vezes, na prática, o PDV/PDI é, até mesmo, instituído e regulado pela própria empresa, sem respaldo na negociação coletiva sindical).

Nessa medida, embora a decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal, de fato, abra uma exceção à compreensão jurisprudencial expressada na OJ nº 270 da SDI-I do TST acerca dos PDVs/PDIs e seus efeitos rescisórios, não traduz, de forma alguma, autorização genérica para a flexibilização, a desregulamentação ou a descaracterização de direitos individuais e sociais fundamentais trabalhistas que sejam, nessa dimensão, instituídos e regulados por norma imperativa heterônoma estatal²².

Observe-se, de toda maneira, que a decisão da Corte Suprema apresenta requisitos importantes para a validade do PDI/PDV, não bastando a simples celebração pela negociação coletiva sindical. De um lado, é necessário que haja a efetiva e clara menção à cláusula de estruturação e operação do PDI/PDV, com a explicitação a respeito da quitação geral e irrestrita das parcelas abrangentes do contrato de trabalho. De outro lado, é necessário que exista também a clara e expressa inserção dessa amplitude da quitação nos demais instrumentos escritos rescisórios firmados com o empregado.

Resta claro também, pela decisão do STF, que se deve tratar de PDI/PDV com efetivas e relevantes vantagens para o trabalhador aderente ao Plano (“[...] condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador”, diz o acórdão)²³.

No caso em análise, tornou-se igualmente explícito que o PDI/PDV foi amplamente debatido pelos empregados do BESC, com ampla e reiterada participação efetiva dos trabalhadores do Banco, envolvendo sindicatos conhecidos por sua sólida tradição, consistência organizativa e representatividade perante toda a categoria. Não se está diante de uma categoria sem tradição organizativa sindical, nem de sindicatos sem tradição de representatividade e legitimidade reais no contexto da respectiva categoria profissional²⁴.

22 Evidentemente, a partir da decisão do STF no RE 590.415/SC, cabe uma adequação na OJ nº 270 do TST, mantendo-se, como regra geral, em inciso I, o disposto originariamente naquela OJ, ao passo que novo inciso II deve explicitar a situação excetiva enfatizada pelo julgamento do RE 590.415/SC.

23 No processo em análise pelo STF, segundo informa o acórdão, a trabalhadora recebeu, em seu documento rescisório do PDI/PDV, valor monetário líquido equivalente a, aproximadamente, 78 vezes (!) o seu salário mensal no Banco.

24 O Ministro-Relator Roberto Barroso explicita: “3. Especificamente sobre a vontade manifestada pela categoria em favor da celebração do acordo coletivo, o acórdão confirma que *as negociações desenvolveram-se ao longo de vários meses, com ampla participação dos empregados; que as entidades sindicais foram pressionadas pelos trabalhadores a convocar assembleias para deliberar sobre a proposta de PDI*; e que, quando convocadas as assembleias, compareceram 97,14% dos associados dos sindicatos réus – que correspondiam a 77,85% do quadro funcional do BESC lotado nas respectivas bases –, tendo-se decidido por 97,69% dos presentes pela aprovação do acordo coletivo nas condições propostas pelo Banco”. Por outro lado, sabe-se que os sindicatos de bancários se inscrevem, no sindicalismo brasileiro, entre os mais destacados por sua firme tradição, sua consistência organizativa e sua

Por outro lado, no RE 895.759/PE, em que é recorrente a Usina Central Olho D'Água S/A e recorrido Moisés Lourenço da Silva, tratando da flexibilização da parcela de horas *in itinere* e seus reflexos legais em face de dispositivos de acordo coletivo de trabalho, o Ministro-Relator Teori Zavaski, em decisão monocrática tomada em 08.09.2016, também se referiu aos poderes da negociação coletiva trabalhista, mas, nesse caso, em torno de parcela explicitamente instituída e regulada por lei federal trabalhista (art. 58, §§ 2º e 3º, da CLT).

Reportando-se ao precedente lavrado no julgamento do RE 590.415/SC, em que é recorrente o Banco do Brasil S/A (sucessor do Banco de Estado de Santa Catarina S/A – BESC) e recorridos Cláudia Maira Leite Eberhardt e outro(a/s), e que trata da amplitude da quitação trabalhista firmada pelo trabalhador em Plano de Desligamento Incentivado instituído por negociação coletiva trabalhista – processo este sob relatoria do Ministro Roberto Barroso, acima examinado –, o Ministro Teori Zavaski, Relator do RE 895.759/PE, decidiu, com efeitos de repercussão geral, monocraticamente, conferir provimento “ao recurso extraordinário para *afastar a condenação da recorrente ao pagamento das horas in itinere e dos respectivos reflexos salariais*” (grifos acrescidos).

Explicitou o Ministro-Relator do RE 895.759/PE que:

“3. No presente caso, a recorrente firmou acordo coletivo de trabalho com o sindicato da categoria à qual pertence a parte recorrida para que fosse suprimido o pagamento das horas *in itinere* e, em contrapartida, fossem concedidas outras vantagens aos empregados, tais como fornecimento de cesta básica durante a entressafra; seguro de vida e acidentes além do obrigatório e sem custo para o empregado; pagamento do abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários mínimos; pagamento do salário-família além do limite legal; fornecimento

ampla representatividade perante a categoria profissional e os respectivos empregadores e a categoria econômica. Afinal, os bancários distinguem-se, no país, por serem uma das raras categorias profissionais que, mesmo possuindo sindicatos supramunicipais ou regionais em todo o território brasileiro, conseguem realizar negociações coletivas anuais com os Bancos, em nível nacional, muitas vezes com a concretização de greves também nacionais, além de conseguirem a observância de uma pauta nacional de negociação e, grande parte das vezes, a celebração de instrumentos coletivos negociados de caráter nacional (com a interveniência das *Confederações*, naturalmente). Trata-se, pois, de maneira geral, de sindicatos realmente sólidos, bem estruturados e realmente representativos. Não fazem parte, conforme se sabe, da regra geral do sindicalismo brasileiro, com seus sindicatos modestos, sem solidez organizacional e com parca representatividade – a ponto de o país atingir, em 2016, segundo já exposto neste artigo acadêmico e jurídico, a inacreditável marca de 10.926 sindicatos de trabalhadores no território nacional, ao invés de um número bem mais reduzido de entidades sindicais, porém, realmente fortes, com manifesta consistência organizacional e bastante representatividade no que tange à sua base profissional de obreiros.

DOCTRINA

de repositores energéticos; adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na Convenção Coletiva (fl. 7, doc. 29).”

Tendo a Corte trabalhista originária entendido pela invalidade do ACT, nesse ponto temático, ao fundamento de serem as horas *in itinere* direito indisponível do trabalhador, regulado pelo art. 58, § 2º, da CLT, prolatou decisão, segundo o Ministro Teori Zavaski do STF, em contrariedade à *ratio decidendi* do precedente firmado no RE 590.415:

“O acórdão recorrido não se encontra em conformidade com a *ratio* adotada no julgamento do RE 590.415, no qual esta Corte conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho. Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical.

Registre-se que a própria Constituição Federal admite que as normas coletivas de trabalho disponham sobre salário (art. 7º, VI) e jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), inclusive reduzindo temporariamente remuneração e fixando jornada diversa da constitucionalmente estabelecida. Não se constata, por outro lado, que o acordo coletivo em questão tenha extrapolado os limites da razoabilidade, uma vez que, embora tenha limitado direito legalmente previsto, concedeu outras vantagens em seu lugar, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical.” (Decisão Monocrática no RE 895.759)

Entretanto, há aspectos relevantes a distinguir a *ratio decidendi* do precedente firmado no RE 590.415 – que é relacionado aos efeitos da quitação passada em PDI/PDV – em contraponto com a situação processual inerente ao RE 895.759/PE.

No RE 895.759/PE – à diferença do que se passa no RE 590.415/SC –, a negociação coletiva invade a esfera de direito individual e social fundamental, explicitamente regulado por regra imperativa heterônoma do Estado, pois horas *in itinere* são parte integrante da jornada de trabalho, tendo assento na Constituição da República (art. 7º, XIII) e na própria Consolidação das Leis do Trabalho (art. 58, §§ 2º e 3º). Não se trata, pois, de parcela supralegal, que

tenha sido originalmente e exclusivamente instituída e regulada pela própria negociação coletiva.

Ao invadir a esfera da normatividade heterônoma estatal, *excluindo integralmente o direito trabalhista de fundo legal e constitucional, descaracterizando, ademais, a natureza salarial da parcela* – tudo isso em contrapartida à oferta de algumas concessões modestas, sem natureza salarial e, até mesmo, provisórias –, a negociação coletiva trabalhista assume a roupagem e a força de um inusitado *superpoder* oriundo da sociedade civil, apto a inviabilizar, excluir ou descaracterizar direitos individuais e sociais fundamentais trabalhistas. A um só tempo, a negociação coletiva suprime ou descaracteriza direito individual e social de origem legal, como também suprime, pela sua descaracterização salarial, verba de interesse da sociedade e do Estado, eliminando-a como base de cálculo de parcelas de natureza fiscal e de natureza previdenciária.

Entretanto, no contexto de um Estado Democrático de Direito, de origem e regência constitucionais, não há espaço, logicamente, para semelhante e avassalador *superpoder* oriundo da sociedade civil.

No RE 895.759/PE, por outro lado, verifica-se a clara presença de um sindicato frágil, modesto, pouco representativo – a propósito, amostra típica da fragilidade que prepondera, como regra, no universo dos 10.926 sindicatos profissionais brasileiros. E é essa entidade que, curiosamente, assume o papel de desrespeitar o *princípio constitucional da norma mais favorável*, claramente incorporado pela Constituição da República (art. 7º, *caput*), agravando, ao invés de fazer elevar as condições de vida e trabalho de seus representados constitucionais²⁵.

Registre-se que, em se tratando de horas *in itinere*, a jurisprudência trabalhista admite a atuação proporcional da negociação coletiva trabalhista, de maneira a reduzir ou eliminar o risco da incerteza quanto ao tempo de duração de tais horas de transporte, por ser essa duração muito variada, na prática, em face de os trabalhadores tomarem a condução em pontos distintos ao longo da estrada até o efetivo local de trabalho (e *vice-versa*). Assim, pelo princípio constitucional da proporcionalidade, essa jurisprudência admite que o ACT ou a CCT fixem em até 50% do tempo concreto verificado o montante das horas *in itinere* – insistindo, porém, que elas devem preservar, de todo modo, a sua

25 O exame da negociação coletiva posta em julgamento evidencia que existem, no ACT, cláusulas do seguinte teor: dispensa por justa causa em caso de greve não dirigida pelo sindicato (Cláusula 44); proibição de acesso ao Poder Judiciário (Cláusula 38); e a própria cláusula que substitui parcela salarial e de jornada de trabalho, denominada de horas *in itinere*, por verbas modestas e, mesmo assim, sem conotação salarial.

imprescindível natureza salarial e seu importante potencial tributário, previdenciário e trabalhista, no sentido de propiciar reflexos em verbas próprias do contrato de trabalho²⁶.

Finalmente, na ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 323-CONFENEN, em que é requerente a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, em 14.10.2016, conferiu medida liminar para determinar “a suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas”.

Com tal decisão liminar prolatada em outubro de 2016, o Ministro-Relator suspendeu, efetivamente, a aplicação da interpretação contida na Súmula nº 277 do TST, em sua nova redação, que fora implementada quatro anos antes, em setembro de 2012²⁷.

O Ministro-Relator da ADPF 323-CONFENEN, nas razões de decidir de seu provimento liminar, reporta-se, entre outros fundamentos, também à decisão plenária do STF prolatada no RE 590.415/SC (Rel. Min. Roberto Barroso) e à decisão monocrática prolatada no RE 895.759/PE (Rel. Min. Teori Zavaski), acentuando que as novas decisões da Corte Suprema têm incentivado a negociação coletiva trabalhista.

Mantendo-se o debate acadêmico e científico nesse específico ponto – ou seja, incentivo à negociação coletiva trabalhista e vedação à interpretação concernente à ultratividade provisória de regras de ACT ou CCT (interpretação constante da atual Súmula nº 277 do TST) –, cabe perceber que a negociação coletiva trabalhista supõe o respeito a certos princípios e/ou requisitos, sob pena de se transformar em perverso instrumento de *precarização* de direitos individuais e sociais fundamentais trabalhistas, sem contar em manifesta inversão da

26 Essa jurisprudência trabalhista consolidada sobre horas *in itinere* evidencia que os Tribunais do Trabalho compreendem, sim, os poderes da negociação coletiva trabalhista, poderes que lhe permitem realizar a denominada *adequação setorial negociada*. Mas, evidentemente, para essa jurisprudência trabalhista, não se trata de poderes ilimitados, avassaladores, aptos a solaparem toda a lógica e sentido humanísticos e sociais da Constituição da República, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil e da legislação trabalhista federal imperativa do país.

27 Eis o texto da Súmula nº 277 do TST, na redação conferida em 2012: “CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012). Res. 185/2012 – DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”.

lógica e estrutura normativas e principiológicas da Constituição da República, que são fundadas, como se sabe, *na centralidade da pessoa humana na ordem social e na ordem jurídica*.

Nessa medida, a aderência contratual das cláusulas instituídas por ACT ou CCT, mas limitada pela revogação promovida pelo subsequente ACT ou CCT (ou seja, o que se denomina também de *ultratividade provisória* ou *ultratividade relativa* das cláusulas coletivas negociadas), é condição *sine qua non* para melhor se assegurar o princípio da *equivalência entre os contratantes coletivos*.

Manter-se um critério interpretativo mediante o qual, em um único dia, dezenas de cláusulas e direitos inerentes a certo ACT ou CCT desapareceriam da regência normativa das categorias e dos contratos de trabalho, abrindo-se dramático limbo jurídico nesse segmento socioeconômico e profissional, consiste em desequilibrar, demasiadamente, de maneira manifestamente *desproporcional*, a balança de poder entre o sindicato de trabalhadores e a respectiva empresa empregadora ou a correspondente categoria econômica.

É necessário se recordar, neste debate, que a Constituição da República, em seu texto original de 1988, apresentava às categorias profissionais do Brasil dois canais de atuação coletiva, caso a negociação coletiva se frustrasse: ou a greve (art. 9º da CF) ou a propositura do dissídio coletivo de natureza econômica (art. 114, § 2º, da CF). Ora, por meio dessa ação coletiva peculiar, a Justiça do Trabalho, mediante o poder normativo judicial, poderia “(...) estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho” (texto original de 1988 do art. 114, § 2º, *in fine*, da CF).

O segundo caminho apresentado – ação de dissídio coletivo de natureza econômica, mesmo sem a ocorrência de greve – era bastante amplo, no regime constitucional original, exigindo-se apenas dos sindicatos de trabalhadores, a par de meros requisitos formais fixados em lei, a prova da ocorrência de *efetiva tentativa de negociação coletiva*. É o que se nota do enfático texto normativo original do § 2º do art. 114 da Constituição: “*Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho*” (grifos acrescidos).

Nesse contexto jurídico favorável aos trabalhadores – de maneira a equilibrar, um pouco mais, as condições de equivalência entre os contratantes coletivos (caso não fosse viável a negociação, poder-se-ia, tranquilamente, propor a ação de dissídio coletivo de natureza econômica, ficando determinado,

pela Constituição, à Justiça do Trabalho “(...) estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho” – antigo § 2º do art. 114 da CF) –, era razoável e proporcional manter-se a redação primitiva da Súmula nº 277 do TST. Assim, em conformidade com essa antiga redação, as cláusulas de ACT ou CCT perdiam validade no prazo final estipulado no documento coletivo, inclusive quanto aos trabalhadores com contratos anteriores e ainda vigentes (interpretação pela ausência de qualquer ultratividade). Naquele contexto histórico, o limbo jurídico não aconteceria, pois a ação de dissídio coletivo era largamente franqueada pela Constituição da República.

Entretanto, com a Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004 (*reforma do Judiciário*), fechou-se, sobremaneira, a possibilidade real de se propor o dissídio coletivo de natureza econômica, caso frustrada a negociação coletiva ou a arbitragem. É que o novo texto do § 2º do art. 114 da Constituição passou a exigir pressuposto processual praticamente irrealizável e intransponível: a presença de “comum acordo” entre as partes coletivas para a propositura do dissídio coletivo de natureza econômica²⁸.

Pretendeu a EC nº 45, com essa reforma, agregar maior incentivo à negociação coletiva trabalhista, por intermédio da redução do anteriormente amplo canal de acesso ao poder normativo da Justiça do Trabalho – que ficaria, desde então, na prática, usualmente aberto apenas às situações fáticas de greve no contexto da empresa ou da categoria.

Embora meritória a reforma constitucional, ela implicava a mudança interpretativa consubstanciada na antiga redação da Súmula nº 277, sob pena de se promover um dramático desequilíbrio de poder entre os seres coletivos trabalhistas (sindicato de trabalhadores *versus* entidade empresarial ou sindicato da categoria econômica). Ora, tamanho desequilíbrio de poder evidencia-se manifestamente incompatível com o princípio da equivalência entre os contratantes coletivos; mais do que isso, revela clara desarmonia com o princípio constitucional da proporcionalidade, além dos princípios humanísticos e sociais da Constituição da República, sem contar sua evidente desarmonia com a lógica constitucional referente ao conceito basilar de Estado Democrático de Direito.

28 Eis o texto do novo art. 114, § 2º, da Constituição, depois da mudança realizada pela EC nº 45/04: “Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente” (grifos acrescidos).

DOCTRINA

Foi o que, felizmente, percebeu a Seção de Dissídios Coletivos do TST, a qual, desde abril de 2008, passou a conferir nova interpretação ao tema da integração provisória das cláusulas de sentença normativa aos contratos, respeitada a possibilidade de revogação por meio de nova sentença normativa ou novo ACT ou CCT. Essa reiterada jurisprudência de quatro anos de sedimentação terminou por dar origem ao novo Precedente Normativo nº 120 da SDC-TST, no ano de 2011.

A equilibrada, proporcional e razoável nova interpretação deflagrada, por vários anos, pela SDC do TST (desde 2008, repita-se), foi, finalmente, incorporada pelo conjunto da Corte Superior Trabalhista, em setembro de 2012, momento em que esta atualizou o sentido de sua antiga Súmula nº 277, harmonizando-a ao novo contexto jurídico existente no país após a *reforma do Judiciário* (EC nº 45/04).

Desse modo, a suspensão dos efeitos jurídicos da interpretação contida na atual redação da Súmula nº 277 do TST promove, lamentavelmente, desproporcional e injusto desequilíbrio de poder entre os contratantes coletivos trabalhistas na ordem jurídica e na sociedade brasileiras, no contexto do direito constitucional e do direito coletivo do trabalho da República Federativa do Brasil. Além disso, desprestigia a negociação coletiva trabalhista, pois se torna manifestamente irracional que qualquer empresa ou qualquer categoria econômica se lance à negociação coletiva sindical quando ostenta tamanha vantagem na ordem jurídica – quer dizer, simplesmente a automática e absoluta supressão de todas as dezenas de cláusulas do ACT ou CCT anterior, na data prefixada no instrumento coletivo²⁹.

VIII – CONCLUSÃO

O presente artigo buscou reexaminar temas do direito constitucional do trabalho e do direito coletivo do trabalho do país em decorrência da inesperada reabertura de debate sobre antigo assunto – que se considerava superado no campo dos estudos e pesquisas acadêmicos e científicos sobre o constitucion-

29 Para retomar o debate acerca das relações entre as regras coletivas negociadas e seu impacto no conteúdo do contrato de trabalho, inclusive ao longo do tempo, com o enfrentamento da tese da *ultratividade relativa*, de duração meramente provisória, das cláusulas de ACTs e CCTs, consultar, no livro deste autor, em sua 7ª edição (LTr, janeiro de 2017), *Direito Coletivo do Trabalho*, dentro de seu Capítulo IV (“Negociação Coletiva Trabalhista”), o item VII (“Diplomas Negociais Coletivos: Efeitos Jurídicos”), especialmente em seu subitem 3 (“Regras Negociais Coletivas e Contrato de Trabalho: Relações”), em suas alíneas “A” (“Aderência Irrestrita: Ultratividade Plena”), “B” (“Aderência Limitada pelo Prazo: sem Ultratividade”) e “C” (“Aderência Limitada por Revogação: Ultratividade Relativa”).

DOCTRINA

lismo e o segmento jurídico-trabalhista brasileiro –, ou seja, a curiosa dualidade de posições conhecida como “o negociado *versus* o legislado”.

Nessa medida, o texto buscou enfrentar as importantes correlações entre a estrutura normativa da Constituição da República Federativa do Brasil, seu conceito fundamental de Estado Democrático de Direito e a negociação coletiva trabalhista. Enfatizou o artigo o significado estrutural da ideia magna de Estado Democrático de Direito, com seu decisivo tripé conceitual – a pessoa humana, com sua dignidade e centralidade; a sociedade política, desde que democrática e inclusiva; e a sociedade civil, desde que, igualmente, democrática e inclusiva.

O estudo destacou ainda a relevância dos princípios constitucionais humanísticos e sociais, apontando como lançam influência efetiva sobre o conjunto jurídico geral, seja constitucional, seja infraconstitucional, inclusive, e, fortemente, sobre as dinâmicas inerentes ao exercício de poder na sociedade civil.

Logo em sequência, o artigo passou à análise de quatro princípios especiais do direito coletivo do trabalho, que interagem vigorosamente com a negociação coletiva: o princípio da equivalência entre os contratantes coletivos; o princípio da lealdade e transparência entre os contratantes coletivos; o princípio da criatividade da negociação coletiva trabalhista; e, finalmente, o princípio da adequação setorial negociada.

Por fim, o texto foi concluído com o exame das novas leituras feitas sobre princípios do direito coletivo do trabalho no interior de decisões recentes do Supremo Tribunal Federal.

O que se espera, na presente análise, é contribuir para o diálogo científico, acadêmico e institucional acerca de tema de suma relevância para a ordem jurídica do país, com impactos impressionantes sobre sua realidade social, econômica, cultural e institucional.

NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO: UMA PROPOSTA EM QUE TODOS PERDEM. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS, UM ELOQUENTE EXEMPLO

Paulo Douglas Almeida de Moraes*

“Os homens embarcam nos trens,
mas já não sabem mais o que procuram.”
(Antoine de Saint-Exupéry, em *O Pequeno Príncipe*).

RESUMO

A abordagem teórico-científica do direito por vezes turva a realidade e impede que os destinatários da norma percebam a real dimensão do impacto que certas inovações normativas produzem nas suas vidas. Por essa razão, o presente estudo busca no recente exemplo do setor do transporte rodoviário elementos que permitam, de forma bastante empírica, demonstrar que, além dos motoristas, os transportadores também sofrem graves consequências da aplicação do “negociado sobre o legislado”, bem como que o sistema sindical, em especial o laboral, não se mostra preparado para assumir o posto de legislador setorial, seja pelo evidente desequilíbrio de forças entre patrões e empregados, o que leva a uma verdadeira “guerra sindical”, seja pela falta de legitimidade sindical. Num exercício de prospecção da realidade observada no setor de transportes para um cenário de aplicação indiscriminada do “negociado sobre o legislado”, pretende-se demonstrar que a avidez por baratear o custo da mão de obra conduz ao empobrecimento sistemático e progressivo da classe média, fato que implica uma perigosa retração do mercado interno brasileiro

* Procurador do trabalho da 24ª Região; ex-juiz do trabalho da 15ª Região; ex-auditor fiscal do trabalho; secretário-geral do Instituto de Pesquisas e Estudos Aplicados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho – IPEATRA; coordenador da Coordenadoria de Promoção da Liberdade Sindical – CONALIS/ MPT no Estado do Mato Grosso do Sul; bacharel em Direito e Administração de Empresas; pós-graduado em Administração de Sistemas e de Informações Gerenciais.

em razão da queda no poder de consumo das famílias. Portanto, empobrecer de modo generalizado os trabalhadores, ao invés de ajudar o país a melhorar sua competitividade, tende a gerar um empobrecimento também de mais de 94% dos empresários que têm os consumidores dos seus produtos e serviços no mercado interno. Não se trata, porém, de repudiar a negociação coletiva. Ao contrário, reconhece-se seu importante papel no complexo mundo do trabalho. No entanto, o exercício da autonomia coletiva da vontade reclama critérios e requisitos para que não passe de remédio a veneno. É essencial que o fruto da negociação coletiva observe o princípio da *adequação setorial negociada* e que eventual reforma trabalhista seja precedida de uma reforma sindical focada em conferir capacidade para que o sistema sindical cumpra sua missão institucional. Por fim, tendo em vista a afirmação de que a reforma trabalhista é urgente e necessária para reverter o grave quadro de desemprego do país, é preciso reconhecer que a efetiva geração de empregos decorre da retomada da dinamização econômica. Neste sentido, a proposta do “negociado sobre o legislado” segue em sentido contrário, pois tende a agravar a crise fragilizando talvez o único trunfo que ainda resta – o mercado interno brasileiro.

1 – INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a polêmica proposta de inversão da pirâmide normativa trabalhista, que alça os instrumentos coletivos a uma posição de superioridade em relação à norma ordinária e que termina por subtrair o caráter imperativo do direito do trabalho.

Em que pese a densa implicação de natureza jurídica que a questão envolve, a investigação ora proposta trilha caminho menos jurídico e mais pragmático, focando os efeitos imediatos e secundários do “negociado sobre o legislado” em face dos principais atores econômicos envolvidos: empregados, empregadores e consumidores.

Busca-se fugir, na medida do possível, da tentadora força atrativa que o debate jurídico-científico exerce sobre os operadores do direito, pois o foco eminentemente jurídico acaba por ocultar fatores e elementos que impactarão violentamente a vida não apenas dos trabalhadores, mas também da esmagadora maioria dos empregadores.

Com efeito, as longas e prazerosas digressões jurídicas ofuscam os devastadores efeitos econômicos da proposta, dificultando a percepção, por parte dos destinatários da proposta, dos reais impactos na sua condição social e econômica.

Busca-se cumprir a missão acima com base na recente experiência já vivenciada no segmento do transporte rodoviário de cargas, que, agora regulado pela Lei nº 13.103/2015, conta com amplo espaço para que as condições de trabalho sejam estabelecidas por meio de instrumentos coletivos.

Por fim, fazendo rápidas incursões jurídicas, reconhece-se o relevante papel da negociação coletiva no bojo das relações de trabalho, uma vez que é por meio dela que se confere a necessária plasticidade às normas trabalhistas, demonstrando que não se busca “demonizar” a negociação coletiva, mas tão somente apontar as premissas necessárias para que sejam elevadas as chances de sucesso da ampliação do alcance da autonomia coletiva da vontade, notadamente o resgate da legitimidade sindical e o condicionamento à observância ao *princípio da adequação setorial negociada* como critério de validade das disposições coletivas.

2 – A EXPERIÊNCIA DA SUPREMACIA NEGOCIAL NO SETOR DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS

A atividade do transporte rodoviário de cargas, embora figurasse (e ainda figura) como a campeã em mortes em acidentes do trabalho, seguia sem regramento específico até o ano de 2012, quando adveio a Lei nº 12.619/2012.

A Lei nº 12.619/2012 foi fruto de um extraordinário empenho das confederações patronal e laboral do segmento de transportes, cuja aproximação se deu em razão da provocação feita pelo Ministério Público do Trabalho por meio de ação civil pública que levou trabalhadores e transportadores à mesa de negociação em busca de soluções para a gravíssima situação constatada em relação ao uso de drogas por motoristas como forma de suportarem as longas e desumanas jornadas de trabalho.

Em linhas gerais, a Lei nº 12.619/2012, produzida por empregadores e empregados, estabeleceu claramente a obrigação de o transportador controlar de modo fidedigno a jornada dos seus motoristas, bem como delimitou a jornada de trabalho destes profissionais em observância ao parâmetro constitucional de oito horas diárias com no máximo duas horas extras e, no que toca à remuneração dos trabalhadores, restringiu o pagamento por meio de comissões.

Embora empregados e empregadores tenham produzido uma norma com um inédito consenso, faltou um ator na mesa de negociações – o consumidor.

Em que pesem os impressionantes resultados positivos produzidos pela norma, mesmo antes de sua entrada em vigor os principais consumidores do serviço de transporte se opuseram a ela, eis que sua aplicação implicaria a ele-

vação do custo do frete. A oposição veio dos produtores rurais e das *tradings* embarcadoras de *commodities*.

A partir daí, instalou-se, sob controle da bancada ruralista do Congresso Nacional, a Comissão Especial dos Motoristas – CEMOTOR, a qual produziu o texto que veio a dar origem à Lei nº 13.103/2015, que atualmente regula o setor.

A nova lei trilhou caminho diametralmente diverso daquele seguido pela Lei nº 12.619/2012. Ela, dentre outras inovações, elevou o limite de jornada de trabalho, estabeleceu hipóteses sem qualquer limite e preconiza o pagamento por comissão.

Resumidamente, a Lei nº 13.103/2015 legalizou o sistema de trabalho que era observado antes da Lei nº 12.619/2012 e que produzia milhares de mortes e acidentes que poderiam ser prevenidos pelo efetivo controle da jornada de trabalho.

Essa experiência é especialmente interessante para a presente análise, pois parte substancial das flexibilizações introduzidas pela Lei nº 13.103/2015 possui eficácia condicionada à negociação coletiva. Ademais, embora com pouco tempo de vigência, já é possível aferir o grau de permissividade contido nos instrumentos coletivos já pactuados, além de prospectar as vantagens e desvantagens para empregados, empregadores e consumidores quanto à eventual adoção da proposta do “negociado sobre o legislado” em todos os setores econômicos nacionais.

