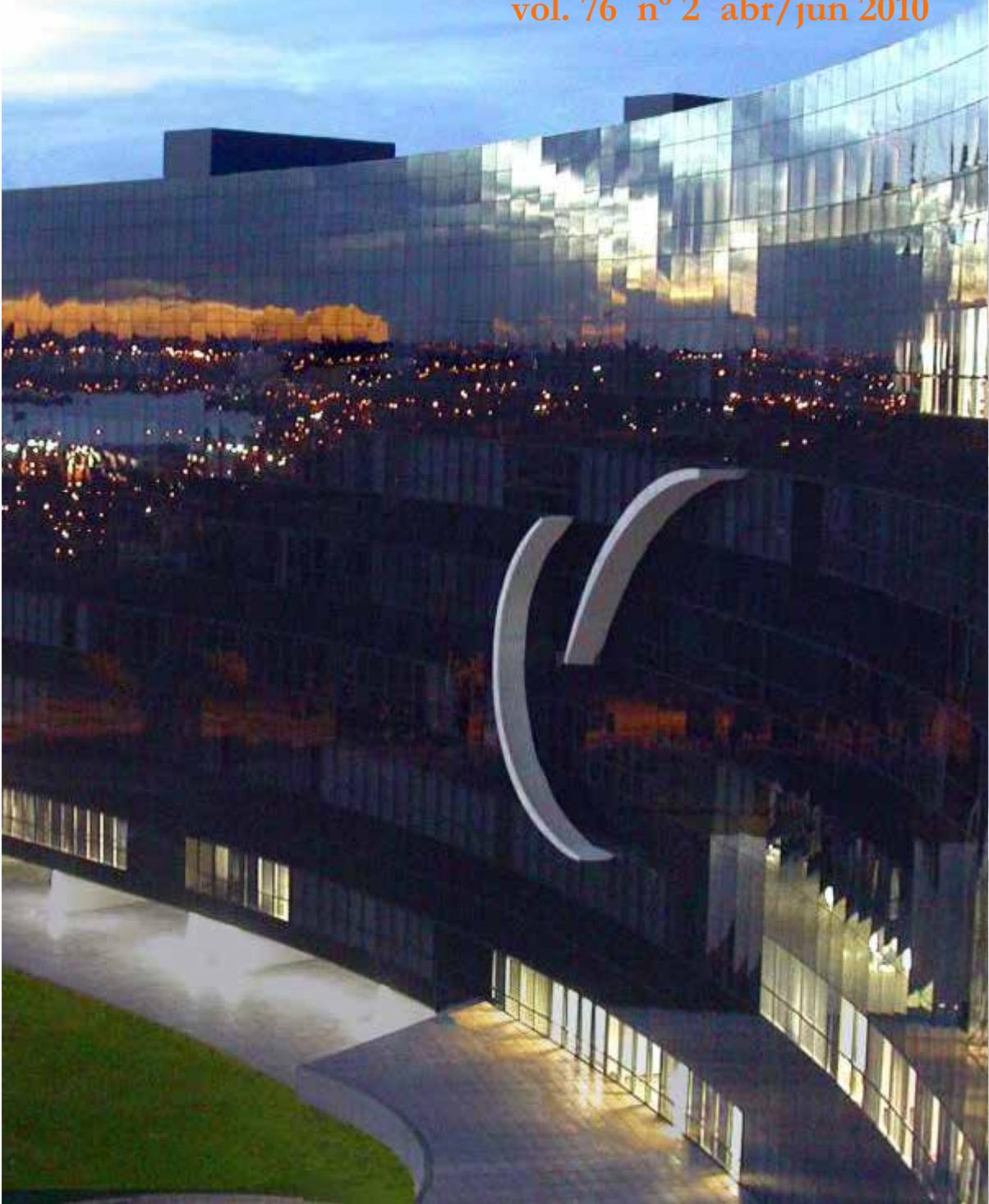


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 76 nº 2 abr/jun 2010



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro Milton de Moura França
Presidente

Ministro João Oreste Dalazen
Vice-Presidente

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Comissão de Documentação

Ano 76 – nº 2 – abr. a jun. – 2010



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

v.

Trimestral.

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

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

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

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

ISSN 0103-7978

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

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Ana Celi Maia de Miranda

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

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

Editoração Eletrônica: Editora Magister

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

Tribunal Superior do Trabalho

Sector de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Editora Magister

Alameda Coelho Neto, 20 / 3º andar

91340-340 – Porto Alegre – RS

Fone: (51) 3027-1100

Assinaturas:

magister@editoramagister.com

www.editoramagister.com

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (Licenciado – Membro do CNJ)
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Órgão Especial

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (Licenciado – Membro do CNJ)
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Desembargador Federal Roberto Freitas Pessoa (Convocado)
Desembargador Federal Flavio Portinho Sirangelo (Convocado)

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (Licenciado – Membro do CNJ)
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Desembargadora Federal Maria Doralice Novaes (Convocada)

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa, Presidente
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Waldir Oliveira da Costa

Segunda Turma

Ministro Renato de Lacerda Paiva, Presidente
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Desembargador Federal Roberto Freitas Pessoa (Convocado)

Terceira Turma

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Presidente

Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Quarta Turma

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Presidente

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Fernando Eizo Ono

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente

Ministro Emmanoel Pereira

Ministra Kátia Magalhães Arruda

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Sétima Turma

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente (Licenciado – Membro do CNJ)

Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus

Desembargadora Federal Maria Doralice Novaes (Convocada)

Desembargador Federal Flavio Portinho Sirangelo (Convocado)

Oitava Turma

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente

Ministra Dora Maria da Costa

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



MILTON DE MOURA FRANÇA
Presidente



JOÃO ORESTE DALAZEN
Vice-Presidente



CARLOS A. R. DE PAULA
Corregedor-Geral



ANTONIO JOSÉ
DE B. LEVENHAGEN



IVES GANDRA FILHO



BRITO PEREIRA



CRISTINA PEDUZZI



RENATO PAIVA



EMMANOEL PEREIRA



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



HORÁCIO SENNA
PIRES



ROSA MARIA



VIEIRA DE MELLO
FILHO



ALBERTO BRESCIANI



MARIA DE ASSIS
CALSING



DORA COSTA



PEDRO PAULO
TEIXEIRA MANUS



FERNANDO EIZO ONO



GUILHERME
CAPUTO BASTOS



MÁRCIO EURICO
VITRAL AMARO



WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA



MAURÍCIO JOSÉ
GODINHO DELGADO



KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA



AUGUSTO CÉSAR
LEITE DE CARVALHO

Sumário

TEMA ESPECIAL: DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

1. Breve estudo sobre a solução dos conflitos trabalhistas no Brasil e no Direito Comparado
Walmir Oliveira da Costa 17
2. Greve dos servidores públicos e STF
Ricardo Carvalho Fraga / Luiz Alberto de Vargas 33
3. A nova velha questão da ultra-atividade das normas coletivas e a Súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho
Roberto Freitas Pessoa / Rodolfo Pamplona Filho 43
- 4 O poder normativo da Justiça do Trabalho: considerações após a Emenda Constitucional nº 45/04
Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior 56
5. Alternativas para o sindicalismo: o enquadramento sindical pela atividade do trabalhador ou do tomador dos serviços
Maria Cecília Máximo Teodoro / Gustavo Magalhães de Paula Gonçalves Domingues 72
6. O direito das relações coletivas de trabalho e seus princípios fundamentais: a liberdade associativa laboral
Leandro do Amaral D. de Dorneles 84
7. Da formal representação à efetiva representatividade sindical: problemas e sugestões em modelo de unicidade
Marcus de Oliveira Kaufmann 109
8. Ação anulatória de cláusula: uma visão sobre o instituto e o impacto sobre os dissídios individuais de trabalho
Marla Beatriz Miguel de Souza Lima 158

NOTAS E COMENTÁRIOS

- Registro sobre o aniversário da Abolição da Escravatura 179

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência temática 187

Jurisprudência atual 277

ÍNDICE TEMÁTICO

1. Índice da Jurisprudência do TST 297

Tema Especial: Direito Coletivo do Trabalho

BREVE ESTUDO SOBRE A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

Walmir Oliveira da Costa*

1 – INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo circunscreve-se à análise específica dos conflitos coletivos de trabalho e das respectivas formas de solucioná-los, assim como um exame da matéria a partir de cotejo entre os sistemas adotados no Brasil e no Direito Comparado, particularmente em países como a Espanha, Portugal, França, México, Peru e a República Dominicana, realçando as formas de solução dos conflitos coletivos de trabalho nesses países e seus resultados.

2 – CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO

A palavra “conflito”, derivada de *conflictus* e *confligere*, quer dizer embate de pessoas, luta, pendência, oposição. É utilizada para designar a contraposição de interesses entre duas ou mais pessoas.

Há uma sucessão de significados de três palavras relevantes à compreensão da matéria, a saber, conflito, controvérsia e dissídio. Conflito é a contraposição de interesses; controvérsia é o procedimento por meio do qual se busca a solução do conflito, seja judicial ou extrajudicialmente, sendo também apreendida como a manifestação externa do conflito. O dissídio é uma das formas desse procedimento, exercido perante a jurisdição.

Segundo ensina o saudoso Ministro Orlando Teixeira da Costa, a Ciência Jurídica diferencia os conflitos de trabalho entre individuais e coletivos, subdividindo aqueles em singulares e plúrimos, sendo certo que veiculam demandas envolvendo interesses meramente individuais.

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Pará.*

DOCTRINA

Por outro lado, no atinente aos conflitos coletivos, observa-se que envolvem interesses coletivos, em sentido amplo. Nesse particular, é interessante importar do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, a acepção de interesse coletivo, como sendo os difusos, coletivos e individuais homogêneos. Tais noções encontram-se presentes quando se analisam os interesses defendidos por meio dos conflitos coletivos de trabalho.

O Procurador do Trabalho José Claudio Monteiro de Brito Filho diverge da corrente doutrinária que enquadra os interesses plúrimos dentre os individuais, por entender que se configuram em interesses individuais homogêneos, sendo, portanto, subespécie dos interesses coletivos. Assim, por meio dos conflitos coletivos de trabalho, seria possível encontrar-se a defesa de interesses individuais homogêneos.

Para o prestigiado doutrinador, conflitos coletivos de trabalho seriam aqueles que envolvem interesses coletivos e decorrem da relação trabalhista, genericamente considerada.

O eminente doutrinador e Ministro Mauricio Godinho Delgado conceitua os conflitos coletivos trabalhistas como aqueles que atingem um grupo específico de trabalhadores, empregadores ou de tomadores de serviços, seja no âmbito interno da empresa ou do estabelecimento em que ocorre a efetiva prestação de serviços, seja sob uma acepção mais ampla, em que envolve toda a categoria.

Infere-se, portanto, que o autor levou em consideração a presença dos interesses coletivos em sentido estrito, que, nos termos do art. 81, parágrafo único, II, da Lei nº 8.078/90, são definidos como “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Para Antonio Ojeda Aviles, “conflito coletivo é toda discrepância entre empresários e trabalhadores, externamente manifestada”.

Entre os juslaboralistas brasileiros, Octavio Bueno Magano define o conflito coletivo como a divergência entre grupos de trabalhadores, de um lado, e empregadores, de outro, tendo por objeto a realização de um interesse do grupo, ou dos membros que o compõem, considerados esses não *uti singuli*, mas *uti universi*.

Para o já citado Orlando Teixeira da Costa, os conflitos coletivos de trabalho podem ser divididos em decorrência de sua natureza, como sendo os jurídicos ou de garantia, e os econômicos, de interesse ou de formação.

DOCTRINA

Tais conflitos jurídicos têm por fim a interpretação ou aplicação de normas jurídicas preexistentes. Em tais casos, verifica-se que, a partir da ilação extraída da lei ou de uma norma coletiva, os trabalhadores sustentam ter direito a uma prestação, à qual o empregador se opõe, por considerar que não lhes assiste tal direito.

O escopo dos conflitos de natureza econômica consiste na modificação das condições de trabalho, e, portanto, na criação de novas normas para disciplinar tais relações trabalhistas. Não se discute a interpretação de determinada norma, em um ou em outro sentido, mas a pretensão de substituir essa regra por outra diferente, colocando os antagonistas em um campo anômico.

3 – MEDIDAS CONFLITIVAS

O conflito vem a ser uma discussão caracterizada pelo emprego de algumas medidas assim chamadas “conflitivas”, que consistem em pressões unilaterais dirigidas a acelerar a solução do conflito; em algumas vezes, intentarão apoiar uma determinada pretensão, em outras, ao contrário, irão simplesmente contra a pretensão do antagonista.

Na mesma controvérsia se utilizam, frequentemente, diversas medidas conflitivas, sucessivas ou simultâneas, seja de iniciativa dos empregados ou dos empregadores.

3.1 – De iniciativa dos empregados

As medidas conflitivas de iniciativa dos empregados podem ser exemplificadas por meio dos piquetes, boicote e da greve.

Os piquetes consistem na organização de grupos de trabalhadores, com três possíveis funções: informar, convencer ou impor a decisão coletiva aos próprios trabalhadores envolvidos no conflito e, em alguns casos, ao todo afetado (categoria). Podem ser pacíficos ou coativos, de modo que os primeiros não infringem a ordem pública ou o direito de terceiros; e os segundos são suscetíveis de tipificar ilícito penal, em casos de abusos.

O boicote equivale ao ostracismo contratual do empresário, importando no bloqueio dos contratos de trabalho diante da pretensão de dificultar o tráfico mercantil da empresa. Também é verificado quando há o convencimento da população para que não adquira os produtos de determinada empresa ou mesmo para que não postule emprego perante ela.

DOCTRINA

É importante destacar que o boicote deve se dar por meios de convencimentos lícitos, sejam eles principais ou secundários, a saber, dirigidos contra o antagonista social ou contra os seus clientes.

No concernente à medida conflitiva consubstanciada no exercício do direito de greve, cumpre voltar uma análise mais acurada.

3.1.1 – Greve

Tratando-se da medida conflitiva mais utilizada pelos trabalhadores, como forma de pressão em busca de melhores salários ou condições de trabalho, ou ainda de outros interesses a serem defendidos por esse meio, é oportuno e até necessário tecer maiores considerações a respeito da greve.

São os mais diversos os conceitos de greve adotados pela doutrina, revelando-se imperiosa a transcrição dos mais conhecidos. Ei-los:

“O direito de greve define-se pelo seu objeto: é o direito de fazê-la.” (Délío Maranhão)

“É a abstenção concertada do trabalho para a tutela de um interesse profissional coletivo.” (Santoro-Passarelli)

“La huelga es un rechazo colectivo y concertado del trabajo, manifestando la intención de los trabajadores de situarse provisionalmente fuera del contrato, a fin de asegurar el éxito de sus reivindicaciones.” (Antonio Ojeda Aviles citando Sinay)

Para Magano, a greve melhor se classifica como suspensão do contrato de trabalho, compreendendo a liberdade de exercício de uma atividade lícita. É o instrumento principal dos conflitos abertos, que se produz com maior frequência, possuindo natureza jurídica de direito assegurado pela Constituição de 1988. Conforme as características identificadas no caso concreto, pode resultar na suspensão, no abandono, ou na cessação do trabalho.

A par do conceito de greve, não se pode passar ao largo da regulamentação do instituto, notadamente, o seu tratamento em nível constitucional.

As Constituições de 1824, 1891 e 1934 foram inteiramente omissas a respeito da greve. A Constituição outorgada de 1937 proibiu a greve e o *lockout*, declarados recursos antissociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional. Por seu turno, a Carta de 1946 reconheceu o direito de greve, mas sujeitou seu exercício ao regulamento da lei ordinária. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969

proibiram a greve nos serviços públicos e nas atividades essenciais, definidas por lei ordinária, mas consagraram-na como um direito, sem sujeitá-lo a uma regulamentação no que diz respeito às atividades excluídas do rol das essenciais.

A Constituição Republicana Brasileira de 1988 assegurou o direito de greve nos moldes da Constituição Portuguesa, que a inspirou, mas transferiu para a lei ordinária a definição dos serviços ou atividades essenciais, introduzindo a teoria do abuso de direito (§ 2º do art. 9º).

No que pertine aos servidores públicos civis, a Carta Magna, em sua redação original, assegurou o direito de greve nos termos e limites a serem definidos por lei complementar.

Por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, o poder constituinte derivado alterou a redação do art. 37, VII, passando a estabelecer que, em relação aos servidores públicos, o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção nº 670, manifestou-se no sentido de que, até que lei específica venha a regulamentar o exercício do direito de greve pelos servidores públicos da Administração Pública Direta Federal, Estadual e Municipal, aplica-se a legislação disciplinadora do direito de greve dos trabalhadores em geral, observando-se o regime de greve mais severo quando se tratar de serviços ou atividades essenciais, em decisão lavrada nos seguintes termos:

“(…) 4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI Nº 7.783/89). FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL.

4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às ‘atividades essenciais’, é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/89. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9º, *caput*, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9º, § 1º), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à

DOCTRINA

edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional.

4.2. Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão somente no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/89 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).

4.3. Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância de regime de greve mais severo em razão de tratar-se de ‘serviços ou atividades essenciais’, nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/89. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses ‘serviços ou atividades essenciais’ seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos ‘essenciais’.

4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/89. Para fins desta decisão, a enunciação do regime fixado nos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/89 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*).” (MI 670-9/ES, Espírito Santo, Rel. originário: Min. Maurício Corrêa, Rel. para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 31.10.08)

Por outro lado, os doutrinadores discutem a natureza jurídica da greve, se configura um direito ou um fato social.

DOUTRINA

No Brasil, é inegável a natureza jurídica de um direito conferida à greve, a teor da Constituição vigente, condição de autodefesa dos trabalhadores na solução dos conflitos coletivos.

Não tem a natureza de fato social, pois depende do sistema jurídico de cada nação, em que pese o autor Magano opinar no sentido de que a greve constitui, antes de mais nada, um fato social, apresentando-se como expressão objetiva da ação dos trabalhadores. Não se trata de fato típico do capitalismo, manifestando-se, ao contrário, nas mais diversas fases da história.

Não paira dúvida, portanto, que a Constituição Republicana de 1988 assegurou o direito de greve, sendo certo que o art. 1º da Lei nº 7.783, de 22 de dezembro de 1989, chamada “Lei de Greve”, preconiza ser da competência dos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

A competência para julgar as ações que envolvam exercício do direito de greve, segundo resulta bem claro, é da Justiça do Trabalho, a teor do art. 114, II, § 3º, da Lei Maior, com redação inserida pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Não se insere, contudo, na competência funcional do órgão de primeiro grau de jurisdição trabalhista se pronunciar acerca dos interesses a serem defendidos pelos trabalhadores por meio da greve, nem declarar, ainda que invocando o controle incidental de constitucionalidade, a abusividade do movimento paredista.

É cediço que a participação em greve suspende o contrato de trabalho, de modo que as relações obrigacionais durante o período devem ser regidas por acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho, sendo vedada a rescisão do contrato de trabalho durante a greve (art. 7º, parágrafo único, da Lei de Greve). Por certo, a legislação em comento não proíbe a resolução do contrato de trabalho por motivo de falta grave, em que pese a sua execução esteja suspensa enquanto perdurar a greve.

A participação em movimento grevista, em sendo um direito assegurado constitucionalmente, como visto, não pode, só por esse aspecto, desembocar na figura da justa causa, pois não é jurídico, nem legal, que o empregado seja punido pelo patrão apenas por exercer um direito.

Existem as mais variadas classificações de greves pela doutrina. Dentre elas, citam-se as: a) ligadas ao critério de extensão (global, parcial, de empresa); b) de modo de exercício (contínua, intermitente, branca); c) por etapas; e d) de objetivos (profissional, de solidariedade e política).

3.2 – De iniciativa dos empregadores

De outra banda, as medidas conflitivas de iniciativa dos empregadores podem ser exemplificadas por meio das listas negras e do *lockout*. As primeiras, em síntese, constituem um impedimento à colocação de líderes sindicais nos setores onde têm influência, além de importar na negação de emprego a esses trabalhadores.

O denominado *lockout* consiste na paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados. Importa na proibição temporária de acesso ao local de trabalho imposta aos trabalhadores, caracterizando-se como ato voluntário e transitório do empregador, sendo imperioso distinguir que o fechamento de empresas, ordenado por terceiro ou decorrente de dificuldades econômico-financeiras, não configura *lockout*.

Há legislações que o consideram como prática lícita dos empregadores (França), outras o taxam de atividade ilícita (Portugal). No Brasil, o *lockout* é proibido, consoante o art. 17 da Lei de Greve.

Estabelecidas as diretrizes sobre conflitos coletivos de trabalho e a classificação de acordo com sua natureza, bem como após a abordagem acerca das medidas conflitivas, é cabível adentrar no exame das formas de solução dos conflitos coletivos de trabalho.

4 – FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO

Nos conflitos coletivos de trabalho, há sempre um grande interesse social em discussão, a par do econômico e, por vezes, do político, diferentemente do conflito individual, em que predomina o interesse particular.

Um bom número de técnicas, métodos ou formas são utilizados para a composição dos conflitos coletivos de trabalho. Destacam-se, com maior relevo, e são aceitas pela doutrina, as formas autocompositivas e heterocompositivas ou processuais.

Cumprе assentar que a Organização Internacional do Trabalho – OIT, por meio da Convenção nº 98, em seu art. 4º, estabelece que as “medidas apropriadas às condições nacionais serão tomadas, se necessário, para estimular e promover o pleno desenvolvimento e utilização de mecanismos de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações

de trabalhadores, com o objetivo de regular, mediante acordos coletivos, termos e condições de emprego”.

Por seu turno, a Convenção nº 154 da OIT versa expressamente sobre o incentivo à negociação coletiva, reafirmando a passagem constante na Declaração da Filadélfia, em que se reconheceu a obrigação solene de a OIT estimular o alcance efetivo do reconhecimento à negociação coletiva, enfatizando que esse princípio é “plenamente aplicável a todos os povos”.

O art. 2º da citada Convenção nº 154 da OIT conceitua, como negociação coletiva, todos os ajustes “que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores”, especificando os respectivos objetivos de “fixar as condições de trabalho e emprego, ou regular as relações entre empregadores e trabalhadores, ou regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos esses objetivos de uma só vez”.

Assim, sopesando que, mediante as Convenções referidas, a Organização Internacional do Trabalho estabelece que o incentivo à negociação coletiva é um princípio “plenamente aplicável a todos os povos” e, considerando que tal mecanismo caracteriza uma das formas de solução dos conflitos coletivos de trabalho, revela-se interessante adentrar no exame, ainda que de maneira bem resumida, acerca das técnicas de solução adotadas no Brasil e no Direito Comparado.

4.1 – No Brasil

Dentre os métodos encontrados para estimular a solução dos conflitos, encontra-se a conciliação, que designa tanto o esforço efetuado pelas partes para aproximar suas posições como o acordo a que se chegou. O esforço se denomina de tentativa. O acordo, de conciliação.

É integrada por dois elementos, quais sejam a base, que é o acordo entre as partes, e o elemento complementar, que é a presença de um terceiro que procura aproximar as partes e facilitar o acordo.

Dependendo de quem seja o terceiro, a conciliação pode ser privada ou pública, de modo que aquelas diferenciam-se em sindicais e não-sindicais, conforme ocorra, ou não, a intervenção de um representante das organizações sindicais. As conciliações públicas, a seu turno, subdividem-se em administrativa e judicial, se levadas a efeito por servidor do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.

DOCTRINA

Segundo a compulsoriedade de submissão, a conciliação pode ser classificada em obrigatória ou facultativa. A primeira, na hipótese de ser exigida como condição prévia ou pré-requisito para a instauração do processo judicial; a segunda, na hipótese de as partes optarem, livre e voluntariamente, pela sua adoção.

Conforme o momento, distingue-se a conciliação preventiva da posterior. A primeira é anterior à eclosão do conflito. A segunda pode ocorrer em qualquer momento.

Segundo a composição do órgão conciliador, as conciliações podem ser classificadas em unipessoais e colegiadas.

Podem ainda ser distinguidas segundo o procedimento: as que têm um trâmite previamente estabelecido e aquelas que não o têm.

De acordo com seu caráter estável ou aleatório, cabe distinguir entre as conciliações atribuídas a órgão normalmente com tal atribuição e aos que eventualmente podem cumprir essa tarefa, seja por iniciativa própria, seja a pedido das partes, seja ainda por delegação de autoridade.

Em um mesmo conflito podem ocorrer diversas tentativas de conciliação.

Por seu turno, a mediação é a ajuda que o terceiro presta às partes divergentes para que se ponham de acordo. Geralmente utilizam-se peritos ou outros entendidos na matéria, que examinam o conflito proposto e informam sobre suas causas, efeitos e soluções, formulando uma recomendação para ser submetida às partes em litígio.

Há distinção entre mediação e conciliação. Conforme a doutrina, a conciliação deve buscar não apenas uma solução aceita pelas partes como também que seja razoavelmente justa; enquanto a mediação se contenta com uma composição qualquer, sem se preocupar com sua justiça.

A mediação e a conciliação, portanto, são os caminhos preferidos para a solução dos conflitos coletivos de trabalho.

Por meio da autocomposição, as partes conflitantes conseguem solucionar suas divergências de forma autônoma, sem a utilização da violência, e mediante o ajuste de vontades, culminando na celebração da negociação coletiva.

Ao tecer considerações específicas sobre o tema, o Ministro Mauricio Godinho Delgado salienta que a técnica autocompositiva, por vezes, recebe estímulos e influências dos mecanismos de autotutela, como a greve, assim como das medidas próximas à técnica heterocompositiva, como a mediação.

DOCTRINA

O doutrinador salienta que o fato de se identificar método inerente à heterocomposição não desnatura a autocomposição realizada, diante da prevalência de as negociações e a formalização serem implementadas autonomamente pelas partes.

