

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. Tchernoff. 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 Vocação de Nossa Época para a Legislação 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.

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

DOCTRINA

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.*