2.1 – As aberturas dadas pela Lei nº 13.103/2015 à negociação coletiva

O notável prestígio que a Lei nº 13.103/2015 conferiu à autonomia coletiva da vontade faz dela um excelente observatório das implicações da proposta do “negociado sobre o legislado” sobre todos seus destinatários.

Abaixo seguem os dispositivos que condicionam a validade de flexibilizações ao aceite laboral por meio de convenção ou acordo coletivo.

A possibilidade de fracionamento do intervalo intrajornada dos motoristas do transporte coletivo de pessoas, conforme nova redação dada ao art. 71, § 5º, da CLT:

“Art. 71 (...)

(...)

§ 5º *O intervalo expresso no caput poderá ser reduzido e/ou fracionado, e aquele estabelecido no § 1º poderá ser fracionado, quando compreendidos entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora trabalhada, desde que previsto em convenção ou acordo co-*

DOUTRINA

letivo de trabalho, ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais de trabalho a que são submetidos estritamente os motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros, mantida a remuneração e concedidos intervalos para descanso menores ao final de cada viagem.”

Talvez a mais ousada delegação consiste na regra introduzida no art. 235-C, *caput*, da CLT, que confere ao sindicato o poder de decidir se os motoristas podem exceder a jornada normal de trabalho em até quatro horas extras, conforme se infere pelo dispositivo abaixo:

“Art. 235-C. A jornada diária de trabalho do motorista profissional será de 8 (oito) horas, admitindo-se a sua prorrogação por até 2 (duas) horas extraordinárias ou, *mediante previsão em convenção ou acordo coletivo, por até 4 (quatro) horas extraordinárias.*”

No caso de transporte de cargas vivas, perecíveis ou especiais, o legislador foi ainda mais longe, atribuiu aos sindicatos a tarefa de disciplinar genérica e abstratamente as condições de trabalho do motorista, inclusive a jornada de trabalho, destacando, porém, que a finalidade é assegurar a entrega da carga ao destino final, *verbis*:

“§ 8º Para o transporte de *cargas vivas, perecíveis e especiais* em longa distância ou em território estrangeiro poderão ser aplicadas regras conforme a especificidade da operação de transporte realizada, *cujas condições de trabalho serão fixadas em convenção ou acordo coletivo de modo a assegurar* as adequadas condições de viagem e *entrega ao destino final.*”

Por fim, a lei abre a possibilidade da adoção da jornada 12x36, desde que mediante convenção ou acordo coletivo.

“Art. 235-F. *Convenção e acordo coletivo poderão prever jornada especial de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso* para o trabalho do motorista profissional empregado em regime de compensação.”

Como é fácil constatar, a Lei nº 13.103/2015 antecipa em grande medida a proposta do “negociado sobre o legislado” no segmento do transporte rodoviário de cargas e de pessoas.

A questão que se impõe perquirir é: qual a qualidade e o nível de proteção conferido pelas convenções e pelos acordos coletivos firmados sob a égide dessa norma?

Questionado de outro modo, a lei efetivamente ampliou o alcance da autonomia coletiva dos sindicatos ou, em termos práticos, simplesmente reduziu a extensão de direitos fundamentais trabalhistas?

2.2 – A desproteção resultante das negociações coletivas

O receio de que a banalização do excesso de jornada não fosse contida pelo condicionamento à negociação coletiva (art. 235-C, *caput*, da CLT) se mostrou precedente.

Numa contradição desconcertante, ainda durante o processo legislativo conduzido açodadamente na CEMOTOR, alguns sindicatos laborais, sem hesitar, começaram a pactuar convenções coletivas inspiradas no texto do projeto de lei em construção, mas não só isso, eles chegaram, ainda sem permissivo legal, a formular cláusulas ainda mais desfavoráveis do que as regras previstas no projeto de lei.

Sim, enquanto as federações paulista e paranaense, bem como a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Terrestre – CNTTT, protagonizavam efusivos e corajosos discursos contra as mudanças pretendidas pelo agronegócio em Brasília, alguns dos sindicatos a elas filiados já se antecipavam em aplicar as regras “precarizantes” em discussão.

Agora, com a efetiva vigência da Lei nº 13.103/2015, constata-se que a maioria das convenções e dos acordos coletivos do setor absorveu integralmente as inovações da lei, admitindo sem qualquer restrição a aplicação das exceções, sobretudo com relação à flexibilização da jornada de trabalho.

Especificamente no que se refere à prorrogação da jornada de trabalho, a título ilustrativo segue a cláusula pactuada na Convenção Coletiva 2016/2017 numa das maiores bases do país¹, o Estado de São Paulo e região:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA SÉTIMA – HORAS EXTRAS – PRORROGAÇÃO

As empresas interessadas poderão realizar Acordos Coletivos de Trabalho com o sindicato profissional, com a finalidade de possibilitar a prorrogação da Jornada de Trabalho, em caráter específico, nos termos do art. 235-C da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.103/2015. A prorrogação somente será autorizada após a realização de Acordo Coletivo de Trabalho e será de no máximo até 4 (quatro) horas extras diárias.”

1 Disponível em: <<http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/Resumo/ResumoVisualizar?NrSolicitacao=MR036504/2016>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

DOCTRINA

Verifica-se que, embora remetendo para o âmbito do acordo coletivo, a convenção já acena com a possibilidade de permissão de prorrogação da jornada até o limite máximo previsto em lei.

No Mato Grosso do Sul, base territorial onde este autor exerce suas atividades, não obstante haja um grande esforço conjunto entre os sindicatos (laboral e patronal) e o Ministério Público do Trabalho voltado para garantir o controle fidedigno da jornada do motorista, no que se refere à flexibilização da jornada de trabalho, as disposições coletivas vigentes (2016/2017)² ilustram com clareza solar a extrema absorção e aplicação das disposições “precarizantes” da Lei nº 13.103/2015, *in litteris*:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA – JORNADA DE TRABALHO

O empregador de comum acordo com o empregado, desde que não haja prejuízo ao empregado, poderá alterar o horário de trabalho do empregado, mesmo de diurno para noturno e vice-versa, sem que isto determine alteração contratual prejudicial ao empregado, a não ser o acréscimo de 20% sobre a hora normal quando a transferência ocorrer do período diurno para o noturno.

Parágrafo único. A jornada de trabalho do motorista será regulada conforme as disposições da Lei nº 13.103/2015.

(...)

CLÁUSULA VIGÉSIMA OITAVA – PRORROGAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO DOS MOTORISTAS

A jornada diária de trabalho do motorista profissional será de 8 (oito) horas, admitindo-se a sua prorrogação por até 2 (duas) horas extraordinárias.

Parágrafo único. A jornada de trabalho prevista no *caput* da presente cláusula poderá ser prorrogada por até 4 (quatro) horas extraordinárias, nos termos da permissão contida no art. 235-C da CLT, redação alterada pela Lei nº 13.103/2015, mediante a formalização de acordo coletivo de trabalho.

(...)

CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUARTA – FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO DO MOTORISTA

2 Disponível em: <<http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/Resumo/ResumoVisualizar?NrSolicitacao=MR057865/2016>>. Acesso em: 21 nov./2016.

DOCTRINA

Nos termos do § 13 do art. 235-C da CLT (redação dada pelo art. 6º da Lei nº 13.103/2015), o começo e o fim da jornada de trabalho do motorista não é fixo, podendo iniciar e terminar em qualquer hora do dia, porquanto, é inerente ao exercício da função a total liberdade do motorista em gerir o seu tempo.

Parágrafo único. O tempo de espera previsto na Lei nº 13.103/2015 poderá começar e terminar antes de iniciada a jornada de trabalho do motorista.”

As cláusulas coletivas acima transcritas justificariam um artigo especificamente destinado a abordar o seu caráter flexibilizatório e seus respectivos limites de constitucionalidade, mas para não fugir do foco fiquemos apenas na análise da abertura para que acordos coletivos assimilem a sobrejornada de quatro horas.

Com base na cláusula vigésima oitava da referida convenção coletiva, conforme consulta ao *site* do Ministério do Trabalho, constata-se que já foram, até a data da finalização do presente texto, registrados sete acordos coletivos, todos autorizando as quatro horas extraordinárias. Tal fato corrobora a afirmação de que o suposto filtro sindical para a adoção das normas flexibilizatórias não se mostra eficaz.

Que situação insólita se vê o motorista profissional: desprotegido pelo Estado legislador com a chancela do seu próprio sindicato.

2.3 – Fatores determinantes para a desproteção sindical

Deveria surpreender o fato de os sindicatos de trabalhadores subscreverem instrumentos coletivos que expõem seus trabalhadores representados ao risco de morte e que favorecem o uso indiscriminado de drogas para suportarem as longas jornadas, dito de outro modo, deveria causar perplexidade o fato de o sindicato laboral exercer sua autonomia coletiva da vontade para desproteger e não para resguardar a segurança e a dignidade dos trabalhadores.

O segmento dos transportes nos ensina que dois fatores intimamente relacionados são cruciais para que tal situação ocorra de modo generalizado em todo o Brasil: o déficit de legitimidade sindical e a pressão patronal.

2.3.1 – Baixa legitimidade sindical

Esse fator reclama um pequeno recuo ao processo de feitura da Lei nº 13.103/2015.

Ironicamente, o respaldo popular que levou à edição da Lei nº 13.103/2015 decorreu de paralisações nas rodovias atribuídas aos caminhoneiros, passando

DOCTRINA

para a sociedade a impressão que os motoristas estariam pressionando o governo para que a lei fosse alterada.

Ou seja, os trabalhadores estariam pressionando para que não houvesse limitação de jornada, para que não houvesse pagamento do tempo de reserva, para que não houvesse pagamento de 130% a título de tempo de espera, para que o tempo de descanso entre jornadas fosse reduzido de 11 para oito horas. Enfim, pressionando para perder (e perder muito) direitos.

Um completo absurdo que só se explicou quando as investigações do Ministério Público do Trabalho constataram que os líderes de tais movimentos eram donos de postos de combustíveis, proprietários de autopeças, “donos” de cooperativas de transporte. Eram tudo, menos caminhoneiros, mas a mídia não se preocupou em analisar o paradoxo de o motorista exigir nas estradas que lhes fossem deferidas condições indignas de trabalho, ficando para a sociedade a falsa ideia de que a revisão legislativa fora desejada pelos próprios motoristas.

Pois bem, esse processo, como já mencionado, foi acompanhado de perto pelo Ministério Público do Trabalho, tanto que no enfrentamento ao primeiro movimento patronal, ou seja, o *lockout*, foi impetrado o primeiro (e até o momento o único) *habeas corpus coletivo* da história da Justiça do Trabalho (Processo 01656-2012-020-10-00-1), no qual figurou como entidade coatora uma associação que representa interesses eminentemente empresariais do setor.

As agremiações sindicais laborais, lideradas pela Confederação dos Trabalhadores no Transporte Terrestre – CNTTT, também acompanharam e repudiaram as falsas manifestações de motoristas, assim como resistiram ao intento da bancada ruralista do Congresso em praticamente revogar a Lei nº 12.619/2012. Foram colocadas faixas na via que leva do aeroporto de Brasília até o Eixo Monumental afirmando que, se alterassem a Lei nº 12.619/2012, “o Brasil iria parar”, numa clara alusão a um movimento paredista verdadeiramente laboral.

O que se viu, porém, foram sucessivas ameaças sem nenhuma ação concreta, pois os representantes dos produtores rurais, dos transportadores e dos embarcadores sabiam que os sindicatos laborais não possuíam a força que afirmavam ter, sabiam que se os sindicatos convocassem uma greve não seriam seguidos por nenhum motorista.

As faixas foram silenciosamente retiradas das ruas de Brasília sem que um motorista sequer tenha sido chamado a parar para lutar pelos seus direitos.

Como se vê, a baixa representatividade e a ausência de autêntica legitimidade dos sindicatos laborais não apenas facilitaram a aprovação da Lei

nº 13.103/2015 como se apresentaram determinantes para que estes mesmos sindicatos passassem a subscrever instrumentos coletivos baseados em regras por eles repudiadas durante o processo legislativo.

2.3.2 – *Chantagem patronal e “guerra sindical”*

A adesão dos sindicatos de trabalhadores às permissividades “precarizantes” da Lei nº 13.103/2015 não foi uniforme.

As federações laborais mais combativas resistiram às investidas patronais, ao passo que nas unidades federadas com federações mais lenientes a adesão chegou a antecipar-se à própria vigência da lei.

Recentemente, num seminário jurídico realizado pela Federação dos Trabalhadores Rodoviários do Paraná – FETROPAR, a federação mais organizada e combativa do país, o depoimento de um dos mais ilustres advogados da federação foi contundente. Em tom de desabafo, disse ele:

“Nós aqui do Paraná conseguimos resistir apenas três meses até ter que aceitar celebrar acordos com as 12 horas de jornada. Isso porque as empresas passaram a ameaçar mudar sua sede para Estados onde essa jornada já havia sido aceita pelos sindicatos.”

Trata-se de uma verdadeira chantagem patronal combinada, o que é pior, com uma certa “guerra sindical”.

A exemplo do que assistimos ocorrer entre os Estados da Federação na área tributária, na qual se fala em “guerra fiscal” para que um Estado ofereça melhores condições e benefícios do que outro para atrair empresas, a Lei nº 13.103/2015, ao instituir o “negociado sobre o legislado” no setor de transporte, gerou uma espécie de “guerra sindical”, na qual o sindicato que cede antes atrai mais representados para a sua base, em detrimento daquele sindicato que busca dosar sua autonomia coletiva da vontade segundo os verdadeiros interesses dos seus representados.

Esse movimento conduz a concessões laborais progressivas em favor dos empregadores, nivelando os instrumentos coletivos ao menor patamar de proteção possível.

A partir daí é possível prospectar o que teremos num cenário do “negociado sobre o legislado” em todos os setores da economia brasileira.

2.4 – Quem se beneficiou e quem se prejudicou com o sistema instituído pela Lei nº 13.103/2015?

Resgatando o que fora dito na introdução, a análise que se busca fazer visa identificar eventuais benefícios ou malefícios para os três principais atores da dinâmica econômica: trabalhadores, empregadores e consumidores.

Conforme historiado, trabalhadores e empregadores, com a mediação do Ministério Público do Trabalho, produziram o texto que se converteu na Lei nº 12.619/2012, enquanto os consumidores (produtores rurais e embarcadores), descontentes com a consequente elevação do custo do frete, se mobilizaram e deram origem à Lei nº 13.103/2015.

Há pouco mais de um ano de vigência da Lei nº 13.103/2015 já é possível observar seus resultados e identificar, dentre esses atores, quem ganhou e quem perdeu.

2.4.1 – Os trabalhadores (motoristas)

Os motoristas profissionais compõem o grupo que, sem dúvida, mais perdeu com a nova lei. Tais conclusões podem ser extraídas pela mera comparação entre o texto da Lei nº 12.619/2012 e o da Lei nº 13.103/2015, uma vez que se elevou a carga horária de trabalho por um lado e reduziu-se a remuneração dos trabalhadores por outro.

Mais grave ainda foi o tratamento dado ao principal fundamento que motivou toda a discussão em torno do regramento da atividade de transporte: o uso de drogas para suportar longas jornadas de trabalho.

A nova lei introduziu a exigência do exame toxicológico para a categoria (admissional, demissional e na renovação da Carteira Nacional de Habilitação) como uma panaceia para tão complexa questão, passando a ideia de que o motorista não seria vítima do sistema, mas, sim, o único responsável pelo indiscriminado uso de drogas no setor.

Em outubro de 2015, o Ministério Público do Trabalho e a Polícia Rodoviária Federal realizaram uma operação nas cidades sul-mato-grossenses de Campo Grande e Jaraguari visando checar a evolução do uso de drogas pelos motoristas.

Como a Lei nº 13.103/2015 autoriza, mediante negociação coletiva, que os condutores de produtos perecíveis trabalhem sem limite de jornada (art. 235-D, § 8º, da CLT), a operação se deu tanto na rodovia BR 163 como na Central de Abastecimento do Estado, a CEASA/MS.

Os resultados foram impressionantes.

Em 2012, com a Lei nº 12.619/2012 já em vigência, foram testadas amostras de motoristas na mesma BR 163 em Campo Grande/MS, cujos resultados apontaram 13% de positividade clínica para uso de drogas, principalmente cocaína.

Embora seja um percentual elevado, representou uma importante queda em comparação às aferições feitas em 2007, quando o índice foi de 30% de positividade.

Nos dias 6 e 7 de outubro de 2015, com a plena vigência da nova Lei nº 13.103/2015, foram colhidos questionários e testados para urina e queratina mais 103 motoristas. O nível de positividade clínica observado na CEASA chegou ao incrível índice de 56% e na BR 163 ao não menos alarmante patamar de 28%, ficando a média geral em 33% de positividade, sempre com prevalência da cocaína.

O salto de 13% de positividade em 2012 para 33% em 2015 demonstra que as novas regras da Lei nº 13.103/2015 produziram um quadro significativamente mais perigoso e socialmente injusto para a sociedade e para os motoristas.

Essa constatação, já por demais evidente, mostra-se irrefutável quando analisada a dramática situação dos motoristas que transportam perecíveis, na medida em que os motoristas testados na CEASA apontaram 56% de positividade.

A experiência demonstra que os sindicatos simplesmente reproduzem o texto da lei nas convenções coletivas, sem qualquer suporte técnico ou mesmo razão lógica para tanto. Não se observa nenhuma preocupação real com as trágicas consequências da aplicação dos acordos sobre a vida e a morte dos motoristas.

2.4.2 – Os empregadores (transportadoras)

Diversamente do que ocorreu com as discussões que levaram à edição da Lei nº 12.619/2012, nas quais os debates foram mediados pelo Ministério Público do Trabalho, na CEMOTOR houve o domínio, num primeiro momento, apenas dos interesses dos produtores rurais e dos embarcadores.

Contudo, ao longo do processo de discussão os transportadores viram a oportunidade de introduzirem regras que também atendessem aos seus interesses, mas que não conseguiram introduzir na Lei nº 12.619/2012 em razão da mediação ministerial.

Diante disso, seria de se esperar que uma lei criada para atender também aos interesses dos empregadores gerasse importantes benefícios econômicos para os transportadores. Mas não foi o que ocorreu.

DOCTRINA

Na verdade, assim como os motoristas, os transportadores perderam o principal benefício que buscavam auferir com a regulação do setor: a segurança jurídica.

Sim, os motoristas perderam a garantia de condições dignas de trabalho e os transportadores, dada a falta de razoabilidade da lei, perderam a segurança jurídica.

Mas sob o ponto de vista econômico, como ficou a situação dos transportadores? Ganharam ou perderam?

Ora, a nova lei ampliou drasticamente a jornada de trabalho, suprimiu o pagamento da reserva, reduziu de 130% para 30% a indenização do tempo de espera. Portanto, barateou muito um dos mais importantes insumos do serviço prestado: a mão de obra dos motoristas.

Seria esperado, portanto, que os transportadores ampliassem seus lucros. Certo?

Não, errado!

Os transportadores não levaram em consideração premissas econômicas básicas que fazem com que quaisquer reduções generalizadas na planilha de custos do setor sejam apropriadas não pelos transportadores, mas, sim, pelos embarcadores.

O setor de transportes tem nos embarcadores seu maior consumidor. Trata-se de um grupo muito pequeno de grandes *tradings* que comercializam as *commodities* brasileiras, portanto, é um setor econômico oligopolizado.

Por essa razão, os embarcadores acabam por ocupar o polo forte na dinâmica comercial dos transportes, instituindo um verdadeiro leilão pelo frete mais barato.

Os transportadores, por seu turno, reduzem ao máximo o preço do frete em busca do contrato, razão pela qual transferem eventuais benefícios obtidos nas negociações com os motoristas para os embarcadores.

Diante dessa realidade já desnudada, cabe questionar: por que então os transportadores simplesmente não param de pactuar regras que levam a exploração do motorista a níveis extremos já que isso não os beneficia em nada?

A resposta é dada pela dinâmica viciosa instituída pelo “negociado sobre o legislado” num mercado de serviços dominado por poucos tomadores de serviço.

Neste cenário vige a regra de que, “se eu não ‘precarizar’, o vizinho vai ‘precarizar’ e eu fico sem o contrato. Portanto, melhor ‘precarizar’ e garantir o contrato”.

É devido a essa lógica, que só interessa aos consumidores (embarcadores e produtores rurais), que os transportadores pressionam os sindicatos de

motoristas a pactuarem instrumentos coletivos que permitam ao empregador explorar até o limite máximo admitido pela lei, de modo a garantir margem de negociação dos transportadores com os embarcadores.

2.4.3 – Os consumidores (embarcadores e produtores rurais)

Fácil perceber que os grandes consumidores do serviço de transporte rodoviário de cargas são os únicos beneficiados pela lógica de máxima exploração dos motoristas.

Neste exemplo concreto percebemos que ao menos um dos atores (os consumidores) se beneficia de uma legislação submetida à “livre-negociação”, mas, conforme será melhor abordado à frente, quando generalizamos a adoção do “negociado sobre o legislado” sobre toda a economia, não há ganhadores.

3 – ANÁLISE INDUTIVA DO CASO DOS TRANSPORTES PARA O CENÁRIO DO “NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO” APLICADO EM TODA A ECONOMIA

A partir das vicissitudes da experiência do transporte rodoviário é possível antever alguns dos impactos que a proposta do “negociado sobre o legislado” produzirá na sociedade.

O direito do trabalho numa dinâmica capitalista é, sem dúvida, o mais importante mecanismo de transferência de renda do capital para o trabalho.

Segundo dados recentemente divulgados pela Receita Federal³, no Brasil, os 5% mais ricos possuem 28% da renda bruta e 28% dos bens e direitos brasileiros. “É uma concentração bastante elevada”, conforme classificou o secretário de política econômica, Manoel Pires.

Considerando essa brutal concentração de renda nacional, o direito do trabalho, sob o ponto de vista econômico, assume papel vital para garantir a saúde do mercado interno. Isso porque, assim como observado no exemplo do transporte rodoviário, é possível afirmar que, dada a baixa legitimidade sindical, as negociações coletivas tendem a rebaixar o patamar de proteção dos trabalhadores e isso, em termos econômicos, significa que menos renda será transferida dos empregadores para os trabalhadores.

Um impacto especialmente importante carece de análise mais pormenorizada – a tendência ao sistemático empobrecimento da classe média.

3 Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/noticias/2016/maio/200bspe-divulga-relatorio-sobre-a-distribuicao-da-renda-no-brasil>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

DOCTRINA

O fato de a Lei nº 13.103/2015 atingir apenas uma única atividade econômica impede que o desequilíbrio na distribuição de renda entre motoristas e transportadores/embarcadores produza o empobrecimento da classe média.

O mesmo não pode ser dito se a livre-negociação nas relações de trabalho for adotada como regra geral.

É inescapável concluir que, como a proposta do “negociado sobre o legislado” atingiria todos os segmentos econômicos do país, haveria reflexos negativos diretos na transferência de renda dos empregadores para os trabalhadores e, considerando ser população economicamente ativa composta majoritariamente por trabalhadores, é forçoso reconhecer que a proposta produziria o empobrecimento sistemático da classe média brasileira.

O empobrecimento da classe média produziria, por sua vez, o efeito secundário de redução da capacidade de consumo do mercado interno brasileiro. Com isso, todas as empresas que produzem bens e serviços para o mercado interno sofreriam inflexão na sua demanda, com maior ênfase aos segmentos voltados para produtos e serviços tidos por supérfluos.

Segundo dados do IBGE⁴ (gráfico abaixo), 71% das empresas empregam até quatro empregados, 15,8% empregam entre cinco e nove trabalhadores e 7,8% possuem entre 10 e 19 empregados, ou seja, 94,6% das empresas brasileiras possuem perfil de micro e pequena empresa, vocacionadas para atuarem no mercado interno. Daí ser razoável supor que, no médio prazo, a lógica intrínseca do “negociado sobre o legislado” produziria o empobrecimento da esmagadora maioria dos empregadores brasileiros.



4 Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Metodologia das Estatísticas de Empresas, Cadastros e Classificações, Cadastro Central de Empresas 2014.

DOCTRINA

A análise das contas nacionais, também publicadas pelo IBGE, ajuda a compreender a dimensão e a importância do consumo interno para a geração de riqueza no Brasil.

Contas de consumo interno/ Demanda interna final no PIB do Brasil

	<i>Consumo do governo</i>	<i>Consumo das ISFLSF</i>	<i>Consumo das famílias</i>	<i>Formação bruta de capital fixo</i>	<i>Variação de estoque</i>	<i>Demanda final interna</i>
% PIB	18,96	1,58	49,37	18,13	1,10	89,14

Fonte: Matriz Insumo Produto do Brasil – IBGE referente ao ano de 2010.

A tabela acima demonstra que 89,14% do Produto Interno Bruto – PIB brasileiro correspondem à produção e ao consumo internos, bem como que 49,37% derivam exclusivamente do consumo das famílias. Sendo assim, empobrecer a classe média (famílias) implica afetar praticamente a metade do consumo que impulsiona o PIB nacional.

Não é exagero afirmar que, sob o viés econômico, a proposta do “negociado sobre legislado” representa uma verdadeira catástrofe para toda a sociedade.

Neste cenário, os únicos a se apropriarem de algum benefício dessa proposta seriam os empregadores que produzem bens destinados ao mercado externo, em geral grandes empresas multinacionais ligadas aos setores siderúrgicos e de *commodities*.

4 – OS PRESSUPOSTOS PARA O PROFÍCUO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA COLETIVA DA VONTADE

A proposta de ampliar o espectro da negociação coletiva não traduz, em si, medida indesejável. Ao contrário, conforme já aludido, a negociação coletiva é fundamental para que as relações de trabalho se adaptem a cada situação concreta da melhor forma possível.

O Brasil é um país complexo demais para que uma legislação completamente rígida viesse a regular as relações de trabalho em todos os segmentos econômicos, daí já ser a Consolidação das Leis do Trabalho o estatuto legal mais flexível e permeável à negociação coletiva.

A crítica que se faz não se dirige, portanto, à negociação coletiva em si, mas, sim, à pretensa prevalência do acordado sobre normas que resguardam o chamado patamar mínimo civilizatório dos trabalhadores.

Há necessidade de que sejam estabelecidos limites e critérios claros para que o exercício da autonomia coletiva dos sindicatos não se converta em

instrumento de opressão e de supressão de garantias legais e constitucionais deferidas aos trabalhadores, garantias estas que, secundariamente, resguardam a distribuição de renda essencial para a dinamização da economia.

Afinal, conforme já dito, o direito do trabalho é o mais importante instrumento capitalista para distribuição de renda e para a redução das desigualdades sociais. Instrumento esse que garante o poder de consumo do nosso mercado interno e faz girar a roda da economia em benefício não apenas dos próprios trabalhadores, como também da imensa maioria dos empresários brasileiros.

Interessa, pois, ao sistema capitalista de produção que o direito do trabalho opere com plenitude, mas a proposta do “negociado sobre o legislado” segue caminho diametralmente oposto, pois ao simplesmente inverter a pirâmide normativa trabalhista, colocando os instrumentos coletivos acima da Consolidação das Leis do Trabalho, ela desnatura por completo o direito do trabalho, subtraindo desse ramo jurídico seu caráter cogente, tornando-o inútil para cumprir a finalidade para a qual se destina.

Não é demais lembrar que, em termos históricos, convivíamos até pouco tempo com a escravidão e, sob essa perspectiva, o direito do trabalho guarda no seu caráter cogente o requisito essencial para que não se tenha o retorno da “lei de talião” nas relações de trabalho, na qual o empregador impõe ao trabalhador as condições que bem entender.

Neste contexto, o direito do trabalho passaria a ser meramente decorativo e o compromisso constitucional de promover o bem comum da sociedade por meio da garantia da dignidade humana e do valor social do trabalho (arts. 1º, I e III, 5º, *caput*, e 170 da CF) perderia totalmente seu conteúdo.

Outro aspecto, de cunho fático, que inviabiliza o intento governamental nos termos propostos diz respeito ao sistema sindical brasileiro, que se apresenta totalmente despreparado para, legitimamente, se arvorar à função de legislador setorial dos seus trabalhadores representados. É este o primeiro viés a ser melhor investigado a seguir.

4.1 – Necessário resgate da legitimidade do sistema sindical

O sindicato seria, sem dúvida, a mais importante instância de proteção dos trabalhadores, dada sua capilaridade e capacidade de dialogar com os empregadores conhecendo profundamente a natureza dos conflitos coletivos em cada situação concreta. Somente depois da atuação sindical viriam a Auditoria Fiscal do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho. Mas a realidade infelizmente não é essa.

DOCTRINA

Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD⁵, a taxa média de sindicalização no Brasil de 2001 a 2011 é de apenas 18%, denotando a baixa adesão dos trabalhadores aos respectivos sindicatos.

O primeiro pressuposto para que o espaço conferido à autonomia coletiva da vontade seja ampliado é garantir a legitimidade do sistema sindical brasileiro, uma vez que a cúpula sindical, em todos os níveis, via de regra, se encontra demasiadamente afastada da base de trabalhadores representados.

É no mínimo temerário pensar em negociação coletiva sobrepondo à legislação, se os dirigentes sindicais não possuem condições materiais e técnicas para, legitimamente, criar regras em nome de trabalhadores que não os reconhecem como seus verdadeiros representantes e líderes.