Sob outro ângulo, verifica-se que, na heterocomposição, as partes não solucionam seus conflitos de forma autônoma, demandando da presença de um terceiro que, dependendo da espécie de técnica heterocompositiva, exercerá uma atuação mais ou menos contudente na busca de resolver o impasse.

Pode ser exemplificada por meio da arbitragem, da mediação, dos dissídios coletivos.

A arbitragem é um procedimento de composição dos conflitos mediante a solução do litígio por um terceiro alheio às partes. A diferença entre a arbitragem e a conciliação é muito pronunciada, porque, nesta, as partes decidem a solução por meio de um acordo. Na arbitragem, é o árbitro quem resolve obrigatoriamente o conflito, elaborando o laudo que se pressupõe aceitável pelos litigantes, mas cujas cláusulas se baseiam em critérios próprios, e não nos das partes.

Distingue-se a arbitragem facultativa da obrigatória. Facultativa quanto à submissão, mas não quanto à decisão. Obrigatória quanto à submissão e quanto à decisão, o que pressupõe a preceptividade da submissão e a obrigatoriedade do laudo, uma vez emitido, sendo utilizada em países que não permitem a greve em alguns tipos de atividades (serviços essenciais à coletividade).

No Brasil, frise-se que a submissão à arbitragem é de cunho voluntário, sendo o respectivo procedimento disciplinado pela Lei nº 9.307/96.

Existem ainda a arbitragem de direito e de equidade. Na primeira, o procedimento está regulado pela lei em todas as suas fases; na segunda, o procedimento deve se conformar ao convencionado no compromisso e não no processo legal, consideradas as provas de acordo com o saber do árbitro.

Dentre as formas heterocompositivas de solução dos conflitos coletivos de trabalho, encontram-se os dissídios coletivos, que também podem ser classificados, de acordo com sua natureza, em econômicos ou jurídicos.

No chamado dissídio coletivo de natureza econômica, em que há criação de normas e condições de trabalho, insere-se o exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho, de acordo com a ilação extraída do art. 114, § 2º, da Constituição da República, após a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/04.

DOCTRINA

A teor da mencionada norma, diante da recusa de qualquer das partes a submeter-se previamente à negociação coletiva ou à arbitragem, tem-se a faculdade para que ambas, de comum acordo, ajuízem dissídio coletivo de natureza econômica. Em tal hipótese, é da competência da Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Com efeito, o Poder Constituinte derivado não apenas criou forma alternativa de solução de conflitos coletivos, mediante a arbitragem, como também incentivou a negociação coletiva ao instituir o requisito do comum acordo para instauração da instância em dissídio coletivo de natureza econômica.

Acrescente-se que o referido requisito do comum acordo é reconhecido, pela Seção de Dissídios Coletivos do TST, como pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, na forma do art. 267, IV, do CPC.

Com características distintas, encontra-se o dissídio coletivo de natureza jurídica, cujo ajuizamento é cabível nas hipóteses em que houver discussão acerca da interpretação e aplicação de regras preexistentes, correspondentes às cláusulas constantes do regulamento interno da empresa, das regras presentes em instrumentos coletivos, em sentenças normativas, de modo a provocar a configuração de conflito coletivo.

A respectiva solução, contudo, exige pronunciamento judicial por meio de ação de conteúdo declaratório quanto ao sentido e ao alcance da norma questionada.

A sentença proferida no dissídio coletivo jurídico ostenta natureza declaratória, não se admitindo, por essa via, pretensões de cunho constitutivo, condenatório, cautelar ou de tutela antecipada, ante a natureza jurídica e a respectiva finalidade. Diversamente do dissídio coletivo econômico, aqui não se exige o pressuposto processual do comum acordo.

O Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho apresenta, dentre as classificações do dissídio coletivo, o relacionado à greve, que, segundo o autor, ostenta a natureza mista. Esclarece que, uma vez deflagrado movimento paretista, se o setor patronal não lograr êxito nas negociações para obter o fim da paralisação, poderá ser ajuizado o denominado dissídio coletivo de greve, hipótese em que será exercido o poder normativo inerente à Justiça do Trabalho.

Assentadas tais premissas acerca dos mecanismos de solução dos conflitos coletivos no Brasil, insta adentrar no estudo da matéria à luz da disciplina presente no Direito Comparado.

DOCTRINA

4.2 – Na França

A convenção coletiva desenvolveu-se em vários níveis: da empresa, da categoria, da profissão e da interprofissão. A Lei nº 957/82 instituiu a obrigação de negociar, dentro da empresa, podendo ser intentadas ações civis visando ao cumprimento da convenção diante do Conselho de *Prud'hommes*, integrado por juízes não profissionais ou leigos, sendo sua competência restrita aos dissídios individuais, mas pode abranger outras matérias, como a interpretação de convenções coletivas, greve etc.

A conciliação é facultativa e pode ser prevista em convenção coletiva, apesar de ser instituída por lei. A comissão nacional ou regional, que pode apreciar o conflito, é de cunho tripartite. É provocada por qualquer das entidades, pelo Poder Público, ou por iniciativa do Ministério Público. O acordo que for obtido e registrado tem o mesmo efeito jurídico da convenção coletiva.

A mediação ocorre no caso de insucesso da conciliação, podendo ser instaurado o processo por qualquer das partes. O mediador pode constranger moralmente as partes para incitá-las ao acordo.

A arbitragem é facultativa e só pode ser iniciada mediante acordo das partes, após os procedimentos de conciliação ou de mediação.

4.3 – Na Espanha

A solução extrajudicial dá-se por meio da conciliação, mediação e arbitragem. Todavia, a solução mais utilizada e preferida pelas partes é a negociação coletiva.

O Procurador do Trabalho José Claudio Monteiro de Brito Filho salienta que, na Espanha, pode ser verificada a arbitragem obrigatória, como nas hipóteses em que houver greve excepcionalmente danosa e prejudicial à economia nacional.

Quanto à solução jurisdicional, é restrita aos conflitos coletivos de natureza jurídica, versando sobre interpretação de direito.

4.4 – Em Portugal

De forma resumida, pode-se afirmar que a solução, no sistema luso, ocorre pela via da negociação coletiva, conciliação, mediação ou arbitragem, configurando-se essa última em um processo decisório que possui plena autonomia em relação à convenção coletiva, nos termos da lei.

DOCTRINA

4.5 – No México

No México, a contratação coletiva é um privilégio exclusivo dos sindicatos, a partir da crise de 1987. A intervenção na economia e o corporativismo têm sido a substância que as Juntas de Conciliação e Arbitragem utilizam para determinar a hegemonia estatal e sobretudo do Poder Executivo sobre a chamada Justiça Social.

4.6 – No Peru

Em breves palavras, é correto salientar que os conflitos econômicos ou de interesse são resolvidos pelo Ministério do Trabalho. Nas controvérsias judiciais foi criada uma distinção peculiar segundo o contrato de trabalho, caso se encontre em vigor ou já rescindido. Quando subsistente, é competente para conhecer dos litígios que dele derivem o Foro Administrativo, isto é, o Ministério do Trabalho. Essa regra vale tanto para os litígios individuais quanto para os plurais e os coletivos.

De outro lado, o Foro Privativo do Trabalho, órgão de natureza estritamente judicial, composto por magistrados de carreira, em duas instâncias, conhece somente de ações individuais derivadas de contratos já extintos.

4.7 – Na República Dominicana

Na legislação Dominicana, o conflito econômico pode ser resolvido por conciliação direta entre as partes (convenção ou acordo coletivo) ou, não sendo possível, os contendedores podem recorrer à mediação e, se essa fracassar, poderão utilizar-se da arbitragem.

Para solução dos conflitos jurídicos, há de se recorrer aos tribunais judiciais especializados (Juízos do Trabalho e Cortes do Trabalho).

5 – CONCLUSÃO

Os conflitos de trabalho diferenciam-se entre individuais e coletivos, subdividindo aqueles em singulares e plúrimos, sendo certo que veiculam demandas envolvendo interesses meramente individuais. No tocante aos conflitos coletivos de trabalho, observa-se que envolvem interesses coletivos, em sentido amplo, na acepção conceitual preconizada no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, vale dizer, como sendo os difusos, coletivos e individuais homogêneos.

DOCTRINA

A par da definição à luz da espécie dos interesses envolvidos no conflito, apreendem-se os conflitos coletivos de trabalho subdivididos em decorrência de sua natureza, como sendo os jurídicos ou de garantia, e os econômicos, de interesse ou de formação.

Os conflitos coletivos jurídicos têm por fim a interpretação ou aplicação de normas jurídicas preexistentes, enquanto os conflitos coletivos econômicos objetivam a modificação das condições de trabalho, e, portanto, a criação de novas normas para disciplinar tais relações trabalhistas. São levados a efeito mediante as chamadas medidas conflitivas, de iniciativa dos empregados, como os piquetes, o boicote e a greve, bem como as de iniciativa dos empregadores, exemplificadas nas listas negras e no juridicamente proibido *lockout*.

Considerando que tais conflitos coletivos de trabalho veiculam interesses social, econômico e, por vezes, político, acresce de relevo as técnicas, formas ou métodos utilizados para a respectiva solução.

Por outro lado, sopesando que, mediante as Convenções nº 98 e nº 154, a Organização Internacional do Trabalho estabeleceu que o incentivo à negociação coletiva é um princípio “plenamente aplicável a todos os povos” e, considerando que tal mecanismo corresponde a uma das formas de solução dos conflitos coletivos de trabalho, tornou-se interessante adentrar no exame das técnicas de solução adotadas no Brasil e no Direito Comparado.

No Brasil, a doutrina elenca as formas autocompositivas e heterocompositivas de solução dos conflitos trabalhistas, consubstanciadas na adoção da conciliação, da mediação, da arbitragem, da negociação coletiva, assim como mediante os dissídios coletivos, de natureza jurídica, econômica ou mista, como o é o dissídio de greve.

A negociação coletiva, reiterar-se, é incentivada pela OIT, sendo considerada pela doutrina como a forma ideal de solução dos conflitos coletivos de trabalho, podendo resultar no acordo coletivo ou na convenção coletiva de trabalho.

A ampla utilização da solução jurisdicional dos conflitos coletivos constitui a característica mais marcante dos direitos coletivos e processuais no Brasil, que é um dos raros países do mundo a atribuir aos órgãos judiciários a tarefa de compor conflitos de interesses econômicos entre as classes sociais de trabalhadores e empresários.

As técnicas de resolução dos conflitos coletivos de trabalho, exemplificadas por meio da arbitragem, da mediação, da conciliação direta, da submissão a um órgão do Poder Executivo, são verificadas em maior ou menor intensida-

DOCTRINA

de em outros ordenamentos jurídicos, a partir de uma análise do Direito Comparado.

É imperioso que seja incentivada, e abreviada, a solução desses conflitos pela via da autocomposição, da mediação ou da arbitragem, deixando como última instância a intervenção judicial, se porventura malograrem as tentativas extrajudiciais.

Em que pese esse seja o modelo adotado atualmente pelo Brasil, a prática tem demonstrado que os atores sociais preferem buscar, de pronto, a via judicial, que nem sempre é a mais adequada e eficaz para a pacificação dos interesses divergentes.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVILES, Antonio Ojeda. *Derecho Sindical*. Madrid: Tecnos, 1980.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Direito Sindical: análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT – proposta de inserção da comissão de empresa*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BUEN, Néstor de. *A solução dos conflitos trabalhistas*. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1986.

CATHARINO, José Martins. *Direito Constitucional e Direito Judiciário do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

COSTA, Orlando Teixeira da. *Direito Coletivo do Trabalho e crise econômica*. São Paulo: LTr, 1991.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MAGANO, Octavio Bueno. *Direito Coletivo do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1993. v. III.

_____. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 1992.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Processo coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Sindical*. São Paulo: Saraiva, 1989.

TUPINAMBÁ NETO, Hermes Afonso. *A solução jurisdicional dos conflitos coletivos no direito comparado: uma revisão crítica*. São Paulo: LTr, 1993.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito e Processo do Trabalho*. Livraria Del Rey Editora, 1994.

Sítios da Internet:

<<http://www.ilo.org/ilolex/portug/docs/C098.htm>>

<http://www.mte.gov.br/rel_internacionais/conv_154.pdf>

GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS E STF

Ricardo Carvalho Fraga e Luiz Alberto de Vargas*

INTRODUÇÃO

As controvérsias sobre o direito dos servidores públicos à greve se situam num patamar ainda anterior, qual seja, se os servidores públicos são trabalhadores – e, assim, a relação com seu tomador de serviços (o Estado) é uma relação bilateral ou, ao contrário, estamos diante de uma relação unilateral em que, em nome do interesse público, o Estado impõe as condições de trabalho sem espaço para a negociação contratual¹.

Quando da edição da Lei nº 8.112/90, que institui o regime único dos servidores públicos civis, foram previstos, pelo menos, dois pontos importantes, que significavam um avanço no estabelecimento dos direitos sindicais dos trabalhadores da Administração Pública: o direito à negociação coletiva e ao dissídio coletivo (art. 240, alíneas *d* e *e*). Entretanto, o STF afastou esses avanços através de ADIn 492-1, que, já liminarmente, entendeu pela inconstitucionalidade da extensão aos servidores públicos da Administração direta dos direitos à negociação coletiva e ao ajustamento de dissídio coletivo, decisão, posteriormente, confirmada no mérito². O fundamento da decisão remete à superada teoria da unilateralidade³.

* *Desembargadores Federais do Trabalho do TRT 4ª Região (RS)*.

1 A doutrina tradicional, a partir das quais o Direito Administrativo Brasileiro se desenvolveu, estão baseadas na teoria do “ato-condição” de Leon Duguit, juspublicista francês, como lembra Francisco Rossal de Araújo, citando Celso Antônio Bandeira de Mello, para o qual “o funcionário se encontra debaixo de uma situação legal, estatutária, que não é produzida mediante um acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo Estado, e, por isso mesmo, suscetível de ser, a qualquer tempo, alterada por ele sem que o funcionário possa se opor...” (ARAÚJO, Francisco Rossal. *A relação de trabalho na Administração Pública. Revista do TRT 4ª Região*, Porto Alegre, 1992, n. 25, p. 44.

2 Comentamos o tema e o veto do Presidente José Sarney, “derrubado” no Congresso Nacional, em “Direitos e sonhos: além dos limites do orçamento”. In: FRAGA, Ricardo Carvalho. *Direito e castelos*. São Paulo: LTr, 2002. p. 9.

3 “Para ser o resultado de uma negociação coletiva exigível juridicamente, deve ser transformada em ato administrativo válido, exarado por autoridade competente (...) sobre restrições, também, do entendimento cultural doutrinário e jurisprudencial dominante no sentido que a unilateralidade do estabelecimento das condições de trabalho no setor público, pelo Administrador, seria de natureza ontológica do mesmo.” (BELFORT, Fernando. *Apontamentos de Direito Coletivo*. São Luís: Lithograf, 2005. p. 81)

O JULGAMENTO DO DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO PELO STF

O Supremo Tribunal Federal, que desde 1994 (data do julgamento), por ocasião da apreciação do Mandado de Injunção nº 20, já havia denunciado a omissão legislativa em regulamentar o direito de greve, porém sem avançar em colmar a lacuna legislativa, revisando o posicionamento anterior, decidiu pela adoção da lei de greve do setor privado como regulamentação das greves do setor público (Mandados de Injunção ns. 670, 708 e 712)⁴.

Conforme voto condutor do Ministro Gilmar Ferreira Mendes⁵, acolheu-se a pretensão dos impetrantes no sentido de que, após um prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria, caso não o faça, determina-se que, solucionando a omissão legislativa, “se aplique a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, enquanto a omissão não seja devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos”.

Na mudança drástica da posição anterior – que meramente sinalizava ao Congresso Nacional a omissão legislativa, destaca-se a clara preocupação da Corte Constitucional em dar efetividade a norma fundamental que assegura o direito de greve aos servidores públicos, dando cobro à inércia abusiva dos poderes constituídos que, por dezenove anos, frustrou “a eficácia de situações subjetivas de vantagem reconhecidas pelo texto constitucional”. Segundo o Ministro Celso de Mello, “*revela-se essencial que se estabeleça, tal como sucede na espécie, a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o consequente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de forma que, presente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, tornar-se-á possível não só imputar comportamento moroso ao Estado (...) mas, o que é muito mais importante ainda, pleitear, junto ao Poder Judiciário, que este dê expressão concreta, que confira efetividade e que faça atuar a cláusula constitucional tornada inoperante por um incompreensível estado de inércia governamental*”.

Não pode haver dúvidas de que a decisão do STF se dá num contexto de garantia dos direitos subjetivos dos trabalhadores do serviço público ao exercício

4 MI 670, Rel. Gilmar Mendes, Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL, Impetrado: Congresso Nacional. MI 708, Rel. Gilmar Mendes, Impetrante: SINTEM – Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa, Impetrado: Congresso Nacional. MI 712, Rel. Eros Grau, Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP, Impetrado: Congresso Nacional. Data de Julgamento: 25.10.07.

5 Tal solução já havia sido preconizada pelo Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, já por ocasião do Mandado de Injunção nº 20, no julgamento ocorrido em 19.05.94. Da mesma forma, o Ministro Carlos Velloso, no MI 631 (Rel. Ilmar Galvão, DJ 02.08.02).

do direito de greve assegurado constitucionalmente, mas, até então, negado pela inércia do Legislativo e do Executivo⁶. É nesse espírito de extensão à significativa parcela dos trabalhadores dos mesmos direitos à luta coletiva pacífica já assegurados aos trabalhadores da iniciativa privada que se deve interpretar a aplicação à greve no serviço público das normas atinentes à greve do setor privado.

Por outro lado, também visível ter pesado na decisão do Supremo a urgência de que as paralisações no serviço público tivessem algum parâmetro para declaração ou não de sua eventual abusividade, forma constitucional de restrição do exercício do direito de greve pelo Poder Judiciário em caso de paralisações que, entre outras formas de abuso de direito, desatendam o princípio da boa-fé negocial, que terminem por violar outros direitos fundamentais ou que atinjam seriamente o direito de terceiros, em especial em serviços essenciais ou em desatendimento de necessidades inadiáveis da comunidade⁷.

Assim, no entendimento majoritário do STF, trata-se de construir, para o serviço público, um conceito de “serviços essenciais” que, mais do que uma repetição do contido na Lei nº 7.783/89, assegure o direito da população a “serviços públicos adequados e prestados de forma contínua”, em atendimento ao art. 9º, *caput*, c/c art. 37, VII, da Constituição Federal. Parece claro que a amplitude dessa limitação ao exercício do direito de greve pelo reconhecimento da necessidade de continuidade de determinados serviços públicos será feita, caso a caso, jurisprudencialmente, na medida em que “de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo, em razão de tratar-se de serviços ou atividades essenciais nos termos dos já mencionados arts. 9º e 11 da Lei nº 7.783/89” (voto do Ministro Gilmar Mendes).

O disciplinamento da greve em serviços públicos que tenham características afins aos “serviços ou atividades essenciais” deve ser tão ou mais severo que o dispensado aos serviços privados ditos “essenciais”. Fica claro que, ao contrário do art. 10 da Lei nº 7.783/89, não se está preso a um arrolamento

6 “Evidentemente, não se outorga ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição ou não de lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderá adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderá deixar de reconhecer o direito previamente definido na Constituição.” (voto do Ministro Gilmar Mendes)

7 Significativo, no voto condutor do Ministro Gilmar Mendes: “Mencione-se, a propósito, episódios mais recentes relativos à paralisação dos controladores de voo do país; ou, ainda, no caso da greve dos servidores do Judiciário do Estado de São Paulo, ou dos peritos do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que trouxeram prejuízos irreparáveis a parcela significativa da população dependente desses serviços públicos. A não-regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito”.

exaustivo de “serviços essenciais” (*numerus clausus*)⁸, mas trata-se de uma orientação para uma construção pretoriana de uma regulamentação provisória que, identificando, no caso concreto, a similariedade com as situações previstas na norma legal (imperativo de atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade que, em caso de não atendimento, coloquem em “perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população” – Lei nº 7.783/89, art. 11), preserve os interesses maiores da coletividade mesmo que à custa de alguma restrição ao exercício do direito fundamental de greve.

Estamos, aqui, claramente ante a possível colisão entre dois valores juridicamente protegidos pela Constituição Federal, o que exige do intérprete uma lógica distinta da própria à resolução dos conflitos de normas. Se, neste caso, não se admite a coexistência no mesmo sistema jurídico de duas normas contraditórias entre si, quando se trata de conflito entre dois princípios constitucionais, não se aplica a lógica da exclusão. Em tal caso, a regra é exatamente o oposto: a da coexistência e da harmonia dos princípios colidentes, através do mecanismo da ponderação. Ou seja, ao invés de eliminação de um dos termos contraditórios, busca-se o equilíbrio dos contrários, a convivência possível entre dois valores essenciais ao sistema constitucional, de modo que a harmonização de ambos no caso concreto seja a reafirmação de ambos, ainda que se limitados reciprocamente em sua eficácia⁹.

Sem dúvida, trata-se de um difícil equilíbrio, mesmo em face de greves no setor privado, e que se torna ainda mais problemático quando ocorrem greves no setor público.

No voto do Ministro Joaquim Barbosa, por exemplo, são citados como exemplos da insuficiência da aplicação analógica da Lei nº 7.783/89 ao setor público, a ausência de regulação específica quanto à continuidade dos serviços judiciais para garantia do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, CG); quanto à continuidade dos serviços administrativos no que tange ao fornecimento de certidões (art. 5º, XXXIII, CF); quanto à continuidade dos serviços do setor de saúde, de forma que não se comprometa o direito de todos à vida (art. 5º, *caput*, CF)¹⁰ e quanto à continuidade dos processos eleitorais. Certamente,

8 “Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas de Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/89. Para fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos art. 9º a 11 da Lei nº 7.783/89 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*).” (voto do Ministro Gilmar Mendes)

9 A esse respeito, ver ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 112.

10 Em relação aos serviços de saúde, reconhecendo que, atualmente, em alguns locais, o funcionamento “regular e pleno de tais serviços já não atende ao mínimo exigido para assegurar o direito à vida”, o voto do Ministro chega a admitir que, “como consequência dessa orientação, a possibilidade de virem a ser inviáveis, por exemplo, greves que resultem em paralisação ou redução dos mesmos”.

DOCTRINA

estes são apenas alguns exemplos de como a greve no serviço público pode, especificamente, ser causa de violação de direitos fundamentais da população no que se refere à continuidade de serviços essenciais.

Na tentativa de estabelecer algum balizamento para essa difícil tarefa de ponderação de princípios constitucionais, o voto do Ministro Gilmar Mendes levou em consideração algumas propostas legislativas que tramitam no Congresso Nacional para estabelecer uma regulamentação provisória para a greve dos servidores públicos, tomando por base a lei de greve para o setor privado (Lei nº 7.783/89)¹¹. Assim, comparando tais anteprojeto e o texto da Lei nº 7.783/89, o voto do Ministro Gilmar Mendes ponderou, entre outros aspectos, algumas possibilidades interpretativas na aplicação analógica da lei de greve ao serviço público:

– A aplicabilidade integral da norma constitucional quanto a competir aos servidores públicos, nos termos e nos limites da lei, decidir sobre a oportunidade de exercer o direito de greve e sobre os interesses que devam por meio dele defender;

– Que a prerrogativa de convocar greve é das entidades sindicais, em assembleia-geral convocada conforme seus estatutos;

– Que, tratando-se de serviços essenciais, quando da deflagração da greve, o prazo para comunicação prévia da data de seu início deve ser, pelo menos, de 72 horas;

– Tal como ocorre no setor privado, em caso de greve em serviços considerados essenciais em que não se observem as garantias estabelecidas em lei, a Administração poderá proceder à contratação de pessoal por tempo determinado ou de serviços de terceiros;

– Que os dias de greve sejam de suspensão do contrato de trabalho e, assim, não há falar em pagamento de salários. Entretanto, tratando-se de matéria a ser decidida no julgamento do dissídio de greve, caberá ao Tribunal, apreciando a questão, entender pelo pagamento dos dias de paralisação¹²;

11 Citam-se, expressamente, os anteprojeto de Lei nº 4.497/01 (Dep. Rita Camata), nº 5.662/01 (Dep. Aírton Cascavel), nº 6.032/02 (de autoria do Executivo), nº 6.141/02 (Dep. Iara Bernardi), nº 6.668/02 (Dep. Elcione Barbalho), nº 6.775/02 (oriundo da Comissão de Legislação Participativa), nº 1.950/03 (Dep. Eduardo Paes), nº 4.497/01 (Dep. Francisco Rodrigues).

12 Em sentido diverso, é de se notar que, em muitos dos anteprojeto já referidos, os dias de greve são contados como de efetivo exercício, inclusive remuneratório, desde que, encerrada a greve, as horas não trabalhadas sejam repostas de acordo com cronograma estabelecido conjuntamente pela Administração e pelos servidores.

DOCTRINA

– Configuram-se abuso do direito de greve, entre outras condutas, a recusa à prestação de serviços inadiáveis e a manutenção de greve após celebrado acordo ou decisão judicial, com as sanções correspondentes.