Conforme demonstrado no caso do transporte rodoviário, verifica-se, com honrosas exceções, que os sindicatos não possuem qualquer respaldo para mobilizar os trabalhadores num eventual embate em busca de melhores condições de trabalho. Ao contrário, observa-se que por vezes os sindicatos laborais estão mais próximos das empresas do que dos trabalhadores.

O sistema sindical brasileiro, diversamente do ocorrido na Europa, não foi fruto de conflitos de massa entre os trabalhadores e os patrões, fato que retira da gênese do sindicalismo brasileiro a noção de que seu espaço tenha sido conquistado.

Por aqui, o sistema sindical foi resultado da implantação do modelo italiano na era Vargas, foi uma conquista sem luta. Isso explica, em parte, a docilidade do sindicalismo nacional, que nasceu e seguiu rigidamente controlado e subvencionado pelo Estado.

Aqui cabe um parêntese: a subvenção é, em verdade, privada, eis que decorrente da contribuição dos empregados. Todavia, o caráter compulsório de tal contribuição é uma benesse estatal, ou seja, trata-se de uma cortesia estatal feita aos sindicatos com o chapéu dos próprios trabalhadores.

Com a Constituição de 1988, a despeito do prolatado princípio da liberdade sindical, os sindicatos, apegados à subvenção correspondente à contribuição sindical, não apenas mantiveram o princípio da unicidade sindical como garantiram a continuidade do imposto sindical, acrescentando, ainda, a chamada contribuição confederativa ao texto da Lei Maior.

Em verdade, a partir de 1988 a degradação do sistema sindical se agravou, uma vez que a combinação de subvenção compulsória, unicidade sindical

5 Disponível em: <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=7&op=2&vcodigo=PD318&t=pessoas-10-anos-mais-idade-ocupadas>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

DOCTRINA

e liberdade sindical criou o ambiente perfeito para o indesejável afastamento entre trabalhadores e líderes sindicais.

O atual modelo sindical desestimula a alternância do poder, subvertendo profundamente o princípio republicano no âmbito das associações de classe.

O sistema sindical vigente possibilita uma verdadeira perpetuação no poder por meio de duas medidas: a drástica redução dos trabalhadores filiados combinada com a revisão dos estatutos sindicais para estabelecer regras que concentrem na diretoria todos os poderes e todo o controle sobre as eleições sindicais.

Esse movimento, que é observado de norte a sul e de leste a oeste no Brasil, ocorre porque os dirigentes sindicais sabem que a unicidade sindical lhes afasta a ameaça de um sindicato “concorrente”, bem como que podem contar com a contribuição sindical independentemente da filiação dos trabalhadores ao sindicato e, por fim, estão cientes de que não terão suas atividades inspecionadas por nenhuma autoridade administrativa.

O impacto desse modelo sindical é brutal sobre a qualidade dos instrumentos coletivos.

O que se vê geralmente são longas convenções coletivas reproduzindo textos de lei e, nos pontos em que há inovações, estas por vezes vêm no sentido de flexibilizar *in pejus* as garantias legais dos trabalhadores.

O setor econômico pinçado como exemplo no presente texto bem ilustra essa lamentável realidade. Quem poderia supor que um sindicato de motoristas fosse autorizar que seus representados pudessem realizar até quatro horas extras em uma atividade notoriamente de risco?

Não seria razoável supor tal contrassenso, mas a realidade demonstra que mesmo os sindicatos mais combativos conseguiram resistir por apenas três meses!

Verifica-se, assim, que não se pode pensar em reforma trabalhista sem antes reformar o sistema sindical.

É imprescindível destacar que a liberdade sindical não é um direito titularizado apenas pelos sindicatos e seus líderes, uma vez que os principais destinatários desse bem jurídico são os trabalhadores. Trabalhadores estes que esperam dos seus sindicatos verdadeiramente livres uma efetiva proteção.

Nesta senda, a autêntica liberdade sindical pressupõe o fim ou, no mínimo, a mitigação da unicidade sindical, de modo a garantir ao trabalhador a liberdade para se filiar ao sindicato que melhor represente seus interesses,

gerando, assim, um movimento progressivo de reaproximação entre a base de trabalhadores e a cúpula sindical.

Não é por outra razão que qualquer reforma sindical que busque verdadeiramente fortalecer o sistema sindical deve considerar seriamente a ratificação da Convenção Internacional nº 87 da OIT, cujo texto preconiza a pluralidade sindical.

4.2 – Observância ao princípio da adequação setorial negociada: ponderação entre o valor social do trabalho e a autonomia coletiva da vontade

Conforme aludido nas linhas iniciais, a abordagem jurídica ficou propositalmente num segundo plano, visando conferir maior visibilidade ao fato de que não apenas os trabalhadores perdem com a proposta, mas que também os empresários são seriamente prejudicados.

A outra razão para deixar o aspecto jurídico para o segundo momento é o fato de que a proposta como vem sendo noticiada encontra fragilidades jurídicas de evidência gritante e, tendo em vista que há mais de duas décadas os operadores do direito do trabalho se debruçam sobre os requisitos de validade dos acordos e das convenções coletivas de trabalho (requisitos estes simplesmente ignorados pela proposta), não haveria muita dialeticidade neste debate jurídico. Ledo engano.

As regras e os princípios normativos possuem carga axiológica proveniente diretamente da Constituição Federal, que lhes confere sentido e finalidade, de modo que, num juízo de ponderação, quando dois ou mais princípios aparentam colisão, há que se recorrer a esse sentido deontológico para identificar o devido espaço de cada princípio analisado, cuidando para que nenhum deles sucumba completamente ao outro.

A proposta do “negociado sobre o legislado” possui o condão de, potencialmente, promover o aparente conflito entre o princípio do valor social do trabalho e o da autonomia coletiva da vontade.

A doutrina e a jurisprudência juslaboral, como já consignado, possuem sólida compreensão e posição sobre esse aparente conflito, e quem melhor delineou tal questão foi o brilhante Ministro do c. Tribunal Superior do Trabalho Mauricio Godinho Delgado, que, ao analisar o espaço reservado à negociação coletiva em face da legislação heterônoma, formulou dois princípios basilares e complementares: *princípio da criatividade jurídica* e *princípio da adequação setorial negociada*.

Ao discorrer sobre o *princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva*, o destacado doutrinador esclarece que essa peculiaridade, inerente ao direito do trabalho, consistente em conferir aos sindicatos o poder de, no bojo do processo coletivo negocial, produzir norma autônoma com eficácia legal, constitui a pedra angular que sustenta o próprio direito coletivo do trabalho, senão vejamos as lições do mestre⁶:

“1. Princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva.

O princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva traduz a noção de que os processos negociais coletivos e seus instrumentos (contrato coletivo, acordo coletivo e convenção coletiva do trabalho) têm real poder de criar norma jurídica (com qualidades, prerrogativas e efeitos próprios a estas), em harmonia com a normatividade heterônoma estatal.

Tal princípio, na verdade, consubstancia a própria justificativa de existência do direito coletivo do trabalho (...).”

Embora não apenas reconhecendo, mas também enaltecendo, a legitimidade e a possibilidade de produção normativa sindical no exercício da sua autonomia coletiva da vontade, Godinho alerta que “se torna necessário discutir-se a respeito da harmonização de tais normas coletivas negociadas ao conjunto da normatividade estatal trabalhista – o que será tratado pelo princípio a seguir disposto, da adequação setorial negociada”⁷.

Como se observa, o *princípio da adequação setorial negociada*, reconhecendo que a autonomia coletiva da vontade não ostenta a condição de princípio absoluto, se propõe a solucionar o potencial conflito aparente entre a autonomia coletiva da vontade e o valor social do trabalho, conforme se infere pelas lúcidas lições de Godinho⁸:

“2. Princípio da adequação setorial negociada.

Este princípio trata das possibilidades e dos limites jurídicos da negociação coletiva. Ou seja, os critérios de harmonização entre as normas jurídicas oriundas da negociação coletiva (através da consumação do princípio de sua criatividade jurídica) e as normas jurídicas provenientes da legislação heterônoma estatal.

(...)

6 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTR, 2015. p. 1.417.

7 *Ibidem*, p. 1.419.

8 *Ibidem*, p. 1.419-1.420.

DOCTRINA

Em que medida as normas juscoletivas podem se contrapor às normas jusindividuais imperativas estatais existentes? Desse dilema é que trata o que denominamos princípio da adequação setorial negociada (...).

(...)

Pelo princípio da adequação setorial negociada as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).”

Como se observa, com base no *princípio da adequação setorial negociada*, a árdua tarefa de verificação de validade das normas coletivas é reduzida à verificação de dois critérios objetivos: se a norma coletiva eleva o patamar de proteção do trabalhador ou, havendo transação, se esta não se deu sobre direito indisponível.

Cabe, porém, especial atenção para que as lições de Godinho não sejam subvertidas. O notável doutrinador conclui sua exposição sobre o princípio da *adequação setorial negociada* reconhecendo a possibilidade de que a própria regra heterônoma estatal relativize seu caráter imperativo, abrindo espaço para a regulação coletiva, tal qual ocorreu com a fartamente referida Lei nº 13.103/2015, *verbis*:

“Observe-se, por fim, que a jurisprudência, passadas duas décadas de eficácia da Constituição, tem buscado aferir a adequação setorial negociada de modo bastante objetivo e transparente. Nessa linha, de maneira geral, tem considerado que, estando a parcela assegurada por norma imperativa estatal (Constituição, Leis Federais, Tratados e Convenções Internacionais ratificadas), ela prevalece soberanamente, sem possibilidade jurídica de supressão ou restrição pela negociação coletiva trabalhista – salvo se a própria regra heterônoma estatal abrir espaço à interveniência da norma coletiva negociada.”

A ressalva final precisa ser cuidadosamente analisada, para não se chegar à equivocada conclusão de que bastaria a lei, genericamente, delegar aos

DOCTRINA

sindicatos o poder de dispor contrariamente aos seus termos para que toda e qualquer pactuação coletiva fosse tida por juridicamente válida.

Insta ressaltar que a própria atividade legiferante encontra limites. Ela deve observar os parâmetros e os limites constitucionais, sob pena de banimento do ordenamento jurídico pela via da ação direta de inconstitucionalidade.

Surpreendentemente, a despeito da solidez do posicionamento sobre a matéria na seara trabalhista, o debate em torno da viabilidade jurídico-constitucional da proposta do “negociado sobre o legislado” indicia que renderá calorosas discussões.

Aparentando trilhar caminho um tanto inusitado, recentemente o eminente Ministro Teori Zavascki proferiu decisão monocrática nos autos do Recurso Extraordinário 895.759 reconhecendo validade a instrumento coletivo que suprimiu o pagamento da jornada *in itinere*, direito este que, albergado no art. 58, § 2º, da CLT, gozaria de indisponibilidade absoluta por se apresentar como corolário do princípio do valor social do trabalho, do direito constitucional à saúde e, por evidente, do direito à limitação de jornada de trabalho a parâmetros razoáveis.

Não se busca no presente ensaio questionar o acerto ou não da referida decisão singular, que deverá ser novamente analisada pelo plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal, mas como a discussão será travada na Corte constitucional, é imperioso ressaltar o suporte constitucional do princípio da *adequação setorial negociada*.

Sendo assim, questiona-se: ainda que contássemos com um sistema sindical forte (o que infelizmente não é o caso), haveria viabilidade jurídico-constitucional para uma proposta que delegasse, sem limites e sem critérios, aos entes sindicais o poder de formular instrumentos coletivos com eficácia superior à legal?

Entendemos que não.

Nem mesmo por emenda constitucional tal desiderato poderia ser licitamente atingido, pois eventual revisão *in pejus* do disposto no art. 7º, *caput*, da CF esbarraria na impossibilidade de emenda que vulnere cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF), bem como violaria o princípio da vedação ao retrocesso social.

Os defensores da proposta se ancoram no disposto no inciso XXVI do mesmo art. 7º da Constituição, extraindo a interpretação de que tal inciso conferiria validade às convenções e aos acordos coletivos independentemente de uma análise do seu conteúdo, *verbis*:

DOCTRINA

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.”

Consiste em regra básica de hermenêutica que, ao interpretar um inciso, alínea ou parágrafo, deve ser considerado o sentido dado pelo seu *caput*, de modo que é grosseiramente forçada a interpretação que confere validade a instrumento coletivo que não vise à melhoria da condição social do trabalhador, pois tal finalidade foi expressamente gravada pelo constituinte originário na cabeça do art. 7º.

Ora, se a condição de elevar a condição social do trabalhador vincula até mesmo os legisladores constituintes derivados e ordinário, com maior razão está plenamente vinculado o dirigente sindical no exercício da sua autonomia coletiva da vontade.

Portanto, quaisquer normas que advenham de eventual reforma trabalhista que implique na autorização, implícita ou explícita, para que convenções e acordos coletivos se sobreponham à lei deverão receber interpretação conforme à Constituição no sentido de que suas disposições terão sua validade condicionada à verificação de que estas promovem, de modo efetivo, a melhoria da condição social do trabalhador.

Nesse diapasão, quaisquer instrumentos coletivos celebrados com base em cláusula legal delegatória, seja ela geral ou específica, possui sua validade condicionada à observância ao *princípio da adequação setorial negociada*.

5 – CONCLUSÃO E PROPOSIÇÕES

A grave crise econômica brasileira não encontra no direito do trabalho sua origem, mas ele pode ser parte da solução.

Uma reforma trabalhista, precedida de uma corajosa reforma sindical, focada em absorver as novas tecnologias da informação para desburocratizar o controle sobre a relação de emprego, concorreria para uma saudável redução dos custos empresariais, por outro lado, não é por meio da amputação do caráter imperativo do direito do trabalho que a crise será superada e a geração de empregos será retomada. É preciso ser realista. Não se contrata um empregado para cumprir uma função social, eles são contratados para que contribuam com seu trabalho na produção do bem ou serviço que o empregador vende aos seus clientes.

DOUTRINA

Portanto, a efetiva geração de empregos pressupõe aquecimento de demanda pelos produtos e serviços produzidos pelos empregadores.

Além de falaciosa, a proposta de “modernização das leis trabalhistas” baseada no barateamento da mão de obra por meio da redução de direitos trabalhistas contribui fortemente para o agravamento da crise.

Com efeito, o trabalhador é empregado, mas também é consumidor. Ao reduzir direitos do trabalhador, estar-se-ia empobrecendo seu próprio consumidor e, por conseguinte, realimentando o ciclo vicioso da crise econômica. Trata-se de um movimento autofágico fatal para empregados, empregadores e consumidores.

Conforme discorrido ao longo do presente texto, a aplicação do “negociado sobre o legislado” no setor de transportes rodoviários atende aos interesses apenas dos grandes tomadores dos serviços de transporte em detrimento dos interesses dos motoristas, da sociedade usuária das rodovias brasileiras e até mesmo dos transportadores.

A prospecção desse exemplo para uma aplicação da proposta sobre todos os setores da economia é muito mais contundente, pois, como já dito, geraria o empobrecimento sistemático e crescente de toda a classe média, atingindo num primeiro momento a massa de trabalhadores e, no segundo, mais de 94% dos empresários brasileiros. Seria um cenário em que todos perderiam!

Não se trata de hostilizar gratuitamente as iniciativas de revisões normativas, mas de orientá-las para a garantia do bem comum e do interesse social.

Um maior protagonismo sindical é bem-vindo e desejável, no entanto, qualquer proposta que vise ampliar o alcance da autonomia coletiva da vontade reclama, previamente, uma reforma sindical que discuta com seriedade a ratificação da Convenção Internacional nº 87 da Organização Internacional do Trabalho.

Superada a fase do necessário e urgente resgate da legitimidade do sistema sindical, é fundamental que qualquer reforma que amplie o espaço da autonomia coletiva sindical condicione seu exercício à observância do princípio da *adequação setorial negociada*.

Por fim, peço licença aos leitores para narrar um diálogo casual que inspirou a linha que resolvi adotar neste singelo artigo. Trata-se de uma recente conversa que tive com minha querida irmã, empresária do setor de vidros, abordando o “negociado sobre o legislado”:

“– Paulo, eu estou muito otimista com a possibilidade de poder negociar as condições de trabalho dos meus funcionários com o sindicato,

DOCTRINA

acho que pagamos muito caro hoje em dia e poderemos melhorar isso para os empresários. Está muito difícil ser patroa!

– Mana, a crise está aí, mas me diga: barateando o custo dos seus empregados você pretende contratar mais pessoas?

– Não, só vou melhorar minha planilha de custos. Não preciso de mais gente.

– Entendi...

– Mas, mana, se o dono da padaria vizinha à sua empresa, o dono da farmácia, o dono do restaurante, se todos pensarem como você, quem irá comprar os seus vidros?”

E você, embarcou no trem da “modernização das leis trabalhistas”? Você sabe o que procura? Tem ideia do que irá encontrar?

ENTRE A NORMATIZAÇÃO ESTATAL E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA: OS DESAFIOS DA PROTEÇÃO SOCIAL AO TRABALHO

Renata Queiroz Dutra*

INTRODUÇÃO

Em um contexto político e judicial em que propostas de reforma trabalhista ganham lugar, a discussão a respeito da prevalência do negociado sobre o legislado tem merecido atenção.

A matéria, que é objeto dos Projetos de Lei ns. 4.193/2012 e 4.962/2016¹, já havia sido tratada em umas das emendas à Medida Provisória nº 680/2015, assim como havia sido objeto de uma série de projetos propostos no final da década de 1990, sem êxito (v.g., Projeto de Lei nº 5.483/01).

O tema também foi abordado em recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento de recursos extraordinários, contrariaram a jurisprudência do TST sobre a matéria, para autorizar uma liberdade mais ampla da negociação coletiva, especificamente em relação à quitação geral do contrato de trabalho pela adesão a Plano de Desligamento Voluntário instituído por negociação coletiva e em relação à renúncia ao pagamento das horas de trajeto instituída por instrumento negociado².

No bojo da atual crise econômica, em que a ideia de imperatividade de uma reforma trabalhista ganha lugar, essa medida tem aparecido como ponto central das propostas defendidas por alguns setores.

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia; doutoranda e mestra em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília; servidora da Justiça do Trabalho.

1 Em síntese, propõem alteração da redação dos arts. 611 e 618 da CLT para fazer constar, respectivamente, as seguintes redações: “As normas de natureza trabalhista, ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo, prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem as normas de ordem constitucional e as normas de higiene, saúde e segurança do trabalho” e “As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de medicina e segurança do trabalho”.

2 STF, Pleno, RE 590.415/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 29.05.2015; STF, RE 895.759/PE, Rel. Min. Teori Zavascki, decisão monocrática, DJe 13.09.2016.

DOCTRINA

O fundamento apresentado para tanto é, sobretudo, a insatisfação com o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre o conteúdo dos acordos e convenções coletivas de trabalho, que, por meio da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, vinha declarando nulas cláusulas coletivas que avançavam sobre o conteúdo mínimo de normas de saúde e segurança ou que apresentavam atos de renúncia a direitos assegurados pela legislação estatal heterônoma. Defende-se, de forma geral, que a negociação poderia flexibilizar e modernizar a regulação do trabalho.

Todavia, o campo da flexibilização, sobretudo em matéria de jornada de trabalho, já vem sendo largamente pela Constituição Federal, inclusive na leitura feita pelas Cortes trabalhistas (basta observar, por exemplo, o teor das Súmulas ns. 85, 423 e 444 do TST). Essa dimensão de flexibilidade alcança também a matéria salarial, como dispõe o art. 7º, VI, da CF/88, com o reforço recentemente assegurado pelo PPE (Lei nº 13.189/2015). De igual forma, o campo da criatividade coletiva para ampliação de direitos sempre fora respaldado pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

A modificação que se pretende, portanto, ocupa um lugar muito específico: a possibilidade de negociação coletiva, voltada para a flexibilização (redução ou renúncia) de direitos trabalhistas, em temas que ultrapassam o rol específico de matérias passíveis de flexibilização de acordo com a Constituição (arts. 7º, XVI, XIII e XIV, da Constituição da República)³, alcançando toda a disciplina infraconstitucional das relações de trabalho, ressaltando-se o que se entende, estritamente, como matéria de saúde e segurança.

Para problematizar o tema, o presente ensaio se propõe a pensar a complexidade do Direito do Trabalho ao conviver com a existência de normatividades estatais e normatividades autonomamente criadas pelas partes envolvidas no conflito capital e trabalho. Nessa senda, a proposta é analisar os modelos existentes, no Direito Comparado, de balanceamento dessas fontes do Direito do Trabalho, situando as opções brasileiras nesse contexto.

Em seguida, compreendendo o Direito como um objeto social, que se transforma com o fluir do tempo e das transformações econômicas e sociais, será feito um resgate das transformações pelas quais passou a negociação coletiva e as funções que ela desempenha, ao longo do último quartel do século XX.

3 A esse respeito, consultar: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito. Acordos coletivos de trabalho: possibilidades e limites firmados pela Constituição Federal de 1988. In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo Macedo de Brito (Org.). *Trabalho, Constituição e cidadania*. São Paulo: LTr, 2014. p. 374.

Partindo desse arcabouço, será feito, a partir de um breve levantamento de dados recentes sobre sindicalização, negociações coletivas e greves no Brasil, um diagnóstico possível do papel da negociação coletiva na conjuntura atual das relações de trabalho nacionais, a partir de dados empíricos coletados por centros de pesquisa.

Por fim, serão apresentadas reflexões críticas sobre os possíveis impactos de uma negociação coletiva não limitada pela legislação heterônoma nesse cenário.

1 – RELAÇÕES ENTRE A LEGISLAÇÃO ESTATAL HETERÔNOMA E AUTÔNOMA: MODELOS E POSSIBILIDADES

Os primórdios do processo de industrialização e do fenômeno do assalariamento não foram marcados por uma prévia regulação estatal que pensasse o Direito do Trabalho. Fruto que é das transformações do mundo do trabalho e da consolidação do capitalismo, o Direito do Trabalho surge precisamente da luta coletiva e da organização dos trabalhadores em associações e sindicatos para reivindicação de condições mínimas de trabalho.

Nesse momento, as negociações coletivas, enquanto fato social não normatizado, foram propulsoras do discurso de proteção e das garantias mínimas trabalhistas. Superada a fase inicial de efervescência da luta coletiva, a consolidação das conquistas da classe trabalhadora se deu por meio da institucionalização dos direitos conquistados, que se fez através da criação, aprofundamento e posterior constitucionalização da legislação protetiva do trabalho⁴. Todavia, a dimensão coletiva das relações e dos conflitos trabalhistas não deixou de conviver com a normatização estatal já consagrada.

Na expressão de Sayonara Grillo:

“Não há história do direito do trabalho e seus mecanismos de regulação sem a compreensão do desenvolvimento da autonomia coletiva de seus protagonistas, sem a expressão dos movimentos das coletividades do trabalho para a aquisição de direitos, extraestatais e estatais.”⁵

A complexidade e particularidade das relações de trabalho residem em grande medida no fato de que a cada contrato de trabalho individualmente firmado subjaz um espectro coletivo de outras relações que se identificam com aquela e que adquirem, nos processos de afirmação e reivindicação de direitos da

4 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

5 SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008. p. 46

classe trabalhadora, importância decisiva⁶. É por isso que, embora não se negue, com base em concepções pluralistas, a existência de outras fontes jurídicas que não a estatal em todo o Direito, no campo do Direito do Trabalho tal dicotomia ostenta reconhecimento e vigor mais significativos, razão porque a necessidade de administrá-la margeia toda a construção do edifício do Direito do Trabalho.

Classicamente, Orlando Gomes designa o Direito Individual do Trabalho como “ramo largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar, juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego”⁷. Por outro lado, o mesmo autor refere ao Direito Coletivo do Trabalho como ramo jurídico “construído a partir de uma relação entre seres teoricamente equivalentes: seres coletivos ambos, o empregador de um lado e, de outro, o ser coletivo obreiro, mediante as organizações sindicais”⁸.

Mais que uma dimensão propulsora do Direito Estatal, portanto, o Direito Coletivo do Trabalho, instrumentalizado, sobretudo, pela negociação coletiva, se apresenta como espaço privilegiado de enfrentamento e equivalência de forças entre empregados e empregadores, já que ali supostamente se eliminara a assimetria inerente à relação individual de trabalho. Esse espaço, além de construtor da regulação do trabalho, vem se apresentando como relevante termômetro do amadurecimento das relações democráticas entre classes.

Dado o seu caráter intrínseco ao Direito do Trabalho, a convivência entre negociação coletiva e legislação estatal foi experimentada em diversos países e conjunturas, embora de modos bastante diversos. Mauricio Godinho Delgado aponta que a convivência entre a legislação estatal e as negociações coletivas passou por experiências ora mais democráticas, ora mais autoritárias, sendo certo que, dentre as experiências democráticas, modelos mais liberais e modelos mais protetivos se diferenciaram⁹.

Delgado classifica tais experiências conforme o seguinte esquema teórico: *modelos justralhistas democráticos*, os quais se subdividem entre os modelos de *normatização autônoma e privatística (modelo negociado)* e os de *normatização privatística subordinada (modelo legislado)*. No primeiro, as normas seriam produzidas a partir da sociedade civil, muitas vezes independentemente de serem absorvidas legislativamente pelo Estado. Seriam expoentes essa op-

6 BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

7 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 80.

8 *Idem, ibidem*.

9 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016. p. 101.

ção, os Estados Unidos da América e a Inglaterra¹⁰. No segundo modelo, sem negar o espaço da negociação coletiva e da criação de normas jurídicas pela sociedade civil, o Estado delimita de forma importante a atuação dos agentes particulares, subordinando sua criatividade. A limitação referida ocorreria tanto na perspectiva de normatizar os procedimentos para a negociação coletiva quanto para estabelecer conteúdos mínimos, concretizando aquilo que o autor denomina de “adequação setorial negociada”. Esse modelo seria representado pela experiência francesa¹¹.

Ao lado dessas experiências, Delgado elenca a *experiência autoritária do modelo de normatização subordinada estatal*, por meio do qual o Estado repudiaria a noção e a dinâmica do conflito, proibindo-o expressamente e absorvendo, em seu seio e por meio de seu aparelho, as práticas para sua solução¹². Nesse caso, a legislação antecipa possíveis conflitos e sufoca as perspectivas de participação social em sua elaboração. Como expoentes desse modelo, Delgado elenca: Alemanha nazista, Itália, Espanha, Portugal e, inclusive, Brasil, *no momento anterior à Constituição de 1988*.

Sayonara Grillo, por seu turno, se ampara no esquema teórico de Uriarte, identificando experiências que são classificadas em três grandes grupos. Elenca, primeiro, o *modelo abstencionista*, caracterizado pelo *laissez faire* coletivo britânico, com abstenção da legislação heterônoma, porém marcado historicamente por uma trajetória de organização coletiva forte e com avanços significativos na negociação coletiva. Registra que, em países como Inglaterra, Irlanda e Dinamarca, a autorregulação coletiva, por uma série de razões históricas e de opções políticas dos sujeitos envolvidos, adquiriu maior relevância que a legislação estatal. Por força disso, progressivamente, as relações de trabalho foram deixando de ser individualmente contratadas e passaram a ser previamente definidas no espaço da negociação coletiva. Nesse modelo, mesmo em países que, aos poucos, passaram a ter mais instrumentos legislados, a negociação seguiu tendo importante papel na ampliação dos direitos. Pontua a autora que a legislação, nesses países, desempenha um papel negativo de promoção da negociação¹³.

Segundo, identifica os *modelos intervencionistas*, que se subdividem dois submodelos. Um primeiro, *intervencionista de garantia e promoção*, que é peculiar ao Estado de Bem-Estar Social ou *Welfare State*, no qual se dese-

10 *Idem*, p. 101.

11 *Idem*, p. 102.

12 *Idem*, p. 103.

13 SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008. p. 47-48.

nha uma legislação de sustento, que funciona como paradigma de proteção, reservando-se à negociação coletiva o espaço para impulsionamento desses ganhos. Materializou-se com o consenso fordista e se amparou sobremaneira na ideia de justiça econômica que fora reforçada na segunda metade do século XX, com atribuição de novos papéis ao Estado a partir do pensamento keynesiano. Nesse caso, como bem observa Sayonara Grillo,

“o conceito de sustento e promoção à atividade sindical não se dirige apenas à garantia dos direitos procedimentais para os sujeitos coletivos. (...) Ela incide sobre as relações individuais, no sentido de assegurar o exercício de direitos individuais e de cidadania no local de trabalho, compreendendo o trabalhador como sujeito, como protagonista da vida sindical e política.”¹⁴

Um segundo modelo intervencionista, de vertente oposta, seria o *intervencionista de controle e limitação*, como ocorreram com as experiências fascistas e totalitárias, em que o reconhecimento da necessidade de intervenção do Estado na negociação coletiva advinha de uma perspectiva política mais ampla de controle, incompatível com a atuação democrática da sociedade civil. Registra a autora que tal modelo foi observado na Alemanha nazista, nas experiências de fascismo da Itália e da Espanha e também na França, em 1940.

Por fim, Sayonara Grillo traz à baila a experiência do *modelo socialista*, nos quais se dava uma verdadeira fusão entre sindicatos e partidos, confundindo o espectro da negociação coletiva e suas potencialidades específicas.

É importante observar que, excluídas as experiências autoritárias, não existe, *a priori*, uma conclusão a respeito da superioridade deste ou daquele modelo, senão de sua funcionalidade para articular, em determinado contexto geográfico e histórico, as relações entre capital e trabalho, mantendo patamares de dignidade adequados.

Nas palavras de Sayonara Grillo:

“Importa apreender que se institutos e instituições jurídicas são datados, expressões (atrasadas ou avançadas) de seu tempo, e em maior força, também são transitórios, certas configurações dos direitos do trabalho, as demandas, necessidades e resistências ensejam as relações de trabalho, permanecem e mesmo metamorfoseadas constituem fundamentos para construção e reconstrução das relações laborais.”¹⁵

14 *Idem*, p. 80.

15 SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008. p. 64.

Por exemplo, o modelo do *laissez faire* coletivo britânico, com a maturidade alcançada no âmbito das relações coletivas naquele país, permitiu avanço e democratização das relações de trabalho. Entretanto, é cediço que o referido modelo tende a ser mais sensível aos momentos de crises, nas quais os trabalhadores costumam amargar duras consequências. Assim, apresenta-se como um modelo incapaz de estabelecer equilíbrio em conjunturas diversas da prosperidade econômica¹⁶. Em economias estáveis, em que estas situações sejam excepcionais, contudo, tal estratégia adquire contornos interessantes. De outro lado, em situações de instabilidade econômica e política, as conquistas e os patamares mínimos de proteção ao trabalho parecem melhor assegurados pelo modelo interventivo, que, não sem razão, foi a base escolhida para albergar, na maior parte dos países europeus, o Estado de Bem-Estar Social, nos 30 anos gloriosos, a que reporta Castel¹⁷. Nesse quadro, democratização e direitos fundamentais são associados.

De outro lado, a existência de legislação estatal, como alerta Delgado, não significa inviabilizar a auto-organização coletiva dos trabalhadores ou a autoadministração dos conflitos que resultam de sua atuação coletiva. Para o autor, se admitida a legislação estatal, mas eliminadas as formas de controle ou cooptação do movimento sindical pelo Estado, a legislação social acaba por figurar como produto social que se soma à atuação coletiva obreira, afirmando um padrão democrático de gestão do trabalho: “Não esteriliza o avanço político, social e cultural da classe trabalhadora, porque não lhe retira o essencial senso de cidadania e de sujeito social, nucleares à existência e consolidação de qualquer convivência democrática”¹⁸.

Portanto, uma série de variáveis orienta a eleição de modelos para relacionamento entre legislado e negociado no âmbito das relações de trabalho, e ela passa necessariamente por respeito aos contextos históricos e políticos locais, bem como pela vigília aos graus de democratização, amadurecimento e solidez das estruturas sindicais envolvidas. Dentro de um marco constitucional, como o inaugurado e conservado pela Constituição de 1988, alterações na arquitetura da regulação do trabalho devem passar, necessariamente pela avaliação de sua possibilidade de preservação e incremento dos direitos sociais e da proteção à pessoa humana.

Nessa senda, pensar em índices de sindicalização, representatividade sindical, grau de liberdade e autonomia das entidades sindicais, assim como na

16 *Idem*, p. 71.

17 CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

18 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016. p. 105.

democracia interna das entidades representativas de empregados e empregadores é pressuposto para compreender a viabilidade de modelos em que mais liberdade ou mais proteção são assegurados no Direito Coletivo do Trabalho.

2 – FUNÇÕES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E SUA TRANSFORMAÇÃO NO TEMPO

As transformações no mundo do trabalho, observadas, sobretudo, ao final da década de 1970, com o fenômeno da reestruturação produtiva pós-fordista e a ascensão do pensamento neoliberal como política de Estado e também racionalidade¹⁹ para as relações de trabalho e para a vida dos indivíduos, evidentemente deixaram sua marca também no âmbito das relações coletivas de trabalho.

Como relata Ricardo Antunes, ao final do período de apogeu do fordismo e da fase keynesiana, o capitalismo passou a apresentar sinais de crise. O autor resume esses sinais em seis itens: 1) a queda da taxa de lucro, atribuída, entre outros elementos, ao aumento do valor da força de trabalho, que decorreu da intensificação das lutas sociais na década de 1960; 2) o esgotamento do padrão de acumulação taylorista/fordista, então incapaz de responder à retração do consumo, decorrente, em grande parte, do desemprego estrutural; 3) a hipertrofia da esfera financeira, que ganhava autonomia em face dos capitais produtivos, colocando-se como espaço prioritário para especulação; 4) a maior concentração de capitais, em razão do predomínio de empresas monopolistas e oligopolistas; 5) a crise do Estado Social, manifestada pela crise fiscal vivenciada dentro da própria máquina estatal, a demandar a retração dos gastos públicos com custos sociais, então transferidos para o capital privado; e, por fim, 6) o remodelamento do Estado, com tendências de privatização, desregulamentação e flexibilização do processo produtivo, do mercado e da força de trabalho²⁰.

Harvey articula elementos como a profunda recessão de 1973, que fora exacerbada pelo choque do petróleo, para desencadear o movimento que culminou na derrocada do compromisso fordista. As décadas de 1970 e 1980 são apontadas como período de conturbada reestruturação econômica e de reajustamento social e político, sendo esse espaço de incertezas e oscilações o gestor de novas experiências de organização industrial e da vida política e social, com demandas por um regime de acumulação e sistemas de regulação distintos²¹.

19 DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

20 ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 31-32.

21 HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2003. p. 140.

DOCTRINA

Também segundo Antunes, o período é marcado por mutações intensas, de ordem econômica, social, política, ideológica e, sobretudo, com fortes repercussões “na subjetividade e nos valores constitutivos da classe-que-vive-do-trabalho”²².

Esse contexto foi acompanhado pelo desenvolvimento do processo de globalização, que decorreu da generalização do sistema capitalista, da nova revolução tecnológica (a chamada Terceira Revolução Industrial) e da hegemonia financeiro-especulativa, com a priorização da reprodução capitalista por meio da especulação, sem compromisso com as capacidades produtivas, da qual decorreu o endividamento dos países de capitalismo periférico²³.

A Terceira Revolução Industrial, com mecanização e robotização intensivas, compõe esse cenário reduzindo postos de trabalho em setores em que, historicamente, se demandava muita mão de obra, o que incitou a reformulação produtiva. Pertinente, todavia, a observação de Mauricio Godinho Delgado no sentido de que a tecnologia, ainda que elimine a demanda de trabalho em alguns polos, evidentemente cria novas ocupações e demandas não imaginadas no período anterior, não se justificando a crença apocalíptica na perda da relevância do trabalho em face da revolução tecnológica, tampouco em sua substituição integral pela máquina²⁴.

Antunes pontua que, embora a crise efetivamente se apresentasse como uma crise estrutural, que deitava suas raízes nos pilares essenciais do modo de produção capitalista, a resposta do sistema a esse contexto atuou na superfície do problema, “na sua dimensão fenomênica”: “tratava-se, para o capital, de reorganizar o ciclo reprodutivo preservando seus fundamentos essenciais”²⁵. O foco do processo, portanto, consistiu em reformular o binômio fordismo/taylorismo para restabelecer os patamares de acumulação vislumbrados no pós-guerra.

Imprescindível, pois, compreender as bases do modelo taylorista/fordista de produção e o compromisso social-democrático, fundante do modelo de Estado Social, que o assentava²⁶.

22 *Idem*, p. 37.

23 DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. São Paulo: LTr, 2006. p. 13-27.

24 *Idem*, p. 37-39.

25 ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 38.

26 ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 40.

DOCTRINA

O binômio fordista/taylorista, que capitaneou os processos produtivos da grande indústria no século XX, se assentava na lógica de uma produção homogeneizada, em larga escala e marcada pela verticalização. As indústrias de então, pesadas e agigantadas, englobavam todo o processo produtivo, recorrendo apenas excepcionalmente a fornecimentos externos²⁷.

Com relação ao trabalho, havia controle intenso de seu ritmo e predominava a racionalização das operações, para evitar o desperdício de tempo e de material. A lógica da divisão do trabalho era maximizada, com atribuição a cada trabalhador, de uma parcela ínfima do processo produtivo, a ser executada repetitivamente ao longo da jornada²⁸.

Nas palavras de Ricardo Antunes, a lógica da esteira de produção fordista, que marcava a produção em série, foi mesclada com o cronômetro taylorista para extrair o máximo de trabalho dos obreiros ao mesmo tempo em que o processo de parcelamento e fragmentação do trabalho correspondia à desapropriação do saber dos trabalhadores, para quem o conhecimento da integralidade do processo produtivo passava a ser despiciendo, na medida em que eram isolados na infinita repetição de uma única tarefa²⁹.

Ramalho e Santana observam que o pensamento taylorista radicava-se na premissa de que o trabalhador era um ser indolente e que, para contornar essa característica, seria necessário promover a separação entre a concepção e a execução do trabalho, ficando a gerência com a parte intelectual e os trabalhadores com o aspecto manual. Com isso se produzia hierarquização e desqualificação (pouca ou nenhuma aceitação do “saber operário”) no interior do processo do trabalho, ao mesmo tempo em que a disciplina se tornava o eixo central exigido para os obreiros³⁰.

Já o modelo fordista, como observa Druck, se apresenta como um padrão de gestão do trabalho e da sociedade, na medida em que sintetiza o novo modelo de produção em massa e, logicamente, de consumo em massa, a demandar a integração e a inclusão dos trabalhadores em um patamar de renda apto a garantir a ampliação do mercado consumidor. Essa inclusão, como pontua a autora, seria pautada na neutralização das resistências, forjando-se o

27 *Idem*, p. 39.

28 *Idem, ibidem*.

29 *Idem, ibidem*.

30 RAMALHO, José Ricardo; SANTANA, Marco Aurélio. *Sociologia do trabalho*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 15.

consentimento dos trabalhadores a partir da nova forma de remuneração e dos benefícios sociais garantidos³¹.

A sustentação desse modelo vinculava-se ao compromisso social democrata, celebrado entre capital e trabalhadores e mediado pelo Estado, para o funcionamento da economia de forma controlada e regulada. Esse compromisso ilusório, como denomina Antunes, assentava-se nas políticas keynesianas e propunha um acordo sem uma pauta previamente estabelecida, o que implicava antes gerir consequências de um modelo adotado do que determinar seu delineamento, além da criação de alguma dependência do operariado em relação ao Estado Providência³².

É por essa razão que o colapso desse modelo de Estado foi decisivo para que o pensamento gerencial capitalista questionasse o binômio fordismo-taylorismo e se propusesse a superá-lo por meio de novas ideias de acumulação flexível.

A criação do operário-massa, como observa Antunes, seguiu um processo contraditório. Assim como homogeneizava, desqualificava e massificava o proletariado, construía bases para o desenvolvimento de uma identidade e de uma consciência de classe peculiares.

Gramsci enxergava na manutenção da mente livre dos trabalhadores sob o regime fordista-taylorista um “curso de ideias pouco conformistas”, que ameaçava cada vez mais o capital e a estabilidade do compromisso social democrático³³.

É que a redução da autonomia individual dos trabalhadores alimentava o desejo dessa autonomia e ele era compartilhado pelo conjunto de operários, concentrados num mesmo espaço social, dando azo a um sentimento coletivo impulsionador da organização dos trabalhadores em prol da reivindicação de direitos e da participação na organização do processo do trabalho.

A administração científica do trabalho proposta por Taylor, que entendia por prosperidade a possibilidade de cada homem e cada máquina oferecer o melhor de si, encontrava como principal obstáculo o fato de que o mesmo mecanismo que forjava a disciplina era capaz de produzir a resistência individual

31 DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 49.

32 Antunes localiza no pensamento da classe trabalhadora forjada nesse período a concepção estatista de que a conquista do poder do Estado pelos trabalhadores permitiria a libertação do domínio do capital ou, ao menos, a redução do seu peso (ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 40-41).

33 GRAMSCI, Antonio. Maquiavel, a política e o Estado Moderno. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984 *apud* ALVES, Giovanni. *Trabalho e subjetividade*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 65.

dos trabalhadores (o chamado “fazer cera”) e a rebeldia coletiva operária, que foi se fazendo cada vez mais forte e menos pontual dentro desse modelo³⁴.

Não foi por outra razão que o final da década de 1960 assistiu a um processo de ebulição dos movimentos de luta dos trabalhadores. As palavras de Bihr ilustram os reflexos do acúmulo histórico dos anos fordistas no inconformismo dos trabalhadores: “formada nos marcos do próprio fordismo, ela [a segunda geração do operariado] não se encontrava disposta a ‘perder sua vida para ganhá-la’: a trocar o trabalho e uma existência desprovida de sentido pelo simples crescimento do seu ‘poder de compra’”³⁵.

O abalo causado pelos trabalhadores na própria estrutura do Estado é significativo, tendo em vista que o ente político assumiu a condição de legitimador do modelo. Então, tanto as falhas do Estado contribuíam para a insurgência obreira quanto a insurgência obreira com os processos de trabalho repercutiam em demandas contra o Estado, num processo que se retroalimentava. Nesse sentido, Harvey esclarece:

“O Estado aguentava a carga de um crescente descontentamento, que às vezes culminava em desordens civis por parte dos excluídos. No mínimo, o Estado tinha de tentar garantir alguma espécie de salário social adequado para todos ou engajar-se em políticas redistributivas ou ações legais que remediasses ativamente as desigualdades, combatessem o relativo empobrecimento e a exclusão das minorias. A legitimação do poder do Estado dependia cada vez mais da capacidade de levar os benefícios do fordismo a todos e de encontrar meios de oferecer assistência médica, habitação e serviços educacionais adequados em larga escala, mas de modo humano e atencioso. Os fracassos qualitativos nesse campo eram motivo de inúmeras críticas, mas, ao final, é provável que os dilemas mais sérios fossem provocados pelo fracasso quantitativo. A condição de fornecimento de bens coletivos dependia da contínua aceleração da produtividade do trabalho no setor corporativo. Só assim o Estado keynesiano do bem-estar social poderia ser fiscalmente viável.”³⁶

Embora os trabalhadores não estivessem reunidos em torno de um projeto sólido e capaz de fazer frente à hegemonia capitalista, o inconformismo deduzido foi crucial para a desestabilização do modelo, culminando na crise de 1970.

34 DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 44.

35 BIHR, Alain. *Da grande noite à alternativa: o movimento operário europeu em crise*. São Paulo: Boitempo (Coleção Mundo do Trabalho), 1998 *apud* ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 43-44.

36 HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2003. p. 133.

DOCTRINA

O panorama de crise anteriormente descrito foi resumido (de forma superficial, como denuncia Antunes³⁷) em uma palavra: rigidez. Para Harvey, na superfície, as dificuldades do fordismo e do keynesianismo foram atribuídas a problemas com a rigidez dos investimentos de capital fixo, de larga escala e longo prazo, em sistemas de produção em massa, bem como com a rigidez nos mercados, na alocação e nos contratos de trabalho. Nesse sentido, Harvey compreende que o ideal de acumulação flexível se apresentou como contraponto direto à rigidez do fordismo, apoiando-se na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e dos padrões de consumo³⁸.

A resposta à crise seria, portanto, tornar flexíveis os processos produtivos, os trabalhadores, os mercados e, sobretudo, a regulação do trabalho. O novo ideal do capital seria produzir mais e melhor, sem o custo que uma estrutura produtiva completa e permanente acarreta. Assim, uma estrutura produtiva fluida, que oscilasse conforme a demanda, e que apenas representasse custos no momento de sua ativação seria a resposta para contornar o peso constante e estável da máquina fordista e, por consequência, do Estado Providência.

Assim, a reação do capital à crise pautou-se na combinação do regime de acumulação flexível com o modelo toyotista.

O modelo toyotista ou japonês, fulcrado no sistema *just in time* (“produção muito vinculada à demanda, visando atender às exigências mais individualizadas do mercado consumidor”, por meio de uma produção variada e heterogênea que se opõe à produção em massa fordista³⁹), surge como uma nova forma de organização industrial, pautada no trabalho em equipe, apta a gestar um trabalhador mais qualificado, participativo, multifuncional e polivalente, que, com isso, alcançaria “maior realização no espaço de trabalho”⁴⁰. A ruptura da relação homem/máquina, vigente no taylorismo/fordismo, se concretizaria por meio do engajamento dos trabalhadores na operação de várias máquinas simultaneamente⁴¹.

Também seriam marcas desse novo modelo a produção horizontalizada, que concentra na fábrica apenas o que é considerado central no processo produtivo, com transferência a “terceiros” de parcelas significativas desse processo.

37 ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 38.

38 HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2003. p. 135 e 140.

39 ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 56.

40 *Idem*, p. 50.

41 *Idem*, p. 56.

Essa seria a matriz da “epidemia” de contratação de trabalhadores terceirizados que marca o período, como denomina Graça Druck.

Um resumo das principais características do toyotismo pode ser encontrado em Ramalho e Santana: a) empresas de grande porte se tornam enxutas e aumentam a produtividade (*lean production*); b) exigência de trabalhadores polivalentes/flexíveis, utilizando ferramentas flexíveis para a produção de resultados/produtos flexíveis; c) contratação terceirizada de tudo aquilo que não se enquadra no que foi eleito como “foco da empresa”; d) retração do setor industrial e correspondente ampliação do setor de serviços, associada à flexibilidade das atividades produtivas e à precarização dos contratos de trabalho; e) desemprego e informalização agigantados pela *fragilização dos sindicatos, que passam a enfrentar dificuldades reais de organização dos trabalhadores em locais de trabalho cada vez mais fragmentados e também pela dificuldade de responder às modificações cada vez mais rápidas impostas pelo capital*⁴².

Nessa toada, o trabalhador-padrão do modelo fordista/taylorista precisaria ser conformado ao novo regime. E por conformação ao novo regime se deveria entender tanto a redução dos custos com pessoal, por meio do enxugamento dos empregos estáveis e centrais, como da adaptação profissional dos trabalhadores à fluidez desse novo processo produtivo: era necessária a presença de trabalhadores polivalentes, com capacidade de iniciativa e envolvimento no processo produtivo, para realizar não mais uma, mas diversas tarefas, ao sabor das demandas.

Por outro lado, demandava-se por um exército de trabalhadores contratado precariamente, para suprir as demandas “não qualificadas” de trabalho e com regimes de contratação que permitissem um fácil e barato descarte nos momentos de crise⁴³.

O enxugamento do quadro de trabalho se fez por meio de duas estratégias. Primeiro, a intensificação do trabalho daqueles que continuavam empregados, que, exercitando várias funções e com respaldo nas novas técnicas de produtividade do novo modelo, combinadas com aquelas já consagradas pelo modelo fordista/taylorista, arcavam com o encargo de substituir parcela da mão de obra destacada dos empregos diretos. E, em segundo lugar, pela realocação do pessoal necessário ao funcionamento do processo produtivo em uma zona periférica composta por trabalhadores temporários, subcontratados, terceirizados, contratados por tempo determinado ou em regime de tempo parcial.

42 RAMALHO, José Ricardo; SANTANA, Marco Aurélio. *Sociologia do trabalho*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 10-11.

43 HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2003. p. 144.

Harvey apresentou como fatores da transição do modelo fordista para o modelo *just in time* de produção, destacadamente, o surgimento de uma organização horizontalizada do trabalho, um forte apelo por desregulamentação e flexibilidade e a categorização dos trabalhadores em dois grupos: um grupo central, composto por trabalhadores qualificados e detentores de empregos formais e estáveis, e um grupo periférico, composto por terceirizados, temporários, autônomos e subcontratados em geral, que prestariam serviços sem segurança no posto de trabalho e em condições precárias. O efeito desse processo é inequívoco para o autor: “é uma transformação do modo de controle do trabalho e do emprego”⁴⁴.

Os resultados foram problemáticos para o mundo do trabalho. O surgimento de altos níveis de desemprego estrutural convivendo com a intensificação do trabalho daqueles que continuam na atividade e o retrocesso do poder sindical são os efeitos mais marcantes⁴⁵.

Quanto ao primeiro (binômio incremento do desemprego/intensificação do trabalho), ainda que se vislumbre a aparente redução do emprego regular, o fato é que a condição de trabalho protegido escasseia em favor do crescente uso do trabalho em tempo parcial, temporário ou subcontratado. Os trabalhadores descartados desse polo elitizado do processo produtivo ou se instalam na periferia precária ou amargam o desemprego, dificilmente retornando aos postos centrais de trabalho.

Por outro lado, nunca se trabalhou tanto, seja no que toca à extensão das jornadas e à ausência de desconexão do trabalho, seja no que se refere à percepção dos trabalhadores a respeito da intensidade e do ritmo de trabalho⁴⁶.

Quanto ao segundo reflexo (fragilização da organização coletiva dos trabalhadores), ainda segundo Harvey, a dispersão dos trabalhadores, inclusive fisicamente, na esfera da produção foi decisiva para minar a forma de atuação dos sindicatos. Ainda que a estrutura paternalista do fordismo representasse perigo de corrupção e de cooptação do poder sindical, a homogeneização dos trabalhadores e sua alocação em condições geográficas, de vida e de trabalho idênticas permitiam o estabelecimento de identidade, reconhecimento e consciência de classe, condições organizativas que a fragmentação e heterogeneização do trabalho promovidas pelo modelo flexível abortam.

44 *Idem*, p. 144-145.

45 HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2003. p. 141.

46 A esse respeito, consultar: DAL ROSSO, Sadi. *Mais trabalho! A intensificação do labor na sociedade contemporânea*. São Paulo: Boitempo, 2008.

Como consequência direta da fragilização do movimento sindical, que, além de minado pela nova forma de organização do mundo do trabalho, passou a ser atacado pelo contundente discurso neoliberal no sentido de que o trabalho, seus custos e as reivindicações de “privilégios” por coletivos de trabalhadores eram os verdadeiros vilões da crise econômica, tem-se o recuo das pautas sindicais, com redução drástica dos patamares reivindicatórios. Se as possibilidades de vitória das pretensões trabalhistas no novo contexto já eram escassas, a intimidação dos sindicatos agrava o quadro.

O fenômeno, que é mundial, é bem desenhado pela socióloga Daniele Linhart, com as epígrafes da obra *A Desmedida do Capital*. A autora cita, sequencialmente, duas palavras de ordem expressadas pelo movimento social francês em momentos históricos diversos: 1968 e 2006. Enquanto na primeira o movimento clamava prospectiva e utopicamente “Seja realista, exija o impossível”, na segunda, mais atual, o apelo desesperado é apenas “Garanta seu emprego”⁴⁷.

Esses resultados negativos suportados pela classe trabalhadora, como observa Druck, não podem ser apresentados como se passassem ao largo das diretrizes do modelo japonês, como meros efeitos colaterais⁴⁸. A redução dos postos de trabalho, a precarização, a fragmentação sindical e a intensificação do trabalho não figuram como dados acidentais do modelo que surgiu nos anos 1970, senão como pilares de sustentação da sua forma eficiente de extração do trabalho. Nesse sentido, explica a autora:

“(...) apresentar o modelo japonês recortando aqueles elementos que lhe dão um conteúdo de novidade ou de um novo paradigma de gestão e organização do trabalho – que alguns estudiosos classificam como pós-fordista –, sem reconhecer o outro lado do modelo, que o complementa e é indispensável para fazê-lo funcionar, sem compreendê-lo, assim, na sua plenitude, pode levar a uma certa mistificação do próprio modelo. Esta aparece, na sua forma mais grotesca, nos manuais publicados por consultores de empresa, para os quais o TQC (*Total Quality Control*), o *just-in-time*, a terceirização e a flexibilização da produção são os responsáveis por verdadeiros milagres econômicos, a exemplo do ‘milagre japonês’.”⁴⁹

47 LINHART, Daniele. *A desmedida do capital*. São Paulo: Boitempo, 2009.

48 DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 97.

49 *Idem, ibidem*.

DOCTRINA

Infelizmente, a mistificação do toyotismo, de seu discurso para a vida e para o trabalho e a contaminação da esfera pública pelos seus valores sedutores foram inevitáveis, já que tal modelo se assenta em bases ideológicas fortes.

O papel de uma ideologia conformadora nessa complexa transição pela qual o mundo do trabalho, a economia e a política passaram é, portanto, inquestionável.

O processo de transição do modelo fordista para o conjunto que se denominou pós-fordista foi sustentado ideologicamente pela hegemonização de um pensamento econômico orientador das políticas dos Estados, que se intitulou neoliberalismo.

Consequência lógica desse processo seria a demanda por um Estado também enxuto e flexível em seus processos regulatórios: o Estado Mínimo defendido pela ideologia neoliberal⁵⁰.

Por neoliberalismo entende-se a readequação da antiga matriz econômica liberal, que instaura “o império da dinâmica econômica privada, a quem devem se submeter a normatividade pública e a atuação estatal”⁵¹⁻⁵².

Um momento de consolidação e declaração desse pensamento pode ser localizado no Consenso de Washington, oportunidade em que foi apresentado como proposta da comunidade financeira internacional (em especial FMI e BIRD) para ajustar as economias dos países periféricos às novas exigências dos países centrais, ao processo de reestruturação produtiva e ao reordenamento dos mercados no cenário internacional⁵³.

Os três objetivos principais desse modelo, nos termos elaborados por John Williamson, seriam a *estabilização da economia*, por meio do controle da inflação e cortes do déficit público; as *reformas estruturais do Estado*, com redução da máquina governamental por meio de privatizações, desregulação de mercados e liberalização financeira e comercial; e a *abertura da economia a investimentos internacionais*, com vistas à retomada do crescimento⁵⁴.

50 DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999.

51 DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. São Paulo: LTr, 2006. p. 19.

52 O neoliberalismo também pode ser definido como o “conjunto de políticas e processos que permitem a um número relativamente pequeno de interesses particulares controlar a maior parte possível da vida social com o objetivo de maximizar seus benefícios individuais” (MCCHESNEY, Robert W. Introdução. In: CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e ordem global*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006).

53 DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 23.

54 *Idem, ibidem*.

DOCTRINA

Tal pensamento foi marcado pela ascensão de lideranças políticas neoliberais em países ocidentais de destaque (Margaret Thatcher, na Inglaterra; Ronald Reagan, nos EUA; Helmut Kohl, na Alemanha) e pela ausência do contraponto político à maximização ideal do bloco capitalista, decorrente da queda do bloco soviético⁵⁵.

Para as lideranças acima indicadas, esse modelo representou o desmantelamento do Estado Social, com o endurecimento das políticas para o trabalho e o *recuo em relação às pautas trabalhistas*.

Esse raciocínio fica evidenciado na célebre declaração de Margareth Thatcher: “Economics are the method. The object is to change the soul”⁵⁶. Nessa frase, a dama de ferro do neoliberalismo expressa o exato raciocínio de uma economia forjada a partir da subjugação do ser humano, por meio de sua coerção a condutas que atendam aos comandos do mercado independentemente de suas necessidades e do seu bem-estar, individual e coletivo. O endurecimento das políticas para o trabalho e o desamparo social seriam os métodos para “educar” os trabalhadores, docilizando-os a fim de conformá-los às exigências do capital.

A consequência desse modo de ser econômico é o incremento das condições de alienação, de insegurança e o desempoderamento dos trabalhadores.

A negação de classes e o mito da mobilidade social, que serviram de amparo para a construção de um pensamento individualista, calcado em identidades subjetivas (apartadas da noção de classe), tem massivamente contribuído para a incompreensão das coletividades que compõe a sociedade e de suas contradições⁵⁷.

No âmbito das relações coletivas de trabalho os impactos dessa nova racionalidade, como observa Sayonara Grillo, se concretizam na exaltação da autonomia individual, com perda de espaço para a negociação coletiva. De outro lado, as transformações no mundo do trabalho também dão lugar à fragmentação das categorias, que, pulverizadas, se enfraquecem nos processos de resistência e reivindicação de direitos⁵⁸.

Nessa esteira, Grillo ressalta o surgimento de novas funções para a negociação coletiva: flexibilização e revogação de normas estatais imperativas como política de emprego. Reforça-se, nessa toada, a responsabilidade individual

55 DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. São Paulo: LTr, 2006. p. 13-27.

56 *Idem*.

57 *Idem*.

58 SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.

dos trabalhadores pelo sucesso ou insucesso de suas trajetórias profissionais e, diante da inexorabilidade dos desígnios econômicos, lança-se a ideia de que o Direito Coletivo do Trabalho seria o campo adequado para contornar o resultado “desemprego”, que, afinal, seria produzido, não pelas contingências econômicas, mas pelo próprio Direito do Trabalho!⁵⁹

As referidas funções inovadoras atribuídas à esfera da negociação entre sujeitos coletivos trabalhistas seriam a flexibilização do Direito do Trabalho, a instrumentalização da gestão da empresa, a especificação da aplicação do imperativo legal, e, ao fim, a função legislativa (no sentido de derrogar ou substituir leis)⁶⁰.

Esse processo vem acompanhado por uma proliferação de instâncias de negociação, com a conseqüente descentralização do exercício da autonomia coletiva dos trabalhadores, que passa a adequar-se a demandas cada vez mais específicas de trabalho de cada empresa, sem atenção às ideias de unidade e fortalecimento coletivo⁶¹.