É de se citar, no voto do Ministro Marco Aurélio, uma tentativa de criar uma verdadeira “Carta de princípios e regras”, de onde se extraem, além das normas citadas anteriormente, também as que seguem:

– A suspensão da prestação dos serviços deve ser temporária, pacífica, podendo ser total ou parcial;

– A paralisação dos serviços deve ser precedida de negociação ou tentativa de negociação;

– A entidade dos servidores públicos representará os interesses dos trabalhadores nas negociações perante a Administração e o Poder Judiciário;

– São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos, o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os servidores a aderirem à greve e a arrecadação de fundos e livre divulgação do movimento;

– Em nenhuma hipótese, os meios adotados pelos servidores e pela Administração poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem;

– É vedado à Administração adotar meios para constranger os servidores ao comparecimento ao trabalho ou para frustrar a divulgação do movimento;

– As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho, nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa;

– Durante o período de greve, é vedada a demissão de servidor fundada em fato relacionado à paralisação, salvo em se tratar de ocupante de cargo em comissão de livre provimento e exoneração;

– É lícita a demissão ou a exoneração de servidor na ocorrência de abuso do direito de greve;

– Durante a greve, a entidade representativa dos servidores ou a comissão de negociação, mediante acordo com a Administração, deverá manter em atividade equipes de servidores com o propósito de assegurar a prestação de serviços essenciais e indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da coletividade;

– A responsabilidade pelos atos praticados durante a greve será apurada, conforme o caso, nas esferas administrativa, civil e penal.

DOUTRINA

Por fim, na delicada questão sobre quem deverá julgar o conflito, o STF adotou “parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores com vínculo estatutário”. Assim, em linhas gerais, pode-se dizer que:

– Se a paralisação ocorrer em âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da Justiça Federal, ou ainda abranger mais de uma unidade da Federação, a competência será do STJ, por aplicação analógica do art. 2º, I, *a*, da Lei nº 7.701/88;

– Se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da Justiça Federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/88);

– Para os servidores estatutários estaduais ou municipais, em caso de controvérsia restrita a uma unidade da Federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/88).

A PARTIR DA DECISÃO DO STF

Há de se reconhecer o notável esforço do STF, já que a transposição das normas relativas ao direito de greve, previstas para os trabalhadores civis do setor privado, para o âmbito do serviço público, não se faz de forma simples. Nesse sentido, o alerta do Ministro Ricardo Lewandowski de que “as consequências e implicações para a sociedade de uma greve de servidores públicos são distintas daquelas produzidas por uma paralisação de empregados na área privada”, o que, segundo o Ministro, pode e deve “ensejar tratamento diferenciado”.

Porém, a necessária cautela na adequação do direito aplicável a situações realmente distintas não deve paralisar a operação analógica que reconhece que, guardadas as devidas particularidades de cada fenômeno, a greve no setor público não se mostra tão distinta da greve no setor privado, especialmente quando esta acontece nos chamados serviços essenciais, já que ambas ameaçam a continuidade da prestação de serviços inadiáveis à comunidade, não se justificando um tratamento essencialmente distinto em situações análogas (permissão em um; proibição ou grave restrição em outro).

De fato, alguns pontos merecem alguma ponderação.

Em primeiro lugar, em relação à competência, tratando expressamente a decisão do STF de conflitos entre Administração e servidores estatutários, parece

claro que a competência em relação aos servidores celetistas seja a da Justiça do Trabalho. Porém, mesmo em relação aos estatutários, há de se analisar criticamente a posição do STF, pois afasta a competência da Justiça especializada justamente na solução de conflitos coletivos de trabalho.

Antonio Álvares da Silva afirma, inclusive, que: “No direito coletivo, as partes são os sindicatos (art. 8º, VI, da CF) ou, no máximo, sindicato e empresa(s), e o objeto do conflito não é o direito posto, mas o direito a ser criado. Não é o *ius factum*, mas o *ius condendum*, o direito a ser constituído. Há, pois, fundamental diferença que importa em metodologia própria dos dois ramos do Direito do Trabalho, que são estudados autonomamente pela doutrina e expostos distintamente nos livros e manuais. São profundamente diferentes os dissídios para reivindicar um direito subjetivo garantido por lei e dissídios que visam criar a própria lei”¹³.

De outra parte, a decisão do STF sinaliza para uma posição algo rígida em uma aproximação pouco justificada entre “serviços essenciais” e serviço público. Se parece correto que os conceitos da lei de greve do setor privado são insuficientes para abarcar as particularidades do setor público, a definição de que “todo serviço público é essencial” (especialmente contida no voto do Ministro Joaquim Barbosa) parece excessiva em face ao recomendado pela Organização Internacional do Trabalho.

Quanto aos serviços mínimos de funcionamento, deixou o STF de indicar mais claramente as formas de fixação dos mesmos, que, do ponto de vista das normas internacionais – e da própria legislação brasileira –, devem ser objeto de negociação prévia da qual participem os próprios trabalhadores. Conforme a OIT, na fixação desse serviço mínimo, dever-se-ia atender pelo menos duas condições: a) deve fixar, *real e exclusivamente*, um serviço *mínimo*, quer dizer, um serviço limitado às atividades estritamente necessárias para cobrir as necessidades básicas da população ou satisfazer as exigências mínimas do serviço, sem menoscar a eficácia dos meios de pressão; b) dado que este sistema limita um dos meios de pressão essenciais de que dispõem os trabalhadores para defender seus interesses econômicos e sociais, suas organizações deveriam poder participar, se assim o desejarem, na definição desses serviços mínimos, da mesma forma que os empregadores e as autoridades públicas. Diz, ainda, da “suma conveniência” de que as negociações sobre a definição e a organização do serviço mínimo não se celebrem durante os con-

13 SILVA, Antonio Álvares da. Competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de conflitos coletivos de trabalho dos servidores públicos. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/442>>. Acesso em: 1 dez. 2009.

flitos de trabalho, “a fim de que todas as partes interessadas possam negociar com a perspectiva e a serenidade necessárias”¹⁴.

Por outro lado, a decisão do STF deixa de reconhecer que, do ponto de vista da OIT e dos tratados internacionais, toda restrição ao direito de greve deve ser equilibrada pela adoção concomitante dos chamados “mecanismos de compensação” ou “garantias compensatórias”, de forma que “sejam compensadas as restrições impostas a sua liberdade de ação durante os conflitos que possam surgir”¹⁵.

Um dos mecanismos compensatórios mais importantes é justamente o da adoção de “procedimentos de conciliação e arbitragem adequados, imparciais e rápidos, em que os interessados possam participar em todas as etapas e em que os laudos ditados sejam aplicados por completo e rapidamente”¹⁶. No caso brasileiro, onde a “judicialização” do conflito coletivo é tradicional, certamente a revisão do entendimento do STF quanto à possibilidade de ajuizamento de dissídio coletivo pelos sindicatos de servidores públicos representaria um passo extremamente relevante, especialmente para as categorias de trabalhadores públicos em serviços essenciais. Como bem diz Oscar Ermida Uriarte, “tal vez en este terreno, el arbitraje obligatorio que, de regla, resulta incompatible con el derecho de huelga, podría significar una garantía sustitutiva para los trabajadores, siempre que fuera rápido, participativo y de acatamiento verdaderamente obligatorio para ambas partes en conflicto, aun cuando una de estas sea el Estado”¹⁷.

No entender da OIT, não há falar em impossibilidade de negociação pela vinculação do Administrador ao orçamento aprovado pelo Legislativo, uma vez que, no entender de sua Comissão de Perito sobre Liberdade Sindical, tal fato “não tem como consequência impedir a aplicação de um laudo ditado por um tribunal de arbitragem obrigatório”¹⁸. Tanto é assim que, na prática, a negociação já ocorre entre Administração e grevistas, de forma informal ou “à brasileira”, no dizer do ex-Ministro do TST José Luciano Castilho Pereira¹⁹.

14 OIT, 1994, Verbete nº 161.

15 OIT, 2006, Verbete nº 595.

16 OIT, 2005, Verbete nº 596.

17 URIARTE, Oscar Ermida. Op. cit., p. 128.

18 OIT, 2005, Verbete nº 597.

19 Citado em FERREIRA, Duvanier Paiva e outros. Negociação coletiva de trabalho no serviço público brasileiro. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/CharlesMoura/negocio-coletiva-de-trabalho-no-servio-pblico>>. Acesso em: 1 dez. 2009.

DOCTRINA

Como bem lembra o voto do Ministro Marco Aurélio, “a negociação coletiva tem abrangência que extrapola a simples concessão de direitos, e exclui a de benesses. Pode mostrar-se como meio hábil até mesmo ao encaminhamento de projeto de lei contendo as condições de trabalho almejadas (...), impossível é deixar de admitir que a negociação coletiva pode visar ao afastamento do impasse, do conflito seguido de greve, mediante a iniciativa, exclusiva do Executivo, de encaminhar projeto objetivando a transformação de lei do que acordado na mesa de negociações. (...) Nem mesmo o Estado, do qual é esperado procedimento exemplar, pode prescindir desse instrumento viabilizador da paz social que é a negociação coletiva, no qual, para a busca do entendimento global, geralmente, coloca em plano secundário interesses isolados e momentâneos”.

Em outro estudo, lembramos Pinho Pedreira²⁰, ao comentar a situação da Inglaterra, França, com possibilidade de modificações na remuneração, Suécia, EUA, com “alguma forma de negociação” prevista na legislação de 39 Estados em 1981, Japão, Itália, Alemanha, com “consulta oficial antes da intervenção legislativa”, Espanha, Venezuela, Peru, com negociação “desde que não relacionados com salários” e Argélia. Entre nós, existiria, no mínimo, a situação prevista na Constituição Federal, quanto ao art. 39, § 2º, e o art. 7º, incisos VI e VII, relativos à negociação sobre redução salarial e duração do trabalho. No específico da previsão orçamentária, Washington Luiz da Trindade concluiu que “(...) os gastos do Estado dependem de autorização legal e reclamam controle do Parlamento. O argumento não chega a convencer, porque os gastos da empresa privada são muito mais fiscalizados com a figura do *manager* e dos auditores que os gastos do Estado”²¹. No dizer do mesmo ex-Presidente do TRT da Bahia, “intransponível” mesmo é a realidade da presença expressiva do Estado-empregado.

20 Direitos e sonhos: além dos limites do orçamento. In: FRAGA, Ricardo Carvalho. *Direito e castelos*. São Paulo: LTr, 2002.

21 FRAGA, Ricardo Carvalho. Direitos e sonhos: além dos limites do orçamento. In: FRAGA, Ricardo Carvalho. *Direito e castelos*. São Paulo: LTr, 2002. p. 10.

A NOVA VELHA QUESTÃO DA ULTRA-ATIVIDADE DAS NORMAS COLETIVAS E A SÚMULA Nº 277 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Roberto Freitas Pessoa*
Rodolfo Pamplona Filho**

1 – INTRODUÇÃO

Um dos temas que mais frequentemente verificamos divergência entre a jurisprudência consolidada e o que se propugna na doutrina especializada é a velha questão da ultra-atividade das normas coletivas.

Denomina-se a questão de “velha” não por estar superada, mas sim por ser objeto de reflexão há muitos anos na dogmática jurídica trabalhista nacional e estrangeira.

E esta “velha questão” ganhou nova roupagem e, no nosso entender, nova solução com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004.

É o enfrentamento desta “nova velha questão” o objetivo deste artigo.

Vamos a ela!

2 – ULTRA-ATIVIDADE OU ULTRATIVIDADE? EVITANDO UMA CRÍTICA DESNECESSÁRIA...

Antes de enfrentarmos a questão propriamente dita, uma dúvida terminológica nos assalta: ultra-atividade ou ultratividade?

* *Desembargador Ex-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região convocado para o Tribunal Superior do Trabalho; membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho e do Instituto dos Advogados da Bahia.*

** *Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador (Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região); professor Titular de Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador (UNIFACS); professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA); Professor da Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UFBA; coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho do JusPodivm/BA; mestre e doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.*

DOCTRINA

A pergunta aqui é lançada apenas para explicitar que ambas as formas devem ser aceitas no uso pragmático dos Tribunais.

Com efeito, em que pese o fato de que nenhuma das duas expressões esteja dicionarizada expressamente¹, ambas estão consagradas pelo uso, não somente na área trabalhista, mas, também, na área civil *stricto sensu* e criminal.

No nosso entender, porém, a expressão ultra-atividade parece ser mais adequada, com a explicitação do prefixo “ultra”, para a demonstração de se tratar de uma hipótese de produção de efeitos além do originalmente previsto.

Destaca-se, inclusive, que, segundo os lexicólogos, separam-se por hífen os prefixos antes das palavras seguidas de vogal e das letras “h”, “r” e “s”, como, por exemplo, “auto-ônibus”, “ultra-sensível” e, justamente, o termo “ultra-atividade”².

Na jurisprudência regional, inclusive, encontramos referência expressa ao termo, destacando-se, no particular, o Enunciado da Súmula nº 2 do TRT da 5ª Região, que estabelece:

“Súmula nº 2. Ultratividade de Normas Coletivas.

As cláusulas normativas, ou seja, aquelas relativas às condições de trabalho, constantes dos instrumentos decorrentes da autocomposição (Acordo Coletivo de Trabalho e Convenção Coletiva de Trabalho), gozam do efeito ultra-ativo, em face do quanto dispõe o art. 114, § 2º, da Constituição Federal de 1988, incorporando-se aos contratos individuais de trabalho, até que venham a ser modificadas ou excluídas por outro instrumento da mesma natureza.” (Resolução Administrativa nº 19/2002 – Publicada no Diário Oficial do TRT da 5ª R., edições de 03, 04 e 05.06.2002)

Aqui, temos uma prova inequívoca da utilização das duas formas possíveis do vocábulo (ultratividade e ultra-ativo), além de uma previsão jurisprudencial consolidada da sua aceitação.

Mas, ainda que em breves palavras, em que consiste esse instituto?

É o que enfrentaremos no próximo tópico!

1 Consulte-se, a título exemplificativo: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986; HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

2 Sobre o tema, confirmam-se os ensinamentos da Professora Maria de Lurdes Siqueira, mestra em Língua Portuguesa, publicados no *Jornal A Tarde*, de maio de 2004.

DOCTRINA

3 – EM QUE CONSISTE A ULTRA-ATIVIDADE DAS NORMAS COLETIVAS TRABALHISTAS?

A ideia básica da ultra-atividade das normas coletivas trabalhistas consiste no reconhecimento de situações em que esgotado o prazo previsto de vigência da norma, esta deve continuar a produzir efeitos até que outra posterior determine sua cessação.

Para alguns, pode soar como uma ideia aparentemente revolucionária, uma vez que a concepção natural de uma norma temporária é o esgotamento de seus efeitos nas situações consolidadas durante sua vigência.

Todavia, a questão é muito mais profunda do que se possa imaginar.

De fato, o processo de negociação coletiva importa sempre avanços e concessões, em que cada conquista consolida um posicionamento e uma garantia da categoria.

Será razoável que, a cada negociação coletiva, se tenha que “reinventar a roda”, com a negociação partindo do zero, de cada ponto que a categoria tradicionalmente já tinha se diferenciado em relação aos demais trabalhadores?

Lança-se esta pergunta para se responder *a posteriori*...

Isto porque, em que pese a já demonstrada existência de divergência jurisprudencial (vide a já citada Súmula nº 2 do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região), o fato é que a jurisprudência consolidada no Tribunal Superior do Trabalho, embora reconheça a existência do instituto, rechaça a sua aplicação atual.

4 – A SÚMULA Nº 277 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Estabelece a Súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho:

“Súmula nº 277. Sentença normativa. Convenção ou acordo coletivos. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho (Redação alterada na sessão do Tribunal Pleno, em 16.11.2009 – Resolução nº 161/2009, DJe divulgado em 23, 24 e 25.11.2009)

I – As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

II – Ressalva-se da regra enunciada no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº

8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001.”

Trata-se da vigente redação do referido extrato da jurisprudência consolidada, explicitando o que a redação original (“Sentença normativa. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho. As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos”), editada pela Resolução nº 10/1988 (DJ 01, 02 e 03.03.1988), não podia dispor, em função da Lei nº 8.542 lhe ser posterior, ou seja, o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu a possibilidade jurídica de incorporação das cláusulas normativas ao contrato de trabalho, mas a limitou ao período de 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001.

Isso porque, efetivamente, no campo do direito positivo infraconstitucional, o art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.542/1992 consagrou, de forma expressa, o princípio ultra-ativo.

Confira-se a redação do mencionado dispositivo:

“Art. 1º A política nacional de salários, respeitado o princípio da irredutibilidade, tem por fundamento a livre negociação coletiva e reger-se-á pelas normas estabelecidas nesta lei.

§ 1º As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho.

§ 2º As condições de trabalho, bem como as cláusulas salariais, inclusive os aumentos reais, ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho, serão fixadas em contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, laudo arbitral ou sentença normativa, observadas, dentre outros fatores, a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa.” (grifos nossos)

Esse dispositivo teve sua vigência revigorada, em um fenômeno muito semelhante à repristinação (não se reconhece como tal, pela sua vedação pelo artigo da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro), pela Lei nº 8.880/1994 (Plano de Estabilidade Econômica, denominado Plano Real), cujo art. 26 assim preceituou:

“Art. 26. Após a conversão dos salários para URV, de conformidade com os arts. 19 e 27 desta lei, continuam asseguradas a livre

DOCTRINA

negociação e a negociação coletiva dos salários, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei nº 8.542, de 1992.”

Vale destacar que o sobredito dispositivo foi evidente preparatório para uma nova concepção daquilo que se convencionou chamar de Contrato Coletivo de Trabalho³, tendo sobrevivido incólume até a 37ª edição da Medida Provisória, convertida na Lei nº 10.192/2001, editada em complementação ao referido Plano de Estabilização.

Contudo, se a explicitação referente ao período em que a norma infraconstitucional reconheceu expressamente a ultra-atividade foi de bom tom, a extensão da restrição à eficácia pós-vigência das normas coletivas autônomas parece estar fora da vontade do legislador constituinte derivado.

É o que se pretende provar no próximo tópico.

5 – O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

A Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004, modificou substancialmente as regras básicas de competência da Justiça do Trabalho.

Com efeito, destrinchou o prolixo *caput* do art. 114, “enxugando-o” e deixando para nove incisos a tarefa de especificar qual é a nova competência trabalhista.

É claro que, até mesmo pelo número e extensão dos incisos, não se pode negar que a atuação da Justiça do Trabalho foi visivelmente ampliada.

Lembremos como ficou a nova redação do art. 114 da Constituição Federal:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

3 “No Brasil, os instrumentos jurídicos geram efeitos apenas no período de vigência. O ideal é que os efeitos sejam permanentes até que um novo instrumento revogue o antigo, ou a demonstração de onerosidade seja declarada em processo de renúncia, movido pelo interessado. Esta é a tendência mais marcante nos países com experiências trabalhistas mais democráticas e perenes.” (NETO, José Francisco Siqueira. *Trabalhadores: a modernização necessária*. Teoria e Debate nº 23, dez./jan./fev. 1994. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/conteudo/trabalhadores-modernizacao-necessaria>>. Acesso em: 10 jun. 2010)

DOCTRINA

II – as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV – os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V – os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII – a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.”

Ora, o art. 114, § 2º, da Constituição Federal de 1988 já contemplava o poder normativo da Justiça do Trabalho na sua redação original.

Naquele momento, a redação ressalvava as condições legais ou convencionais mínimas de proteção ao trabalho.

Contudo, a EC 45 deu nova conformação aos Dissídios Coletivos, enfatizando, porém, que a atuação do Poder Judiciário Trabalhista, na espécie, deverá respeitar “as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, *bem como as convencionadas anteriormente*” (grifos nossos).

DOCTRINA

A inserção procedida pelo reformador constituinte é de uma contundência que não pode ser desprezada.

O Poder Judicial-Normativo não pode reduzir as cláusulas de natureza econômica, estejam ou não em vigor as disposições convencionais que as contêm.

Assim, se o que for decidido pelo Poder Judiciário, no exercício do seu poder normativo, terá sempre eficácia temporal limitada, o mesmo não deve ser dito das normas pactuadas no exercício da autonomia coletiva da vontade.

E é assim porque há, efetivamente, a ultra-atividade dessas cláusulas, enquanto não sobrevier negociação coletiva que resulte em sua supressão.

A regra constitucional se concilia, no plano lógico, com o princípio da autodeterminação coletiva (art. 7º, inciso XXVI, CF/88), dado que o eventual interesse de rever conquistas obreiras motivará o empregador a iniciar a negociação coletiva de trabalho, expondo-se visceralmente a outras eventuais demandas.

Registre-se, inclusive, que há categorias profissionais e econômicas (a exemplo dos Rodoviários e Empresas de Transporte Rodoviário do Estado da Bahia) que, tradicionalmente, consagram na data-base o princípio ultra-ativo das cláusulas normativas, reduzindo ou revisando aquelas destinadas à correção salarial ou mesmo percentual de horas extras, intervalo intrajornada etc.

6 – A RAZOABILIDADE DA NECESSIDADE DE REVISÃO DA SÚMULA Nº 277

Para que o tema aqui defendido não soe simplesmente como um discurso de um voto vencido, mas sim como uma ponderada sugestão de revisão do entendimento até aqui consolidado – realizado em premissas constitucionais anteriores – parece-nos razoável demonstrar que o próprio Tribunal Superior do Trabalho tem flexibilizado esse entendimento, admitindo a ultra-atividade em casos em que a vantagem foi mantida após a extinção do convênio.

É o caso, apenas a título exemplificativo, da Orientação Jurisprudencial nº 41 da SBDI-1 – Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, que preceitua:

“OJ SDI-1 41. ESTABILIDADE. INSTRUMENTO NORMATIVO. VIGÊNCIA. EFICÁCIA (Inserida em 25.11.1996). Preenchidos todos os pressupostos para a aquisição de estabilidade decorrente de acidente ou doença profissional, ainda durante a vigência do instrumen-

DOCTRINA

to normativo, goza o empregado de estabilidade mesmo após o término da vigência deste.”

E mais recentemente, a sobredita Subseção de Dissídios Individuais, em acórdão da lavra do Ministro Augusto César de Brito, firmou tese proclamando o efeito ultra-ativo de uma cláusula normativa, assecuratória de indenização na rescisão contratual, mesmo após expirado o prazo de vigência da convenção coletiva que a instituiu, citando, o eminente Relator, precedentes da pré-citada Subseção, nos seguintes termos:

“RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI Nº 11.496/2007. INDENIZAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. INCORPORAÇÃO AO CONTRATO DE TRABALHO DE VANTAGEM PREVISTA EM NORMA COLETIVA. ENERSUL. A existência de cláusula normativa criando a indenização por tempo de serviço e incorporação dessa vantagem aos contratos de trabalho em curso no período de vigência do acordo coletivo, mesmo que a rescisão contratual tenha se verificado após a vigência da norma coletiva, impõe a observância do pactuado coletivamente em razão do disposto no art. 7º, XXVI, porquanto as partes decidiram incorporar aos contratos individuais de trabalho de forma definitiva a indenização por tempo de serviço em face de dispensa sem justa causa. Recurso de embargos conhecido e provido.” (Ac. SDI-1 RR-4924900-11.2002.5.24.0900)

Além disso, diante da possibilidade do reconhecimento constitucional da pós-eficácia das normas coletivas, vale lembrar que esse posicionamento é perfeitamente constitucional com a concepção doutrinária assentada sobre o prazo de validade dos instrumentos normativos trabalhistas, como se observa no entendimento do Ministro Augusto César, pronunciado em atenção a nossa solicitação para elaboração desse trabalho.

Diz o douto Augusto César de Brito:

“O art. 114, § 2º, da CRFB, contemplava o poder normativo da Justiça do Trabalho já antes da EC 45/2004 e ressalva as condições legais ou convencionais mínimas de proteção ao trabalho. A EC 45 deu nova conformação aos dissídios coletivos, mas enfatizou que o conflito coletivo decidirá o conflito respeitando ‘as disposições legais mínimas de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente’. O léxico constitucional é contundente: o poder judicial-normativo não pode reduzir as cláusulas de natureza econômica, estejam ou não em vigor as convenções coletivas que as contêm. E é assim porque há a ultra-atividade dessas cláusulas enquanto não sobreviver negociação

DOUTRINA

coletiva que resulte em sua supressão. A regra constitucional se concilia, no plano lógico, com o princípio da autodeterminação coletiva (art. 7º, XXVI, CRFB), dado que o eventual interesse de rever conquistas obreiras motivará o empregador a iniciar a negociação coletiva de trabalho, expondo-se visceralmente a outras eventuais demandas. Por tais premissas, ressalvo entendimento à alusão que o item I da Súmula nº 277 do TST faz aos acordos coletivos e convenções coletivas, pois a sobrevida do conteúdo normativo dessas fontes jurídicas é garantia constitucional.”

Com efeito, os opositores à corrente doutrinária que proclama o efeito “ultratemporal” das cláusulas estatuídas em instrumentos normativos provocam o debate, acenando para a disposição contida no § 3º do art. 614 da CLT, pois, segundo essa linha de raciocínio, o legislador fixou, por esse dispositivo, o limite de duração das normas coletivas, vedando uma transposição para os contratos de trabalho pactuados individualmente durante a sua vigência por tempo indeterminado.

Argumentam, em síntese, que, se assim não fosse, inconsistente seria a obrigação de se estipular, no instrumento normativo, a validade de, no máximo, dois anos, pois é vedado se fixar prazo superior.

Para elucidar a controvérsia, impõe-se o estudo inicial sobre a natureza jurídica das cláusulas inseridas nos instrumentos normativos, a fim de se verificar a sua identidade com o tempo de duração. A fonte doutrinária resolve a questão apontando as diferenças existentes entre as cláusulas instituídas nos respectivos instrumentos, mediante a classificação de *obrigacionais* ou *normativas*.

Nessa linha classificatória, lecionava Octávio Bueno Magano que as cláusulas *normativas* são aquelas “que correspondem ao conceito de condições de trabalho, aptas a se tornarem parte integrante de contratos individuais, conceito esse que se reflete no art. 611 da CLT”.