E, como aponta Sayonara Grillo, é justamente nesse novo cenário que despontam novas relações entre o negociado e o legislado, com admissibilidade da *derrogação in pejus*:

“As grandes tendências de reconfigurações institucionais na regulação laboral se exprimem por meio de técnicas normativas específicas. No esquema tradicional, enquanto as relações entre lei e convênio coletivo estabeleciam uma possibilidade de derrogação *in mellius* e de inderrogabilidade *in pejus* das regras estatais, exprimindo a característica de plasticidade aquisitiva do Direito laboral, hoje esta relação se modifica. E, por isso, a luta operária sempre buscou afirmar a prevalência do pactuado coletivamente sobre o legislado, e contemporaneamente repensa tal relação complexa.”⁶²

A crise do Direito do Trabalho vem acompanhada da recomposição da negociação coletiva, para autorizá-la e, porque não dizer, centrá-la no recuo da legislação heterônoma, desnaturando o papel propulsor que fora ocupado nos primórdios do Direito do Trabalho, e justificando, quase que como uma rendição, essa nova e principal funcionalidade, em imperativos econômicos pelos quais outros sujeitos e agentes econômicos não se responsabilizam.

59 SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008. p. 116.

60 *Idem*, p. 118.

61 *Idem, passim*.

62 *Idem*, p. 120.

3 – BRASIL: UM PANORAMA DA ATUAÇÃO SINDICAL NO CONTEXTO ATUAL

Situar a discussão sobre a negociação coletiva no contexto brasileiro passa necessariamente por pensar a nossa estrutura sindical, em sua arquitetura institucional e seu desenho constitucional.

Inspirada em um modelo autoritário, o delineamento jurídico atribuído pela CLT às organizações coletivas dos trabalhadores passa por forte intervenção estatal e amplas margens para cooptação. O papel contraditório da Constituição Federal de 1988 na democratização dessa estrutura não pode ser mitigado.

A Constituição Federal de 1988 representou um profundo avanço no reconhecimento dos direitos sociais trabalhistas, não apenas pela elevação desses direitos à aceção de direitos fundamentais, mas também pela democratização e revisão de seus institutos e princípios.

No plano do Direito Coletivo, a nova ordem instituída a partir de 1988 foi marcada pela diminuição no intervencionismo estatal, em especial do Poder Executivo, na organização e estrutura das organizações sindicais. Contudo, alguns resquícios marcantes da antiga ordem, formulados quando a organização produtiva ainda era regida pelos modelos taylorista e fordista, e em ordens institucionais ainda marcadas por traços de autoritarismo, foram mantidos. Destacam-se dentre eles a unicidade sindical, a representação sindical por categoria, com o conceito estabelecido obsoletamente pela CLT⁶³, e a contribuição sindical obrigatória como principal fonte de arrecadação das organizações sindicais⁶⁴.

Portanto, pensar os contornos do sistema sindical brasileiro é pensar num modelo que ainda não agregou a densidade de sentido da liberdade sindical, como é ensinada pela Convenção nº 87 da OIT, mas incorporou-a diante de um processo contraditório de avanços e recuos, e que conta, sobretudo em razão da rigidez do conceito de categoria e da obrigatoriedade da contribuição sindical, com uma estrutura burocrática que ainda se revela muito afastada das bases, e, em grande parte dos casos, pouco representativa dos interesses obreiros.

Falar em representatividade efetiva e democracia interna para as instituições sindicais parece ter pouca ressonância dentro de um sistema em que liberdades sindicais positivas ainda não são plenamente asseguradas. Os diálogos

63 Que na leitura hodiernamente realizada, não dialoga, por exemplo, com a nova realidade imposta pelo fenômeno da terceirização.

64 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

constitucionais a respeito da plenitude da liberdade sindical pouco avançaram, como analisa Lourenço⁶⁵ e suspiro mais recente de renovação da estrutura sindical, com o reconhecimento das Centrais Sindicais (Lei nº 11.648/08), não promoveu impactos tão significativos quanto esperado.

Em relação à dinâmica entre legislação e negociações coletivas, embora gestada em um modelo que pode ser considerado de inspiração autoritária ou autocrática, a CLT, em matéria de Direito Coletivo do Trabalho, sofreu forte influência da Constituição Federal, que, a partir de sua instituição, inaugura um modelo privatístico subordinado em nosso país, com as contradições e avanços inerentes ao processo de democratização.

A partir daí, fica assegurada autonomia para os sindicatos celebrarem negociações coletivas, com reconhecimento estatal de seu teor (art. 7º, XXVI, da CF/88), mas sem que tais pactuações estejam infensas ao controle jurisdicional. Se assegura à negociação coletiva a esfera da ampliação de direitos, bem como a esfera da flexibilização, nos temas em que a Constituição Federal expressamente autorizou (redução salarial, compensação de jornada de trabalho e elástico das jornadas dos turnos ininterruptos de revezamento)⁶⁶, consagrando-se o princípio da adequação setorial negociada.

Para Mauricio Godinho Delgado, seria esse o grande balizador das negociações coletivas em nosso modelo constitucional, assegurando-se que a prevalência do acordado sobre o legislado ocorresse em apenas duas hipóteses: a) quando a negociação coletiva implementar um padrão de direito superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas negociadas transacionam setorialmente parcelas trabalhistas de indisponibilidade relativa, compreendidas pelo autor como aquelas que não envolvem o patamar civilizatório mínimo de direitos trabalhistas e a dignidade dos trabalhadores (por exemplo, salário mínimo, formalização do vínculo de emprego, normas de saúde e segurança, etc.)⁶⁷. A negociação, ainda a partir da matriz constitucional, seria espaço para transação, mediante concessões recíprocas, mas jamais para renúncia.

Havendo um crivo para a prevalência ou não da negociação sobre as normas estatais, isso implica que o Poder Judiciário competente será incumbido de

65 LOURENÇO FILHO, Ricardo. *Liberdade sindical: percursos e desafios na história constitucional brasileira*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2011.

66 DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito. Acordos coletivos de trabalho: possibilidades e limites firmados pela Constituição Federal de 1988. In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo Macedo de Brito (Org.). *Trabalho, Constituição e cidadania*. São Paulo: LTr, 2014.

67 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016. p. 1.464-1.465.

avaliá-lo perante os conflitos individuais projetados perante a jurisdição. Nesse sentido, a edição das Súmulas ns. 364 e 437, o Precedente Normativo nº 119, entre outras, que afastam da negociação coletiva, por exemplo, a possibilidade de reduzir o percentual de pagamento do adicional de periculosidade, que reconhecem como infensa à negociação coletiva as pausas previstas na CLT para repouso e alimentação durante a jornada de trabalho (art. 71 da CLT), que impedem os sindicatos de realizarem descontos de contribuições assistenciais de empregados não sindicalizados⁶⁸.

Importante, nesse cenário, observar não apenas como tem agido o Poder Judiciário diante de cada um dos instrumentos negociados com os quais se depara, mas observar um panorama mais amplo em relação às características da maior parte dos instrumentos negociados que vem sendo celebrados no país, a fim de pensar qual o contexto global no qual essa atuação judicial em regra se insere. Para tanto, vale observar alguns indicadores interessantes sobre a atuação sindical no Brasil, em matéria de greve e negociação coletiva.

Relatório recente da Fundação Perseu Abramo revela que, embora tenha sofrido um incremento na última década (relacionado evidentemente à ampliação do nosso mercado de trabalho formal), a média nacional de sindicalização é de 17%:

“Em síntese, nota-se que para cada grupo de 10 novas ocupações abertas, 2 se tornaram sindicalizadas entre 2005 e 2011. O número de

68 “Súmula nº 364 do TST. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE (inserido o item II) – Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016

(...)

II – Não é válida a cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho fixando o adicional de periculosidade em percentual inferior ao estabelecido em lei e proporcional ao tempo de exposição ao risco, pois tal parcela constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública (arts. 7º, XXII e XXIII, da CF e 193, § 1º, da CLT).”

“Súmula nº 437 do TST. INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. (...) II – É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.”

“Precedente Normativo nº 119 CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS – INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS – (mantido) – DEJT divulgado em 25.08.2014. A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.”

sindicalizados aumentou de 13,5 milhões de trabalhadores em 2005 (16,4% de taxa de sindicalização) para 16,2 milhões de pessoas em 2011 (17,0% de taxa de sindicalização).

(...)

Comparativamente aos países selecionados, o comportamento da sindicalização dos trabalhadores brasileiros se distinguiu por não diminuir. Mesmo assim, ele mantém – se ainda abaixo da média da densidade sindical observada nos países ricos, salvo a situação nos Estados Unidos.

Em síntese, a densidade sindical deve refletir as alterações no interior da classe trabalhadora, especialmente em relação ao avanço das ocupações do setor terciário da economia. A emergência dos postos de trabalho em serviços expressa recomposição substancial na natureza do trabalho, especialmente aquele de base imaterial que termina por repercutir sobre a subjetividade do ocupado e seus anseios e perspectivas, talvez ainda não muito bem identificadas pelos sindicatos.⁶⁹

O quadro grave de desarticulação política, afastamento das bases sindicais e pouca capacidade de resistência que hoje se manifesta pelas últimas derrotas amargadas pelas centrais sindicais em processos legislativos de interesse dos trabalhadores (vide aprovação do PL nº 4.330 na Câmara dos Deputados), tem se manifestado também na avaliação do conteúdo das negociações coletivas celebradas pelos sindicatos.

Na esteira das novas funções percebidas pela negociação coletiva no contexto neoliberal, realidade que se agrava em momentos de recessão econômica, o DIEESE, avaliando as negociações coletivas realizadas no primeiro semestre de 2016, concluiu que se passa por um momento de adversidade nesse campo, a partir do indicador dos reajustes salariais, que, como cediço, acontecem a partir das tratativas coletivas.

De acordo com o balanço realizado por esse departamento de pesquisas, apenas 24% das negociações celebradas no período contribuíram para aumentos reais de salários dos obreiros. 37% dos trabalhadores alcançaram, no período, reajustes representativos de mera reposição da inflação e 39% celebraram acordos com reajustes em percentuais *inferiores* ao percentual inflacionário, observada como referência a variação do INPC/IBGE⁷⁰:

69 FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. *FPA Comunica*. Julho de 2013. Disponível em: <http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/fpa_comunica_3.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

70 DIEESE. *Balanço das negociações dos reajustes salariais do 1º semestre de 2016*. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/balancodosreajustes/2016/estPesq81balancoReajustes1semestre2016.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

DOCTRINA

“Em função deste quadro, a variação real média dos reajustes no primeiro semestre foi negativa: 0,50% abaixo da inflação. Trata-se do pior desempenho das negociações por reajustes salariais de primeiro semestre desde 2003.”⁷¹

Esse cenário também pode ser avaliado em face do balanço das greves realizadas em período recente. Em avaliação dos movimentos paredistas ocorridos em 2013 (portanto, ainda antes do aprofundamento da crise econômica que acomete o país), o DIEESE observa que a atuação sindical já demonstrava a sua fragilidade. Considerando que os movimentos grevistas funcionam, na maior parte das vezes, como instrumento de pressão que precede a negociação coletiva ou que se sucede a uma negociação coletiva frustrada, para forçar um acordo mais favorável aos trabalhadores, as pautas dos movimentos paredistas oferecem um panorama interessante a respeito da capacidade de barganha e reivindicação dos sindicatos.

A metodologia adotada pelo DIEESE para o balanço pautou-se no exame do conjunto de exigências dos trabalhadores e nas razões para a deflagração da greve. A partir desses elementos, o movimento foi classificado em “propositivo”, quando voltado a “novas conquistas ou ampliação das já asseguradas”, e foi considerado “defensivo”, quando voltado para “defesa de condições de trabalho vigentes, pelo respeito a condições mínimas de trabalho, saúde e segurança ou contra o descumprimento de direitos estabelecidos em acordo, convenção coletiva ou legislação”. Já as paralisações que “visam ao atendimento de reivindicações que ultrapassam o âmbito das relações de trabalho” foram classificadas como greves de protesto, ao passo que os movimentos destinados a apoiar trabalhadores de outras categorias, empresas ou setores da empresa, foram enquadrados como greves de solidariedade⁷².

A partir dessa coleta de dados, o DIEESE concluiu que:

“Em 2013 (Tabelas 11 e 12), a proporção das greves que trouxeram reivindicações propositivas sofreu um recuo de 64% para 57% enquanto a proporção das greves que trouxeram reivindicações defensivas experimentou um incremento de 67% para 75%.

Somente entre as greves do funcionalismo público há, entre 2012 e 2013, um aumento da participação das greves propositivas. Por outro

71 *Idem*.

72 DIEESE. *Balanço das greves de 2013*. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/balancodasgreves/2013/estPesq79balancogreves2013.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

lado, o incremento do caráter defensivo das greves foi grande nas empresas estatais (e um pouco menor na esfera privada).

Entre o funcionalismo público – ainda a respeito do caráter defensivo das greves – há uma mudança no tipo predominante: em 2012, eram as mobilizações contra o descumprimento de direitos; em 2013, foram as mobilizações pela manutenção de condições.

Nas estatais, por sua vez, a predominância das greves pela manutenção de condições é apenas reforçada.

Entre as greves defensivas da esfera privada, no entanto, a maior parte (46%) continua tendo seu caráter relacionado ao descumprimento de direitos, mesmo diante do grande aumento, de 30% para 42%, nas greves que têm sua natureza relacionada à manutenção de condições vigentes.⁷³

Esses dados revelam que a negociação coletiva não apenas tem se revelado como um mecanismo prioritário de flexibilização de direitos, como que esse cenário reverbera na própria capacidade de reivindicação dos trabalhadores brasileiros, que, tal como ocorre em nível global, tem observado um recuo de suas pautas. Ou seja, a perspectiva da negociação coletiva ou mesmo da greve para a consecução de uma prospecção dos direitos vivencia um processo de minguagem.

Assim, além de integrarem um processo global diante do qual, em face dos novos ataques à legislação trabalhista e à nova perspectiva atribuída às negociações coletivas, como medidas de flexibilização essencial à manutenção de empregos, o movimento operário revê sua preferência em relação aos modelos negociados, no Brasil esses percalços se agigantam em face da estrutura sindical deficitária em questões de liberdade, representatividade e capacidade e dinâmica de adaptação às novas realidades⁷⁴.

4 – A PROPOSTA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO: FLEXIBILIDADE POR QUEM E PARA QUEM?

Diante do resgate histórico realizado, da compreensão dos diversos modelos de interação entre lei e negociação coletiva e das suas contingências políticas e econômicas, passando pela resignificação que a negociação coletiva sofreu no cenário do trabalho a partir da reestruturação produtiva pós-fordista

73 *Idem.*

74 MENEZES, Cláudio Armando Couce de. O negociado sobre o legislado. *Revista do TST*, Brasília, v. 68, n. 2, abr./jun. 2002.

e do aprofundamento da perspectiva neoliberal de Estado, traça-se um terreno mais sólido para analisar o caso brasileiro.

As propostas pautadas no Congresso Nacional para a prevalência do negociado sobre o legislado, assim como as teses jurisprudenciais que tem despontado no STF no mesmo sentido estão assentadas em premissas de valorização e empoderamento da negociação coletiva que não resistem a uma análise empírica mais sólida.

No caso brasileiro, às vicissitudes de nossa estrutura sindical, ainda marcada por fortes contradições entre a tradição autoritária e a reabertura democratizante inaugurada pela Constituição de 1988, somam-se as características da atuação concreta dos sindicatos brasileiros no contexto atual, que, por alguns dos indicadores apresentados, revelam distanciamento das bases, recuo e perdas reais nas pautas negociais e estratégias meramente defensivas nos próprios movimentos paredistas.

Diante disso, para pensar uma reforma trabalhista efetivamente democrática no Brasil, seria necessário, primeiro, se pensar numa reforma sindical, ampliando a capacidade de participação dos trabalhadores inclusive nos processos políticos que lhes interessam (função recentemente atribuída às centrais sindicais), a fim que alterações na legislação heterônoma e até mesmo nas relações entre o legislado e o negociado somente fossem alcançadas a partir de um debate amplo e legítimo com os principais afetados.

Pensar em atribuir mais poderes à negociação coletiva, em contextos cuja principal função negocial é a flexibilização, pressupõe necessariamente fortalecer os entes sindicais que conduzirão prioritariamente os processos de criação e revisão de direitos. Atribuir aos sindicatos o principal poder regulamentar das relações de trabalho sem antes adequar nossa estrutura sindical aos parâmetros internacionais de proteção e democracia (*vide* Convenções ns. 87 e 98 da OIT), observando a necessária fruição do tempo de amadurecimento das relações coletivas, parece traduzir-se numa perversa entrega do construto da legislação trabalhista para sujeitos coletivos rendidos.

Ademais, não se pode perder de vista, sobretudo quando feitas comparações com modelos adotados em outros países, que no Brasil não se goza de garantia do emprego, sendo amplamente admitida a denúncia vazia do contrato de trabalho, ao arrepio da Convenção nº 158 da OIT, o que certamente fragiliza o envolvimento dos trabalhadores na luta sindical e nos processos negociais.

É falaciosa a compreensão de que a mera determinação, legal ou jurisprudencial de prevalência do negociado sobre o legislado, sem alteração das

estruturas que permitem a concretude do processo de negociação, irá, automaticamente, conduzir ao fortalecimento da negociação coletiva. Nessa linha, a avaliação crítica de Marilane Teixeira, pesquisadora do CESIT/Unicamp:

“Diferentemente do propalado pelos setores empresariais, não há nenhuma possibilidade de que as negociações coletivas se fortaleçam com a aprovação do negociado sobre o legislado. No Brasil, ampla legislação regular as relações de trabalho, protegendo os trabalhadores com a garantia de direitos mínimos expressos na CLT e na Constituição de 1988. Os acordos e convenções coletivas historicamente têm como objetivo elevar os patamares civilizatórios mínimos expressos na lei, ampliando a tela de proteção social, fortalecendo o instituto da negociação, a representação sindical e os próprios trabalhadores. A possibilidade de renúncia a direitos pela via da flexibilização que a supremacia do negociado sobre o legislado pode significar, ao contrário do que propalado pelos defensores da ideia fragmenta a organização dos trabalhadores e a própria luta sindical. No limite, poderá haver acordos por empresa em um contexto em que as práticas antissindicais, perseguição a dirigentes sindicais e desrespeito à organização sindical é uma realidade no país.”⁷⁵

Valdete de Souza Severo também ilumina o debate a respeito de uma falsa exaltação da autonomia coletiva dos trabalhadores:

“A sedução do discurso da autonomia coletiva das vontades não resiste, pois, a qualquer exame concreto. Recentemente, os servidores públicos federais, detentores de garantia de emprego e devidamente representados pelo sindicato, foram compelidos a dar fim ao movimento paredista, após a notícia de que teriam seus salários cortados. Em Porto Alegre, trabalhadores militantes da Carris, foram despedidos sob alegação de falta grave após intensa atuação sindical em defesa da categoria. Pois bem, se mesmo a garantia contra a despedida não impede a pressão do capital sobre o trabalho, será mesmo coerente crer que a autonomia coletiva possa ser exercida em uma realidade ainda mais precária, pela ausência dessa garantia, como é a da grande maioria das categorias de trabalhadores brasileiros? Será mesmo razoável entender que colocar a norma coletiva acima dos direitos mínimos previstos na CLT poderá constituir, sob qualquer perspectiva, algo benéfico aos trabalhadores?”⁷⁶

75 TEIXEIRA, Marilane. O negociado sobre o legislado: retorno da agenda precarizante e neoliberal. In: RAMOS, Gustavo Teixeira *et al.* (Org.). *A classe trabalhadora e a resistência ao golpe de 2016*. Baurur: Canal 6, 2016. p. 326.

76 SEVERO, Valdete de Sousa. *O negociado sobre o legislado*. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/artigos/o-negociado-sobre-o-legislado>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

DOUTRINA

Marilane Teixeira chama atenção, ainda, para o fato de que muitos dos direitos assegurados aos trabalhadores constitucionalmente tem regulamentação prevista exclusivamente nas normas infraconstitucionais, o que poderia implicar um campo amplo para que mesmo os direitos constitucionalizados tivessem seu conteúdo esvaziado pela negociação *in pejus* das suas condições regulamentares (percentuais, alíquotas, prazos, parcelamento, etc.)⁷⁷. Assim, a ressalva contida nas propostas de redação legislativa (PLs ns. 4.193 e 4.962), no sentido de que ficariam resguardados da negociação os direitos assegurados constitucionalmente e as normas de saúde e segurança do trabalho, pode ser esvaziada por interpretações que entendam que o limite estaria apenas no reconhecimento do direito, e não no seu conteúdo tal como definido na legislação infraconstitucional. Outrossim, o que se entende por “saúde e segurança do trabalho” é controverso, havendo posições, por exemplo, que não incluem como tal as próprias pausas intervalares na jornada, embora estas sejam fundamentais a evitar adoecimento laboral...

Não se pode perder de vista, ainda, que a proposta do negociado sobre o legislado se coloca no cenário ao mesmo tempo em que avança a proposta de liberação da terceirização de atividade-fim (PLC nº 30) e, por consequência, da generalização da forma de contratação terceirizada no mercado de trabalho. A literatura sociológica vem demonstrando com consistência os impactos causados pela terceirização sobre a organização coletiva dos trabalhadores, com a fragmentação e fragilização de categorias⁷⁸.

Para os estudiosos do Direito, igualmente, a terceirização tem trazido problemas em relação ao enquadramento sindical classicamente previsto na CLT, causando graves distorções. A concomitância das duas propostas (liberação da terceirização e prevalência do negociado sobre o legislado) implica entregar a categorias frágeis e divididas a responsabilidade por negociar o conteúdo dos seus contratos em momento de crise, numa aliança que projeta efeitos desastrosos para a regulação das relações de trabalho⁷⁹.

Soma-se a esse cenário a recente decisão liminar proferida monocraticamente no STF, em sede de ADPF⁸⁰, no sentido de suspender os processos em

77 *Idem*, p. 324.

78 Por todos, consultar: RAMALHO, José Ricardo; SANTANA, Marco Aurélio (Org.). *Além da fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Boitempo, 2003; e DRUCK, Maria da Graça. Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios? *Cadernos CRH* [online], 2011, v. 24, n. spe1, p. 37-57. ISSN 0103-4979.

79 Cf. DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

80 BRASIL. STF, ADPF 323, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática. DJ 14.10.2016.

DOCTRINA

que se discute a incidência da Súmula nº 277 do TST, que assegurava a ultratividade das normas negociais (limitada a nova negociação). Embora ainda não confirmada pelo Plenário a tese expressamente adotada pelo relator, no sentido de limitar a vigência das normas coletivas ao prazo assinado, rompendo com a construção e com as conquistas de cada categoria profissional, conduz-se na contramão de um modelo que pretende fortalecer e entregar a regulação do trabalho à esfera negocial⁸¹.

Esse complexo cenário reforça a ideia de que uma série de variáveis orienta a eleição de modelos para relacionamento entre legislado e negociado no âmbito das relações de trabalho. Tal escolha passa necessariamente por respeito aos contextos históricos e políticos locais, bem como pela vigília aos graus de democratização, amadurecimento e solidez das estruturas sindicais envolvidas.

Dentro de um marco constitucional, como o inaugurado e conservado pela Constituição de 1988, alterações na arquitetura da regulação do trabalho devem passar, necessariamente pela avaliação de sua possibilidade de preservação e incremento dos direitos sociais e da proteção à pessoa humana.

A defesa substancial da Constituição não passa apenas por assegurar seu texto formal, mas sua substância. E essa passa necessariamente pelas estruturas e arquiteturas institucionais que permitem a consecução da rede de proteção social ali desenhada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

BRASIL. STF. ADPF 323, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 14.10.2016.

_____. _____. RE 590.415/SC, Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 29.05.2015.

_____. _____. RE 895.759/PE, Rel. Min. Teori Zavascki, decisão monocrática, DJe 13.09.2016.

CARVALHO, Augusto César Leite de; CORRÊA, Lelio Bentes; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. *A caminho de um novo e desnecessário direito do trabalho*. Disponível em: <https://anamatra.jusbrasil.com.br/noticias/400490490/artigo-dos-ministros-do-tst-fala-da-regulacao-do-direito-do-trabalho-frente-a-negociacao-coletiva?ref=topic_feed>. Acesso em: 25 nov. 2016.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

81 CARVALHO, Augusto César Leite de; CORRÊA, Lelio Bentes; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. *A caminho de um novo e desnecessário direito do trabalho*. Disponível em: <https://anamatra.jusbrasil.com.br/noticias/400490490/artigo-dos-ministros-do-tst-fala-da-regulacao-do-direito-do-trabalho-frente-a-negociacao-coletiva?ref=topic_feed>. Acesso em: 25 nov. 2016.

DOCTRINA

- DAL ROSSO, Sadi. *Mais trabalho! A intensificação do labor na sociedade contemporânea*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.
- _____; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. Acordos coletivos de trabalho: possibilidades e limites firmados pela Constituição Federal de 1988. In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo Macedo de Brito (Org.). *Trabalho, Constituição e cidadania*. São Paulo: LTr, 2014.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. São Paulo: LTr, 2006.
- _____. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.
- DIEESE. *Balanco das greves de 2013*. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/balancodas-greves/2013/estPesq79balancogreves2013.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- _____. *Balanco das negociações dos reajustes salariais do 1º semestre de 2016*. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/balancodosreajustes/2016/estPesq81balancoReajustes1semestre2016.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999.
- _____. Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios? *Cadernos CRH* [online], 2011, v. 24, n. spe1, p. 37-57. ISSN 0103-4979.
- FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. *FPA Comunica*. Julho de 2013. Disponível em: <http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/fpa_comunica_3.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2003.
- LINHART, Daniele. *A desmedida do capital*. São Paulo: Boitempo, 2009.
- LOURENÇO FILHO, Ricardo. *Liberdade sindical: percursos e desafios na história constitucional brasileira*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- MCCHESENEY, Robert W. Introdução. In: CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e Ordem Global*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- MENEZES, Cláudio Armando Couce de. O negociado sobre o legislado. *Revista do TST*, Brasília, v. 68, n. 2, abr./jun. 2002.
- RAMALHO, José Ricardo; SANTANA, Marco Aurélio (Org.). *Além da fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Boitempo, 2003.
- _____; _____. *Sociologia do trabalho*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- SEVERO, Valdete de Sousa. *O negociado sobre o legislado*. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/artigos/o-negociado-sobre-o-legislado>>. Acesso em: 25 nov. 2016.
- SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.
- TEIXEIRA, Marilane. O negociado sobre o legislado: retorno da agenda precarizante e neoliberal. In: RAMOS, Gustavo Teixeira et al. (Org.). *A classe trabalhadora e a resistência ao golpe de 2016*. Bauru: Canal 6, 2016.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O JULGAMENTO DE PÁRIS: O EMBATE ENTRE A CONSTITUIÇÃO, O DIREITO DO TRABALHO E A IDEOLOGIA EM RELAÇÃO À PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

Rodrigo de Lacerda Carelli*

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal está no centro da vida política brasileira, havendo quem chame o momento de “supremocracia”¹. As consequências da supremacia da cúpula do Poder Judiciário sobre os demais poderes têm sido preocupação constante de estudiosos da ciência política, pelos possíveis efeitos perniciosos à vida democrática².

Pretende-se no presente texto demonstrar que o Supremo Tribunal Federal está imbuído na missão de realizar reforma trabalhista pela via judicial, na qual os princípios constitucionais estão sendo deixados de lado, tendo por norte valor metajurídico: a ideologia da flexibilização, baseada em visão unifocal do princípio da livre-iniciativa, sob o mantra da “flexibilização das relações de trabalho”, sem realizar o devido diálogo com a doutrina de Direito do Trabalho e com todos os demais princípios constitucionais condicionantes da livre-iniciativa. Também se pretende demonstrar que, para a realização da

* Professor adjunto de Direito e Processo do Trabalho na Faculdade Nacional de Direito – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ; doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos – Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF; procurador do trabalho no Rio de Janeiro.

- 1 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 441-464, jul./dez. 2008.
- 2 GARAPON, Antoine. *Le gardien des promesses*. Justice et démocratie. Paris: éd. Odile Jacob, 1996; WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização da política no Brasil. In: WERNECK VIANNA, Luiz et alii. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 47-70; WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização das relações sociais. In: WERNECK VIANNA, Luiz et alii. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 149-156; HIRSCHAL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004.

reforma pretendida, a Corte Suprema tem renegado seus próprios precedentes sobre a questão.

Para demonstrar as hipóteses lançadas, passemos à análise de três julgados recentes, observando os argumentos utilizados para identificar os princípios constitucionais ou extrajurídicos utilizados e inter-relacionando os casos.

1 – O ATUAL CONTEXTO – O DEBATE ACERCA DA REFORMA TRABALHISTA

Logo após assumir a interinidade da presidência da República, em decorrência do processo de *impeachment* da presidenta eleita, o governo de Michel Temer já anunciava a realização de reforma trabalhista, indicando como peça central a prevalência do “acordado sobre o legislado”³.

As notícias começaram a se avolumar no mesmo sentido, a fim de “prestigiar convenções coletivas”⁴. Foi divulgada a informação de que o governo pretendia que “tudo o que estiver na CLT poderá ser alvo de negociação. (...) Outros casos que poderiam ser acordados dizem respeito a situações em que o funcionário fica à disposição do patrão, fora do expediente sem ser acionado e o tempo gasto em deslocamentos quando a empresa busca os trabalhadores – considerados hoje como hora extra”⁵.

O governo, então, passou a anunciar que pretendia fazer a reforma trabalhista baseada no seguinte “tripé”: terceirização, flexibilização da jornada e prevalência de acordos coletivos sobre a legislação⁶.

Mesmo na época da interinidade, a terceirização já estava no centro da reforma pretendida, tendo o Ministro da Casa Civil dito que “o país precisa caminhar no rumo da terceirização”, e que o projeto de lei que retira limites da terceirização, que se encontra atualmente em discussão no Senado Federal, “deve ser votado com alguma rapidez”⁷.