Tendo-as presente, pode-se afirmar que constituem condições de trabalho as cláusulas concernentes à remuneração, às horas de trabalho, aos períodos de repouso etc. Enquanto as cláusulas *obrigacionais* dos instrumentos normativos (Acordo – Convenção) são definidas como aquelas “que geram direitos e obrigações entre as partes convenientes, e dividem-se em cláusulas típicas e atípicas. As primeiras correspondem aos deveres de paz e de influência; as últimas, dizem respeito aos mecanismos de administração da convenção coletiva, como a instituição de comissão encarregada de dirimir controvérsias dela emergentes. As cláusulas atípicas podem ser instrumentais, como na

hipótese acima figurada, ou não instrumentais, quando se referem não à satisfação de interesses dos trabalhadores ou empregadores, mas aos interesses dos próprios sindicatos convenientes⁷⁴.

Para o professor baiano e magistrado Washington da Trindade, essa classificação se impõe como meio para se decidir sobre a ultra-atividade das cláusulas dos precitados instrumentos, nos seguintes termos:

“É preciso distinguir, todavia, entre duração de Acordo e projeção de suas normas. As obrigações para as partes signatárias e que constituem conteúdo obrigacional de acordo extinguir-se-ão com o término de sua vigência. Já as disposições que são estabelecidas para as relações individuais de trabalho e que constituem o conteúdo normativo do Acordo não desaparecem com o término da duração; projetam-se sobre os contratos de trabalho em curso, neles se inserem, passam a ser, daí por diante, normas de cada um em dois contratos individuais, neles encontrando o fundamento de sua perdurabilidade, mesmo após o termo final do Acordo Coletivo.”⁵

Este é, também, o magistério do mestre Pinho Pedreira:

“Cláusulas obrigacionais são as que criam deveres para as próprias partes (por exemplo, os sindicatos, na convenção), como as sanções por seu inadimplemento, a criação de comissões paritárias para dirimir divergências quanto à sua interpretação, as que impõem o dever de paz ou de influência junto aos membros da categoria, no sentido da observância das obrigações que lhes imponha o acordo ou a sentença, a instituição de processos de recurso e de mecanismos de conciliação e arbitragem à criação de obras sociais, como colônias de férias e creches. É indubitável que as cláusulas dessa natureza não gozam de ultra-atividade. A sua vigência cessa com a do instrumento normativo que as encerre.

Muito diferente é o que se passa com as *cláusulas normativas*, aquelas que predeterminam o conteúdo dos contratos individuais do trabalho, salvo quando estes estipulam condições mais favoráveis do que as nelas consignadas.”⁶

4 MAGANO, Otávio Bueno. *Convenção coletiva de trabalho*. Curso de Direito do Trabalho em homenagem a Mozar Victor Russomano. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 503.

5 TRINDADE, Washington da. *O superdireito nas relações de trabalho*. Salvador: Distribuidora de Livros de Salvador, 1982. p. 87.

6 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. Salvador: Contraste, 1996. p. 134.

DOCTRINA

Do entendimento sobredito, pode-se concluir neste tópico que apenas as *cláusulas obrigacionais* perdem eficácia após o prazo de vigência estipulado na convenção diante da sua natureza contratual, enquanto as demais, de conteúdo normativo, ganham corpo reflexivo sobre os contratos individuais por força atrativa advinda da sua projeção.

E, resumindo o pensamento da corrente doutrinária favorável à incorporação, reside a lição do insigne professor Washington da Trindade:

“Há uma função receptícia do contrato individual e uma função outorgante do Acordo Coletivo, acasalando-se para a transposição do direito que sai da esfera do Acordo Coletivo para penetrar no âmbito do contrato individual, como norma que por si se manterá, não necessitando mais do Acordo Coletivo para se fundamentar. É esse o efeito ultratemporal dos Acordos Coletivos, não expressos em nossas leis, mas consubstanciando uma fórmula aceita como própria do instituto.”⁷

Ao lado disso, este estudo nos obriga a uma pesquisa no Direito estrangeiro, a fim de observarmos a posição adotada pelos países mais representativos e cuja doutrina tem repercussão no Brasil.

Dentro desse contexto, encontramos países que admitem a supressão ou a redução de vantagens previstas em instrumentos anteriores, em geral acordos e convenções, por ocasião da celebração de um novo instrumento, a exemplo da Áustria, Chile, Colômbia, Espanha, França, Holanda, Itália, Polônia, Alemanha e Suíça.

Por outro lado, há países que inadmitem a modificação, salvo se mais benéfica para o trabalhador, nestes, se incluindo, a título exemplificativo, Argentina, Bélgica, México, Paraguai, Venezuela e Uruguai, dentre outros.

7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, a título de considerações finais, é possível sistematizar as seguintes conclusões:

1) A tese da ultra-atividade das normas coletivas oriundas da fonte de produção autônoma teve previsão legal específica de aplicação no período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001;

7 TRINDADE, Washington da. *O superdireito nas relações de trabalho*. Salvador: Distribuidora de Livros Salvador, 1982. p. 87.

DOCTRINA

2) A Súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho buscou uniformizar a interpretação sobre o tema, adotando teoria negativa da aplicabilidade ante a revogação expressa da previsão legal autorizadora;

3) Com o advento da nova redação do art. 114 da Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004, a menção, no seu § 2º, de que devem ser “respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”, traz, como novidade, a referência ao respeito às disposições mínimas convencionadas anteriormente, o que significa nova fundamentação normativa para acolhimento da tese da ultratividade das normas coletivas;

4) Considerando o fato novo, decorrente do exercício do poder constituinte derivado, é razoável reconhecer-se a necessidade de revisão da Súmula nº 277;

5) A adoção da teoria da ultra-atividade das normas coletivas, além de estimular a negociação coletiva e atuação sindical, mostra-se perfeitamente compatível com a legislação estrangeira, afinando-se o Brasil com outros sistemas normativos correlatos.

8 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRITO, Augusto César de Carvalho. Acórdão SBDI-1 nº 4924900-11.2002.5.24.0900.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MAGANO, Otávio Bueno. *Convenção coletiva de trabalho*. Curso de Direito do Trabalho em homenagem a Mozar Victor Russomano. São Paulo: Saraiva, 1985.

NETO, José Francisco Siqueira. Trabalhadores: a modernização necessária. *Teoria e Debate*, n. 23, dez. 1993/jan.-fev. 1994. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/conteudo/trabalhadores-modernizacao-necessaria>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A nova competência da Justiça do Trabalho (uma contribuição para a compreensão dos limites do novo art. 114 da Constituição Federal de 1988). *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, jan. 2006, p. 38-49; *Revista de Direito do Trabalho*, n. 121, ano 32, São Paulo, jan./mar. 2006, p. 233-258; *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, ano XIII, n. 13, São Paulo, 2005, p. 175-195.

PESSOA, Roberto. *A ultra-atividade das normas coletivas*. In: RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direito do Trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva*. São Paulo: LTr, 1996. p. 470-481.

DOUTRINA

SILVA, Luís de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. Salvador: Contraste, 1996.

SIQUEIRA, Maria de Lourdes. Ler e escrever. *Jornal A Tarde*, Salvador, maio 2002.

TRINDADE, Washington da. *O superdireito nas relações de trabalho*. Salvador: Distribuidora de Livros de Salvador, 1982.

O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO: CONSIDERAÇÕES APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04

Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior*

1 – RESUMO

A Justiça do Trabalho possui competência para dirimir os conflitos coletivos de trabalho, cabendo aos sindicatos a defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria, inclusive em questões judiciais, conforme art. 8º, inciso III, da CF.

Esta competência é atribuída expressamente no Texto Constitucional, mesmo após a EC nº 45/04. Desse modo, o poder normativo da Justiça do Trabalho permanece inalterado, por continuar expresso no art. 114, § 2º, da CF.

No entanto, também por se tratar de atividade jurisdicional, a solução dos conflitos coletivos de trabalho, através do julgamento do processo de dissídio coletivo, mostra-se abusiva e inconstitucional a exigência do comum acordo entre as partes em conflito para a instauração do referido dissídio, por colidir esse requisito expressamente com o direito fundamental à tutela jurisdicional, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF.

2 – INTRODUÇÃO

O poder normativo da Justiça do Trabalho sempre esteve presente em nosso sistema jurídico, desde o surgimento da própria Justiça do Trabalho, antes mesmo desta pertencer ao Poder Judiciário, reconhecido como um poder anômalo, conferido de forma expressa desde a Constituição Federal de 1946, e mantido com o advento da Constituição de 1988.

* *Juiz do Trabalho do TRT da 4ª Região, Titular da Vara de Frederico Westphalen; especialista em Direito e Processo do Trabalho; mestrando em Direito pela PUCRS; professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.*

DOCTRINA

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, alterou a redação do art. 114, § 2º, da CF, atinente ao processo de dissídio coletivo de natureza econômica. Em sua nova redação, passou a exigir o comum acordo das partes para o ajuizamento do dissídio coletivo. A referida exigência, obviamente, provocou inúmeras discussões acerca da sua natureza jurídica, da sua constitucionalidade, sendo sustentando por parte da doutrina que a citada Emenda Constitucional acarretou o fim do poder normativo da Justiça do Trabalho.

Pretendemos neste ensaio examinar se efetivamente a nova redação do art. 114, § 2º, da CF redundou na extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho, devendo ficar claro que a verdadeira intenção deste estudo não é examinar se o poder normativo deveria ou não ser extinto, mas sim se foi ou não extinto pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Uma recapitulação das fontes do Direito do Trabalho e dos princípios basilares do direito coletivo, ainda que de maneira incipiente, é necessária para uma maior compreensão deste instituto. Do mesmo modo, é importante situarmos no contexto histórico a origem da legislação trabalhista no Brasil e, por conseguinte, do próprio poder normativo.

Desse modo, a partir dessas premissas procuraremos demonstrar a manutenção do poder normativo da Justiça do Trabalho, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 45/04. Por meio do estudo do instituto da jurisdição, suas modalidades e seus objetivos, também pretendemos expor a abusividade e a inconstitucionalidade da exigência do comum acordo para instauração do processo de dissídio coletivo, tendo em vista a natureza jurisdicional dessa atividade, por assim colidir frontalmente com o direito fundamental à tutela jurisdicional, prevista no art. 5º, XXX, da Constituição Federal.

3 – NOÇÕES GERAIS

Para se ingressar no exame do poder normativo da Justiça do Trabalho, faz-se mister uma breve recapitulação das fontes do Direito do Trabalho, a fim de que possamos compreender este instituto, próprio deste ramo especializado do direito.

As fontes do Direito do Trabalho são classificadas pela doutrina em fontes materiais e fontes formais. As fontes materiais resultam de fatos históricos, culturais, políticos e econômicos. Isto é, decorrem de um conjunto de fatores que gravitam em torno do legislador. No caso do Direito do Trabalho, a sua fonte material se expressa no conflito entre o capital e o trabalho. As

fontes formais resultam da ação do Estado, sensível às pressões, ou da autodisciplina das relações sociais, destinadas a nortear a conduta humana. No Direito do Trabalho somam-se à lei e ao costume as normas estabelecidas no plano das relações coletivas de trabalho. Essas fontes formais são classificadas em: fontes supranacionais, heterônomas e autônomas. As fontes supranacionais são os tratados e as convenções internacionais, normalmente advindas da Organização Internacional do Trabalho (OIT). As fontes heterônomas são fruto da atividade do Estado – a lei em sentido amplo e também as sentenças normativas. E as fontes autônomas são de origem não-estatal, nascem da autodisciplina dos próprios destinatários, através dos contratos, das convenções e dos acordos coletivos de trabalho¹.

Para boa compreensão do tema, é importante também nos lembrarmos do princípio da autodeterminação coletiva. Em síntese, este princípio próprio do Direito Coletivo do Trabalho preconiza que as relações coletivas não envolvem diretamente indivíduos, mas coletividades abstratas, as chamadas categorias profissionais de empregados e econômicas de empregadores, representadas nas relações entre si, pelos respectivos sindicatos. A autorregulamentação provinda dos contratos coletivos é vinculativa para os contratos individuais. Integra o elenco do contrato mínimo (art. 444 da CLT), sendo irrenunciável. Os direitos obtidos no plano coletivo das relações de trabalho são reversíveis se a categoria assim entender, porque ela tem autonomia para deliberar. A cláusula *rebus sic stantibus* está implícita nos acordos e convenções coletivas, sem que tal implique ofensa aos princípios da irrenunciabilidade ou da inalterabilidade contratual, próprios às relações individuais e pessoais. Os direitos contemplados na negociação coletiva têm vigência limitada no tempo, não se incorporando definitivamente no contrato individual de trabalho².

Já os dissídios coletivos discutem a criação de novas normas ou condições de trabalho para a categoria ou, ainda, a interpretação de determinada norma jurídica. O poder normativo da Justiça do Trabalho consiste na possibilidade de criação de novas condições de trabalho. Isto ocorre por meio das sentenças normativas, que poderão ser revistas conforme dispõe o art. 873 da CLT.

4 – ORIGEM HISTÓRICA

Discute-se intensamente sobre a origem das normas trabalhistas no Brasil, a origem da CLT e, por conseguinte, as origens do chamado poder normativo,

1 Cf. CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 66-67.

2 Cf. CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 61-62.

DOUTRINA

decorrente de uma sentença proferida em um processo de dissídio coletivo. No que tange ao tópico em debate, boa parte da doutrina busca argumentos para a defesa da necessidade de extinção do poder normativo, em razão da sua alegada origem fascista, inspirada na *Carta del lavoro* italiana de 1927³.

Muito embora os argumentos que tentam interligar as normas trabalhistas no Brasil à *Carta del lavoro* sejam consistentes, tal assertiva está longe de restar pacificada na doutrina, sendo importante trazermos os fundamentos em sentido contrário, a fim de bem compreendermos as origens do Direito do Trabalho no Brasil.

Arnaldo Süssekind, com a autoridade de ter sido um dos integrantes da comissão elaboradora da CLT, sustenta que a Consolidação das Leis do Trabalho não tem inspiração fascista, não tendo se inspirado na *Carta del lavoro*, de Mussolini. Afirma que enquanto a CLT tem mais de 900 artigos, a *Carta del lavoro* tem apenas onze princípios de Direito do Trabalho, sendo que nove desses princípios são meras repetições de instituições jurídicas que já existiam em vários outros países, a exemplo de Inglaterra e Alemanha. Sustenta que a Justiça do Trabalho não foi criada no Brasil a partir do artigo da *Carta del lavoro* que prevê a “*magistratura del lavoro*”, pois a Justiça do Trabalho está prevista inicialmente em muitos lugares e não apenas na referida *Carta del lavoro*. Aliás, a primeira Justiça do Trabalho foi criada em 1906, na Nova Zelândia, seguida por Austrália e México. A unidade sindical compulsória prevista na legislação do trabalho no Brasil de 1939, apesar de previsto no último dispositivo da *Carta del lavoro*, não tem inspiração na própria Carta. Trata-se da utilização de um princípio de Direito Sindical, bem ou mal, já previsto dez anos antes da Carta pela União Soviética, em 1917.

Sustenta Süssekind que essa tentativa de ligação das normas celetistas no Brasil à *Carta del lavoro* busca desmoralizar a CLT. Ressalta como interessante lembrar que os primeiros a criticá-la foram os comunistas da época por ter alegada inspiração fascista, sendo que atualmente alguns empregadores e neoliberais passaram também a criticá-la pelo mesmo fundamento. Afirma que a CLT teve como fontes importantes a *Rerum Novarum* e as Convenções da OIT, nunca a *Carta del lavoro*⁴.

3 GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. O fim do poder normativo. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005. p. 384.

4 SÜSSEKIND, Arnaldo. Um construtor do Direito do Trabalho. In: *Revista Anamatra*. Rio de Janeiro, n. 52, p. 7-11, jan. 2007. Entrevista.

DOCTRINA

Em sentido contrário, Evaristo de Moraes Filho sustenta que a CLT não foi criada espontaneamente por Getúlio Vargas, mas decorreu de pressões e greves sociais, bem como de grandes movimentos sociais a partir do final do século XIX e início do século XX. Preconiza que a CLT não era revolucionária para a época, referindo que Vargas, em um discurso em 1931, inclusive afirmou: “A minha legislação não é revolucionária, é conservadora”. Diz que Vargas não mentiu, pois sempre foi um positivista e nunca um comunista, a quem sempre perseguiu. Nesse sentido, informa que Lindolfo Collor, Ministro do Trabalho de Vargas, era altamente liberal, apesar de positivista. Por essas razões, sustenta que a CLT tem alguma inspiração fascista⁵.

Nessa controvérsia, entendemos como mais apropriadas as ideias defendidas por Süssekind, na medida em que a CLT não tem inspiração fascista, sendo na verdade um produto da época, não apenas da obra de Getúlio Vargas, mas também dos movimentos ocorridos no país em tal período, como inclusive afirmou Evaristo de Moraes Filho. Conforme sustenta Jorge Souto Maior, normalmente se busca vincular o modelo jurídico da CLT ao regime fascista como forma de se buscar a flexibilização das leis trabalhistas, quando na verdade esse modelo criado pode e deve conviver com o regime democrático dos tempos atuais, acrescentando, na defesa dos direitos mínimos dos trabalhadores, que:

“Essa forma de apresentar o Direito do Trabalho brasileiro, no entanto, só pode ser entendida como consequência de uma completa abstinência de apetite histórico ou de uma vontade, deliberada, de gerar ineficácia às normas trabalhistas. Simplifica-se demais a história e com isto acaba-se cometendo sérios equívocos que nos impedem de melhor entender o Direito do Trabalho.”⁶

Jamais poderemos esquecer as raízes do Direito do Trabalho, cujos fundamentos são imprescindíveis para qualquer análise ligada à proteção dos direitos dos trabalhadores. Nesse sentido, o professor catedrático de Direito do Trabalho na Universidade Castilla – La Mancha, Antonio Baylos, ensina que o Direito do Trabalho é concebido como um direito especial dos trabalhadores subordinados, fruto da ação do Estado e da autotutela da própria classe operária, que surge para corrigir e remediar a real desigualdade socioeconômica e jurídica⁷.

5 MORAES FILHO, Evaristo de. *Revista Anamatra*, Rio de Janeiro, n. 53, p. 6-9, jul. 2007. Entrevista.

6 MAIOR, Jorge Luiz Souto. Breves considerações sobre a história do Direito do Trabalho no Brasil. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de Direito do Trabalho: teoria geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. v. 1. p. 63.

7 BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: modelo para armar*. p. 69.

DOCTRINA

Portanto, entendemos como por demais simplificado o argumento em favor da extinção do poder normativo pela sua possível vinculação com o regime fascista de Mussolini. A análise deve ser bem mais ampla quando devemos buscar os objetivos e as finalidades do poder normativo⁸.

5 – O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O poder normativo da Justiça do Trabalho faz parte da história da concepção do próprio Direito do Trabalho no Brasil. Em 1939, quando a Justiça do Trabalho ainda era concebida como um órgão administrativo desvinculado do Poder Judiciário, o Decreto-Lei nº 1.237/1939, em seu art. 94, já estabelecia a possibilidade da decisão da Justiça do Trabalho se basear em um juízo de equidade. A Constituição de 1946 conferiu *status* constitucional ao poder normativo, ao estabelecê-lo em seu art. 123, sendo mantido na Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969. A Constituição de 1988, em seu art. 114, § 2º, continua consagrando o poder normativo, prevendo este mecanismo como forma de solução dos conflitos coletivos de trabalho⁹. A discussão atinente à extinção do poder normativo surge com a Emenda Constitucional nº 45/04, que altera a redação do § 2º do art. 114 da CF, que passa a ter o seguinte texto:

“Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.”

A alteração do Texto Constitucional acarretou inúmeras interpretações, muitas delas sustentando a extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho. Grande parte dos defensores dessa tese busca razões históricas, políticas, econômicas e sociais para sustentar a extinção do poder normativo. Não nos parece ser esse o caminho mais indicado para o exame deste tema. Na verdade, não está em discussão se o poder normativo deve ser mantido ou se deve ser extinto; se ele é vantajoso ou desvantajoso para a ordem econômica; se redundante ou não em avanços e conquistas sociais.

8 Mauro Schiavi elenca diversos argumentos favoráveis e desfavoráveis à manutenção ou extinção do poder normativo. SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 957-959.

9 GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. O fim do poder normativo. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005. p. 384-385.

DOCTRINA

Fato é que o poder normativo persiste em nosso sistema jurídico, inclusive após o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, querendo ou não os juristas, economistas, políticos, trabalhadores e empregadores. Persiste porque continua disposto na CLT (arts. 856 e ss.), não tendo havido qualquer revogação ou derrogação desses dispositivos legais por normas posteriores, bem como porque mantido expressamente no já referido art. 114, § 2º, da Constituição Federal, continuando a ser tratado como uma competência constitucional atribuída à Justiça do Trabalho, como forma de *solução dos conflitos* (grifei) entre trabalhadores e empregadores. Se fosse a intenção do Legislativo, a extinção do poder normativo teria assim procedido, revogando as normas legais que estabelecem essa competência, não o mantendo no próprio dispositivo constitucional.

A discussão que surge é outra, que envolve a análise da cláusula de “comum acordo” estabelecida no § 2º do art. 114 da CF, que será objeto de análise no tópico seguinte. Todavia, desde já, podemos afirmar que não há como se sustentar a extinção do poder normativo a partir da referida cláusula de comum acordo. Inviável a análise dessa cláusula como sendo um mecanismo criado pelo legislador para a extinção do poder normativo, na medida em que não cabe buscarmos uma interpretação com base em uma provável, possível intenção velada do legislador. Além de não acreditarmos nessa possível intenção do legislador, pois se quisesse extinguir o poder normativo teria extinguido, de fato não o extinguiu ao mantê-lo na Constituição, criando apenas um obstáculo, talvez intransponível como analisaremos no item seguinte. Resta somente a análise sob o prisma legal-constitucional dessa cláusula de comum acordo, a partir da conclusão de que o poder normativo continua presente, inclusive em nível constitucional, no nosso sistema jurídico.

6 – O COMUM ACORDO COMO EXIGÊNCIA PARA A INSTAURAÇÃO DO DISSÍDIO COLETIVO

Partimos da conclusão de que o poder normativo permanece em nossa ordem jurídico-constitucional, inclusive após a Emenda Constitucional nº 45/04, não sendo objeto deste ensaio a análise se deveria ou não ter permanecido em nosso sistema jurídico, como já referido anteriormente.

Na verdade, a Emenda Constitucional nº 45/04, ao alterar a redação do § 2º do art. 114 da Constituição, apenas criou um pré-requisito para a instauração da instância, que é o chamado “comum acordo” entre as partes. Chamamos de pré-requisito para não ingressarmos neste momento nessa análise específica, se a exigência do comum acordo vem a ser um pressuposto processual, uma

DOCTRINA

condição da ação, ou algo novo, com natureza híbrida, criado pelo nosso legislador. Não ingressamos nesse exame porque entendemos que a discussão primeira e bem mais importante não é sobre a natureza jurídica da cláusula de “comum acordo” acrescentada na norma constitucional, mas principalmente sobre a constitucionalidade da referida exigência criada pelo legislador.

Inicialmente não podemos deixar de registrar a criatividade do legislador, ao estabelecer, em outras palavras, que as partes que não chegaram a bom termo em uma negociação coletiva obviamente já travada, devem concordar, frisamos, devem estar de acordo, em “comum acordo” (desculpem pela redundância, mas aqui nos parece necessária a repetição, para bem frisarmos a excentricidade estabelecida pelo nosso legislador) a fim de que o conflito (a lide, o litígio) coletivo existente seja resolvido, solucionado pelo legislador.

Efetivamente, estamos diante de uma barreira intransponível a ser superada, pois não é razoável de se imaginar que as partes em conflito em pontos centrais discutidos na negociação coletiva venham a assentir neste aspecto. Possíveis exceções a essa regra geral devem ser tratadas como verdadeiras exceções, que em momento algum irão desqualificar a regra.

Feitas estas considerações, passamos a discutir a constitucionalidade da referida exigência do “comum acordo”. O maior debate gira em torno do confronto desse requisito com o direito de ação constitucionalmente assegurado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, ora transcrito: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Este dispositivo consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que garante a todos, sem exceção, o acesso ao Judiciário para apreciar lesão ou ameaça a direito.

São muitos os doutrinadores que entendem não haver qualquer inconstitucionalidade na exigência do “comum acordo” porque o Poder Judiciário não está nessa situação realizando típica atividade jurisdicional, mas apenas exercendo uma espécie de função legislativa¹⁰. Schiavi arrazoa que o art. 5º, XXXV, é dirigido à lesão individual do direito, não atritando com o § 2º do art. 114 da CF, em razão do dissídio coletivo de natureza econômica ter natureza dispositiva ou constitutiva, não tendo como objetivo a aplicação do direito vigente a uma lesão de direito¹¹.

10 GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. O fim do poder normativo. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005. p. 383.

11 SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 964.

DOCTRINA

Divergimos das posições acima referidas. O Estado, através do Poder Judiciário Trabalhista, está no exercício de função jurisdicional quando busca solucionar um conflito coletivo entre trabalhadores e empregadores através do julgamento do processo de dissídio coletivo instaurado, gerador da sentença normativa, em obediência à competência constitucional que lhe foi atribuída. Ao contrário do que sustenta Schiavi, o direito de ação consagrado no art. 5º, XXXV, da CF, não é dirigido para dirimir apenas lesão individual do direito, mas sim para toda e qualquer lesão ou ameaça ao direito posto, individual ou coletivo, sendo descabida qualquer interpretação restritiva acerca dessa norma, que consagra um direito fundamental, sendo reconhecida como um dos pilares da democracia e do Estado de Direito.

Pouco importa se essa função jurisdicional é típica ou atípica, mas sim que o Estado está, no exercício da competência constitucional que lhe foi atribuída, solucionando um conflito, que não pode ser solucionado por outras vias, tendo em vista ser vedada a autotutela. Athos Gusmão Carneiro, em sua célebre obra *Jurisdição e competência*, admite hipóteses de jurisdição anômala, exercida inclusive por órgãos alheios ao Poder Judiciário. Traz como exemplos os processos de *impeachment* e as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas quando julga as contas dos administradores, no que concerne ao aspecto contábil, sobre a regularidade da própria conta, muito embora reconheça que as atribuições do Tribunal de Contas são de natureza administrativa¹².

O argumento de que o Judiciário estaria no exercício de função legislativa quando do julgamento dos dissídios coletivos, não realizando típica atividade jurisdicional, nos parece também equivocado. Inicialmente, porque nessas situações não está sendo exercida típica atividade legislativa, mas apenas sendo solucionado o conflito, a lide com base no sistema jurídico constituído, no exercício da competência constitucional atribuída. Em segundo, porque o nosso sistema admite o exercício de função legislativa anômala pelo Judiciário e nem por isso deixa de estar o Judiciário no exercício da sua função jurisdicional. Em diversas situações há competência atribuída ao Judiciário para o exercício de alguma espécie de atividade legislativa. Athos Gusmão Carneiro traz como exemplos a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (arts. 102 e 103, ambos da CF), sustentando com propriedade:

“Em duas hipóteses, todavia, a Constituição Federal atribui ao Poder Judiciário, mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal e

12 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 13-14.

DOCTRINA

aos Tribunais de Justiça, o exercício, embora sob *vestes jurisdicionais*, de uma atividade *legislativa*, porque não vinculada à aplicação do direito ao caso concreto.”¹³

Lembra Athos Gusmão Carneiro que, por vezes, as Constituições têm atribuído ao Judiciário, excepcionalmente, atividade legislativa através de normas regimentais. Especifica, por fim, a natureza jurisdicional da Justiça Trabalhista ao referir que:

“À *jurisdição trabalhista* cabe o julgamento dos dissídios (*lides*) individuais e *coletivos* entre empregados e empregadores, e, mediante lei, de outras controvérsias oriundas de relação de trabalho (CF, art. 114). *Esta jurisdição* poderá ser, em caráter de exceção, exercida por juízes de direito, nas comarcas onde não houver Junta de Conciliação e Julgamento (CF, art. 112, *in fine*).”¹⁴ (grifei)

Portanto, a eventual característica legislativa da sentença normativa não descaracteriza a função jurisdicional prestada pelo Estado. Caso contrário, o que se dizer da função atribuída ao Judiciário no julgamento do mandado de injunção, cujo tema faz parte da ordem do dia da doutrina e da jurisprudência atual.

Três correntes a respeito do instituto são destacadas por Flávia Piovesan. A primeira delas sustenta que cabe ao Poder Judiciário elaborar a norma regulamentadora faltante, sendo suprida a omissão do legislador com a concessão do mandado de injunção. A segunda corrente preconiza que cabe ao Judiciário unicamente declarar inconstitucional a omissão e dar ciência ao órgão competente para a adoção das providências cabíveis para a realização da norma constitucional. Por último, a terceira corrente sustenta que cabe ao Judiciário tornar viável o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa no caso concreto, com a concessão do mandado de injunção para atendimento do direito que está impedido em razão da inércia na elaboração da norma regulamentadora respectiva¹⁵. Dentre todas as construções teóricas, Flávia Piovesan defende a aplicação da terceira corrente, visualizando o mandado de injunção como instrumento eficaz de realização do princípio da aplicabilidade imediata das normas a respeito dos direitos e garantias fundamentais, acrescentando:

“Sob este prisma interpretativo, cabe ao Poder Judiciário, ao enfrentar as lacunas inconstitucionais, desvendar normas implícitas do

13 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 16-17.

14 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 22-23.

15 PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. p. 192.

sistema jurídico e recorrer às demais fontes do ordenamento (como a analogia, os princípios gerais do direito, os costumes e a equidade), a fim de criar normas jurídicas individuais válidas para o caso concreto, efetuando o preenchimento de lacunas.”¹⁶

Prosegue com clareza a autora:

“Ainda nesta perspectiva, no mandado de injunção surge o dever jurisdicional inescusável de tornar viável o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa obstado por faltar à norma regulamentadora, em face do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, conjugado com o princípio da proibição do *non liquet*, que impõe a obrigatoriedade da decisão. À luz do princípio da separação dos poderes, é necessário frisar que, no mandado de injunção, não há a transferência do encargo de legislar para o Poder Judiciário, posto que não cabe ao Judiciário elaborar normas gerais e abstratas, mas tão somente tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais no caso concreto. O Poder Judiciário assume, assim, embora em dimensões mais alargadas, sua função típica e própria, qual seja a função jurisdicional, respondendo satisfatoriamente ao caso concreto.”¹⁷

As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sinalizam a alteração da sua jurisprudência, no sentido de se buscar maior efetividade para o mandado de injunção, com a concretização do direito para o caso concreto, admitindo-se uma solução normativa para a decisão judicial proferida. Conforme Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, percebe-se que o STF afastou-se da orientação inicialmente adotada, sem com isso assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa. Referindo-se às decisões proferidas nos Mandados de Injunção ns. 283, 232 e 284, concluem arrazoando que tais decisões indicam que o STF aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Poder Judiciário – uma espécie de sentença aditiva (valendo-se da denominação do direito italiano), admitindo-se uma solução “normativa” para a decisão judicial¹⁸.

Luís Roberto Barroso também defende que a melhor interpretação para o art. 5º, LXXI, da CF está em atribuir ao mandado de injunção um instrumento

16 Idem, p. 192-193.

17 Idem, p. 193.

18 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.211-1.212.

DOCTRINA

de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, no sentido de que o Judiciário venha a suprir a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo¹⁹. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminha no sentido ora defendido. O Ministro Carlos Velloso, em seu voto no Mandado de Injunção nº 95-6, assim decidiu:

“Prosseguindo no julgamento, faço o que, segundo penso, a Constituição quer que eu faça: para o caso concreto elabora a norma a ser observada, nos seguintes termos: ‘O aviso prévio será de dez dias por ano de serviço ou fração superior a seis meses, observado o mínimo de trinta dias’ (CF, art. 7º, XXI).”²⁰

Enfim, resta pacífico que o Judiciário, ao criar a norma ou ao revestir uma espécie de função ou característica legislativa da sua decisão, no cumprimento da competência constitucional que lhe foi atribuída, está no exercício da sua função jurisdicional. Esta tutela jurisdicional, com vistas à solução do conflito existente (pouco importa se individual ou coletivo) é assegurada pelo art. 5º, inciso XXXV, da CF, não cabendo a restrição²¹ do constitucional exercício do direito de ação.

Não há, portanto, espaço para retirar do Estado a sua função jurisdicional de tutelar o conflito coletivo conflagrado. Se a própria Constituição, em seu art. 8º, inciso III, atribuiu ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, não há como se preservar esse dever e esse direito dos sindicatos e dos cidadãos, retirando-se a possibilidade da busca da tutela jurisdicional ao se impor o requisito do “comum acordo” para a instauração do dissídio coletivo. O direito fundamental à tutela jurisdicional tem que ser garantido de forma ampla. A propósito, sustenta Marinoni não haver dúvidas de que a jurisdição, atualmente, tem a função de tutelar (ou proteger) os direitos, especialmente os direitos fundamentais, acrescentando:

“O Estado também tem o dever de tutelar *jurisdicionalmente* os direitos fundamentais, inclusive suprindo eventuais omissões de tutela

19 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 16.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 95-6. Brasília, DF, 07 out. 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 30 jul. 2009.

21 Aliás, não há nem mesmo que se falar em limitação, pois o requisito do “comum acordo” na verdade é muito mais do que uma simples limitação ou requisito a ser cumprido, sendo na verdade uma barreira intransponível criada pelo legislador.

DOCTRINA

normativa, além de ter o dever de dar tutela *jurisdicional* a toda e qualquer espécie de direito – em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF).”²²

A jurisprudência do TRT da 4ª Região, a nosso ver de maneira acertada, tem mostrado resistência à exigência do “comum acordo” para a instauração do dissídio coletivo, conforme se constata pelas decisões abaixo trazidas:

“PRELIMINARMENTE: AJUIZAMENTO DE DISSÍDIO COLETIVO. NECESSIDADE DE ‘COMUM ACORDO’. A expressão ‘comum acordo’, inserta no § 2º do art. 114 da Constituição Federal, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.04, trata-se de mera faculdade das partes em, consensualmente, ajuizarem ação coletiva, e não conflita com o direito de ação assegurado nos incisos XXXIV e XXXV do art. 5º, também da Constituição Federal. Preliminar de extinção do feito, sem resolução do mérito, rejeitada.” (Acórdão do Processo nº 04348-2008-000-04-00-0 [DC]; Redatora: Flávia Lorena Pacheco; Data: 22.06.2009; Origem: TRT da 4ª R.)

“DISSÍDIO COLETIVO. Deferimento parcial de algumas vantagens, em consonância com o poder normativo constitucionalmente conferido a esta justiça especializada. Indeferimento de outras, por reguladas em lei ou próprias para acordo. AUSÊNCIA DE ‘COMUM ACORDO’ PARA O AJUIZAMENTO DO DISSÍDIO COLETIVO. É entendimento desta Seção de Dissídios Coletivos de que a categoria ao se recusar a negociar o faz indevidamente, devendo se considerar a sua recusa abusiva, pois tem o intuito claro de tentar evitar exclusivamente o ajuizamento da demanda e impossibilitar qualquer chance que a categoria de trabalhadores possa ter de buscar suas conquistas tanto econômicas quanto sociais.”²³ (Acórdão do Processo nº 00628-2008-000-04-00-9 [DC]; Redatora: Berenice Messias Corrêa; Data: 01.12.08; Origem: TRT da 4ª R.)

Resta clara a abusividade na exigência da anuência das partes em litígio para o ajuizamento do processo de dissídio coletivo, na medida em que a tutela jurisdicional deve ser prestada pelo Estado em tal hipótese, face à competência

22 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*: teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 135.

23 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/>>. Acesso em: 18 set. 2009.

DOCTRINA

constitucional atribuída no art. 114, § 2º, da Constituição Federal. Desse modo, mostra-se abusiva e inconstitucional a exigência do “comum acordo” entre as partes em conflito, com vistas à instauração do processo de dissídio coletivo, por esbarrar no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF.

7 – CONCLUSÃO

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, causou perplexidade na comunidade jurídica, com a nova redação disposta ao art. 114, § 2º, da Constituição Federal. Precisamente, a inclusão da expressão “comum acordo” como requisito para a instauração do processo de dissídio coletivo de natureza econômica acarretou, no mínimo, certa estranheza. O que significa a necessidade do “comum acordo”? Qual a intenção do legislador ao incluir esta exigência? Qual a natureza jurídica deste requisito?

Se o legislador quisesse ter extinguido o poder normativo da Justiça do Trabalho, assim teria feito, revogando-o do nosso sistema jurídico. Todavia, não nos parece que assim procedeu, consoante podemos concluir da nova redação do art. 114, § 2º, da CF, ao manter expressamente a possibilidade da instauração do dissídio coletivo de natureza econômica. Mostra-se descabida a utilização de outros argumentos de natureza história, econômica ou social para se justificar o fim do poder normativo. Esta construção pode ser estabelecida, no máximo, no plano acadêmico, pelos defensores da extinção dessa competência, cuja corrente não nos filiamos. Todavia, se era desejo do legislador a revogação do poder normativo, este desejo não se concretizou na norma legislada, razão pela qual temos que trabalhar com o texto vigente, que manteve o poder normativo.

Portanto, o poder normativo constitui-se como um poder anômalo da Justiça do Trabalho, por força da competência constitucional conferida para dirimir os conflitos coletivos de trabalho. Por óbvio esta competência continua sendo atribuída até mesmo em razão dos deveres atribuídos aos sindicatos na própria Constituição, em seu art. 8º, inciso III, quando expressamente atribui o dever aos sindicatos de defenderem os interesses individuais e coletivos da categoria, inclusive no âmbito judicial.

Por fim, com base nas lições clássicas e contemporâneas de jurisdição, entendemos que atribuição constitucional conferida ao Poder Judiciário Trabalhista, de julgar os processos de dissídio coletivo interpostos, com vistas à solução do conflito de uma lide existente entre trabalhadores e empregadores,

DOCTRINA

por intermédio das suas respectivas categorias profissionais e econômicas, é jurisdicional. A possível característica legislativa atribuída à sentença normativa não desnatura a natureza jurisdicional da decisão proferida, na medida em que esta peculiaridade mostra-se inclusive corriqueira em diversas espécies de ações submetidas ao Judiciário, como por exemplo quando da apreciação da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, ou quando da apreciação do mandado de injunção.

O requisito do “comum acordo” para o ajuizamento do dissídio coletivo acarreta um obstáculo praticamente intransponível, em regra geral, pois não é razoável e nem mesmo lógico de se pensar que as partes em litígio venham a concordar neste aspecto, com o ajuizamento conjunto da demanda.

Assim, em sendo jurisdicional esta atividade, mostra-se descabida a exigência do “comum acordo”, por ferir o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que consagra o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, configurando-se como abusiva e inconstitucional.

8 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: modelo para armar*. São Paulo: LTr, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI 95-6*. Brasília, DF, 7 out. 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/>>. Acesso em: 18 set. 2009.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. O fim do poder normativo. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Breves considerações sobre a história do Direito do Trabalho no Brasil. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de Direito do Trabalho: teoria geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Revista Anamatra*, Rio de Janeiro, n. 53, p. 6-09, jul. 2007. Entrevista.

DOUTRINA

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: RT, 2003.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Um construtor do Direito do Trabalho. *Revista Anamatra*, Rio de Janeiro, n. 52, p. 7-11, jan. 2007.

ALTERNATIVAS PARA O SINDICALISMO: O ENQUADRAMENTO SINDICAL PELA ATIVIDADE DO TRABALHADOR OU DO TOMADOR DOS SERVIÇOS

Maria Cecília Máximo Teodoro*
Gustavo Magalhães de Paula Gonçalves Domingues**

O tradicional Direito do Trabalho surgido da sociedade industrial vem passando por intensas transformações. Tais mudanças acompanham o processo geral de mudança da economia e da organização produtiva. É a tão alardeada crise do Direito do Trabalho.

A crise tem como cerne o abalo do paradigma da figura do empregado, que foi o modelo de contratação dominante do mercado do trabalho por décadas. Porém, os fundamentos jurídicos da referida crise parecem estar acorrentados a interpretações ultrapassadas.

Em razão das mudanças sofridas mundialmente nas esferas econômica, política e social, o sistema produtivo também sofreu metamorfoses e desarticulou a estrutura sindical. A produção torna-se descentralizada, exigindo, assim, propostas novas acerca do sindicalismo e da negociação coletiva.

Na atualidade, sob o aspecto econômico, o que se pode perceber é a transição de uma sociedade do quase pleno emprego para outra de elevado número de trabalhadores informais. Vem ocorrendo uma tentativa de se institucionalizar a informalização do emprego, deixando diversos trabalhadores à margem da proteção do Estado.

Na política, o perfil do novo Estado que se delineia tem tons do liberalismo. Seu processo teve início na década de 1970, com as vitórias eleitorais da nova direita, como Thatcher na Inglaterra, Kohl na Alemanha e Reagan nos

* *Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP; mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG; professora do mestrado e da graduação da PUC/MG.*

** *Advogado; mestrando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).*

EUA. O conteúdo dessas políticas ficou conhecido pela denominação Consenso de Washington.

O Consenso foi assim batizado pelo economista John Williamson, visando especificar uma série de reformas econômicas de cunho fortemente neoliberal e que eram recomendadas para os países da América Latina.

Assim como as políticas da nova direita – Thatcher, Reagan e Kohl – tentaram hegemonizar uma ideologia ultraliberal, o Consenso de Washington foi o principal instrumento para que essa ideologia se espalhasse e fosse aplicada diretamente nos países da América Latina.

Em pouco tempo o Consenso conseguiu difundir a subordinação do Estado ao mercado e consistia em dez medidas a serem implementadas por seus destinatários latino-americanos, enquanto promissores mercados consumidores.

O Brasil é levado a adotar as medidas ultraliberais quando precisa recorrer ao crédito do Fundo Monetário Internacional (FMI), que passa a condicionar a concessão de empréstimos à adoção pelos países das medidas do referido Consenso.

A adoção de medidas ultraliberais por parte do Governo brasileiro atua como causa primordial do desenvolvimento dos fenômenos da terceirização e da informalização do trabalho, cujo principal efeito devastador é a precarização do trabalho.

Há a redução maciça do volume de trabalhadores regularmente empregados, antes gozando direta e plenamente dos direitos trabalhistas, assegurados em lei. Os trabalhadores agora se encontram pulverizados em diversas empresas satélites ou estão na informalidade, sob a forma de “autônomos”. Por certo, tais fenômenos têm um efeito desmoralizante sobre os sindicatos, cuja representatividade é mitigada, pois há quase nenhuma solidariedade entre os empregados e os precarizados¹.

Ademais, há que se falar da Terceira Revolução Tecnológica e da Globalização. Uma sociedade globalizada apresenta multiplicação de direitos, de conflitos, relações de massa; a Internet representa um fator de mudança incrível, pois encurta as distâncias, aproxima as culturas, socializa os problemas, cria pensamento de massa e imprime um ritmo rápido às coisas.

1 SINGER, Paul. *Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas*. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2008. p. 49-50.

DOCTRINA

Em uma sociedade de massas, altamente permeada por inovações tecnológicas, que levam a reestruturações produtivas, o Direito do Trabalho não perde a sua importância. Mas o seu eixo central se desloca para as relações coletivas. Nesse aspecto, ganha ainda mais vulto a necessidade de se fortalecer os sindicatos, em defesa dos direitos da coletividade dos trabalhadores.

De fato, a multiplicação de direitos faz surgir direitos típicos de terceira geração, caracterizados pela transindividualidade, ou seja, seus destinatários não são passíveis de identificação, são difusos e não se restringem às relações individuais.

Porém, a renovação tecnológica e a globalização apresentam uma face extremamente negativa. A inovação tecnológica, levada a cabo pela globalização, retira postos de trabalho formal, causando o desemprego tecnológico². E são justamente aqueles trabalhadores que outrora se sindicalizavam, que pressionavam coletivamente e tinham segurança no trabalho, que perdem seus postos de trabalho. Isso enfraquece ainda mais o sindicalismo.

No final do ano de 2008 e no início do ano de 2009, tem início no mundo uma crise dita global. Tal crise foi iniciada nos Estados Unidos da América, principal potência econômica mundial. O sistema imobiliário dos EUA entra em colapso. Nesse sentido, os órgãos midiáticos noticiam reações das empresas à referida crise através de dispensas em massa, corte de custos, fechamento de estabelecimentos, dentre outras medidas.

De fato, os empresários brasileiros rapidamente se aproveitaram do argumento de crise para tentar mais um golpe rumo à desregulamentação do trabalho. Mas o que é discutível é o porquê da eclosão da referida crise. Tudo leva a crer que a crise foi a principal evidência do colapso das políticas neoliberais. O liberalismo precisa de uma contrapartida humanista, de um marco regulatório, sem o qual não sobrevive.

E é nesse contexto que a proposta pela busca de novos caminhos interpretativos que fortaleçam os sindicatos e a negociação coletiva ganham especial relevância.

O Direito do Trabalho tem na contraposição entre o capital e o trabalho seus fundamentos mais remotos até os dias atuais. As condições materiais para o surgimento do Direito do Trabalho são encontradas na Revolução Industrial, através da grande indústria. Esse modelo de organização da produção inaugura

2 Torna-se cada vez mais relevante o direito fundamental social à “proteção em face da automação”, previsto no inciso XXVII do art. 7º da Constituição Federal.

o capitalismo e, conseqüentemente, seu conflito com o trabalho. Assim, torna-se imprescindível, para o desenvolvimento do modelo capitalista de produção, a adoção de medidas com o condão de equilibrar e harmonizar uma relação naturalmente desigual.

Inicialmente o Direito do Trabalho surge como mecanismo de contenção da superexploração do trabalho pelo capital³. Viveu seu auge no Estado de bem-estar social, mas na década de 70 começa a sofrer duros golpes, bastante propiciados pela difusão do toyotismo como modelo de produção e pelas vitórias eleitorais da direita ultraliberal, como visto. Porém, na contemporaneidade, o liberalismo vem sofrendo os efeitos deletérios de sua própria política. O sistema capitalista precisa do Direito do Trabalho com marco humanístico e regulatório.

Karl Marx, ao estudar a relação entre o capital e o trabalho, partiu do estudo da força de trabalho e afirmou que ela é a mercadoria específica apta a possibilitar a formação do capital.

O modelo de produção capitalista ao se desenvolver vai transformando o trabalho concreto em abstrato, o valor de uso em valor de troca, separando da mercadoria a força de trabalho empenhada em produzi-la, gerando o que Marx, na contemporaneidade estudado por Ricardo Antunes, chamou de *alienação ou estranhamento*.

István Mészáros, a propósito, alerta para a necessidade de limitar o capital. O autor afirma que o capital sem uma orientação humanamente significativa tem uma lógica destrutiva, subordinando totalmente o valor de uso das coisas ao seu valor de troca.

O toyotismo é o sistema de produção da contemporaneidade e desenvolve o que já vinha sendo introduzido pelo taylorismo e posteriormente pelo fordismo. Ou seja, busca-se aumentar o trabalho morto, destituindo o trabalhador do seu saber técnico. O trabalhador vira uma mera peça na engrenagem da produção, através de um trabalho maquinal e alienante.

3 Vale aqui lembrar o difícil contexto das relações de trabalho na origem e desenvolvimento da Era Industrial: “A imposição de condições de trabalho pelo empregador, a exigência de excessivas jornadas de trabalho, a exploração de mulheres e menores, que constituíam mão de obra mais barata, os acidentes ocorridos com os trabalhadores no desempenho das suas atividades e a insegurança quanto ao futuro e aos momentos nos quais fisicamente não tivessem condições de trabalhar foram as constantes da nova era no meio proletário, às quais se podem acrescentar também os baixos salários” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 15).

DOCTRINA

As modificações foram tão intensas que se pode afirmar, parafraseando Ricardo Antunes, que a *classe-que-vive-do-trabalho* sofreu a mais aguda crise deste século, que atinge não só sua materialidade, mas repercutindo na sua subjetividade.

O ohnismo ou toyotismo propicia mudanças tecnológicas, desenvolve a microeletrônica e a automação e usufrui da Internet de tal maneira que o trabalho torna-se multifuncional em uma empresa enxuta, horizontalizada e globalizada.

O trabalho passa a ser em equipe e surge a figura dos colaboradores. O colaborador é tomado, também, em sua subjetividade, aumentando o processo de estranhamento do trabalho, na medida em que o importante passa a ser o trabalho intelectual ou imaterial, que leva o trabalhador a se envolver emocionalmente com a ideologia empresarial. Dessa maneira, o capital tenta se apropriar da subjetividade do trabalhador, através do trabalho imaterial, fazendo o colaborador se sentir parceiro do próprio capital, a ele se aliando.

Mas, paralelamente a esse processo, há uma resistência por parte dos trabalhadores, que se veem cada vez mais tragados pela estrutura empresarial, trabalhando em casa, no trânsito, nas férias, pelo celular, pelo *notebook*, etc. Por isso aumenta o número de doenças ocupacionais, profissionais, além do número de acidentes do trabalho e equiparados. Também aumenta o número de ações por assédio moral e danos morais.

Não há dúvida de que o novo modelo de produção, baseado na *lean production*, ou seja, a produção sem gorduras de pessoal, gera flexibilização, descentraliza a grande empresa, desregulamenta o trabalho, aprimora a terceirização, gera trabalho temporário e em tempo parcial.

De fato, há um incremento nos níveis de desemprego formal. Mas o que nos parece falacioso é dizer que o trabalho perdeu seu lugar ou que o trabalho está em vias de se extinguir. Pelo contrário, o trabalho mudou e, como nunca dantes, hoje toma grande importância, pois se apresenta informalizado.

Assim, as necessidades do Direito do Trabalho e do capitalismo no mundo atual são no sentido de compreender o que Ricardo Antunes chama de “a nova morfologia do trabalho”. A premissa básica da qual se deve partir é que o fim do trabalho não se aproxima, basta observar que nunca se trabalhou tanto.

No Brasil, especialmente, essa premissa deve ser observada com maior acuidade. Isso por se tratar o Brasil de um país em desenvolvimento, cuja estabilidade na relação de emprego foi afastada com o advento da obrigatoriedade do regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e em razão da

omissão legislativa no que se refere à regulamentação do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal⁴.

Ademais, o Brasil sofre, ainda que tardiamente, as consequências das crises mundiais e da mudança no sistema produtivo na década de 1990.

Como dito, nesse contexto, o Direito do Trabalho começa a vivenciar também sua crise, mediante flexibilização da sua rede protetiva, desregulamentação do trabalho pela autorização do banco de horas anual, introdução no sistema legal do trabalho temporário, terceirização, dentre outras medidas.

Todavia, as reestruturações pelas quais passa o modelo produtivo não podem ocorrer à margem do marco normativo que garante ao cidadão trabalhador direitos fundamentais e que tem o condão de propiciar a “melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica”, finalidade axiológica primordial do Direito do Trabalho, segundo as lições de Mauricio Godinho Delgado⁵.

A crise do Direito do Trabalho apresenta duas consequências principais, que são também as suas principais necessidades atuais: a precarização e a dificuldade de sindicalização.

A precarização do trabalho, através da sua flexibilização, desregulamentação e terceirização, é um fenômeno que faz surgir novas modalidades de trabalhadores, pois incrementa o *trabalho informal*. Além disso, dificulta a *sindicalização*, pois pulveriza os trabalhadores.