3 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/06/1778635-temer-quer-lancar-medidas-de-curto-prazo-na-economia-diz-padilha.shtml>>. Acesso em: 16 set. 2016.

4 Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/07/ate-o-fim-do-ano-governo-vai-enviar-proposta-trabalhista-e-de-terceirizacao.html>>. Acesso em: 16 set. 2016.

5 Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/proposta-de-reforma-trabalhista-preve-negociacao-ate-de-ferias-13-salario-19864000>>. Acesso em: 16 set. 2016.

6 Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,reforma-trabalhista-proposta-por-temer-quer-alterar-clt-e-ampliar-terceirizacao,10000074765>>. Acesso em: 16 set. 2016.

7 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/06/1782556-governo-temer-quer-acelerar-terceirizacao-de-legislacao-trabalhista.shtml>>. Acesso em: 16 set. 2016.

Já consumada a deposição da presidenta eleita, o governo Michel Temer, por meio de seu Ministro do Trabalho, deu declarações atabalhoadas no sentido de que poderiam ser aceitas jornadas de trabalho de até 12 horas por dia⁸. A repercussão extremamente negativa da proposta fez com que o próprio presidente telefonasse, “muito irritado”, para o Ministro do Trabalho para que este se retratasse: “O presidente me ligou, me orientou a reafirmar que o governo não vai elevar a jornada de oito horas nem tirar direitos dos trabalhadores”⁹. O governo lançou até vídeo nas redes sociais para “esclarecer fala de Ministro”, afirmando que a retirada de direitos trabalhistas são somente “boatos”¹⁰.

O presidente Michel Temer veio pessoalmente afirmar que “é muito desagradável imaginar que um governo seja tão estupidificado, tão idiota, que chega ao poder para restringir o direito de trabalhadores”¹¹.

As centrais sindicais, em uníssono, repudiaram as propostas do governo, planejando inclusive atos nacionais e paralisação em protesto contra a reforma trabalhista¹².

Assim, em resumo, o contexto é de início de debate da plataforma política do novo governo que, por não ter sido democraticamente aprovada, ainda está em plena discussão na sociedade brasileira.

2 – APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS CASOS

2.1 – O caso da quitação ampla em plano de dispensa incentivada estabelecida por acordo coletivo de trabalho

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 590.415, pelo seu plenário, decidiu pela validade de quitação ampla concedida por trabalhadores a partir de plano de dispensa incentivada estabelecida por acordo coletivo de trabalho. No caso, conforme a ementa do julgado, não haveria a limitação do art. 477, § 2º, da CLT, que restringe a quitação quanto às parcelas e aos valores

8 Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,reforma-trabalhista-preve-contrato-por-productividade-e-jornada-de-ate-12-horas-por-dia,10000074826>>. Acesso em: 16 set. 2016.

9 Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,planalto-ficou-irritado-com-declaracoes-de-ministro-sobre-reforma-trabalhista,10000074910>>. Acesso em: 16 set. 2016.

10 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/09/1811894-ministerio-do-trabalho-faz-acao-em-redes-sociais-para-esclarecer-fala-de-ministro.shtml>>. Acesso em: 16 set. 2016.

11 Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/09/temer-nega-boatos-de-que-va-destruir-saude-e-direitos-trabalhistas.html>>. Acesso em: 16 set. 2016.

12 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/09/1811978-centrais-sindicais-criticam-reforma-trabalhista-e-planejam-protesto.shtml>>. Acesso em: 16 set. 2016.

pagos, porque houve condições econômicas mais vantajosas concedidas aos trabalhadores por meio da negociação coletiva.

Chegou-se a ser salientado no relatório do acórdão que a indenização do autor da ação que gerou o precedente foi de 78 vezes o valor de sua maior remuneração mensal. O voto afirma que as convenções e os acordos coletivos de trabalho são a consagração da autonomia coletiva da vontade, a qual equipara os sindicatos às empresas, não havendo a disparidade presente nas relações individuais do trabalho:

“No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.”

O voto traz como princípios da negociação coletiva a lealdade e também o princípio da adequação setorial negociada, em que podem ser transacionadas setorialmente parcelas justralhistas que não sejam de indisponibilidade absoluta, como “a anotação da CTPS, o pagamento do salário mínimo, o repouso semanal remunerado, as normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, a liberdade de trabalho, etc.”¹³.

Entendeu o acórdão que realmente não vigora no Brasil a liberdade sindical plena, mas que, no caso em concreto, os trabalhadores participaram efetivamente das negociações.

Ao final, o Supremo Tribunal Federal decidiu a seguinte tese, com repercussão geral: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”.

Interessante também ressaltar que, em decisão de embargos de declaração dessa decisão, o Ministro-Relator, Luís Roberto Barroso, afirmou: “um acordo em demissão coletiva firmado por sindicatos, que inclusive relutaram. Os sindicatos firmaram o acordo, porque pressionados pelos trabalhadores. (...) Em assembleia; quer dizer, era um caso inequívoco de manifestação de vontade”¹⁴. Assim, fica claro que foi decidida tese com repercussão geral ba-

13 Recurso Extraordinário 590.415/SC, fls. 16-17.

14 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2629027>>.

seada em características bastante específicas do caso concreto. As perguntas que restam: como dar repercussão geral a um caso que continha tão específica situação, como admite o Relator? Qual a razão da especificidade do caso, que era, nas palavras do Relator, essencial para a controvérsia, e não constou do enunciado da repercussão geral?

2.2 – *O caso das horas in itinere*

Tomando como precedente a tese acolhida com repercussão geral, o Ministro Teori Zavascki, em decisão monocrática no Recurso Extraordinário 895.759, decidiu ampliar o alcance da decisão anterior, afirmando que poderia haver a supressão de horas *in itinere* por negociação coletiva caso fosse compensada a perda com outras vantagens concedidas no acordo. Assim, afastou monocraticamente julgado do Tribunal Superior do Trabalho que reconhecia a autonomia coletiva, mas que resguardava “os preceitos legais de caráter cogente”, alegando ofensa a *ratio* da repercussão geral do Recurso Extraordinário 590.415. Ao final, determinou que fosse oficiada à “Vice-Presidência do Tribunal Superior do Trabalho, encaminhando-lhe cópia desta decisão para as devidas providências, tendo em conta a indicação do presente apelo como representativo de controvérsia”.

Esta decisão afastou-se das premissas dadas no acórdão com repercussão geral: não se tratava de plano de dispensa incentivada, não houve prova de participação efetiva dos interessados e houve lesão à norma cogente ou de ordem pública. Note-se que o cerne da decisão do RE 590.415 foi o plano de dispensa incentivada, e a decisão pela legalidade de suas disposições foi a existência da negociação coletiva, tendo sido tal fato expresso na tese aprovada com repercussão geral.

O governo comemorou a decisão, afirmando que “decisões judiciais recentes que permitem flexibilizar leis trabalhistas a partir de acordos coletivos abrem espaço para mudanças definitivas na legislação e devem ‘encorajar’ o governo e o Congresso a levar adiante propostas nesse sentido”¹⁵.

Não houve no acórdão do Ministro Teori Zavascki nenhuma das preocupações lançadas no precedente do plano de demissão voluntária, como a ausência

15 Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2016-09/para-ministro-decisoes-do-stf-fortalecem-defesa-do-acordado-sobre-o-legislado>>. Acesso em: 19 set. 2016. Afirmou o Ministro da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, Marcos Pereira: “Quero crer que essas decisões judiciais, tanto do Superior Tribunal do Trabalho (TST) quanto do Supremo Tribunal Federal (STF), deverão servir para fortalecer o nosso debate de defender que se aprove a prevalência do acordado sobre o legislado”. “Estou trabalhando para que a gente pegue essas decisões e avance, se encoraje. Se a Justiça do Trabalho e a Suprema Corte do país já estão reconhecendo, por que não avançarmos também no âmbito do Legislativo?”.

de liberdade sindical no Brasil e o princípio da adequação setorial negociada. Seu argumento básico é que, “ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão.”¹⁶

2.3 – O caso da jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso

Na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) 4.842, proposta pelo Procurador-Geral da República, questionava-se a constitucionalidade de dispositivo da Lei nº 11.901/09 que previa a jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso para os bombeiros civis. O argumento da ação pela inconstitucionalidade seria a violação do direito fundamental à saúde e à redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, inciso XXII, da Constituição da República), tendo em vista que o estancamento da jornada aumenta a incidência de acidentes do trabalho, bem como que a compensação de jornada deve ser prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho, conforme prevê a Constituição da República no art. 7º, inciso XIII.

O Ministro Edson Fachin observou que a norma estabelece regime de trabalho compatível com as atividades desempenhadas pelos bombeiros civis, também chamados de brigadistas, pois garante a eles um período de descanso superior ao habitual em razão de sua jornada de trabalho de 12 horas. O Ministro afirmou que a jornada prevista na lei está respaldada na Constituição Federal (art. 7º, inciso XIII) pela possibilidade de compensação de horas trabalhadas mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho¹⁷. Aduz ainda que não há prejuízo à saúde, por falta de estudos científicos, e que a jornada de 12 horas não é prejudicial, pois seguida de 36 horas de descanso.

O Relator afirma em seu voto que, “embora não haja a previsão de reserva legal expressa na Constituição, a previsão de negociação coletiva permite inferir que a exceção estabelecida para os bombeiros civis garante, em proporção razoável, descanso de 36 horas para cada 12 horas trabalhadas, além de assegurar a jornada máxima de 36 horas semanais”.

Cita como precedente o Recurso Extraordinário 425.975, de relatoria do Ministro Carlos Velloso.

16 RE 895.759/PE. As vantagens listadas no acórdão em troca da supressão das horas *in itinere* foram: “fornecimento de cesta básica durante a entressafra; seguro de vida e acidentes além do obrigatório e sem custo para o empregado; pagamento do abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários mínimos; pagamento do salário-família além do limite legal; fornecimento de repositores energéticos; adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na Convenção Coletiva”.

17 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325336>>.

DOCTRINA

Aqui chegamos a um ponto quase inacreditável: o acórdão citado como precedente julga *no sentido totalmente contrário à tese do voto do Ministro Fachin*. De fato, a ementa do RE 425.975 assim está redigida: “A majoração da jornada de trabalho semanal para além do limite previsto no art. 7º, XIII, somente pode ocorrer em situações excepcionais”.

Tratava-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado de Pernambuco para tentar reverter decisão do Tribunal de Justiça que tinha julgado a inconstitucionalidade de portaria que preveria a escala de 24 horas por 72 horas de descanso, supostamente lastreada por lei estadual. O acórdão estadual havia declarado a inconstitucionalidade da lei que previa a duração semanal de 48 horas, bem como anulou a portaria, afirmando que a Constituição facultava a compensação de jornada *caso houvesse convenção ou acordo coletivo de trabalho*, o que não existia no caso. O Ministro Carlos Velloso manteve a decisão por seus próprios fundamentos¹⁸. Ou seja, a decisão acabou por afirmar que não poderia lei ou portaria fazer a compensação dos limites constitucionais, somente podendo isso ocorrer, em casos excepcionais, por negociação coletiva.

Em seu voto, Fachin ressalta que o Sindicato dos Bombeiros Civis no Distrito Federal é a favor da jornada disposta na lei. Interessante, no entanto, que o Ministério Público Federal, na sustentação oral da causa ora em comento, demonstrou que outros sindicatos eram contrários ao regime de trabalho legal¹⁹.

Relevante se mostrou a discussão do voto. Após manifestação do Ministro Luís Roberto Barroso no sentido de que deveria ser deixado claro na decisão que poderiam ser estipuladas outras jornadas, seja por acordo individual ou negociação coletiva, para a defesa da liberdade de contratar, livre-iniciativa e também autonomia negocial coletiva, seguiu-se ampla discussão, em que a única divergência parecia ser a necessidade ou não de se declarar na decisão da ADI 4.842 que a negociação coletiva poderia estipular jornada diversa da legal, estando todos consentes de que poderia. A Ministra Rosa Weber foi a única que divergiu, dizendo que, conforme o texto constitucional, somente convenção ou acordo coletivo poderia estipular compensação, e não a lei. O Ministro Marco Aurélio afirmou que não poderia ser por acordo individual, mas que por negociação coletiva poder-se-ia dispor de maneira diversa ao emanado pela lei. Por fim, foi declarada de forma simples a constitucionalidade da lei dos bombeiros civis, ficando vencidos os Ministros Luís Roberto Barroso, Marco Aurélio e Rosa Weber, por motivos diversos entre eles.

18 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=342523>>.

19 Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=lobW8tUgVlk>>.

Por outro lado, da discussão sobressaíram-se duas falas importantes para a análise da posição que vem assumindo o Supremo Tribunal Federal. Em determinado momento, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma: “Toda a tendência do direito do trabalho contemporâneo é no sentido da flexibilização das relações e da coletivização das discussões”, no que foi complementado pelo Ministro Marco Aurélio: “mais dia ou menos dia vamos ter que partir para essa reforma”.

3 – A GUINADA NA JURISPRUDÊNCIA

Como já vimos no caso da jornada de 12 horas por 36 de descanso, está havendo guinada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que vem ignorando todos os precedentes da Corte sobre a questão.

O Tribunal, até bem pouco tempo atrás, tinha o seguinte entendimento, conforme o julgado a seguir:

“Estabilidade provisória da empregada gestante (ADCT, art. 10, II, *b*): inconstitucionalidade de cláusula de convenção coletiva do trabalho que impõe como requisito para o gozo do benefício a comunicação da gravidez ao empregador. 1. O art. 10 do ADCT foi editado para suprir a ausência temporária de regulamentação da matéria por lei. Se carecesse ele mesmo de complementação, só a lei a poderia dar: não a convenção coletiva, à falta de disposição constitucional que o admitisse. 2. Aos acordos e às convenções coletivos de trabalho, assim como às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a direito constitucional dos trabalhadores, que nem à lei se permite.” (RE 234.186/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, publ. 31.08.01)

No voto desse julgado, o Ministro Sepúlveda Pertence afirma de maneira clara:

“De qualquer sorte, jamais o poderia fazer a transação de natureza coletiva, à falta de disposição constitucional que o admitisse. Trata-se de direito irrenunciável da empregada, que não pode ser afastado ou neutralizado por simples convenção. Aos acordos e às convenções coletivos de trabalho, assim como às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a direito constitucional dos trabalhadores, o que nem à lei é permitido. As cláusulas deles resultantes têm seu âmbito circunscrito às categorias profissionais envolvidas, cujos integrantes não podem ter reduzidos ou eliminados os direitos constitucionais, assegurados a todos os brasileiros em igual situação.”

DOCTRINA

Entretanto, a guinada da jurisprudência vem de forma pouco ortodoxa, pois não estão claros os princípios constitucionais que lastreariam a alteração de posicionamento.

Enquanto que no caso paradigma do plano de dispensa incentivada o princípio seria o da autonomia privada coletiva expressamente demonstrada, tendo em vista a falta de liberdade sindical existente no Brasil, no caso das horas *in itinere* partiu-se diretamente para a sobreposição do negociado coletivamente em relação a normas cogentes ou de ordem pública, não levando em consideração a problemática levantada no caso paradigma, submetendo sua validade somente à troca desses direitos por outras vantagens. No terceiro caso avaliado, no entanto, verifica-se que o princípio da primazia da autonomia coletiva cede espaço em relação à lei, mesmo contrariamente ao disposto à Constituição. Se é certo que pelo dispositivo expresso do inciso XIII do art. 7º constitucional a negociação coletiva pode realizar a compensação da jornada nos limites estipulados pela lei maior, ela não permite que o faça por meio de lei.

Assim, parece que o mandamento metajurídico da flexibilização prevaleceu sobre a negociação coletiva, pois, apesar de a Constituição expressamente vincular a compensação da jornada à necessidade de convenção ou acordo coletivo de trabalho, o Supremo Tribunal Federal, alterando sua jurisprudência, decide que a lei pode fazê-lo. Caso o objetivo maior fosse a valorização da negociação coletiva, tendo em vista as diferentes visões sindicais a respeito do dispositivo legal, teria o Supremo Tribunal Federal deixado a solução, como prevê a Constituição, para convenções e acordos coletivos, na abrangência de cada sindicato.

4 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A REFORMA LABORAL BRASILEIRA

O Supremo Tribunal Federal vem, de maneira cada vez mais clara, tentando implementar política em relação às questões trabalhistas, em aberto ativismo judicial.

Não se mostra coincidência que a pauta escolhida pela nova Presidenta do Supremo Tribunal Federal, a Ministra Carmen Lúcia, para inaugurar sua gestão à frente da Corte Suprema, escolheu diversos temas trabalhistas, tendo sido chamada de “pauta trabalhista”²⁰.

20 Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-09/pauta-trabalhista-marcar-primeira-sessao-de-carmen-lucia-na-presidencia-do>>. Acesso em: 19 set. 2016.

DOCTRINA

De fato, todos os itens abordados pelo novo Governo Federal estão recebendo especial atenção da Corte Suprema brasileira, que deseja realizar a reforma em arrepio – e diríamos mais, em verdadeiro atropelo – do debate democrático. Se tomarmos o cerne das reformas anunciadas pós-*impeachment*, todos os pontos estão bem encaminhados no Supremo Tribunal Federal.

Conforme vimos, a questão da prevalência do negociado sobre o legislado vem se construindo de forma rápida na Corte. Até a questão da legalidade de jornada de 12 horas foi liberada pelo Supremo Tribunal Federal, no terceiro caso estudado, na mesma semana que houve a reação à proposta governamental.

O fim dos limites à terceirização está encaminhado, tendo sido liberado para julgamento pelo Relator Luiz Fux²¹.

Assim, os fatos levam a crer no protagonismo deliberado do Supremo Tribunal Federal na reforma trabalhista neoliberal.

CONCLUSÃO

De toda a análise, podem-se tomar as seguintes conclusões:

a) o Supremo Tribunal Federal assumiu papel de liderança na reforma trabalhista pretendida pelo governo Temer, em claro e aberto ativismo judicial, como demonstram a impecável coincidência entre a pauta governamental e a de julgamentos da Corte Suprema e o diálogo entre os Ministros Luís Roberto Barroso e Marco Aurélio Mello no julgamento da ADI 4.842: “Toda a tendência do direito do trabalho contemporâneo é no sentido da flexibilização das relações e da coletivização das discussões”; “mais dia ou menos dia vamos ter que partir para essa reforma”;

b) as últimas decisões representam uma guinada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo às vezes simplesmente olvidados os precedentes da Corte acerca da matéria, bem como realizadas releituras que se afastam completamente do teor original;

c) parece certo que o Supremo Tribunal Federal já definiu pela prevalência da negociação coletiva em detrimento da lei trabalhista;

d) entretanto, os contornos da prevalência do negociado sobre o legislado não parecem estar ainda definidos. Se no caso da dispensa incentivada houve a

21 Sobre o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, em especial em relação à questão da terceirização, vide o nosso artigo *O Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal e o Debate sobre a Terceirização* (Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 80, n. 3, jul./set. 2014).

problematização da falta de liberdade sindical no ordenamento jurídico brasileiro, porém, no caso das horas *in itinere* admitiu-se expressamente a derrogação de norma de proteção, justificada pela negociação sobre outras parcelas, sem se verificar, no entanto, qualquer paridade entre o que foi concedido e o que foi adquirido na troca. Na discussão do caso da jornada de 12 horas por 36 de descanso, no entanto, apareceram várias linhas de pensamento, desde a que a negociação coletiva não poderia ultrapassar os limites impostos pela lei, salvo previsto na Constituição Federal, que parece ser a posição do Ministro Marco Aurélio, até o extremo, trazido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que é a possibilidade de derrogação da lei, em alguns casos, mesmo por acordo individual, devido à livre-iniciativa e à liberdade do empregador de contratar;

e) a última conclusão é que a ideologia da flexibilização está a nortear as decisões do Supremo Tribunal Federal, que se dão em caráter eminentemente político, afastando-se sobremaneira do campo jurídico e da Constituição da República. Assemelha-se aqui ao mito do julgamento de Páris, no qual este, um mortal de Troia, foi incumbido por Zeus – que não quis tomar nenhum partido – a escolher a mais bela entre três deusas – Hera, Atena e Afrodite –, sendo que a vencedora ficaria com a maçã de ouro oferecida por Éris, a deusa da discórdia. As deusas passaram a tentar seduzir Páris para ser a escolhida e ganhar a maçã de ouro: Hera prometeu tornar Páris o rei da Europa e da Ásia; Atena lhe ofereceu sabedoria e a arte da guerra; Afrodite ofereceu a Páris a mulher mais bonita do mundo, Helena. Páris escolheu a oferta de Afrodite, que levou a maçã de ouro, e Páris seguiu para Troia com Helena. O problema é que Helena era casada com o rei Menelau, de Esparta. A fim de buscar Helena, empreendeu-se a grande Guerra de Troia. O mito nos ensina a relacionar as consequências com nossas escolhas. Ao escolher a beleza – a ideologia –, e desprezando a ordem civil e a sabedoria, representadas pelas outras deusas, o Supremo Tribunal Federal acaba por causar imenso desequilíbrio nas relações de Trabalho. Helena – ou as relações de trabalho – é esposa das forças sociais, e o seu rapto poderá favorecer o desequilíbrio da sociedade. Guerras podem vir, não no sentido histórico-mitológico, mas sob a forma de graves distúrbios que não deveriam ser encorajados – muito menos criados – pela Corte Suprema.

A RELAÇÃO ENTRE NORMAS COLETIVAS AUTÔNOMAS E LEGISLAÇÃO ESTATAL: DUAS NOTAS SOBRE O MODELO NORMATIVO BRASILEIRO

Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva*

Os tempos presentes trazem de volta à centralidade do debate a temática da negociação coletiva de trabalho, os efeitos jurídicos de seus resultados, suas relações de temporalidade, hierarquia e eficácia subjetiva. Estamos diante de mais um paradoxo: o instituto jurídico volta à cena, quando seus atores relevantes perdem força, seus fundamentos político-filosóficos sofrem intensos e direcionados questionamentos, o discurso da crise econômica volta a ser ouvido e os sentidos do trabalho, do diálogo social e do pluralismo político se enfraquecem.

Os projetos de reformulação sistêmica do modelo de relações sindicais e coletivas do trabalho com estímulo e suporte à atuação dos atores sindicais profissionais que se apresentaram nas últimas décadas em perspectiva contra-hegemônica, pugnavam por uma valorização da autonomia coletiva com o objetivo de universalizar os direitos sociais, potencializar o controle sobre o poder do empregador, e democratizar a vida da empresa e do país. Em direção oposta está a pretensa *valorização da negociação coletiva* decorrente de recente projeto de lei e de decisões judiciais que, expressando giros paradigmáticos, reinterpretam regras e normas em desconsideração a princípios caros e orientadores do Direito Constitucional do Trabalho e mesmo do Direito Coletivo do Trabalho, ao construir uma nova hermenêutica decisória.

Distante da jurisprudência anterior adotada pelo Supremo Tribunal Federal¹ no exercício do controle de constitucionalidade, que muito bem rechaçou

* *Desembargadora do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região; doutora em Ciências Jurídicas; mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio); professora associada da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, onde coordena o grupo de pesquisa Configurações Institucionais e Relações de Trabalho – CIRT cadastrado no diretório do CNPq.*

1 Refiro-me a decisão proferida em 2001 em Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, cuja ementa transcrevo: “Estabilidade provisória da empregada gestante (ADCT, art. 10, II, b): inconstitu-

a possibilidade de as convenções e acordos coletivos de trabalho transgirem em prejuízo de direitos fundamentais dos trabalhadores, julgados mais recentes admitiram como válidas normas contestadas contidas em acordos e convenções. Tais normas (a) estabeleceram cláusulas de transação e quitação individual e extrajudicial de direitos em Planos de Dispensa Voluntária²; (b) afastaram a

cionalidade de cláusula de convenção coletiva do trabalho que impõe como requisito para o gozo do benefício a comunicação da gravidez ao empregador. 1. O art. 10 do ADCT foi editado para suprir a ausência temporária de regulamentação da matéria por lei. Se carecesse ele mesmo de complementação, só a lei a poderia dar; não a convenção coletiva, à falta de disposição constitucional que o admitisse. 2. Aos acordos e convenções coletivos de trabalho, assim como às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a direito constitucional dos trabalhadores que nem à lei se permite” (STF, RE 234.186-3, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, 2001). Segundo a fundamentação e as premissas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal os direitos fundamentais sociais diante da natureza irrenunciável dos direitos constitucionais dos trabalhadores e do princípio da norma mais benéfica não estão sujeitos à deliberação (e, portanto, à transação pela autonomia coletiva). E remeto também à interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal aos limites dos efeitos das regras coletivas dispositivas: “Sabemos que no RE 205.815, do qual fui Relator para acórdão, pacificou-se a interpretação em relação a esse texto. Parece-me evidente que o inciso XIV tem vigência na hipótese de ausência de convenção coletiva, ou seja, havendo negociação coletiva, poderão as partes dispor de forma diversa ao fixado no inciso XIV da Constituição” (Ministro Nelson Jobim, transcrito do acórdão referente ao julgamento do RE 215.411/SP, sobre o art. 7º, inciso XIV, da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, em 2000). Diga-se de passagem, que tal premissa vem sendo observada de modo cuidadoso pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho seja em sua Súmula nº 423, seja nos julgados que não admitem as teses empresariais que defendem a ultratividade de regras coletivas de flexibilização das normas, pois a excepcionalidade do acordo coletivo que afasta norma legal cogente obsta que lhe seja atribuído efeito derogatório *in pejus*, em prazo superior ao seu período de vigência.

- 2 Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 590.415-RG de relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso, assim ementada: “DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DEMISSÃO INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS. 1. Plano de demissão incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como de quitação de toda e qualquer parcela decorrente da relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção nº 98/1949 e na Convenção nº 154/81 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de demissão incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam da mera dispensa por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 6. Provenimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de demissão incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”.

regra legal que determina o pagamento de horas *in itinere* nos termos do art. 58, § 2º, da CLT³; (c) deram a temas até então considerados como infraconstitucionais⁴ o *status* de questão constitucional de forma a possibilitar o exercício da jurisdição de controle pelo STF em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental sobre a redação da Súmula nº 277 dada pelo Tribunal Superior do Trabalho em 2012⁵, com a determinação de suspensão de todos os processos em curso e efeitos de decisões judiciais proferidas com base na ultratividade das normas de acordos e de convenções coletivas⁶. Ao traçar um “breve histórico da prevalência da autonomia coletiva no STF”, o ministro relator Gilmar Mendes sublinha a proeminência da *autonomia coletiva da vontade* e da *autocomposição dos conflitos trabalhistas* por aquela Corte⁷.

Afirma-se na nova narrativa decisória da Suprema Corte que no âmbito coletivo não há desequilíbrio de poder entre os sujeitos contratantes, de modo a afastar a necessária proteção construída pelo direito individual do trabalho⁸. E que a “essência da negociação coletiva” ocorre a partir de “prestações sinalag-

3 Decisão monocrática proferida pelo ministro Teori Zavascki nos autos do RE 895.759, DJ 22.09.2016: “O acórdão recorrido não se encontra em conformidade com a *ratio* adotada no julgamento do RE 590.415, no qual esta Corte conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho. Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical. Registre-se que a própria Constituição Federal admite que as normas coletivas de trabalho disponham sobre salário (art. 7º, VI) e jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), inclusive reduzindo temporariamente remuneração e fixando jornada diversa da constitucionalmente estabelecida. Não se constata, por outro lado, que o acordo coletivo em questão tenha extrapolado os limites da razoabilidade, uma vez que, embora tenha limitado direito legalmente previsto, concedeu outras vantagens em seu lugar, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical”.

4 Ver decisão sobre ultratividade na norma coletiva e incorporação aos contratos individuais dos direitos autonomamente assegurados nos autos do AI 731.954-RG, de relatoria do Ministro Cezar Peluzo.

5 Sobre o tema compartilho das considerações lançadas no artigo *A Caminho de um Novo e Desnecessário Direito do Trabalho – A Triste Sina de Sísifo*, – sobre a recente decisão do Ministro Gilmar Mendes que suspendeu a Súmula nº 277 do TST, de autoria dos Ministros Augusto César Leite de Carvalho, Lelio Bentes Corrêa e Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, em 18 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/caminho-de-um-novo-e-desnecessario-direito-trabalho-triste-sina-de-sisifo-18102016>>.

6 Ver Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323, Distrito Federal, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, CONFENEN, com decisão liminar concedida pelo Ministro Gilmar Mendes em 14 de outubro de 2016, conforme publicada na *Revista LTr* 80-10/1226-1241.

7 “Breve histórico da prevalência da autonomia coletiva no STF. É preciso destacar, desde pronto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tende a valorizar a autonomia coletiva da vontade e da autocomposição dos conflitos trabalhistas, nos termos do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. Mencione-se, neste sentido, o RE 590.415-RG, Rel. Min. Roberto Barroso, no qual foi confirmada a validade de plano de dispensa incentivada devidamente chancelada por acordo coletivo.” (STF, MC ADPF 323. In: *Revista LTr* 80-10/1235)

8 BRASIL, STF, RE 590.415-RG.

máticas acordadas com o empregador”, assentada em um direito do empregador à obtenção de um “devido contrabalanceamento”. Estabelece ainda que “dentro dos limites da razoabilidade” há que se reconhecer a “especial relevância à autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho”, inclusive para afastar “direito assegurado aos trabalhadores pela CLT¹⁰.”

Os giros hermenêuticos que os Tribunais empreendem no tempo, reconfigurando o Direito do Trabalho, em especial o direito coletivo, têm sido objeto das reflexões acadêmicas da autora há aproximadamente 15 anos. A influência do contexto político e econômico nacional no comportamento decisório das cortes superiores; o fenômeno da flexibilização jurisprudencial; a distinção entre autonomia privada coletiva e autonomia coletiva; entre autonomia da vontade e autonomia coletiva; a falaciosa valorização da negociação coletiva por interpretações que ampliam a eficácia dos pactos, como se autonormação, autotutela e auto-organização não fossem aspectos intrínsecos da autonomia coletiva, esta, sim, fonte produtora de normatividade, etc. são aspectos de estudos anteriores, cujos pressupostos analíticos permanecem válidos para compreender os tempos presentes¹¹.

Não obstante, este artigo pretende contribuir de modo singelo com o atual debate sobre as relações entre as normas oriundas de fontes autônomas e heterônomas, e, mais especificamente, sobre a relação entre acordos e convenções coletivas e legislação estatal no Direito do Trabalho brasileiro¹². Torna-se necessário fazer uma crítica desta nova narrativa decisória que coloniza o Direito do Trabalho pela lógica do Direito Contratual Privado, desprezando a natureza normativa específica das normas coletivas. Para que se reconheça nos instru-

9 BRASIL, STF, MC-ADPF 323.

10 “Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito outorgado a trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do Acordo Coletivo de Trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical” (RE 895.759, 22.09.2016). O afastamento da norma legal, com eficácia para toda a categoria profissional em benefício de afiliados e não afiliados às entidades sindicais foi admitido. Entrementes, não se permite instituição de benefício financeiro em favor dos sindicatos contratantes, mantendo interpretação limitada da autonomia sindical na Súmula Vinculante nº 40, *in verbis*: “A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”.

11 Sobre tais questões refleti e apresentei minhas concepções no livro: *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.

12 Reconhecem-se as insuficiências das diádes bem como que o binômio heteronomia *versus* autonomia pode reforçar uma separação que não resiste a uma análise percuente, pois desconsideram fatores que perpassam tais construções, o cenário político-econômico, o tipo de atuação do Estado do domínio econômico, a arena da seguridade social, etc. Contudo as diádes lei/negociação, regulação heteronomia/ autonomia, intervencionismo/abstencionismo são importantes para o entendimento dos diferenciados processos de juridificação e construção de modelos jurídicos e de Estado, questões relevantes para este artigo, em abordagem contida aos aspectos normativos da regulação laboral. Sobre a crítica às diádes ver Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. *Relações coletivas de trabalho...*, p. 122.

mentos coletivos pactuados *a alma de lei em um corpo de contrato*, é preciso abandonar as teses de que as negociações coletivas são meras transações nas quais se firmam compromissos mercadológicos recíprocos, bem como que os conteúdos pactuados estariam infensos ao controle judicial. Afinal, como normas jurídicas que são, devem ser interpretadas do mesmo modo que as demais normas trabalhistas, observando a hierarquia e a regra hermenêutica da norma mais favorável. Após um breve esboço teórico sobre negociação coletiva e os três modelos normativos de recepção de suas normas ao sistema jurídico, é apresentado o posicionamento clássico da doutrina brasileira sobre fontes, em especial sobre as relações entre as normas autônomas e heterônomas no Direito brasileiro. Ao final retoma-se o problema da necessária incorporação da eficácia das normas coletivas em um sistema constitucional democrático, e realiza-se uma crítica das concepções que defendem a ampliação das relações supletórias.

1 – CONSIDERAÇÕES TEÓRICO-METODOLÓGICAS

A singularidade do Direito do Trabalho e sua capacidade de atingir funções de civilização das relações laborais, estabilização das relações sociais e políticas e controle duplo do poder econômico e da ação direta das classes trabalhadoras, conforme categoria cultural construída, se explicita por meio de múltiplos aspectos. *Wolfgang Däubler* destaca como as principais dimensões decorrentes da especificidade do campo juslaboral: (a) a proteção do trabalho e sua função mediata de conservação da ordem pela ‘pacificação das relações socioeconômicas’; (b) a incidência sobre situações concretas de trabalho, com ampla diversidade de ocupações e rápidas transformações tecnológicas e produtivas, a exigir regulações específicas e criativas para problemas inéditos decorrentes da inserção na vida da empresa ou nas cadeias produtivas e como estrutura de suporte e estabilização normativa; e (c) a incidência de normas constitucionais, que ao permear o Direito do Trabalho, o estabilizam¹³.

Em consequência lógica às funções e especificidades do mundo do trabalho, o Direito Laboral se construiu por meio da combinação das esferas da autonomia coletiva e da intervenção estatal. Assim, quando há uma boa articulação das fontes provenientes das negociações realizadas diretamente pelos setores econômicos e sindicais e aquelas provenientes das instâncias estatais, preserva-se o necessário espaço para as regulações específicas (ou adequações setoriais). Assegura-se também a capacidade de os atores sociais e os instrumentos coletivos de trabalho incidirem sobre novos conflitos, com rapidez e atualidade, ao mesmo tempo que

13 DÄUBLER, Wolfgang. *Direito do trabalho e sociedade na Alemanha*. São Paulo: LTr, 1997. p. 45-46.

se estabelece um limite constitucional e legal e a criação de uma chave de leitura que permita examinar a validade das normas coletivamente pactuadas.

Na combinação entre negociação coletiva e intervenção estatal, tem-se a explicitação da construção de um moderno ramo jurídico que é o Direito do Trabalho, síntese dos sistemas estatutário e contratual, oriundos das tradições jurídicas diferenciadas dos modelos romano-germânico e anglo-saxão, da *common law* e da *civil law*¹⁴.

Não à toa, ainda que em países nos quais o Direito é legislado por excelência, as fontes como modos de produção jurídica trabalhista são classificadas como heterônomas, se forem criações externas às partes, ou autônomas, elaboradas pelos próprios interessados. As fontes autônomas produzidas pelos interessados – como as convenções coletivas e os acordos coletivos de trabalho – são instrumentos privilegiados para especificar no mundo concreto das relações laborais as normas imperativas cogentes, *consideradas patamar mínimo* para a adaptação e para atualizar as regras às inovações das técnicas, processos produtivos e realidades cambiantes do mundo do trabalho. São recebidas e reconhecidas como válidas pela ordem jurídica instituída quando “arrostam o interesse público primário”¹⁵.

No Brasil, como em inúmeros países que adotam sistemas estáticos, os estudos jurídicos privilegiam a análise do resultado, dos efeitos e da eficácia das normas coletivas. São escassos os estudos no campo jurídico sobre os procedimentos negociais concretos, condicionamentos e estrutura da negociação coletiva de trabalho¹⁶.

Este artigo compartilha a advertência metodológica feita pelo jurista Fernando Valdés Dal-Ré, com consciência sobre seus limites analíticos. Reconhece-se a escassez das pesquisas jurídicas sobre as convenções coletivas de trabalho e negociações coletivas no Brasil e os problemas graves que tal insuficiência alimenta, a exemplo do estímulo com que parte da jurisprudência resolve os problemas relacionados à relação entre normas autônomas e heterônomas, ou

14 SUPIOT, Alain. *Crítica del derecho del trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Publicaciones, 1996.

15 FELICIANO, Guilherme Guimarães. Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 202. Remeto ao autor a utilização de fonte para “designar os diferentes modos de realização, material ou formal, do direito objetivo atual (fonte criadora)”, sendo as primeiras “elementos ónticos que estão na base de elaboração da norma jurídica, i.e., a matéria-prima original de que dimana o valor plasmado na norma, a origem primária do fenômeno jurídico tridimensional (fato, valor e norma)”, que no Direito do Trabalho, segundo Feliciano, relevam a divisão social do trabalho e a técnica como forças produtivas que promovem mudanças nas normas, nas ideologias, na estrutura social e fontes formais como modos de expressão, veículos de exteriorização do Direito. *Op. cit.*, p. 157-159.

16 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*. Granada: Comares, 2012.

aqueles relativos às relações entre normas pactuadas em níveis de negociação diferenciados (empresa x categoria).

Embora as dificuldades de construção sistemática e harmônica de uma teoria das normas coletivas no marco da Constituição de 1988 sejam oriundas de um conjunto de fatores, dentre os quais a ausência de uma teoria consistente e interdisciplinar sobre negociação coletiva, acredita-se que a falta de explicitação na teoria jurídica dos condicionamentos fáticos às manifestações da autonomia coletiva neste início de século XXI¹⁷ contribui sensivelmente para que certas concepções se limitem a tratar a negociação coletiva como barganha, e seus resultados positivos como contratos ou ainda como manifestação de uma autonomia coletiva privada, que permite ou promove a equivalência ou igualdade dos sujeitos na relação laboral.

Não obstante, Fernando Valdés Dal-Ré adverte sobre o crescimento das abordagens que reduzem a negociação coletiva a um modo de regulação flexível, consoante uma visão funcionalista, de filiação conservadora e neoliberal, que acaba por subordiná-la à lógica de mercado. Tais visões se distanciam das funções originais da negociação coletiva como um método de limitação dos poderes econômicos e das faculdades dos empregadores, e negam o caráter complexo da instituição, no qual sobressai a dimensão política, de mecanismo de regulação de poder e de controle do poder empresarial para atingir um maior equilíbrio das relações de trabalho.

Com novos condicionamentos relacionados às transformações sociais, globais e produtivas no novo capitalismo surgem novos desequilíbrios nas relações coletivas de trabalho. E dentre as transformações produtivas e sociais, Fernando Valdés Dal-Ré sublinha como fatores relevantes que influenciam nas mutações da negociação a descentralização produtiva, a individualização, a erosão da política frente à economia provocada pela globalização e a aparição de novos atores econômicos e sociais. No que diz respeito às mudanças de ordem política, as que decorrem das alterações no sistema de negociação propostas pelo Poder Público, em especial as que afetam o sistema de fontes do direito laboral, trazem subjacentes concepções diversas sobre a intervenção do Estado nas relações de trabalho¹⁸.

Em nosso país, as modificações no sistema negocial que atingem o sistema de fontes laborais e sua articulação não decorrem apenas de proposições legislativas, mas em boa medida de decisões judiciais, como as adotadas recentemente pelo Supremo Tribunal Federal citadas na primeira seção, *supra*.

17 Sobre os fatores inibidores à negociação coletiva de trabalho, remeto às pesquisas de José Francisco Siqueira Neto. Sob uma perspectiva dos procedimentos ver os estudos clássicos do referido autor, em especial: *Contrato coletivo de trabalho: perspectiva de rompimento com a legalidade repressiva*. São Paulo: LTr, 1991, um dos poucos que trabalharam o procedimento negocial no país.

18 *Op. cit.*, p. 16.

São graves as consequências de tais mutações para o Direito do Trabalho e para o constitucionalismo. Diante da radicalidade das transformações sistêmicas provocadas pela própria atuação estatal, que assentada em um discurso de empregabilidade deixa de expressar uma vontade de reequilíbrio assimétrico das relações de poder por meio de técnicas de proteção, Fernando Valdés Dal-Ré alerta como tais mudanças podem acabar por alterar o próprio sentido do Direito do Trabalho:

“La pérdida del control político sobre el orden económico globalizado transforma la función de la regla jurídico-laboral, que se percibe ahora, en lo esencial, como un medio para moderar o para eliminar las disposiciones limitativas al juego de las leyes ordinarias del mercado. En suma, el canon primero de valoración de la legislación laboral ya no es o no solo es la tutela del trabajo mismo, sino la eficiencia del mercado.”¹⁹

Diante de tal reconfiguração nas funções assumidas pela negociação coletiva e pelo próprio Direito do Trabalho em contexto de crise institucional e econômica, sob os auspícios das políticas de austeridade e de excepcionalidade permanente – como as que foram adotadas nos países ibéricos e agora chegam ao Brasil, a professora Nunzia Castelli observa como se constrói um paradigma pró-contratualização do direito, com a privatização do conceito de interesse geral. Ao comentar as críticas liberais ao pretense “autoritarismo” e “paternalismo do Estado” que estariam na raiz do Direito Laboral, Castelli afirma que “não surpreende que a inderrogabilidade se apresente cada vez mais como um *problema* do que como *fundamento* do direito do trabalho”²⁰.

E é exatamente sobre o sentido da inderrogabilidade das normas cogentes trabalhistas, seu caráter de ordem pública social, por sua inserção no plano dos direitos fundamentais constitucionais e diante de seu reconhecimento como integrante do núcleo essencial dos direitos humanos que devem ser examinados os três modelos normativos encontrados no moderno Direito do Trabalho de admissibilidade e incorporação da negociação coletiva no ordenamento jurídico. Afinal, as reconfigurações fáticas, muitas vezes admitidas pela jurisprudência, são negociadas por alguns sindicatos, promovidas pela legislação infraconstitucional sob uma ordem constitucional e de direitos humanos internacionais com a qual se chocam. Uma normatividade fática emergente como expressão da *lex mercatória*, que esbarra e se contrapõe à normatividade democraticamente instituída pela cidadania ativa, estabelecida na Constituição de 1988.

19 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*. Granada: Comares, 2012. p. 16.

20 CASTELLI, Nunzia. *Contrato, consenso, representación: reflexiones sobre la juridificación de las relaciones laborales*. Albacete: Bomarzo, 2014. p. 217 (tradução livre).

2 – COMPLEMENTAÇÃO, SUPLEMENTAÇÃO E REGIME SUPLETÓRIO: TRÊS MODELOS NORMATIVOS

A fenomenologia do Direito do Trabalho tem sido bastante alterada nas últimas décadas. As cicatrizes visíveis tornam o sistema de fontes e a relação entre elas fragmentada, múltipla e complexa²¹. Não obstante, permanecem as suas vigas constitutivas, que permitiram uma universalização de direitos, a redução das desigualdades e uma importante civilização do poder patronal nos últimos anos. Para compreender as razões da permanência do sistema jurídico é importante registrar que, grosso modo, o Direito do Trabalho moderno construiu três sistemas normativos diversos de admissibilidade da negociação coletiva, conforme relação de *suplementaridade*, *complementaridade* ou *supletoridade*²².

Regra geral, as normas estatais têm caráter cogente e caracterizam-se pela indisponibilidade. A norma coletiva acresce direitos aos trabalhadores, melhora suas condições de trabalho, podendo o que for pactuado coletivamente *suplementar (I)* o conjunto normativo estabelecido em lei. Tal regime é universalmente admitido em todos os países democráticos que reconhecem a negociação coletiva. Permite a concretização dos objetivos tutelares do ramo jurídico de melhoria das condições sociais e de vida dos trabalhadores e a redução das desigualdades sociais.

O modelo de suplementação está assentado na primazia da autonomia coletiva sobre a autonomia individual e na subordinação de ambas as garantias mínimas asseguradas pela ordem jurídica cogente²³, permeada por normas de

21 PAIXÃO, Cristiano. Complexidade, diversidade, fragmentação: um estudo sobre as fontes do direito do trabalho no Brasil. In: PAIXÃO, Cristiano; RODRIGUES, Douglas Alencar; CALDAS, Roberto de Figueiredo (Org.). *Os novos horizontes do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 102-118.

22 Optamos por nos referir aos três sistemas, pois expressam relação entre normas jurídicas e normas negociadas coletivamente. Não se desconhece, entretanto, outras classificações. Para Ignácio Garcia Perronte Escartin há um quarto modelo, *o de exclusividade*, para o qual há uma reserva legal para a atuação do Estado. No Brasil, tal é o regime que predomina no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional, em que a Constituição reserva à lei a possibilidade de definir padrões salariais e fixar reajustes, atualizações ou direitos, obstando a adoção de convenções coletivas de trabalho. De toda sorte, como negociação coletiva é procedimento, a Convenção nº 151 assegura a negociação e a participação dos servidores na definição de tais temas, ainda que reservadas à lei ou de iniciativa privativa do chefe do poder executivo. Perronte Escartin também não se refere à relação de supletoriedade, afirmando haver uma *relação de concorrência* quando ambas as fontes (lei e negociação) incidem sobre os mesmos fatos, ora com predomínio de uma, ora de outra. Por outro lado, advirta-se que os modelos não devem ser vistos como momentos sucessivos ou tendências evolutivas (cf. Ronaldo Lima Santos). Já Martín Valverde “sistemiza las distintas posibilidades de contacto entre norma colectiva y norma estatal como relaciones de suplementariedad o concurrencia no conflictiva; de subsidiariedad; de complementariedad o articulación; de supletoriedad; y la colisión o conflicto”. *Apud* CUNHA, Alexandre Teixeira Bastos, *Op. cit.*, p. 273.

23 A existência de normas imperativas, de um direito absolutamente necessário no campo do direito laboral, que limita sensivelmente a autonomia privada e a submete às prescrições legais e constitucionais decorre da própria função do ramo jurídico de integrar o conflito de trabalho e o submete-lo a um processo de juridificação. Neste sentido, a imperatividade da Constituição e das leis do trabalho supõe uma in-

indisponibilidade absoluta ou relativa. É a concepção acolhida no coração da própria definição de contrato de trabalho da legislação consolidada que indica a substituição automática das normas individuais pelas coletivas e legais mais benéficas, conforme dicção do art. 444 da CLT (“as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”). Esta noção foi constitucionalizada em 1988 como direito fundamental dos trabalhadores (art. 7º, *caput*, c/c XXI), incluído nas Declarações Internacionais de Direitos Humanos, internalizadas no Brasil com status de supralegalidade.

O Direito do Trabalho contém um conjunto de normas de ordem pública diante de sua natureza social indisponível. Contudo, regulando relações privadas não poderia deixar de admitir entre a lei e a negociação coletiva uma relação de complementaridade, com objetivo de estabelecer regulações sobre situações novas, particulares, concretas, ou para submeter ao regime do direito, relações de força, racionalizando o poder empregatício. Com *função complementar (II)*, a negociação coletiva pode regular temas e assuntos nos quais há vácuo legal ou nos quais a lei remete expressamente à convenção ou a acordos a regulação da matéria. Para Alexandre Teixeira Freitas Bastos, mediante tal técnica “el legislador impone una regla o principio, pero delega a los interlocutores sociales la responsabilidad de definir las modalidades concretas de su aplicación. Por tanto, la regulación de un supuesto dado solamente se concreta mediante la aplicación articulada entre las distintas disposiciones estatal y autónoma. Hay entre norma estatal y el convenio colectivo una relación de interdependencia, determinada expresamente por la primera”²⁴.

Nos países que ratificaram a Convenção nº 154 da Organização Internacional do Trabalho, a negociação coletiva é estimulada com as funções de suplementação e complementação. Afirma o art. 2º desta Convenção que são finalidades da negociação: a) fixar condições de emprego e trabalho, b) regular as relações entre trabalhadores e empregadores, c) regular relações entre organizações de trabalhadores e empregadores ou suas organizações. Ou seja,

disponibilidade que obsta aos sujeitos coletivos ou individuais sua desvinculação do regime legal. “Dentro de esas prescripciones legales aparecen normas imperativas que exhiben una voluntad del legislador de no admitir otra regulacion de una materia determinada que la contenida en la ley aplicable. Este tipo de normas Suelen llamarse de derecho necesario absoluto y son aquellas que no admiten el despliegue de la autonomia de la voluntad (ni individual ni colectiva)”. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos; ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2009. p. 297.

24 CUNHA, Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha. *El convenio colectivo en el sistema de fuentes de derecho en Brasil*. Tese de doutoramento apresentada à Universidade Complutense. Madri: Mimeo, 2007. p. 279.

estabelecer condições, regras, modos de relações internas e externas à empresa, de forma a promover mecanismos de democratização do poder. Em sentido semelhante, o reconhecimento de que a negociação entre as partes, ao lado de procedimentos independentes e imparciais, é um modo apropriado de resolver conflitos que surjam na administração pública motivados pela necessidade de determinar condições de emprego é assegurado pela Convenção nº 151 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 7.944, de 6 de março de 2013. Junto com a Recomendação nº 159, a Convenção trata das Relações de Trabalho na Administração Pública.

Como exemplos de relação de complementaridade no direito brasileiro, podem ser citados a delegação legislativa para o campo dos acordos coletivos da prerrogativa de instituir Comissões de Conciliação Prévia (Lei nº 9.958/00); estabelecer acordos de Participação nos Lucros e Resultados, sem natureza salarial e com apuração de parcelas semestralmente (Lei nº 10.101/01); fixar reajustes salariais e disciplinar a política salarial (Lei nº 10.192), etc.

Diante de tais sistemas, cria-se um modelo mais complexo de relações coordenadas entre as hierarquias (formal, estática e dinâmica, material) normativas no Direito do Trabalho, no qual se avalia, em primeiro lugar, a *validade da norma* e do seu processo de produção (emanada legitimamente de órgão competente e conforme procedimentos adequados) para, ato contínuo, observar em que espaço a norma formalmente válida incide, considerando-se sua relação com as demais fontes formais de Direito do Trabalho, à luz da dinâmica instaurada pelo princípio da norma mais favorável²⁵. E a função de juridificação do conflito social de trabalho se expressa pela natureza cogente das normas imperativas da ordem pública social laboral, que torna indisponível à vontade coletiva ou individual o conjunto normativo legal e constitucional²⁶.

25 SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2009. p. 272.

26 A formação do Direito do Trabalho com a juridicização do fato trabalho opera a sua publicização pela inserção na ordem constitucional e sua reconfiguração. “O processo empregado pela técnica jurídica para lograr os objetivos de proteção ao trabalhador tem seu ponto de apoio na superação das normas puramente supletivas ou dispositivas, porque assente na livre-vontade das partes contratantes. Dá-se, ainda, a apropriação de energias normativas do direito público, que se fundiram nas relações privadas no trabalho, através de normas chamadas de interesse público ou de ordem pública. O sistema atuante impregnou-se de imperatividade – *jus cogens* – em relações contratuais cujo interesse ultrapassou o estritamente individual. A publicização do direito privado – momento de larga dramaticidade entre privatistas – é fenômeno que se observou mais pronunciadamente no direito do trabalho, até pela revisão do alcance de institutos como o da renúncia e da transação” (VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 32). A partir destas lições, observa-se como a *tese jurídica* fixada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 590.415-RG, ao reduzir a ordem pública social e admitir a validade da renúncia pela dupla transação (coletiva e individual), subverte não somente lógica da interpretação jurídica dominante nas cortes laborais como segue no caminho contrário ao da publicização do trabalho, base do constitucionalismo social.

Não obstante, há hipóteses em que por expressa autorização reconhece-se a validade de negociações coletivas com cláusulas consideradas supletórias ou supletivas. Nos casos e espaços em que se admite que a negociação coletiva possa regular determinado assunto ou relação de forma contrária àquela prevista na lei, tal norma tem sua natureza jurídica alterada, de cogente para dispositiva²⁷. Os regimes de *supletoridade (III)* atribuem à negociação coletiva a capacidade de flexibilizar a norma jurídica *in pejus* durante sua vigência por se tratar de uma simples derrogação imprópria, que incide no tempo exato de vigência da norma coletiva sem jamais admitir ultratividade já que excepciona norma legal. Em realidade, não há uma relação estanque hierárquica em que a norma coletiva substitui a regra legal, mas, sim, um afastamento provisório, pois deixa a lei de incidir sobre determinada relação jurídica ou ato jurídico, cedendo espaço para a regulação proveniente da negociação coletiva.

A regulação supletiva típica é aquela que no âmbito laboral decorre das normas que não têm caráter mínimo e são dispositivas. Permite regulação pelas partes, técnica utilizada para a ampliação das negociações coletivas. Exatamente pelo fato de o Estado legislador disponibilizar para a vontade das partes a regulação, constitui tal *ius dispositivum* uma exceção²⁸. Nesse sentido, a relação entre a lei e os resultados na negociação coletiva não se define pela aplicação do princípio da norma mais favorável, mas, sim, pela própria natureza jurídica das normas imperativas que o Direito do Trabalho contempla como expressão da intervenção do Estado neste domínio²⁹. Tal relação se estabelece em casos específicos, é limitada e controlada no país.

27 Ou de normas absolutamente imperativas para normas relativamente imperativas ou dispositivas. Nesta concepção, são normas absolutamente imperativas as que não admitem derrogação ou ab-rogação pelas partes, somente sublevação; relativamente imperativas as que comportam alterações prejudiciais nos casos admitidos por negociação coletiva e as dispositivas, as que comportam derogabilidade individual (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Op. cit.*, p. 201).

28 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos; ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2009. p. 298-299.

29 Não obstante, adverte-se que a autora deste ensaio entende que eventuais antinomias entre normas coletivas, normas legais e constitucionais não se resolve apenas no âmbito da comparação do conteúdo das regras autônomas ou heterônomas, pela aplicação do princípio mais favorável e das regras legais incidentes (arts. 444 e 620 da CLT, e art. 7º, *caput* e XXVI, da CRFB). Tais técnicas pressupõem a validade das normas coletivas, que não devem ser examinadas apenas do ponto de vista dos aspectos jurídico-formais, mas se voltam a compreender o procedimento de formação da vontade coletiva e o contexto das relações socioeconômicas e laborais nas quais se insere. As normas coletivas provenientes da autonomia coletiva são válidas para regular a relação interna entre os grupos econômico e profissional, independentemente do cumprimento de determinados requisitos formais como registro, número de presentes em assembleia, etc. Contudo, só produziram efeitos jurídicos adequados a afastar normas legais específicas quando recebidas e integradas no sistema jurídico” (SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Op. cit.*, p. 492). E “a integração da autonomia coletiva como poder social juridificado, que fundamenta a negociação coletiva como fonte de direito, realça a integração das realidades do sistema constitucional, destacando a necessária correspondência com os valores materiais presentes na ideia de direito traçada pelo constituinte” (*Op. cit.*, p. 33).

Como bem adverte Ronaldo Lima dos Santos, “a práxis histórica demonstra que a maioria dos Estados não se limita à adoção de apenas um modelo, mas acolhe concomitantemente aspectos de cada um deles; porém, observa-se sempre uma predominância de um ou outro modelo em cada Estado, o que possibilita uma análise mais objetiva das relações entre as normas autônomas e as heterônomas”³⁰.

Destarte, considerando-se que no Brasil, predomina o regime de suplementação e complementação, e os casos de utilização supletória raros, devidamente limitados pela Constituição, cabe fazer uma pausa na análise para retomar algumas lições da doutrina sobre as fontes do Direito do Trabalho e a relação entre fontes formais autônomas e heterônomas no sistema nacional, a partir de autores clássicos. O objetivo é refletir e problematizar as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre eficácia jurídica de normas coletivas, não somente pelo seu significado contextual na conjuntura presente, mas sobretudo a partir de critérios hermenêuticos.

3 – AS CLÁSSICAS RELAÇÕES ENTRE AS NORMAS AUTÔNOMAS E HETERÔNOMAS NO DIREITO BRASILEIRO

Embora poucos autores nacionais tenham se debruçado sobre a morfologia das relações coletivas, consistentes estudos foram produzidos no campo da dogmática a respeito dos instrumentos negociais resultantes dos processos multifacetados de negociação coletiva. Em *Teoria das Normas Coletivas*, Ronaldo Lima dos Santos pontua que em modelos diversos “a regra é a relação entre as normas coletivas e a legislação estatal estruturar-se de forma que à norma estatal compete o estabelecimento de um tratamento normativo mínimo, a cuja observância está obrigada a convenção coletiva, que poderá prever condições mais favoráveis aos trabalhadores”³¹. Esta teoria é fundada na premissa de que a legislação contém dispositivos insuscetíveis de derrogação em prejuízo.

Estudo clássico e precursor foi realizado por Antônio Álvares da Silva, em *Direito Coletivo do Trabalho*, inspirado no sistema alemão de cogestão. Defensor de um robustecimento do sistema de negociações coletivas, de alterações no ordenamento nacional, crítico do ‘paternalismo’ e defensor da ‘modernização’, o professor retomou, ao longo de sua obra, o tema da contratação coletiva, no auge dos debates sobre a introdução do contrato coletivo de trabalho, e enfrentou especificamente a questão da hierarquia das fontes normativas: “Os instrumentos normativos, sejam de que espécie forem, existem para criar normas mais favoráveis às partes contratantes, salvo poucas exceções”,

30 SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2009. p. 274.

31 SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Op. cit.*, p. 274.

que se encontram na Constituição (item VI e XII do art. 7º), afirma Antônio Álvares da Silva³². E ao contextualizar, prossegue: “Dentro do atual estágio de desenvolvimento do Direito Coletivo do Trabalho seria restrito e errôneo dizer que a norma coletiva criada visa proteger apenas o empregado. Hoje, esta limitação paternalística está superada”³³. Não significa, contudo, afastar a lei; a liberdade de negociação atua somente na presença de normas dispositivas. Para o jurista mineiro, “o espaço da negociação coletiva é o que ainda não foi ocupado pela Constituição e pelas leis imperativas. Não há a alternativa do primado do contrato coletivo sobre a lei e, muito menos, sobre a Constituição. Aqui haveria quebra até mesmo do próprio estado de direito”³⁴.