4 Tal mora do legislador conduziu à interpretação majoritária no sentido de ausência de eficácia plena a tal preceito constitucional, embora tal visão não seja isenta de percucientes questionamentos. Tem entendimento diverso sobre o tema Jorge Luiz Souto Maior, segundo o qual a “indenização prevista no inciso I do art. 10 do ADCT, diz respeito, portanto, à dispensa sem justa causa, que não se considere arbitrária, visto que esta última está proibida, dando margem não à indenização em questão, mas à restituição das coisas ao estado anterior, quer dizer, à reintegração do trabalhador ao emprego, ou, não sendo isto possível ou recomendável, a uma indenização compensatória” (Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção nº 158 da OIT. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Campinas, n. 25, 2004. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev25Art3.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2010). Nesse diapasão, veja-se também a conclusão alcançada na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho de 2007, promovida pela Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas, cujo inciso I do Enunciado nº 2 preceitua:

“ART. 7º, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EFICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO.

A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária.” (Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm>. Acesso em: 26 mar. 2010)

5 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 55.

DOCTRINA

O trabalho não diminui na contemporaneidade, mas o emprego sim. Outras modalidades de trabalho surgem e novas maneiras de burlar a legislação trabalhista também. Quando uma empresa terceiriza sua linha produtiva, ela não diminui o trabalho que é necessário para a confecção do produto final. A empresa simplesmente satelitiza as atividades-meio e coloca os trabalhadores dessas funções na informalidade.

Ademais, uma constatação é primordial: no Brasil, o enquadramento sindical é definido pela atividade do empregador. Assim, a terceirização, além de todos os efeitos maléficos que produz, gera ainda a pulverização dos trabalhadores.

Na medida em que a empresa vertical dos modelos tayloristas e fordistas propiciava a união dos trabalhadores no ambiente de trabalho, permitia maior organização da categoria de trabalhadores e possibilidades mais amplas de reivindicação e pressão.

Na empresa toyotista, por seu turno, a produção é verticalizada e terceirizada. O trabalhador da atividade-meio pode até exercer suas atividades na planta da empresa, porém seu empregador é outro e seu sindicato não é o mesmo dos colegas de trabalho. Tal situação desarticula a união dos trabalhadores, o sentimento de classe, a possibilidade de organização política e de reivindicação.

As constatações descritas demonstram que o trabalho apresenta-se multifacetado, indo muito além da relação de emprego, objeto do Direito do Trabalho. Ademais, demonstram o problema estrutural dos sindicatos e a consequente falta de representatividade e ação reivindicatória.

Nesse contexto, o enquadramento sindical de trabalhadores por segmento de atividade do empregador aprofunda as dificuldades de coesão dos trabalhadores e pulveriza ainda mais a sua integração, tornando o estudo da atuação e representação sindicais dos trabalhadores terceirizados uma imprescindível questão para o pesquisador do Direito do Trabalho.

Tal discussão se insere ainda no contexto maior do denominado “controle civilizatório da terceirização”, segundo o qual doutrina e jurisprudência trabalhistas procuram enquadrar juridicamente o fenômeno social do trabalho terceirizado no sentido de sua “harmonização possível (...) aos fins e valores essenciais do Direito do Trabalho”⁶.

6 DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., p. 437.

Desse modo, para a adequação deste tipo de contratação à ordem jurídica brasileira, inoxidáveis são os princípios que despontam com força normativa constitucional, entre os quais destacamos a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, fundamentos da República, a teor do art. 1º, III e IV, *ab initio*, da Constituição Federal.

Há de se ressaltar, ainda, os objetivos fundamentais da República brasileira de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, I, III e IV, CF).

Além disso, a “valorização do trabalho humano” e “a livre iniciativa” são fundamentos da ordem econômica brasileira, que “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, a teor do art. 170, *caput*, bem como o “primado do trabalho” é base da ordem social pátria, cujos escopos são “o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193 da CF).

Entre os instrumentos encontrados para a inclusão dos trabalhadores terceirizados na ordem jurídica trabalhista podemos identificar o conceito de salário equitativo e o de responsabilidade trabalhista do tomador dos serviços terceirizados e o *novo enquadramento sindical que englobe os trabalhadores terceirizados*.

O salário equitativo busca a isonomia remuneratória entre os trabalhadores terceirizados e os empregados da empresa tomadora de serviços⁷ – não obstante sua aceitação jurisprudencial ainda seja modesta.

A responsabilidade trabalhista do tomador pode ser visualizada pelo desenvolvimento jurisprudencial da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho⁸, levando a tomadora de serviços terceirizados a arcar com as verbas inadimplidas pela empresa de terceirizadora⁹.

7 No que tange ao trabalho temporário, a Lei nº 6.019/1974 estabelece expressamente o direito do trabalhador temporário à “remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária (...)”, em seu art. 12, *a*.

8 Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade (mantida) – Resolução nº 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. (...)

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

9 Ressalte-se que Jorge Luiz Souto Maior defende o cancelamento da Súmula nº 331 do TST, a fim de se resgatar a dignidade humana do trabalhador, por entender que a Súmula nº 331 do TST legitima a prática da intermediação com relação a certas atividades, além de fixar que a responsabilidade da empresa tomadora é apenas subsidiária.

DOCTRINA

Finalmente, falemos do importante instrumento de inclusão dos trabalhadores terceirizados, através da sua atuação e representação sindical, questão ainda incipiente na doutrina e jurisprudência trabalhistas brasileiras, que ora nos propomos a debater e defender.

O correto enquadramento sindical dos trabalhadores terceirizados mostra-se fundamental, sob pena de esvaziarem-se para este específico grupo de trabalhadores as garantias de atuação sindical expressamente consignadas como direitos sociais no art. 8º da CF.

Analisando o concreto fenômeno social da terceirização, percebemos que este traz insito ao seu desenvolvimento o grande incremento da “pulverização de força de trabalho”¹⁰.

Assim, a multiplicidade de tomadores de serviço, componentes de distintas categorias econômicas, bem como a sucessão temporal dos contratos de trabalhos firmados pelos trabalhadores terceirizados, inviabiliza a agregação dos obreiros com nítidos interesses econômicos e de condições de trabalho comuns.

Logo, a solução atual da criação de um sindicato de trabalhadores terceirizados mostra-se “simplesmente um contrassenso”¹¹.

O texto original da Consolidação das Leis do Trabalho traz conceituação de categoria profissional no § 2º de seu art. 511, *in verbis*:

“A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.”

Doutrinariamente, na contemporânea literatura jurídica portuguesa, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão expõe:

“Efectivamente, o que está na base do sindicato é a existência de uma comunhão de interesses e solidariedade entre os membros de determinada categoria de trabalhadores, que o sindicato pretende e visa defender através da sua actuação.”¹²

Ora, onde são encontrados os componentes fáticos e socioeconômicos definidores do conceito de “categoria profissional” para os trabalhadores

10 Ibidem, p. 443.

11 Ibidem, p. 443.

12 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina. p. 521.

terceirizados? Certamente no mesmo substrato em que o conjunto dos trabalhadores da empresa tomadora de seu serviço encontra sua categoria profissional.

No contexto da empresa tomadora de serviços, onde os trabalhadores atuam juntos e vivem sob as mesmas condições de trabalho, portanto, é que estarão presentes os critérios de similitude de condições existenciais, profissionais e econômicas que caracterizam a categoria dos empregados próprios da empresa e dos trabalhadores terceirizados.

Por seu turno, Alexandre Agra Belmonte propõe a aplicação analógica do art. 12, *a*, da Lei nº 6.019/1974, nos termos do art. 8º da CLT, a fim de estender aos trabalhadores terceirizados as normas coletivas dos trabalhadores da empresa tomadora dos serviços, “quer para evitar-se a precarização e discriminação do trabalho, quer pela submissão dos trabalhadores terceirizados às mesmas condições de trabalho decorrentes da atividade econômica principal da empresa tomadora”¹³.

Interpretação em sentido contrário equivale a negar eficácia ao direito social fundamental do trabalhador a compor uma organização sindical representativa de sua categoria profissional, previsto no art. 8º, II, da CF.

Nesse diapasão, uma boa proposta de enquadramento seria aquela realizada pela atividade do trabalhador. Assim, o que se propõe é que o enquadramento sindical dos trabalhadores se dê pela atividade por eles realizada ou pela atividade da tomadora de serviços e não pela atividade da empregadora, abarcando todos aqueles que exercessem a mesma atividade, ainda que sem vínculo de emprego direto.

No sentido do enquadramento sindical do trabalhador pela natureza da atividade desenvolvida, veja-se o seguinte julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região:

“CORRESPONDENTE BANCÁRIO. EMPREGADO DE CAIXA DE CASA LOTÉRICA QUE EXERÇA ATIVIDADES BANCÁRIAS. ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIO. DEFERIMENTO DE DIFERENÇAS SALARIAIS, HORAS EXTRAS E DEMAIS CON-
SECTÁRIOS.

A personalidade jurídica de empresas que explorem a venda de loterias e serviços bancários disponibilizados pela CEF (casas lotéricas,

13 BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos jurídicos atuais da terceirização trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 74, n. 4, out./dez. 2008, p. 33.

DOCTRINA

correspondentes bancários) mediante contrato de adesão, constitui obstáculo meramente formal para o enquadramento dos seus empregados exercentes da função de caixas, quando há demonstração inequívoca do desempenho de atividades típicas das instituições financeiras. Não obstante legais e aparentemente distintas as empresas envolvidas no ajuste da terceirização de serviços, a contratação nesse contexto não transpõe o salutar preceito contido no art. 9º da CLT, visto colidir frontalmente com os princípios da proteção e da primazia da realidade.” (TRT da 12ª R., Acórdão – 1ª T., RO 01425-2007-010-12-00-2, Relª Águeda Maria Lavorato Pereira, j. 22.09.2009)

Além disso, em mais de uma oportunidade, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região definiu o enquadramento sindical dos trabalhadores terceirizados na mesma categoria dos empregados da empresa tomadora dos serviços, consoante os seguintes julgados:

“Enquadramento sindical. Empregado de empresa de prestação de serviços. Lícito o enquadramento segundo a atividade preponderante na empresa tomadora de serviços. Diante da possibilidade da ‘terceirização’, da colocação de empregado de empresa prestadora de serviços laborando lado a lado com empregado da tomadora dos serviços em funções ligadas à atividade-fim desta, possível é o enquadramento sindical deste prestador de serviços na mesma categoria profissional daquele, haja vista as peculiaridades do trabalho que desenvolvem, das necessidades que possuem, das reivindicações que lhes são comuns. Dissociado se encontra esse trabalhador da categoria que lhe confere a atividade preponderante da empresa que o contratou como empregado, mera administradora desses contratos, devendo nela ser enquadrados apenas os seus empregados ligados a essas atividades.” (TRT da 2ª R., Recurso Ordinário, Processo nº 02990312239, Acórdão nº 20000345819, 6ª T., j. 04.07.2000, Relª Sônia Aparecida Gindro)¹⁴

É o fim do enquadramento por atividade econômica.

Esse novo enquadramento faria com que as empresas terceirizadoras, que consistem em empresas interpostas numa outrora relação direta de emprego, tivessem que cumprir a mesma convenção ou o mesmo acordo coletivo que a empresa tomadora de serviços.

Tal mecanismo garantiria direitos e condições de trabalho idênticos aos trabalhadores terceirizados e aos empregados diretos das empresas tomadoras de serviço, coibindo a terceirização ilícita e permitindo maior força integrativa às categorias de trabalhadores.

DOUTRINA

Enfim, o Direito é dialético e exige de seus operadores uma atividade voltada para o futuro e afinada à realidade, livre do formalismo da dogmática jurídica.

Urge, assim, uma nova interpretação do Direito Coletivo do Trabalho, notadamente no que se refere ao enquadramento sindical. Dessa maneira estaremos propiciando condições de fortalecimento do sindicalismo, da organização dos trabalhadores e conseqüentemente estaremos dando mais um importante passo rumo à efetivação dos direitos sociais trabalhistas, reconhecidamente direitos humanos fundamentais.

O DIREITO DAS RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: A LIBERDADE ASSOCIATIVA LABORAL

Leandro do Amaral D. de Dorneles*

INTRODUÇÃO

Expõe amplamente a literatura especializada contemporânea que a liberdade sindical é o grande ideal a ser buscado pelo direito coletivo do trabalho. Da mesma forma, quando da abordagem deste tema, invariavelmente faz-se referência à Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o que implicitamente consagra esta organização como uma das mais legítimas esferas de delimitação deste princípio. Mas, afinal de contas, qual o alcance deste princípio, especialmente nos dias atuais, quando, por exemplo, a sistematização do direito coletivo parece apontar para uma tendência que estimula ou, ao menos, é permissiva da pulverização dos seus sujeitos representativos?

Enfim, apresentam-se atualmente ao Direito do Trabalho inúmeras questões com forte repercussão tanto no âmbito das relações jurídicas individuais quanto no das coletivas: advento de uma sociedade pós-industrial, gradativa redução da centralidade do trabalho na dinâmica social, diversificação das relações de trabalho e dos métodos produtivos, crise do Estado social e da própria legitimidade dos tradicionais entes representativos de classe. Esse é o contexto no qual a OIT vem demarcando sua atuação, e é a partir da análise de suas Convenções, Recomendações e demais documentos normativos, bem como das decisões do Comitê de Liberdade Sindical (CLS), que se propõe, neste estudo, a sistematização do princípio da liberdade associativa laboral.

Os resultados parciais de pesquisa, que se apresentam neste artigo, estão estruturados em três partes. A primeira expõe uma das principais premissas

* *Especialista, mestre e doutor em Direito; professor de Direito do Trabalho (UFRGS).*

teóricas do estudo, qual seja, de que os princípios básicos do direito das situações coletivas de trabalho são desdobramentos próprios do princípio protetivo. Em sequência, busca-se uma sistematização do princípio da liberdade associativa laboral com base em uma interpretação dos principais documentos elaborados pela OIT. A seguir, algumas considerações críticas, considerando a realidade brasileira.

1 – O DIREITO DAS SITUAÇÕES COLETIVAS E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O direito coletivo do trabalho, ou *direito das situações laborais coletivas*¹, não é exatamente uma disciplina jurídica autônoma, mas sim, inequivocamente, uma das ramificações do Direito do Trabalho. Deste, aquele retira sua função normativa básica, qual seja, a busca pelo trabalho decente². No entanto, pela especificidade de seu objeto – os sujeitos da relação de trabalho coletivamente considerados, suas representações, seus legítimos interesses, seus conflitos e meios de composição – o direito coletivo do trabalho acaba por adquirir, nos dizeres de Cabanellas, uma “relativa autonomia”³.

1 Propõe-se para discussão neste estudo a expressão utilizada pela autora portuguesa Palma Ramalho, tendo por base, resumidamente, a seguinte justificativa: “De novo por um motivo de rigor técnico, preferimos designar este centro regulativo do Direito Laboral pela expressão *direito das situações laborais colectivas*, porque é relativamente às situações jurídicas a que se reportam as suas normas e não aos respectivos titulares nem, muito menos, ao complexo normativo, que o adjetivo “colectivo” pode ser aplicado com propriedade. Para comprovar a impropriedade técnica da designação *direito colectivo do trabalho* reportada aos titulares das situações laborais, basta, aliás, atentar no facto de algumas situações laborais colectivas serem protagonizadas pelos empregadores e pelos trabalhadores individualmente e com independência em relação às respectivas associações representativas: assim, por exemplo, a legitimidade para a celebração de acordos colectivos de trabalho e de acordos de empresa é do empregador (...) e a adesão à greve é um acto individual de cada trabalhador (...)” (RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 33).

2 O trabalho decente, *a priori*, não tem uma definição exata. “Todas as sociedades têm sua própria ideia do que é um trabalho decente, mas a qualidade de emprego pode querer dizer muitas coisas. Pode referir-se a formas de trabalhos diferentes, e também a diversas condições de trabalho, assim como a conceitos de valor e de satisfação”. Mas, acima de tudo, significa a percepção de que a *quantidade* de postos de trabalho não pode estar dissociada de sua *qualidade*, o que se obtém a partir da confluência de quatro aspectos básicos: o pleno emprego, a proteção social, a observância dos direitos fundamentais dos trabalhadores e a promoção do diálogo social.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia Internacional del Trabajo. Memorial del Director General: trabajo decente. Disponível em: <<http://www.oit.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm#1.%20La%20finalidad>>. Acesso em: 25 set. 2004.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. Por una globalización justa: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004. p. 122.

3 CABANELLAS, Guillermo. *Derecho sindical y corporativo*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1959. p. 15-16.

O Direito do Trabalho, basicamente, percebe seu principal objeto (a relação de emprego) a partir de duas distintas dimensões, quais sejam, a individual e a coletiva⁴. Portanto, a verificação dos princípios do direito coletivo não pode ser dissociada dos princípios gerais próprios do *Direito do Trabalho*, a partir do qual aquele se ramifica. Aliás, o raciocínio seria o mesmo se o objeto deste estudo fosse o direito das relações individuais de trabalho. Afinal, princípios nada mais são do que valores consagrados socialmente e, uma vez absorvidos pelo Direito, normatizam-se através de proposições de condutas (explícitas ou implícitas no ordenamento jurídico) de caráter extremamente abstrato. Tendo o Direito do Trabalho princípios próprios – que inclusive lhe conferem autonomia dentro da ciência jurídica – nada mais natural que tais princípios se projetem em suas subdivisões internas.

Como referido, os princípios encarnam valores básicos, que por sua vez dão o fundamento a uma disciplina do conhecimento. No caso do Direito, o fundamento básico de seus princípios e de todo o seu instrumental normativo é o valor *dignidade da pessoa humana*. Sem o resguardo a este valor, o Direito perde seu verdadeiro sentido. Mais especificamente, o Direito do Trabalho, dentro da especialidade de seu objeto, tem por fundamento a *dignidade do trabalhador, ou a promoção do trabalho decente (digno)*.

Pois bem, o que vem a ser dignidade da pessoa humana? Trata-se de uma expressão recorrente na área jurídica, mas cujo delineamento faz-se extremamente complexo, inclusive, com o risco de banalização. Por isso a importância de uma resposta – mesmo que preliminar e superficial – à pergunta inicialmente proposta.

Para tanto, a filosofia ocidental moderna nos dá alguns parâmetros. A história recente desta área do saber, debatendo-se acerca desta indagação, consolidou o seguinte pressuposto: a dignidade é o *traço que distingue os seres humanos dos demais seres vivos*. Pouco, mas já é um avanço, na medida em que nos leva a uma segunda pergunta: o que torna distinto e único o ser humano? Para não cair em tautologia ao responder esta pergunta (“o traço distintivo do ser humano é a sua dignidade”, o que voltaria à pergunta inicial, sem avanços), duas concepções – em uma visão bastante superficial, mas suficiente para os propósitos deste artigo – se destacaram:

– A primeira, ainda vinculada a visões religiosas, percebia como traço distintivo do ser humano a sua imagem e semelhança a Deus;

4 ARTURO DE DIEGO, Julián. *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 5. ed. Buenos Aires: Abeleto Perrot, 2002. p. 63-683.

DOCTRINA

– A segunda, historicamente mais recente e prevalecente na filosofia dos direitos humanos, procura romper com a visão religiosa e percebe na *razão* o traço distintivo dos seres humanos.

Para esta segunda concepção, por ser o único ser racional – ao menos assim se pensa a partir da filosofia moderna ocidental –, o ser humano é o único realmente capaz de livre-arbítrio. A razão humana o liberta, ao menos potencialmente, das amarras das paixões e das ações instintivas. Diante das situações da vida, o ser humano antevê, através de sua razão, inúmeras possibilidades, tendo a liberdade de escolher, segundo critérios racionais, aquela mais adequada a reger suas ações. Outros seres, aprisionados pelas suas ações instintivas, não têm as mesmas potencialidades. Esse traço distintivo, que é universal ao ser humano, potencialmente o liberta das agruras do mundo, desmistificando-o, revelando mistérios inimagináveis que, uma vez dominados, abririam derradeiramente as portas em direção à emancipação humana. Por isso *nenhum ser humano pode ser senhor de outro*: todos são iguais em seu livre-arbítrio, em seu potencial emancipatório. Daí a *liberdade e a igualdade* como lemas fundamentais das revoluções burguesas, eventos históricos decorrentes da filosofia da modernidade.

No entanto, em um segundo momento, com o desenvolvimento capitalista e o advento da chamada “questão social”, a consagração, em suas dimensões puramente formais, da liberdade e da igualdade como valores regentes da normatividade aplicável às relações de trabalho revelou-se falaciosa e destoante do fundamento em prol da dignidade humana. Reconhecida a desigualdade material característica da relação de base que posteriormente seria objeto do Direito do Trabalho – a relação de trabalho subordinado (ou de emprego, mais precisamente), percebeu-se que a consagração jurídica de uma liberdade meramente formal (liberdade contratual na estipulação da relação jurídica de trabalho) acabava por aprisionar o trabalhador em um estado de miserabilidade condenável do ponto de vista jurídico (que, lembrando, tem na dignidade da pessoa humana seu fundamento principal⁵). Daí a consagração dos princípios basilares do Direito do Trabalho, pois:

– Se a dignidade da pessoa humana fundamenta o Direito e, mais especificamente, a dignidade do trabalhador o Direito do Trabalho;

5 Como, aliás, bem ilustra La Cueva: discorrendo sobre a evolução histórica do Direito do Trabalho, exalta o autor que, já no século XX, universaliza-se a ideia central do Direito do Trabalho, qual seja, “a garantia de uma existência, presente e futura, que seja digna da pessoa humana”.

LA CUEVA, Mario de. *Derecho Mexicano do Trabajo*. Mexico: Editorial Porrúa, 1954. p. 22.

DOCTRINA

– Se a dignidade está vinculada à ideia de razão humana como traço distintivo e como potencial libertador (que também é traço distintivo: o ser humano é o único capaz da derradeira emancipação, por ser o único ser potencialmente livre);

– Se a liberdade jurídica consagrada em seu aspecto puramente formal como regente das relações de trabalho revelou-se contrária à dignidade e seu propósito emancipatório;

– Então, nesta relação de base caracterizada por uma desigualdade substancial, o Direito deve buscar o reequilíbrio, desenvolvendo um anteparo normativo de preservação da dignidade do hipossuficiente, ou, em outras palavras, a igualdade e a liberdade substancial (não meramente formal).

Em outras palavras, para o Direito do Trabalho, a verdadeira liberdade somente se faz reconhecendo a desigualdade real de classes e estabelecendo um *sistema protetivo especial ao hipossuficiente, garantindo-lhe direitos mínimos*. Mais ainda: se a preservação da dignidade é um caminho emancipatório, e na medida em que a perspectiva capitalista sobre a qual o Direito do Trabalho se sustentou era de crescimento econômico constante⁶, mais do que garantir direitos mínimos, *o Direito do Trabalho deveria se voltar à constante ampliação destes direitos mínimos*. Daí os princípios basilares do Direito do Trabalho: *proteção do trabalhador e promoção da melhoria de sua condição social*. Na condição de princípios basilares do Direito do Trabalho, ambos manifestam-se – sob lógicas distintas, mas com o mesmo propósito de resguardo da dignidade do trabalhador – tanto no direito das relações individuais, quanto no direito das relações coletivas de trabalho.

No plano individual, o princípio da proteção tem por pressuposto a hipossuficiência do trabalhador e, conseqüentemente, a garantia de direitos mínimos, nunca máximos. É como se o Direito do Trabalho operasse a partir da seguinte linguagem: “O trabalhador é hipossuficiente e, portanto, demanda proteção”. Na relação jurídica empregatícia, os polos (empregado e empregador) estão em permanente conflito, tendo em vista que seus interesses principais são conflitantes. Esse conflito se revela na medida em que a máxima satisfação da pretensão principal de um dos sujeitos implica, necessariamente, a não satisfação integral da pretensão principal do outro sujeito. O empregador visa ganhos econômicos (lucro), o mesmo ocorrendo com o empregado (maiores salários); como o aumento de salários reduz a margem de lucros, e vice-versa,

6 DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *A transformação do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 15-50.

o conflito é permanente. O problema é que, historicamente, o sujeito que se revelou mais apto à satisfação de sua pretensão principal foi o empregador. Isso justificou, por parte da normatividade jurídica, uma intervenção direta na relação, através da proteção ao hipossuficiente.

Mas bem, pergunta-se, o que é proteção ao trabalhador? A dificuldade em encontrar uma resposta clara a esta pergunta demonstra o alto grau de abstração do princípio da proteção. Daí o seu desdobramento em outros subprincípios, tais como o da irrenunciabilidade⁷ e o da continuidade⁸, citando exemplificativamente. Cada um destes “subprincípios” vai se desdobrando em institutos normativos sólidos, e desta forma os princípios vão dando coerência valorativa ao aparato normativo juslaboral⁹.

O mesmo ocorre com o princípio da melhoria da condição social do trabalhador no plano individual. Para o Direito do Trabalho, a lógica operacional revela-se da seguinte forma: “não basta proteger o trabalhador; na medida do possível, deve-se promover a constante melhoria de sua condição social, a ampliação do mínimo resguardado”. O desdobramento natural deste princípio é o “subprincípio” da condição mais benéfica, que, por sua vez, tem como um dos seus desdobramentos normativos naturais o art. 468 da CLT, que veda, por via da negociação individual, alterações nas condições de trabalho que venham a prejudicar o trabalhador.

Pois bem, visto que os princípios basilares do Direito do Trabalho são o da proteção e o da promoção da melhoria da condição social do trabalhador, e que os mesmos se desdobram em “subprincípios” no plano individual, cabe fazer o mesmo raciocínio no plano coletivo. Proteção do trabalhador e promoção da melhoria da condição social são princípios do Direito do Trabalho e, como tais, manifestam-se também nas situações jurídicas coletivas. Apenas, neste plano, a lógica operacional é distinta.

7 Se o poder negocial do empregado é falho, e se a relação é subordinativa, sendo o empregador o sujeito subordinante (o que lhe dá maior poder de imposição negocial), tem-se que uma das formas necessárias de proteção é revestir os direitos trabalhistas de um caráter de indisponibilidade.

8 Sendo a relação de trabalho meio de sobrevivência do trabalhador, nada mais natural que um outro desdobramento da proteção revele-se na máxima perpetuação possível do contrato de trabalho, desenvolvendo técnicas para a sua conservação, tais como a estabilidade e as indenizações nas despedidas injustas.

9 A reprodução inversa da sequência lógica apresentada nesta explanação ajuda a entender o raciocínio desenvolvido. Ao se perguntar “qual é o fundamento do disposto no art. 7º, inciso I, da CF”, a resposta será: “o princípio da continuidade da relação de emprego”; ao se perguntar sobre o fundamento deste último, a resposta será “a proteção do trabalhador”; e, ao se indagar sobre este, a resposta derradeira será “a preservação da dignidade do trabalhador”.

Enquanto, idealmente, o plano individual parte do pressuposto da hipossuficiência, no plano coletivo o pressuposto é outro: a autossuficiência dos sujeitos. O trabalhador individualmente considerado é hipossuficiente, tem menor poder negocial e demanda uma proteção através da limitação da autonomia de vontades (direitos mínimos que moldam o contrato e, conseqüentemente, restringem a margem negocial das partes ao estabelecerem um “patamar jurídico básico”). Mas, historicamente, a coletividade organizada não apenas se revelou apta para contrabalançar o maior poder negocial do empregador, como representou o “pontapé” inicial para a conquista de direitos ou mesmo para o surgimento do próprio Direito do Trabalho. Sem a luta dos sindicatos, possivelmente sequer existiria o Direito do Trabalho, ao menos tal como se o conhece hoje. Nada mais natural, portanto, que ao se estruturar, este ramo jurídico reservasse um espaço para a manutenção da autonomia coletiva privada. Daí o pressuposto da autossuficiência: se na relação individual há fragilidade negocial, no plano coletivo não há¹⁰; se na relação individual a proteção se faz restringindo a autonomia negocial, com o intuito de neutralizar a hipossuficiência, no plano coletivo a proteção deve se dar através da *garantia ampla de constituição de sujeitos coletivos*, igualmente aptos, presumidamente, para neutralizar a hipossuficiência dos trabalhadores nas relações negociais (e nas demais situações de defesa de seus direitos). Nas palavras de Krotoschin:

“As restrições impostas ao individualismo (...) explicam-se pela primazia que se deve atribuir ao interesse social, ainda mais tendo-se em conta que, pelo menos no sistema econômico chamado capitalista, somente assim é possível a igualdade entre as partes. Desde que a liberdade jurídica do indivíduo tem-se mostrado inoperante no terreno econômico, especialmente nas relações entre patrão e trabalhador, a associação profissional tem constituído e segue constituindo o meio pelo qual os trabalhadores, despertada sua consciência de grupo, influem primeiro sobre as condições de trabalho e, depois, sobre outros assuntos vinculados com a sua situação de trabalhadores. *O trabalhador, débil e economicamente inferior como indivíduo ilhado, se faz forte mediante*

10 Trata-se de um pressuposto formal da lógica operacional do Direito do Trabalho, com base em experiências históricas; ou seja, mesmo que na prática tal autossuficiência revele-se falaciosa, o pressuposto do direito das situações laborais coletivas permanece inalterado: autossuficiência. O mesmo ocorre no direito das situações laborais individuais: por mais que o trabalhador tenha, na prática, poder negocial perante o seu empregador, para o Direito do Trabalho ele continuará sendo visto como um hipossuficiente, pois esse é um pressuposto formal da lógica operacional do plano individual, igualmente sedimentado a partir da generalização de determinadas experiências históricas.

*a organização e se coloca em pé de igualdade com os empregadores e com as suas organizações, não apenas juridicamente, mas também social e economicamente.*¹¹

Portanto, o desdobramento natural do princípio da proteção do trabalhador, no plano coletivo, é o princípio da liberdade de associação laboral (art. 8º da Constituição), basilar ao direito das relações coletivas de trabalho. No plano das relações coletivas, “proteger” é, especialmente, garantir a constituição de legítimas organizações representativas, através das quais aquele que é presumidamente hipossuficiente torna-se, também presumidamente, autossuficiente.

Mas “a proteção é insuficiente, deve-se promover a melhoria da condição social do trabalhador”. O outro princípio basilar do Direito do Trabalho também se manifesta no plano coletivo, através do princípio da autodeterminação das vontades coletivas. Este é o princípio que confere às legítimas representações laborais um amplo instrumental para atuação em defesa dos interesses de classe. Aqui se destaca o incentivo à negociação coletiva¹², (a) fazendo com que normas oriundas do plano coletivo possam prevalecer, em certas circunstâncias, sobre as do plano individual¹³, (b) determinando que certas matérias somente possam ser tratadas no âmbito coletivo¹⁴, ou ainda, (c) predeterminando no tempo a vigência dos instrumentos normativos negociados¹⁵. “Sendo a negociação coletiva travada entre autossuficientes, naturalmente, deverá haver a ampliação dos direitos dos trabalhadores, por mais que esse processo revele eventuais e estratégicos retrocessos”, estabelece a lógica operacional do princípio da autodeterminação das vontades coletivas.

Na verdade, tal como ocorre entre os princípios da proteção e da melhoria da condição social do trabalhador, a distinção entre os princípios da liberdade associativa laboral (sindical) e da autodeterminação das vontades coletivas

11 KROTOSCHIN, Ernesto. *Instituciones de Derecho del Trabajo*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968. p. 177-178.

12 Embora este estímulo à negociação coletiva não esgote o alcance do princípio.

13 Exemplificativamente, art. 7º, inciso XXVI, da Constituição (“São direitos dos trabalhadores [...] reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”) e art. 622 da CLT (“Os empregados e as empresas que celebrarem contratos individuais de trabalho, estabelecendo condições contrárias ao que tiver sido ajustado em Convenção ou Acordo que lhes for aplicável, serão passíveis da multa neles fixada”).

14 Por exemplo, art. 6º-A da Lei nº 10.101/00 (“É permitido o trabalho em feriados nas atividades do comércio em geral, desde que autorizado em convenção coletiva de trabalho e observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição”).

15 Art. 614, § 3º, da CLT: “Não será permitido estipular duração de Convenção ou Acordo superior a 2 (dois) anos”.

revela-se útil apenas para fins didáticos. *Do ponto de vista normativo, são indissociáveis, um complementa o outro: liberdade associativa e autodeterminação das vontades coletivas são desdobramentos didáticos de um mesmo propósito valorativo-jurídico, qual seja, a busca pelo trabalho decente, a proteção à dignidade do trabalhador.*

2 – PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO LABORAL (LIBERDADE SINDICAL)

Trata-se de um princípio de extrema relevância ao direito das relações coletivas de trabalho, reconhecido universalmente, inclusive perante a comunidade internacional. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 1948, por exemplo, assegura em seu art. 20 o direito de reunião e de associação pacíficas, embora ninguém seja obrigado a pertencer a uma determinada associação¹⁶. Esse direito desdobra-se no item 4 do art. 23, segundo o qual toda pessoa tem direito a fundar sindicatos e a se sindicalizar para a defesa dos seus interesses¹⁷.

Em 16 de dezembro de 1966¹⁸, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁹ (PIDESC), com o intuito de delinear e, ao fazê-lo, promover a instrumentalização dos direitos econômicos, sociais e culturais assegurados na DUDH. Isso se apreende do próprio preâmbulo do referido Pacto, ao especificar que, “(...) em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, não se pode realizar o ideal de um ser humano livre, liberado do temor e da miséria, a menos que se criem condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, tanto como de seus direitos civis e políticos (...)”²⁰. Em seu art. 8º, o PIDESC consagra o seguinte:

16 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2003.

17 No original: “4 – *Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses*”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2003.

18 O PIDESC entrou em vigor no dia 23 de março de 1976, três meses após a sua trigésima quinta ratificação, nos termos do seu art. 49.

19 Aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado através do Decreto nº 592, de 6 de dezembro de 1992.

20 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_cescr_sp.htm>. Acesso em: 28 fev. 2004.

DOCTRINA

“1. Os Estados Partes no presente pacto se comprometem a garantir:

a) O direito de toda pessoa a fundar sindicatos e a filiar-se àquela de sua escolha, com sujeição unicamente aos estatutos da organização correspondente, para promover e proteger os seus interesses econômicos e sociais. Não poderão impor-se outras restrições ao exercício deste direito do que as prescritas pela lei e que sejam necessárias em uma sociedade democrática em interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para a proteção dos direitos e liberdades alheios;

b) O direito dos sindicatos a formar federações ou confederações nacionais e destas a fundar organizações sindicais internacionais ou a filiar-se às mesmas;

c) O direito dos sindicatos a funcionar sem obstáculos e sem outras limitações do que as prescritas em lei e que sejam necessárias em uma sociedade democrática em interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para a proteção dos direitos e liberdades alheios;

d) O direito de greve, exercido em conformidade com as leis de cada país;

2. O presente artigo não impedirá de submeter a restrições legais o exercício de tais direitos pelos membros das forças armadas, da polícia ou da Administração Pública.

3. Nada que esteja disposto neste artigo autorizará aos Estados Partes na Convenção da Organização Internacional do Trabalho de 1948, sobre a liberdade sindical e a proteção ao direito de sindicalização, a adotar medidas legislativas que menosprezem as garantias previstas na referida Convenção ou a aplicar a lei de forma a menosprezar ditas garantias.”²¹

Nesse sentido, o PIDESC repete a regra já existente na DUDH – de que um trabalho decente pressupõe a oportunidade do próprio trabalhador escolher e decidir o que deve entender por dignidade – e vai além, garantindo às representações sindicais o direito de coalizão, de ramificação e de atuação, inclusive através da greve.

21 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ceschr_sp.htm>. Acesso em: 28 fev. 2004. A referida convenção é a de número 87, que será tratada adiante.

Já o preâmbulo da Constituição da OIT esclarece que, em primeiro lugar, a sua atuação pauta-se pelo fomento da justiça social²². Esta, segundo o mesmo documento, não pode ser estabelecida enquanto houver um grande número de pessoas trabalhando em condições de injustiça, miséria e privações, o que sempre ensejará uma ameaça à paz e à harmonia universais. É, portanto, urgente a melhora destas condições de trabalho degradantes, especialmente no que diz respeito à duração do trabalho, ao fomento da contratação e ao combate ao desemprego, à garantia de um salário capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador, à proteção ao trabalho infante-juvenil, feminino e do trabalhador estrangeiro, à isonomia, à *liberdade de atuação sindical* e ao ensino profissionalizante, entre outras questões²³. Tendo em vista esta situação descrita, surgiu a OIT com o intuito de atuar no âmbito internacional, uma vez que “(...) se qualquer nação não adotar um regime de trabalho realmente decente, esta omissão constitui um obstáculo aos esforços das outras nações que desejem melhorar a sorte de seus trabalhadores em seus próprios países”²⁴.

A Declaração de Filadélfia, que complementa os fundamentos de atuação da OIT, ainda estabelece que a liberdade de associação e de expressão é fundamental para o progresso constante.

Mais recentemente, em 18 de junho de 1998, a Conferência Internacional do Trabalho aprovou a Declaração da OIT Relativa aos Princípios e Direitos

22 Ramon explica que os princípios nos quais se baseia a política jurídico-laboral podem ser sintetizados na noção de justiça social. Para o autor, no Direito do Trabalho, a justiça social consiste em harmonizar as relações obreiro-patronais e buscar uma proporcional distribuição dos bens produzidos na mesma relação. Essa simbiose entre proporcionalidade e harmonia deve ser alcançada mediante os princípios (critérios de medida) da preeminência (o ser humano é a fonte, o centro e o fim das normas laborais), da dignidade, da vitalidade (o Direito do Trabalho deve se voltar para a conservação e a melhoria da vida dos trabalhadores), da liberdade (trabalhadores e empregadores são livres para eleger sua ocupação e para associar-se), da dotação (os trabalhadores devem ter acesso à propriedade), da igualdade (reconhecimento da igualdade entre empregadores e trabalhadores, e destes entre si, quando cabível), da desigualdade (reconhecimento da desigualdade entre empregadores e trabalhadores, e destes entre si, quando cabível), da nivelção (busca do equilíbrio entre as classes sociais), da produção (busca pelo melhor rendimento no trabalho), da proteção (proteção especial aos trabalhadores, justificada pela hipossuficiência) e da participação (que visa a uma melhor distribuição de benefícios entre trabalhadores e empregadores).

MUÑOZ RAMON, Roberto. *Derecho del Trabajo*: teoria fundamental. México: Editorial Porrúa, 1976. p. 22-23.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Constitución. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 3 maio 2005.

23 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Constitución. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 3 maio 2005.

24 Convém lembrar que as restrições constitucionais à liberdade associativa laboral se referem, especificamente, às entidades sindicais (art. 8º, incisos II, III), e não, por exemplo, às associações profissionais, cuja liberdade está resguardada pela primeira parte do *caput* do art. 8º.

Fundamentais no Trabalho (DRPDFT). O seu art. 1º recorda que, ao se incorporar livremente à OIT, todos os seus Membros aceitaram os princípios e direitos enunciados em sua Constituição e na Declaração de Filadélfia e estão comprometidos a se esforçar por atingir os objetivos gerais da Organização em toda a medida de suas possibilidades e atendendo às suas condições específicas. Já o seu art. 2º, classifica como garantia fundamental para o trabalho decente, entre outros temas, *a liberdade de associação e a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva*.

Tradicionalmente, as normas e a literatura especializada referem-se à liberdade sindical como princípio maior regente do direito coletivo do trabalho, e a ela se vincula a ideia de pluralidade sindical. Neste estudo, a partir de uma análise das normas e documentos elaborados pela OIT, propõe-se outra classificação: liberdade associativa laboral. Esta expressão revela-se mais ampla do que a expressão liberdade sindical. No Brasil, por exemplo, tem-se atualmente um regime de liberdade associativa (art. 8º, *caput*, da Constituição), mas não de pluralidade sindical (art. 8º, inciso II, da Constituição)²⁵.

A Convenção nº 87 da OIT, referida como fundamento básico da pluralidade sindical, embora formalmente denominada “Convenção sobre a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização”, em seu texto, refere a autonomia para os trabalhadores e empresas constituir *quaisquer organizações* que estimem convenientes (art. 2º) e, em seu art. 10, esclarece que o seu objeto é “toda organização” de trabalhadores ou de empregadores que tenha por objeto fomentar e defender os interesses de suas respectivas classes. Sindicato é um tipo de organização representativa dos interesses de classe – aquele historicamente consagrado, juridicamente privilegiado e, possivelmente, o mais eficiente na satisfação de seus propósitos. Mas há outras formas de associação e organização que cada vez mais tomam força: coalizões efêmeras de negociação de greve, associações profissionais, conselhos de gestão, representações não sindicais de trabalhadores, conselhos tripartites de concertação social etc. Trata-se de uma diversificação representativa extremamente relevante, não apenas porque se reporta a um fenômeno concreto, inegavelmente existente nas mais diversas realidades da produção, mas também porque atualmente se apresenta, no mundo do trabalho pós-industrial, crescentes fenômenos de complexificação e diversificação das relações de trabalho (e, conseqüentemente, de suas legítimas representações). Talvez, ciente disso, a Conferência Internacional do

25 Não esquecendo que a Declaração de Filadélfia (Declaração relativa aos fins e objetivos da OIT) consagra a *liberdade de associação* como um dos princípios fundamentais sobre os quais se sustenta a atuação da OIT.

Trabalho tenha proposto, como princípio fundamental ao trabalho decente, a *liberdade de associação* e a liberdade sindical, em 1998, conforme já referido²⁶.

É corrente a ideia de que o princípio da liberdade de associação laboral justifica-se na ideia de autonomia coletiva privada, noção que reconhece legitimidade e suficiência aos grupos sociais organizados na defesa direta de seus respectivos interesses²⁷. A autonomia coletiva privada pressupõe o pluralismo social, situando os grupos organizados em uma zona intermediária entre o interesse privado e o público, tendo nestes seus principais limites, embora atue de forma autônoma em relação ao poder público²⁸.

Mais especificamente no que se refere à liberdade associativa laboral, em uma concepção ideal, tal princípio manifesta-se em um duplo aspecto, a saber:

– *Liberdade individual de associação* ao sindicato, ou seja, consagrando a autonomia do sujeito, conforme o seu interesse, de filiação, de não filiação, e de desfiliação, conforme o caso, das associações constituídas²⁹;

26 Nos dizeres de Santos, a autonomia coletiva privada consiste “(...) no poder reconhecido aos grupos sociais de criar normas jurídicas para a tutela de interesses de uma coletividade, comunidade ou classe de pessoas globalmente consideradas, revelando-se como um instrumento de tutela de interesses coletivos pertinentes ao grupo globalmente considerado, que não se confundem com a mera soma de interesses individuais dos membros da coletividade nem com os interesses pertinentes a toda a sociedade”. Ainda, para o autor, uma visão ampla da autonomia coletiva privada deve consagrar algumas garantias, como (a) a de fundação de sindicatos, (b) a de constituição de órgãos não associativos, como conselhos tripartites de concertação social, (c) a autonomia para redação dos estatutos sindicais, observados princípios gerais democráticos, (d) a do exercício da concertação social, (e) a da participação na elaboração do regulamento interno das empresas, e (e) a do livre exercício da negociação coletiva. SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 125-149.

27 RUDIGER, Dorothee Susanne. *O contrato coletivo no Direito Privado*: contribuições do Direito do Trabalho para a teoria geral do contrato. São Paulo: LTr, 1999. p. 94-108.

28 KROTOSCHIN, Ernesto. *Instituciones de Derecho del Trabajo*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968. p. 194-196. Conforme expõe o autor, alguns sistemas jurídicos admitem certas restrições à ideia de liberdade associativa (tais como mecanismos de sindicalização incentivada ou até mesmo compulsória) em seu duplo aspecto – em especial à liberdade individual de associação – tendo em vista o propósito próprio do direito das situações coletivas de trabalho, qual seja, a atenuação ou eliminação da ideia de hipossuficiência na relação capital/trabalho. Segundo expõe, “(...) a agrupação de trabalhadores e de empregadores, sobretudo dos primeiros, obedece a uma necessidade sociológica e econômica. Não apenas a consciência de grupo impulsiona a associação, senão que no campo prático da vida laboral ela resulta da impossibilidade para o trabalhador ilhado de se manter frente ao poderio econômico do empregador”. Mais adiante, expõe que: “Se tem em conta que se uma das funções mais importantes das organizações, especialmente das obreiras, consiste na representação dos trabalhadores para se fazerem ouvir com uma força igual à patronal, deve se dar a estas organizações a possibilidade de ser autenticamente representativas, aumentando, no que for possível, o número de seus aderentes por todos os meios que não se considerem contrários aos bons costumes”.

29 Para outra classificação, mais ampla do que a aqui proposta, Nascimento aponta como desdobramentos (ou “dimensões”) da liberdade sindical a liberdade de associação (faculdade dos trabalhadores

– *Liberdade organizacional*, que pressupõe a autonomia para os trabalhadores se agruparem e constituírem associações para a defesa dos interesses de seus integrantes, em caráter efêmero ou permanente, conforme a necessidade e a demanda a ser defendida, destacando-se os sindicatos. A liberdade organizacional igualmente consagra a autonomia para os sindicatos desdobram-se em federações, confederações e entidades representativas afins³⁰.

Presente na liberdade organizacional está a ideia de pluralidade. Esta, por sua vez, se aperfeiçoa na medida em que contempla uma série de possibilidades ou prerrogativas, a saber:

a) *Coexistência de múltiplas organizações sindicais representativas* – ou seja, na inexistência de monopólios sindicais fictícios, impostos pela legislação ou pelo poder público (unicidade representativa), característica que não abarca a autolimitação espontânea (unidade representativa). A multiplicidade significa a *garantia da possibilidade jurídica* de coexistência simultânea de mais de uma organização sindical representativa do mesmo grupo de trabalha-

agruparem-se em associações representativas), de organização (autonomia dos trabalhadores para escolher livremente os meios de união), liberdade de administração (consagração da ideia de democracia interna e de não ingerências externas), a liberdade de exercício das funções (garantia de um amplo espectro de instrumentos jurídicos para que as associações ajam em busca da satisfação de seus interesses e de suas demandas) e a liberdade de filiação e de desfiliação (garantia de filiação ou desfiliação do trabalhador em relação às associações existentes). NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 39-51.

Neste artigo, está se partindo da distinção, como princípios maiores do direito coletivo, entre o princípio da liberdade de associação laboral e o princípio da autodeterminação das vontades coletivas, e neste último, aqui não abordado, estariam abrangidas a autonomia administrativa e funcional.

- 30 Conforme a Ementa nº 319 do CLS: Apesar de que os trabalhadores possam ter interesse em evitar que se multipliquem as organizações sindicais, a unidade do movimento sindical não deve ser imposta mediante intervenção do Estado por via legislativa, pois dita intervenção é contrária ao princípio enunciado nos arts. 2º e 11 da Convenção nº 87. A Comissão de Expertos em Aplicação de Convênios e Recomendações da OIT tem assinalado que “existe uma diferença fundamental quanto às garantias estabelecidas para a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização entre uma situação, de um lado, em que o monopólio sindical é introduzido ou mantido por lei e, de outro, as situações de fato, que existem em certos países em que todas as organizações sindicais se agrupam voluntariamente em uma só federação ou confederação, sem que isso resulte direta ou indiretamente das disposições legislativas aplicáveis aos sindicatos e à criação de associações profissionais. O fato de que os trabalhadores e os empregadores obtenham, em geral, vantagens ao evitar uma multiplicação do número das organizações competidoras não parece suficiente, a efeito, para justificar uma intervenção direta ou indireta do Estado, sobretudo a intervenção deste por via legislativa”. Ainda que apreciando em todo o sentido o desejo de um governo de fomentar um movimento sindical forte, evitando os efeitos de uma multiplicação indevida de pequenos sindicatos competidores entre si e cuja independência poderia ver-se comprometida por sua debilidade, o Comitê tem assinalado que é preferível em tais casos que o governo procure alentar os sindicatos para que se associem voluntariamente e formem organizações fortes e unidas, e não que imponha por via legislativa uma unificação obrigatória que priva os trabalhadores do livre exercício de seus direitos sindicais e viola os princípios incorporados nas Convenções Internacionais do Trabalho relativas à liberdade sindical.

DOCTRINA

dores em uma mesma base territorial. Aqui, o ideal é o da unidade do movimento sindical: a partir da atuação das inúmeras entidades sindicais existentes, aquelas que se revelassem, através de sua atuação, mais aptas na defesa dos interesses de classe acabariam por absorver as demais existentes, em um processo de “aglomeração espontânea”, livremente desencadeada pelos próprios trabalhadores, e não através da imposição externa³¹. O esquema a seguir exemplifica a questão:



A garantia da multiplicidade de sindicatos como ideal jurídico-normativo está presente na Convenção nº 87 da OIT, que, em seu art. 2º, consagra a possibilidade de todos os trabalhadores e empregadores de constituírem as organizações que estimarem convenientes, sem prévia autorização, bem como de se afiliar às mesmas, com a condição básica de observância dos respectivos estatutos. Segundo a Ementa nº 313 do CLS: “A existência de uma organização sindical em um setor determinado não deveria constituir um obstáculo para a constituição de outra organização, se os trabalhadores assim o desejam”. Da mesma forma, a Ementa nº 314: “As disposições de uma constituição nacional relativas à proibição de criar mais de um sindicato por categoria profissional ou econômica, qualquer que seja o grau de organização, sobre uma base territorial dada que não poderá ser inferior à área de um município, não estão em conformidade com os princípios da liberdade sindical”. As Ementas ns. 315 e 316, inclusive, facultam a possibilidade de criação de mais de um sindicato por empresa, se assim for o desejo da base representada.

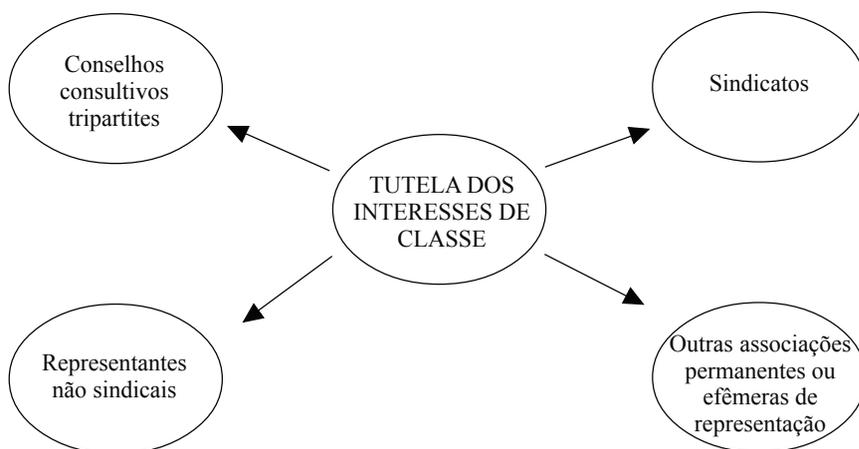
b) *Diversidade representativa* – a diversidade consagra a ideia de inexistência de formas preestabelecidas para a representação dos trabalhadores.

31 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios gerais de Direito Sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 99-100.

DOCTRINA

Enquanto a ideia de coexistência de múltiplas organizações sindicais representativas rechaça o monopólio sindical, a ideia de diversidade representativa afasta o monopólio de uma forma representativa única: os interesses dos trabalhadores devem poder se fazerem representados por sindicatos, associações, coalizões efêmeras e quaisquer outras representações não sindicais estrategicamente eleitas pelos próprios trabalhadores.