Amplamente defensor da autonomia sindical, Evaristo de Moraes Filho sempre criticou o aumento das regras de disponibilidade ou relativização da imperatividade das normas. Chamado a se manifestar sobre as reformas liberalizantes dos anos 1990, afirmou em entrevista: “Contrato de trabalho é cada vez mais flexível, temporário. Já se aprovou até mesmo a possibilidade de as Convenções Coletivas de Trabalho concederem menos do que a lei escrita prescreve, desde que o sindicato concorde... Isto é subversão! As fontes normativas obedecem a uma hierarquia que parte da Constituição, passa pela lei que regulamenta a norma constitucional, pelo decreto, até chegar às portarias e instruções. Então, como admitir que, em face do disposto no art. 5º da Constituição de 1988, uma convenção possa revogar uma lei? O que explica isso é o eterno inconformismo do patronato. Trata-se de uma luta permanente”³⁵.

Arion Sayão Romita, jurista liberal que empreendeu verdadeira campanha contra o princípio da proteção³⁶, debruçou-se sobre o conflito de normas. Situou a hierarquia como sistema escalonado a partir da capacidade derogatória ao examinar o conflito entre lei e norma coletiva no contexto da adoção

32 SILVA, Antônio Álvares da. *Contratação coletiva*, p. 229.

33 SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.*, p. 230: “Evidentemente que tal complexo normativo compõe os interesses de ambos os lados, e não apenas os de um, já que ambos é que vão suportar os resultados da negociação e as consequências da regra criada. Como em toda atividade legiferante abaixo do poder constituinte, as partes que negociam têm limites objetivos a que devem obedecer. O primeiro deles é a Constituição, com os direitos mínimos nela fixados. O segundo é o das leis cogentes ou imperativas que, se revogadas ou modificadas, colocaria a vontade grupal acima da geral e do próprio interesse público. Mas poderá regulamentar diferentemente do que é determinado em leis dispositivas, exatamente em razão da liberdade da negociação”.

34 SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.*, p. 231.

35 MORAES FILHO, Evaristo de *apud* MOREL, Regina; GOMES, Ângela Castro; PESSANHA, Elina (Org.). *Sem medo da utopia*: Evaristo de Moraes Filho – arquiteto da sociologia e do direito do trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2007. p. 137.

36 Para um mapeamento dos sentidos dos doutrinadores na cultura dos juristas do trabalho, ver: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; FIGUEIRA, Luiz Eduardo. A proteção na cultura jurídica trabalhista: revisão conceitual. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 302-325, jul./dez. 2012.

de medidas de excepcionalidade econômica. Depois de recusar a tese de que as convenções coletivas de trabalho se condicionam pela Constituição e não pela lei, Romita afirma a superioridade de lei nova menos benéfica perante a convenção coletiva e pontifica: “No conflito entre a lei e a convenção coletiva de trabalho, prevalece a segunda quando celebrada durante a vigência da norma geral para outorgar maiores vantagens aos trabalhadores (princípio da condição mais benéfica). O mesmo, contudo, não ocorre na situação inversa. Se a convenção coletiva preexiste à lei, o conflito se resolve em favor desta, que impera sobre a manifestação da autonomia privada coletiva”³⁷.

Da nova geração de juristas, Ronaldo Lima dos Santos explica sua posição doutrinária: “a) a lei é considerada hierarquicamente superior aos acordos e convenções coletivas; b) as normas coletivas não podem estabelecer disposições menos favoráveis aos trabalhadores que as contidas na lei (*reformatio in pejus*); c) as normas coletivas só podem estabelecer condições menos favoráveis quando a própria lei instituidora do direito o permitir, como as hipóteses previstas no art. 7º, incisos VI, XIII, XIV, XXVI, da Constituição Federal de 1988; d) as normas coletivas têm prevalência quando preveem condições mais favoráveis que as previstas em lei (*in melius*)”³⁸. Contudo, o autor defende tese de que diante de um pluralismo sistêmico, técnicas diversas podem ser utilizadas para garantir uma homeostase do sistema, tais como as técnicas de ponderação, pautadas pelo princípio da proporcionalidade, que estabelece que na presença de colisão, pode haver a predominância de convenções aparentemente menos benéficas sobre regras legais, desde que o núcleo dos direitos fundamentais se preserve sem ser afetado³⁹.

37 ROMITA, Arion Sayão. Conflito de normas em direito do trabalho. In: MALLET, Estêvão; ROBORTELLA (Org.). *Direito e processo do trabalho: Estudos em homenagem ao Prof. Octavio Bueno Magano*. São Paulo: LTr, 1996. p. 87.

38 SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Op. cit.*, p. 279.

39 SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Op. cit.*, p. 285. Outra não é a posição de juristas estrangeiros, como é possível observar pelo regime espanhol já reformado por medidas de flexibilidade. Afirmam Palomeque López e Álvarez de la Rosa que quando houver normas em conflito aplica-se o princípio da norma mais favorável desde que não haja um conflito entre norma estatal e convencionais, pois “los convenios deben respetar las leyes (...) y están subordinados a la misma y a los reglamentos (...) y están subordinados a la misma y a los reglamentos (...). Los convenios sólo pueden interaccionar para suplementar lo legislado (desarrollo del derecho necesario relativo) para complementarlo (margen de colaboración internormativa) o para suplir la falta o el carácter dispositivo de la regulación. No hay posibilidad de solucionar el conflicto normativo entre ley y convenio con la sola aplicación del principio de aplicar la norma más favorable. El conflicto entre normas estatales y convencionales tiene que solucionarse dentro del esquema general de la relación Ley-convenio colectivo y sólo si aquélla permite (por la estructura de sus mandatos) la suplementariedad, este será más favorable y aquí no hay colisión; hay cumplimiento de la norma legal de mínimos y su mejora; si la ley declara de naturaleza dispositiva sus preceptos, sencillamente no cabe la norma más favorable” (PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos; ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2009. p. 300).

A utilização do princípio da proporcionalidade como mecanismo hermenêutico para resolver eventual colisão de princípios é também defendida por Alexandre Teixeira Bastos Cunha, já que a autonomia não pode afrontar a dignidade do trabalhador, que como pessoa humana possui um núcleo irredutível de direitos fundamentais constitucionalmente previstos. A autonomia coletiva, em sua dimensão reguladora das condições laborais, não pode “inducir a una desregulación del Derecho del trabajo, lo que es correcto puesto que, de este modo, estará violando la Constitución brasileña, que consagra el trabajo con derechos como un valor esencial para el Estado de Derecho, configuración con la que no se concilia el supuesto de desregulación del Derecho del trabajo”⁴⁰.

No labor de construção de novos vocábulos e conceitos explicativos, Mauricio Godinho Delgado trata o tema da relação entre normas coletivas negociadas e normas estatais a partir das diretrizes interpretativas provenientes do que denomina *princípios da criatividade jurídica* e da *adequação setorial negociada*. Pelo primeiro, nomina a normatividade intrínseca da autonomia coletiva de produção de normas jurídicas e não de simples cláusulas contratuais, desde que em “harmonia com a normatividade heterônoma estatal”. E pelo segundo, batiza na doutrina jurídica nacional a fórmula de penetração das normas autônomas em casos de conflito com as normas estatais existentes⁴¹. Delgado admite variegadas possibilidades de atribuição de eficácia jurídica a regras autônomas, mas estabelece alguns limites objetivos. Afirma que seu princípio de adequação setorial não prevalece em caso de renúncia a direitos, nem quando diz respeito a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta⁴². Acrescenta ao conceito os três conjuntos convergentes de normas cogentes e imperativas que devem ser observados pelas normas autônomas, denominando-os de “patamar civilizatório mínimo”: as normas constitucionais em geral, as de tratados e convenções internacionais com vigência interna e as regras legais infraconstitucionais “que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que

40 CUNHA, Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha. *El convenio colectivo en el sistema de fuentes de derecho en Brasil*. Tese de doutoramento apresentada à Universidade Complutense. Madri: Mimeo, 2007. p. 461.

41 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 1.464-1.465.

42 Esta é uma importante delimitação que foi olvidada no momento da fixação da tese jurídica adotada no RE 590.415-RG, cujas premissas incorporam a linguagem e o campo conceitual presente no magistério de Godinho Delgado, mas que delas se afastam ao concluir o silogismo e admitir a validade da transação de cláusula coletiva que institui termo extrajudicial para a quitação de direitos trabalhistas. Registre-se, em respeito à compreensão adequada da decisão proferida no *leading case* RE 590.415-RG, citada pelos relatores nas decisões monocráticas proferida na MCADPF 323 e no RE 895.759, que o plenário do Supremo Tribunal Federal não fixou tese jurídica admitindo natureza ampla e supletória às negociações coletivas, mas tão somente, dentro dos limites objetivos da repercussão geral, tese sobre validade de transação extrajudicial, em razão de adesão voluntária a PDV, que estabeleça cláusula de quitação ampla e irrestrita de parcelas trabalhistas, se transacionada expressamente tanto pelo sindicato, quanto pelo empregado.

labora⁷⁴³. Verifica-se uma cláusula de abertura para a atuação do intérprete do Direito, com balizas estabelecidas a partir da distinção entre normas heterônomas de disponibilidade absoluta e relativa.

A *autodeterminação coletiva* é princípio jurídico prestigiado por Augusto César Leite de Carvalho, que realça a existência de uma evolução constitucional em direção à liberdade sindical, mormente por meio de quatro elementos: a consagração da negociação coletiva como mecanismo para resolver conflitos transindividuais; o reconhecimento das convenções e acordos coletivos; a autorização para a flexibilização por concertação coletiva de salários e jornada; e a exigência da “precedência da negociação” aos dissídios (art. 114, parágrafos; art. 7º, XXVI, VI e XIII, da CRFB). Em seu *Curso e Discurso*, o jurista bem especifica a importância da negociação para enfrentar novas condições de trabalho, resultantes da introdução de novas tecnologias, automação, progressos técnicos em múltiplas áreas que exigem necessárias adequações e levam a novas regulações, originalmente não existentes⁴⁴.

Entretanto, a autodeterminação condiciona-se à proteção ao trabalho, compreendida como princípio constitucional, cláusula constitucional que restringe a atuação tanto do intérprete, quanto do legislador. O poder constituinte não rompeu com a tradição nacional de obstar a redução de direitos pela autodeterminação coletiva, ressalvadas as hipóteses admitidas pela própria Constituição (compensação de jornada, irredutibilidade salarial e transação sobre os turnos ininterruptos de revezamento). Para Carvalho, carece de fundamento de validade qualquer norma que se desvie da lógica interna do sistema jurídico brasileiro constitucionalmente estabelecido que assegura o primado da proteção, sendo pois, inconstitucional, lei que institua sistemas de derrogação de direitos indisponíveis por acordos e convenções⁴⁵.

Emerge de modo consensual entre a boa doutrina jurídica citada que as funções atribuídas à negociação coletiva no sistema constitucional brasileiro instauram espaços de complementação e de suplementação normativa. Contudo, há amplo

43 Mauricio Godinho Delgado explicita sua posição mais ampla no sentido de que as normas legais infraconstitucionais que não podem ser objeto de transação coletiva são, de modo exemplificado, os “preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.” e afirma que a jurisprudência trabalhista já construiu uma linha limítrofe para a realização da adequação setorial: “Estando a parcela assegurada por norma imperativa estatal (Constituição, leis federais, tratados e convenções internacionais ratificados), ela prevalece soberanamente, sem possibilidade jurídica de supressão ou restrição pela negociação coletiva trabalhista – salvo se a própria regra heterônoma estatal abrir espaço à interveniência da norma coletiva negociada” (*Op. cit.*, p. 1.467).

44 CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do trabalho: curso e discurso*. São Paulo: LTr, 2016. p. 80-86.

45 CARVALHO, Augusto César Leite de. *Op. cit.*, p. 86-87.

dissenso quanto à possibilidade de ser adotado pelo legislador ou até mesmo pelo constituinte derivado um modelo normativo fundado em relações supletórias, ainda que se admita, sociologicamente, que no estágio posterior da Constituição de 1988 tenha ocorrido uma diversificação maior no sistema de fontes, e tornado o Direito do Trabalho “mais complexo, menos harmônico, mais diversificado, menos previsível” pela atenuação da prevalência da lei como fonte de direito⁴⁶. Diante de tal cenário, a atividade judicial torna-se central, o que impõe uma nova racionalidade decisória, como argumenta Cristiano Paixão: “Esse amplo panorama de fragmentação e multiplicidade exige, tanto do profissional do direito como do observador crítico, a utilização de categorias de análise que possibilitem lidar com a complexidade do Direito do Trabalho na atualidade. E, para isso, é necessário inserir os princípios e conceitos jurídicos ligados ao mundo do trabalho num cenário ampliado. É fundamental recuperar, no contexto paradigmático do Estado Democrático de Direito, a ideia de Constituição como norma jurídica e como processo político-social”⁴⁷.

Com o não poderia deixar de ser, a Constituição de 1988, fundante da ordem jurídica democrática, volta ao centro de análise. É corrente a assertiva de que a Constituição teria trazido para o art. 7º a ideia de flexibilização, com o rol exaustivo previsto nos incisos VI, XIII, XIV⁴⁸. Entendo que se encerram nos três incisos os únicos casos admitidos na Constituição de relação supletória, sendo que todas as normas infraconstitucionais devem corresponder exatamente aos temas específicos de salário e jornada de trabalho. Ainda assim, cabe ao intérprete promover um diálogo de fontes, e não simplesmente sobrepor a regra autônoma à regra heterônoma⁴⁹.

46 “No que se refere às fontes do direito do trabalho, o panorama é de diversidade. A lei passa a conviver, com uma supremacia bastante relativizada, com normas coletivas, regulamentos empresariais e com o crescimento do papel da jurisprudência. O declínio da lei como fonte principal do direito do trabalho pode ser abordado sob duas perspectivas, ambas qualitativas: a perda da centralidade e o reconhecimento da relevância da atividade judicial no mundo das relações de trabalho.” (PAIXÃO, Cristiano. *Op. cit.*, p. 108)

47 PAIXÃO, Cristiano. *Op. cit.*, p. 113.

48 São as seguintes as hipóteses de relações supletórias no direito brasileiro, nos quais a atribuiu-se funções derogatórias à negociação coletiva: (a) para instituição de contrato de trabalho a prazo, de curta duração (Lei nº 9.601/98), (b) para estabelecimento de banco de horas (Lei nº 9.601/98), (c) para validação do trabalho em tempo parcial e suspensão temporária do contrato de trabalho (MP nº 1.709/MP nº 2.164-41), (d) para criação de Comissões de Conciliação Prévia (Lei nº 9.958, de 2000), e outros casos recentes raros, como estabelecimento de média de horas *in itinere* em pequenas empresas, o Projeto de Proteção ao Emprego aprovado em 2015, etc.

49 Sobre o tema, já me manifestei quando defendi a integração das normas coletivas por meio do filtro de leitura de uma *autonomia coletiva constitucionalizada* e sobre o conceito de autonomia coletiva afirmei que: “Assim como a liberdade, também a autonomia coletiva deve ser compreendida dentro do paradigma do constitucionalismo contemporâneo. Tal poder social das classes trabalhadoras, reconhecido pelo Direito através de um conjunto de instrumentos normativos, que inclui o de autonomia privada coletiva, fundamenta a capacidade de autorregulação dos sujeitos sociais. Adotou-se neste trabalho o conceito de autonomia coletiva proposto por Manuel Carrasco, que contempla a autonormação, a autotuleta e a auto-organização, sob uma perspectiva aqui designada de autonomia coletiva constituio-

4 – REFLEXÕES FINAIS

As mudanças paradigmáticas nas relações entre o pactuado e o legislado, realizadas em contexto de crise, sem diálogo social, sem estrutura jurídica que dê suporte à liberdade sindical, por meio de reinterpretações judiciais que se assemelham com um ativismo negativo, e que desconsideram as clássicas relações entre lei e convenções e acordos coletivos apresentadas na seção anterior constituem, hoje, motivo de apreensão para os hermenutas do trabalho brasileiros comprometidos com a cidadania e a democracia.

A construção dos Direitos do Trabalho como mecanismo de acesso à cidadania social, sua legitimação ao longo da história brasileira como instrumento de redução das desigualdades⁵⁰ e inclusão social e o crescimento da importância das negociações coletivas nas três últimas décadas, que demonstraram um amadurecimento das relações de trabalho entre 2005 a 2015, está em risco diante das proposições legislativas recentes⁵¹. Este é também o cenário em virtude das recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que tem o potencial de desorganizar o já fragmentado sistema de relações coletivas de trabalho. Não se deve desconsiderar a estrutura triangular do direito coletivo do trabalho com o sindicato, a greve e a negociação coletiva, e a advertência de Oscar Ermida Uriarte, no sentido de que “a inexistência ou imperfeição de qualquer destes três pilares determina o mau funcionamento do direito coletivo do trabalho e, conseqüentemente, o cumprimento insuficiente ou o descumprimento da função de autotutela”⁵².

É importante lembrar que entre 1990 e 2002 houve completa desestruturação do sistema de relações laborais no Brasil, por meio de um conjunto

nalizada ao permitir a incorporação deste poder social como potência – realidade emergente de poderes existentes na sociedade – a um conjunto de valores reconhecidos na própria Constituição. Integra em decorrência um sistema de garantias essenciais, sem as quais deixa de ter sentido e capacidade de fundamentação dos conteúdos negociados coletivamente. Quando se apreende a autonomia coletiva sob uma perspectiva constitucional, ela apenas adquire a capacidade de fundamentação, teórica e/ou normativa, se houver um ambiente formado de liberdade sindical, de autonomia e de direito pleno de greve. Saliente-se ainda que com seus três elementos indispensáveis (faculdades de auto-organização, autotutela e autonormação) a autonomia coletiva assim definida constituiu um conceito operacional” (SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Op. cit.*, p. 492).

50 Não se desconhece que o Direito do Trabalho também pode ser instrumento de institucionalização de desigualdades, como, aliás, examino em artigo específico. Contudo, em sua ambiguidade constitutiva, pensando de uma perspectiva mais clássica, não há como negar tal dimensão: “O Direito do Trabalho projeta-se, em sua evolução histórica, como direito protetor, de par com sua natureza de direito ambivalente na vida produtiva e de direito integrativo no campo social e jurídico” (DONATO, Messias Pereira. *Processo de formação histórica do direito do trabalho*, p. 173).

51 Cf. PL nº 944, de março de 2015, PL nº 427, de 2015, PL nº 4.962, etc.

52 ERMIDA URIARTE, Oscar. *Apuntes sobre la huelga*. Montevideo: FCU, 1983 *apud* SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2004.

de ações adotadas pelos três poderes, que desregulamentaram e privatizaram temas essenciais para a valorização do trabalho humano, instrumentalizaram a negociação coletiva para fins de gestão da crise, e repassaram aos sujeitos sociais e econômicos a administração dos efeitos perversos de sua política econômica. O objetivo de tais ações foi uma flexibilização fática desenfreada, em parte admitida pelo reconhecimento judicial de práticas empresariais que descumpriam de forma sistemática as normas trabalhistas e a eficácia jurídica de cláusulas negociadas coletivamente, bem como por medidas provisórias de redução de direitos⁵³. A partir de um conjunto expressivo de estudos provenientes das áreas de sociologia, economia e da própria medicina do trabalho, a doutrina trabalhista brasileira, ao longo das duas primeiras décadas deste século XXI, teve que reconhecer como o movimento de flexibilização das normas trabalhistas e das práticas produtivas levadas a efeito na década neoliberal, legou apenas precariedade e desigualdade, além de ter enfraquecido a própria normatividade jurídica laboral e suas instituições de suporte. Não à toa, nas ciências jurídicas e sociais, flexibilização laboral se qualifica como precarização das condições laborais, consenso estabelecido na comunidade científica a partir de variados estudos empíricos e interdisciplinares realizados na última década.

Deste modo, a comunidade acadêmica trabalhista recebe com preocupação a nova narrativa decisória da Suprema Corte, pois reconhece que a afirmação de um princípio do equilíbrio nas relações coletivas contém menos um diagnóstico fático e mais uma prescrição normativa futura. Ou seja, trata-se de um princípio para orientar uma interpretação promocional da atuação coletiva dos trabalhadores com vistas a contrarrestar o poder econômico e não para validar transações a direitos constitucionais irrenunciáveis como o de ação.

A singularidade da negociação coletiva é exatamente não ser um contrato privado com prestações sinalagmáticas adquiridas com os conteúdos negociados, e seu reconhecimento constitucional ocorre exatamente por não se confundir a convenção coletiva de trabalho com o contrato privado firmado entre partes isomorfas que transacionam de modo a permitir que o poder econômico receba um *(in)devido contrabalanciamento*⁵⁴. Autonomia coletiva

53 SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo, LTr, 2008. p. 362-472.

54 Remeto à Alexandre T. B. Cunha: “No se puede concebir que la negociación colectiva tenga como fin su propósito inverso, o sea, la vía negocial no se destina a ensanchar el poder de las empresas para la determinación de un patrón de las relaciones de trabajo, en la medida en que el Derecho colectivo del trabajo, en general, y la negociación colectiva, en particular, entre otras cosas, objetivan constituirse en mecanismos de ampliación de la intervención de los trabajadores en la toma de decisiones de la empresa, potenciando, a través de la reducción del poder de comando patronal, una mayor democratización de los medios de producción”.

não se confunde com autonomia da vontade e não há nos modelos normativos conhecidos modo de validação de norma coletiva que isente o empregador de cumprir norma legal de indisponibilidade absoluta.

Nem mesmo aceitando-se o regime supletório seria possível validar norma autônoma que afasta direito material assegurado aos trabalhadores pela CLT, *mormente quando tal legislação admite e delimita o espaço da supletividade* especificamente quanto a tal regra⁵⁵.

O que um giro jurisprudencial que acolha teses que se distanciam dos fundamentos do sistema normativo adotado classicamente no país nos legará? Uma real autonomia coletiva como fundamento democrático de um sistema pluralista de partilha de poder político e econômico para redução das assimetrias das relações sociais e trabalhistas? Ou nos legará uma negociação coletiva funcionalizada para ajustes pontuais e setoriais em relações de emprego como meio para promoção de flexibilidade das condições laborais ou modo de regulação *alternativo* à regulamentação estatal? A atuação decisionista se apresentará como uma cunha para abrir brechas nos modelos de regulação adotados pela ordem constitucional brasileira?

Importa dizer que os modelos jurídicos de complementação e suplementação correspondem a sistemas de relações de trabalho que foram desenvolvidos em um *processo de desmercadorização institucional*, conforme denomina Richard Hyman, no âmbito de sistemas nacionais e que são pressionados atualmente pela internacionalização⁵⁶. Sistemas nacionais de relações de trabalho envolvem relações sociais e laborais, nas quais regulações substanciais e procedimentais interagem, e modelos de regulação. Dentre os três modelos de regulação conhecidos, há aqueles em que predominam as contratações coletivas, os que realçam a legislação e os raros casos assentados em valores e crenças de regulações comunitárias. Vale a advertência de que “o contraste entre regulação estatutária e ‘voluntária’ é bem conhecido, embora seja de alguma forma

55 É o caso da determinação legal de pagamento das *horas in itinere*. Se o regime legal especificou que é possível a negociação coletiva transigir sobre horas *in itinere* quando presentes os requisitos cumulativos do § 3º do art. 58 da CLT (somente em empresas de pequeno porte e mesmo assim apenas para fixar tempo médio do trajeto para fins de apuração do tempo devido), admitindo a supletividade em tal caso, não é possível desprezar os limites que o próprio sistema supletório estabeleceu para permitir que acordos e convenções coletivas firmados sem o respeito aos requisitos legais (parágrafo terceiro) possam simplesmente extinguir e afastar o direito às *horas itinere*.

56 “As relações laborais podem ser definidas como a regulação do trabalho e do emprego, desde que se entenda a regulação (controle através de regras, segundo o dicionário), no seu sentido mais lato, como abrangendo uma teia complexa de processos sociais e um terreno de resistência e luta real ou potencial.” (HYMAN, Richard Hyman. Europeização ou erosão das relações laborais? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 62, jun. 2002, p. 13)

enganador⁵⁷, pois há uma inserção do sistema negocial em estatuto jurídico e a própria legislação ou regulação é também, em certo sentido, negociada.

Tais sistemas constituem campos de tensão, envolvem verdadeiras *lutas normativas*, já que o complexo de normas, valores e crenças não está envolto em consenso, e podem moldar tanto os espaços de negociação coletiva quanto de legislação⁵⁸. Contudo, antes que tais *lutas normativas* se explicitassem com força entre nós, no âmbito de um sistema legislado de relações laborais, uma doutrina jurídica consistente construiu sólidas diretrizes sobre os processos de integração dos resultados das negociações coletivas no ordenamento jurídico e bem compreendeu que a Constituição de 1988 prestigia os modelos de complementação e suplementação, em detrimento das relações supletórias, contidas e limitadas aos casos raros nela prevista.

Almeja-se que na tormenta do cotidiano, nesta época de prestígio ao pensamento único, de empobrecimento da capacidade de discernir e da subjetividade⁵⁹, sejamos capazes de superar o *senso comum teórico dos juristas e distinguir*⁶⁰. Julgar, em tempos de uniformização e padronização, cada vez mais exige a capacidade de discernir e distinguir, tarefas dos juízes na contemporaneidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do trabalho: curso e discurso*. São Paulo: LTr, 2016.

_____; CORRÊA, Lelio Bentes; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. *A caminho de um novo e desnecessário direito do trabalho: a triste sina de Sísifo*. 18 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/caminho-de-um-novo-e-desnecessario-direito-trabalho-triste-sina-de-sisifo-18102016>>.

CUNHA, Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha. *El convenio colectivo en el sistema de fuentes de derecho en Brasil*. Tese de doutoramento apresentada à Universidade Complutense. Madri: mimeo, 2007.

57 HYMAN, Richard Hyman. Europeização ou erosão das relações laborais? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 62, jun. 2002, p. 14.

58 “Deve salientar-se que este complexo de normas, crenças e valores não constitui necessariamente uma ideologia consensual, como no modelo dunlopiano (...) de um sistema de relações laborais, sendo antes usualmente um terreno de luta ideológica. O resultado desta luta normativa pode contribuir para moldar tanto a lei como a negociação coletiva. Por consequência, um sistema de relações laborais é um campo de tensão entre, por um lado, as pressões exercidas pelo mercado no sentido da mercadorização da força de trabalho, e, por outro, as normas sociais e institucionais que asseguram a sua (relativa) ‘desmercadorização’ – um termo que tomo emprestado de Esping-Andersen (1990). É uma arena em que se desenrola a disputa entre a perseguição de uma ‘sociedade de mercado’ e a defesa de princípios de ‘economia moral.’” (HYMAN, Richard. *Op. cit.*, p. 15)

59 TIBURI, Márcia; CASARA, Rubens. *Que julgamento é possível na era do empobrecimento da subjetividade?* Publicado em 9 de abril de 2016. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/04/09/que-julgamento-e-possivel-na-era-do-empobrecimento-da-subjetividade/>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

60 Conforme técnicas de *distinguishing* e *prospective overruling* que aconselham e orientam o afastamento das teses fixadas em precedentes genéricos em contextos factuais e normativos diversos daqueles que originaram o caso referência.

DOCTRINA

- DÄUBLER, Wolfgang. *Direito do trabalho e sociedade na Alemanha*. São Paulo: LTr, 1997.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- DONATO, Messias Pereira. *Processo de formação histórica do direito do trabalho*.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HORN, Carlos Henrique. Mercado de trabalho. In: CATTANI, David; HOLZMANN, Lorena (Org.). *Dicionário de trabalho e tecnologia*. Porto Alegre: UFRGS, 2006.
- HYMAN, Richard Hyman. Europeização ou erosão das relações laborais? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 62, jun. 2002, p. 7-32.
- MOREL, Regina; GOMES, Ângela Castro; PESSANHA, Elina (Org.). *Sem medo da utopia: Evaristo de Moraes Filho – arquiteto da sociologia e do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2007.
- PAIXÃO, Cristiano. Complexidade, diversidade, fragmentação: um estudo sobre as fontes do direito do trabalho no Brasil. In: PAIXÃO, Cristiano; RODRIGUES, Douglas Alencar; CALDAS, Roberto de Figueiredo (Org.). *Os novos horizontes do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos; ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2009.
- ROMITA, Arion Sayão. Conflito de normas em direito do trabalho. In: MALLETT, Estêvão; ROBORTELLA (Org.). *Direito e processo do trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Octavio Bueno Magano*. São Paulo: LTr, 1996.
- _____. O princípio da proteção em xeque. *Revista Jurídica Virtual*, v. 4, n. 36, maio/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_36/artigos/Art_Arion.htm>. Acesso em: 1º set. 2011.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2004.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2009.
- SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo, LTr, 2008.
- _____; HORN, Carlos Henrique. O princípio da proteção e a regulação não mercantil do mercado e das relações de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, ano 34, n. 132, São Paulo, RT, out./dez. 2008, p. 184-205.
- _____; FIGUEIRA, Luiz Eduardo. A proteção na cultura jurídica trabalhista: revisão conceitual. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 302-325, jul./dez. 2012.
- SUPIOT, Alain. *Crítica del derecho del trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Publicaciones, 1996.
- TIBURI, Márcia; CASARA, Rubens. *Que julgamento é possível na era do empobrecimento da subjetividade?* Publicado em 9 de abril de 2016. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/04/09/que-julgamento-e-possivel-na-era-do-empobrecimento-da-subjetividade/>>. Acesso em: 25 nov. 2016.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Direito do trabalho: esboço de sua formação e atualidade. In: PAIXÃO, Cristiano; RODRIGUES, Douglas Alencar; CALDAS, Roberto de Figueiredo (Org.). *Os novos horizontes do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