De certa forma, a ideia de diversidade já se encontra parcialmente fundamentada neste estudo, ao se justificar a utilização da expressão “liberdade associativa laboral” em detrimento da consagrada “liberdade sindical” (arts. 2º e 10º da Convenção nº 87; art. 2º da DRPDFT de 1998; Declaração de Filadélfia). Mas há ainda outros documentos que dão base à argumentação em seu favor. Exemplificativamente, a Convenção nº 135 sobre os representantes dos trabalhadores, de 1971, em seu art. 3º, estende seus efeitos aos *representantes laborais que exerçam funções não exclusivas dos sindicatos*. A Convenção nº 144 sobre a consulta tripartite (normas internacionais do trabalho), de 1976, estabelece disposições de fomento a instâncias ou conselhos consultivos tripartites (capital/trabalho/governo) em matérias afeitas ao mundo do trabalho. Em sentido semelhante, a Convenção nº 150 (sobre a administração do trabalho, de 1978) e a Recomendação nº 113 (sobre a consulta, de 1960). A Convenção nº 154 sobre a negociação coletiva, de 1981, em seu art. 3º, contempla a possibilidade de *representantes não sindicais* de trabalhadores participarem de negociações coletivas. A Recomendação nº 94, sobre a colaboração no âmbito da empresa, de 1952, em seu art. 1º, propõe o estímulo à implantação de instâncias de colaboração entre trabalhadores e empregadores no âmbito empresarial em matérias de interesse comum, não abrangidas dentro do campo de ação dos organismos de negociação coletiva.



DOCTRINA

A diversidade representativa afina-se à ideia de estímulo à “concertação social” tão presente na atuação da OIT, ainda mais considerando-se o pluralismo tão característico das sociedades atuais. Por concertação social pode-se entender um sistema de permanente diálogo social entre poder público e as legítimas representações sociais, visando democratizar o poder, dar maior legitimidade às políticas de administração pública das relações de trabalho, além de proporcionar que os próprios atores sociais envolvidos participem diretamente no processo de transformação de suas pretensões em direitos. Conforme se observa, a partir da leitura da Ementa nº 1.076 do CLS, trata-se para a OIT de um necessário processo de responsabilização dos atores sociais na “busca do bem estar e da prosperidade da comunidade em geral”, ainda mais se tendo em conta a “complexidade crescente dos problemas que se colocam nas sociedades”.

c) *Cindibilidade dos interesses representados* – ou seja, na possibilidade de que um grupo de trabalhadores representados por um determinado sindicato se divida (cisão), conforme seus interesses mais específicos venham à tona e não se revelem adequadamente representados pela entidade já existente, eventualmente voltada a interesses mais genéricos ou majoritários. Em suma, o que se busca através da ideia de cindibilidade é a garantia jurídico-normativa de que os grupos minoritários tenham, também, o direito e a liberdade de coalizão própria, se assim entenderem apropriado. E ainda, pode-se concluir que, para o ideal de concertação social arquitetado pela OIT, ambas as espécies de representações (gerais e específicas) não deveriam se excluir, mas se complementar em suas atuações.

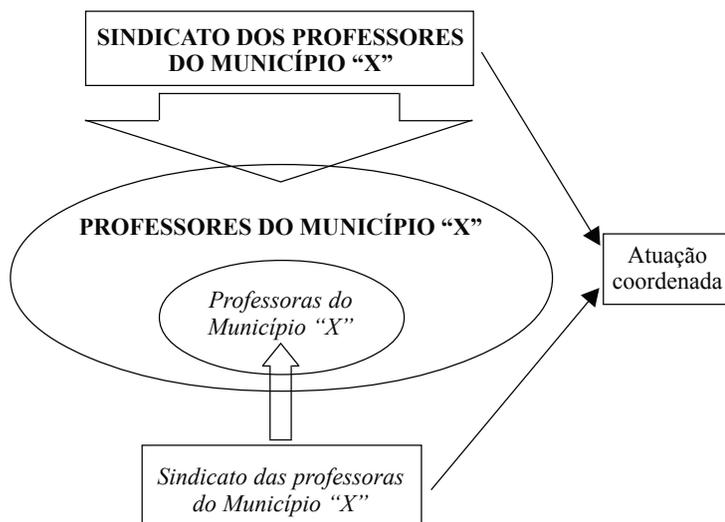
A cindibilidade igualmente consagra a ideia de que, em termos de organização laboral e de representação sindical, não deve haver base material ou territorial mínima (ou elementar) a ser obrigatoriamente observada. Ao longo de seu desenvolvimento, o direito das relações coletivas de trabalho consagrou, como critérios delimitadores de sua base material de representação, as noções de empresa, de profissão (ou ofício)³² e, como critério consagrado no ordenamento brasileiro, de categoria. No primeiro caso, a “célula” básica de representatividade sindical é o local de trabalho ou a unidade econômica, presumindo-se o despertar dos laços de solidariedade que caracterizam o sindicalismo a partir de um critério espacial; no segundo caso, a representatividade é estabelecida a partir do ofício, profissão ou das atribuições exercidas pelo trabalhador, presumindo-se o despertar dos laços de solidariedade a partir de um critério de identidade funcional; e, no terceiro caso, uma espécie de

32 Vide nota de rodapé nº 2.

DOCTRINA

simbiose dos sistemas de enquadramento anteriormente referidos, tem-se uma maior abstração do conceito de profissão (ou ofício) e a representatividade passa a se formar a partir do setor de atividade econômica em que o trabalhador presta seus serviços, identificado com base na atividade preponderante do empregador.

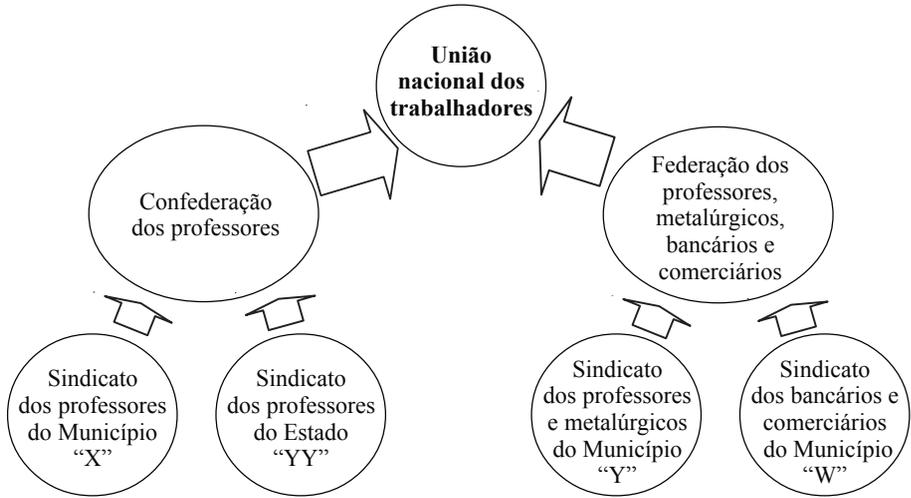
A cindibilidade consagra o entendimento, segundo o qual, dentro destas bases mínimas (materiais, geográficas ou mistas, conforme a tradição do sistema jurídico em análise) de organização consagradas, podem existir grupos e interesses mais específicos (ou minoritários), que igualmente devem ter assegurado o direito de associação, como, por exemplo, na constituição de sindicatos ou organizações para a defesa dos interesses específicos das mulheres dentro da profissão ou categoria dos bancários. E a coexistência destas organizações não é excluyente, mas complementar: uma empregada bancária, por exemplo, pode ter interesse em se associar no sindicato dos bancários, na defesa daqueles interesses que são comuns à empresa, profissão ou categoria (conforme o caso) e, simultaneamente, em se associar ao sindicato das mulheres bancárias, para a defesa dos seus interesses profissionais específicos decorrentes da questão de gênero. Nesse caso, o critério associativo é a especialização infinita de interesses *conforme os mesmos vão se legitimando e se organizando*. Como tais interesses não serão, possivelmente, coincidentes ou excluyentes, não há que se falar necessariamente em um ideal de unidade, e sim no ideal de coordenação: organizações de representação material mais geral agindo de forma harmônica e coordenada com as organizações de representação mais específica. O esquema a seguir exemplifica a questão:



A ideia de cindibilidade, além de implícita no já referido art. 2º da Convenção nº 87 da OIT, pode ser percebida a partir da análise de algumas das decisões elaboradas pelo Comitê de Liberdade Sindical. A Ementa nº 209 dispõe que “a expressão ‘sem nenhuma distinção’ que contém [o art. 2º da Convenção nº 87] significa que se reconhece a liberdade sindical sem discriminação de nenhuma classe devida à ocupação, ao sexo, à cor, à raça, às crenças, à nacionalidade, às opiniões políticas etc., não só aos trabalhadores do setor privado da economia, senão também aos funcionários e aos agentes dos serviços públicos em geral”. A liberdade de associação e organização sindicais alcança inclusive trabalhadores permanentes, temporários, em período de prova e domésticos (Ementas ns. 255, 256 e 267 do CLS): todos têm direito a constituir suas organizações específicas. Nesse sentido, dispõe a Ementa nº 217, do mesmo comitê, que “o estabelecimento, para os efeitos do reconhecimento do direito de associação, de uma lista de profissões com caráter limitativo, estaria em contradição com o princípio de que os trabalhadores, sem distinção, devem ter direito a constituir as organizações que estimem convenientes e se afiliar às mesmas”. Ainda, da mesma forma que é possível a coexistência de várias organizações representativas, a liberdade associativa também deve possibilitar que um mesmo trabalhador (ou empregador) se filie, simultaneamente, a quantas organizações estimar conveniente. Neste sentido, a Ementa nº 360 do CLS: “Os trabalhadores deveriam poder, se assim o desejarem, afiliar-se simultaneamente a um sindicato de ramo e a um sindicato de empresa”.

d) *Unidade fundamental dos interesses representados* – enquanto a ideia de cindibilidade dos interesses representados reconhece a diversidade de relações – e, conseqüentemente, a diversificação das condições de vida e a especialização das respectivas demandas – a ideia de unidade fundamental não permite o esquecimento de que, dentro da diversidade, há unidade. As organizações podem ser empresariais, municipais, regionais e nacionais; organizações de âmbito territorial local podem se agrupar em uniões (federações, confederações, por exemplo) de âmbito territorial maior. A prerrogativa da unidade não se aplica apenas no que se refere aos limites territoriais, mas também materiais: trabalhadores de empresas, profissões e categorias distintas podem se agrupar em uma organização única, representativa dos interesses gerais de todos. Por mais que atualmente se identifique um processo de particularização de condições e demandas, os trabalhadores ainda são uma *classe social* definida a partir do papel que desempenham no espaço produtivo capitalista: fornecedores, nos termos e limites de um contrato preestabelecido, de sua força de trabalho. Isso lhes dá um contorno básico, lhes permite a identificação de interesses básicos em comum, que não podem ser negligenciados no âmbito da liberdade associativa. O esquema a seguir exemplifica a questão:

DOCTRINA



A ideia da unidade fundamental, além de igualmente implícita no art. 2º da Convenção nº 87, revela-se em inúmeros outros dispositivos elaborados pela OIT. Já foi visto que o art. 10º da mesma Convenção se reporta a qualquer organização representativa voltada aos interesses de classe. O art. 5º estabelece que as organizações de trabalhadores têm o direito de constituir federações e confederações, assim como de filiarem-se às mesmas, e toda organização, federação ou confederação têm o direito de filiar-se às organizações internacionais de trabalhadores e de empregadores. Segundo as Ementas ns. 714, 716 e 719 do CLS, uma legislação que impeça a formação de federações ou confederações formadas pela união de organizações provenientes de atividades distintas está em confronto com o princípio da liberdade associativa. Ainda, conforme a Ementa nº 335, é lícita, se espontaneamente assim o desejarem os trabalhadores e empregadores, a constituição de uma organização única, abarcando trabalhadores de categorias, profissões ou localidades distintas.

3 – A LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO LABORAL: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

Até o presente, buscou-se a descrição do princípio da liberdade associativa tendo por referência principal a produção normativa da OIT. Ultrapassada esta primeira etapa, algumas reflexões se fazem necessárias.

A primeira diz respeito aos desdobramentos aqui propostos do princípio da liberdade associativa laboral: coexistência de múltiplas organizações sindicais, diversidade representativa, cindibilidade dos interesses representados

DOCTRINA

e unidade fundamental dos interesses representados. Até que ponto tais desdobramentos, muitos se perguntarão, não enfraquece a ação coletiva laboral? Aqui cabe frisar que tais aspectos da liberdade associativa são tidos pela OIT como meras *possibilidades jurídicas, e não obrigatoriedades*. Para a OIT, que atua em um campo complexo e diversificado – as diversas realidades produtivas mundiais de seus países membros –, o mais relevante é que os vários sistemas jurídicos nacionais propiciem aos próprios trabalhadores (e empregadores) *organizarem-se espontaneamente*, adotando os modelos associativos que estimarem convenientes e se revelarem, na prática, mais bem sucedidos no propósito de tutela dos interesses de classe. *Não há um modelo ou fórmula ideal*, daí a pregação da liberdade em uma acepção tão ampla. O pressuposto é que não há um modelo padrão a ser preestabelecido: os diversos sistemas jurídicos devem dar plena liberdade para que o modelo mais apto seja estabelecido conforme as demandas produtivas, culturais, econômicas etc., acomodem-se mais adequadamente, conciliando o propósito fundamental do direito das relações laborais coletivas, qual seja, a proteção do trabalhador. A mesma liberdade é necessária para que um determinado modelo preestabelecido se adapte, eventualmente, às realidades cambiantes do mundo produtivo pós-industrial. A liberdade associativa laboral não é (tão somente) um fim em si, mas sim (igualmente) um meio para se chegar ao melhor modelo de tutela das demandas laborais coletivas e ao trabalho decente.

Essa preocupação pela liberdade associativa laboral é facilmente justificável na medida em que, em diversas realidades nacionais – incluindo-se a latino-americana, em geral, e a brasileira, em especial –, as organizações sindicais foram cooptadas, em algum momento histórico, pelo poder público e utilizadas como instrumento de manobra ideológica. Ou ainda, não se pode perder de vista que as diversas sociedades são regidas por distintos centros de produção de poder – Economia (produção), Direito, Política, Ciência etc. – e quanto mais autônomos são estes centros uns dos outros, provavelmente mais estáveis serão as instituições da realidade em apreço. No entanto, em muitos países essa autonomia não se apresenta de forma sólida, e o poder econômico acaba cooptando o poder político e o direito. Nestas situações, o Direito do Trabalho – ramo do direito cujo objeto recai sobre uma relação social nuclear ao processo produtivo capitalista – e as organizações laborais coletivas – historicamente, um dos principais movimentos sociais que se revelaram aptos para contrapor forças com o poder econômico capitalista – podem ser manipulados por regramentos jurídicos excessivamente detalhistas e restritivos.

Além disso, consolidada a lógica capitalista há séculos, somando-se a isso o grande desenvolvimento atual das tecnologias de manipulação da

informação, não há mais sentido, generalizando, pensar o trabalhador como um ser incapaz, demandante de ações tutelares por parte do Estado, em um viés tipicamente paternalista. Com essa afirmação, e isso deve ser destacado, não se quer justificar ou defender a desnecessidade de uma atuação estatal nas relações produtivas. *Nas realidades em que a fragilidade laboral é evidente – o mundo produtivo é muito diversificado, e lidar com modelos jurídicos únicos é uma tarefa cada vez mais difícil –, a ação estatal se justifica, mas nunca para oprimir os processos de amadurecimento das organizações laborais e de desenvolvimento das relações coletivas.*

Assim, para a OIT, o papel do Estado se aperfeiçoaria:

a) Através da *propositura normativa de modelos facultativos de associação laboral* ou, pelo menos, não impeditivos de modelos alternativos espontaneamente estabelecidos. Nesse sentido, por exemplo, as Ementas ns. 346 e 384 do CLS:

“346. O Comitê indicou que em diversas oportunidades, e em particular a propósito da discussão do projeto de Convenção sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva, a Conferência Internacional do Trabalho havia invocado a questão do caráter representativo dos sindicatos e admitido, até certo ponto, a distinção que às vezes se faz entre os diferentes sindicatos de acordo com seu grau de representatividade. A Constituição da OIT, no § 5º do art. 3, consagra a noção de “organizações mais representativas”. Por conseguinte, o Comitê estimou que *o simples fato de que a legislação de um país estabeleça uma distinção entre as organizações sindicais mais representativas e as demais organizações sindicais não deveria ser em si criticável*. No entanto, é necessário que uma distinção deste gênero não tenha como consequência conceder às organizações mais representativas – caráter que se deriva de um número mais elevado de afiliados – privilégios que excedam de uma prioridade em matéria de representação nas negociações coletivas, consultas com os governos, ou, inclusive, em matéria de designação dos delegados ante organismos internacionais. Em outras palavras, *tal distinção não deveria ter por consequência privar as organizações sindicais, que não tenham sido reconhecidas como as mais representativas, dos meios essenciais para defender os interesses profissionais de seus membros nem do direito de organizar sua gestão e sua atividade e de formular seu programa de ação, previsto pela Convenção n° 87.*”

“384. Toda obrigação imposta a um sindicato – à exceção de certas cláusulas puramente formais – de copiar seus estatutos sobre um modelo

obrigatório seria contrária às regras que garantem a liberdade sindical. *Muito diferente é o caso em que um governo se limita a pôr um modelo de estatuto à disposição das organizações em formação sem impor a aceitação do modelo proposto.* A preparação de tipos de estatutos e regras para guia dos sindicatos, sempre que as circunstâncias sejam tais que não exista de fato nenhuma obrigação de aceitá-los nem nenhuma pressão exercida em tal sentido, não estranha necessariamente uma intervenção no direito das organizações de redigir seus estatutos e regramentos em completa liberdade.”

b) *Coibindo modelos de organizações laborais distorcidos*, desde que assim caracterizados por intermédio de procedimentos formais comandados por organismos neutros, como o Poder Judiciário. Nesse sentido, a Ementa nº 495 do CLS estabelece que a liberdade sindical se justifica na medida em que as associações operam através de atividades lícitas, sempre com o intuito de defesa dos interesses profissionais. Práticas sindicais que afetem direitos fundamentais de terceiros – como o boicote, por exemplo – destoam dos limites próprios da liberdade sindical (Ementa nº 518 do CLS). Ainda, a Ementa nº 687 estabelece que “o cancelamento do registro de um sindicato somente deveria ser possível por via judicial”, nunca por via administrativa (Ementa nº 684 do CLS), o que se justifica para garantir o amplo direito de defesa (Ementa nº 699 do CLS) e evitar abusos na interpretação legal (Ementa nº 680 do CLS).

c) *Preservando os direitos básicos* (direito das condições mínimas e princípio da irrenunciabilidade) e as condições de trabalho mais benéficas aos trabalhadores (princípio da norma mais favorável). Como já referido anteriormente³³, a própria ideia de trabalho decente para a OIT envolve a proteção social e a observância dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Além disso, o art. 3º da Recomendação nº 91 da OIT (sobre os contratos coletivos, de 1951) estabelece que, em um eventual conflito entre normas oriundas do contrato individual e normas oriundas da negociação coletiva, estas devem ser aplicadas desde que as primeiras não sejam mais favoráveis aos trabalhadores.

Em outras palavras, a liberdade de associação laboral não afasta ou impede a ação estatal normativa, apenas lhe dá limites, privilegiando as legítimas organizações ou modelos surgidos a partir dos próprios trabalhadores, dentro do pressuposto de que o desenvolvimento real da concertação e do diálogo

33 Na ideia de “desenvolvimento real da concertação e do diálogo social” está implícita a necessidade de que os atores sociais estejam em posição de equivalência, o que se obtém, para a OIT, através do desenvolvimento espontâneo, mais ou menos “dirigido” pelo Estado, das organizações de classe.

social³⁴ é um dos principais meios para a efetiva proteção e promoção da melhoria da condição social dos trabalhadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, está-se abordando o princípio da liberdade de associação laboral em uma “concepção ideal”, a partir de uma leitura possível acerca da produção normativa elaborada pela OIT. Os esquemas e a classificação, até então referidos, retratam a ideia de que as organizações representativas de trabalhadores e empregadores devem ter ampla liberdade para se estruturar, nas diversas realidades nacionais, conforme seus interesses se apresentem legítimos e conforme as estratégias livremente eleitas para defendê-los se revelem mais aptas. Não se trata de uma organização necessária. O pressuposto é que, conforme as opções sejam ofertadas, as próprias organizações se autodeterminem e, à medida que esta autodeterminação se revele imprópria, haja liberdade para a estipulação e implementação de novas estratégias associativas, até que algum modelo revele-se mais apto na defesa de classe. Em suma, a “palavra de ordem” para a OIT é a voluntariedade na busca de um modelo de organização ideal e maduro, e não a sua imposição fictícia.

No Brasil, embora os princípios da liberdade de associação laboral e da autodeterminação das vontades coletivas estejam previstos no art. 8º da Constituição – com algumas restrições previstas no próprio texto constitucional – não é demais recordar que nossa cultura juslaboral coletiva alimentou-se historicamente de outras fontes que não a autonomia coletiva privada. Boa parte dos principais institutos sindicais brasileiros tem origem na concepção corporativista, cujos pressupostos, em alguns aspectos, apresentam-se diametralmente opostos aos que aqui estão apresentados³⁵.

A influência do modelo corporativista no Brasil explica a permanência de alguns institutos bastante peculiares que caracterizam o hibridismo do atual sistema sindical brasileiro. Em que pese a consagração do princípio, em análise no art. 8º da Constituição³⁶, o inciso II do mesmo artigo restringe a possibilidade

34 Em especial, pelo fato das concepções corporativistas, ao contrário dos pressupostos que fundamentam a ideia de autonomia coletiva privada, negarem a legitimidade do conflito de classes como um importante instrumento promotor do desenvolvimento e da justiça social. No mesmo sentido, SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 133.

35 “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:”

36 “É vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.”

de criação de mais de um sindicato em uma determinada base territorial (“unicidade sindical”)³⁷; o inciso III respalda a manutenção da categoria única como célula básica de representatividade sindical; o inciso IV mantém a figura da contribuição sindical compulsória, de natureza tributária³⁸, e o art. 114, § 2º, mantém, embora atualmente bastante desfigurado, o atípico poder normativo da Justiça do Trabalho (o que transfere ao Poder Judiciário a tarefa de solução de determinado conflito negocial coletivo)³⁹. Sem entrar no mérito da conveniência, ou não, da permanência de tais institutos no sistema brasileiro, inegável é a sua estranheza *quando analisados sob o ponto de vista do ideal de liberdade associativa, ao menos tal como o mesmo se revela a partir da atuação da OIT*.

No entanto, essa mesma “estranheza” talvez seja dissipada quando a análise do modelo brasileiro atual parta das peculiaridades históricas e culturais arraigadas em nosso sindicalismo, que não podem ser rompidas abruptamente. A realidade sindical nacional é extremamente diversificada e, assim, certas limitações jurídicas que em algumas circunstâncias possam se apresentar justificáveis⁴⁰, em outras talvez representem empecilhos à atuação de associações representativas mais efetivas. De qualquer forma, como reflexão, fica a impressão de que, dentre os institutos geralmente apontados como resquícios de um modelo corporativista e opressivo, a regra da unicidade deva ser uma das primeiras a ser repensada em uma eventual proposta de reforma legal.

37 “Assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, *independentemente da contribuição prevista em lei*.” (não grifado no original)

38 “Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.”

39 É o caso, por exemplo, do chamado “poder normativo”. Trata-se de uma função atípica e controvertida conferida ao Judiciário Trabalhista, condenável quando abordado a partir das premissas das normas e decisões da OIT. Mas dentre os argumentos em sua defesa está o fato – inegável, diga-se de passagem – de que, para grande parte das organizações brasileiras, o pressuposto da autossuficiência sobre o qual se sustenta o plano das relações coletivas é falacioso, justificando, muitas vezes, a interferência do Poder Judiciário na composição de conflitos coletivos.

DA FORMAL REPRESENTAÇÃO À EFETIVA REPRESENTATIVIDADE SINDICAL: PROBLEMAS E SUGESTÕES EM MODELO DE UNICIDADE*

Marcus de Oliveira Kaufmann**

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS: A INSEGURANÇA DE REPRESENTAÇÃO

Tratar de representação (formal) sindical e, de forma mais aprofundada e menos fria, em um outro patamar mais digno, de efetiva e real representatividade sindical, impõe, antes de qualquer outra elucubração, assumir frustrações e angústias, se já não bastasse a letargia que o debate sobre uma tal matéria provoca nos meios políticos e jurídicos competentes.

A par de tal constatação, por mais que as críticas se atabalhoem nos livros e escritos acadêmicos, sociológicos e políticos, menos se avança em direção a uma efetiva reforma sindical que pudesse catapultar todos os envolvidos a um contexto jurídico em que se prestigie a verdadeira, real, legítima e concreta representatividade sindical, mais próxima dos desideratos de uma ampla liberdade, e não de uma formal representação sindical.

Seja como for, partindo-se da premissa de que as críticas ao modelo de unicidade sindical tendem a aglutinar o maior número de teóricos e estudiosos sobre as relações de trabalho, principalmente as coletivas, se comparadas às eventuais defesas do modelo imposto, é possível afirmar que, ao longo de todo o desenvolvimento do sistema sindical brasileiro, quanto mais leis se editaram, mais e mais se frustraram as tentativas de arrolar o Brasil no rol de países

* Texto base, posteriormente revisto e ampliado, decorrente da intervenção do autor, em 24 de junho de 2009, no 8º Painel – Direito Coletivo do Trabalho, com o tema *O conceito de representatividade na lei sindical brasileira*, do 49º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho promovido pela LTr em São Paulo/SP.

** Advogado; bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; doutorando e mestre em Direito das Relações Sociais (Direito do Trabalho) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior.

adeptos de uma ampla liberdade sindical, realmente efetiva, que pudesse promover a adequação da categoria inorganizada, disforme sob o ponto de vista jurídico, à estrutura formal e normativa capaz de lhe dar trânsito ativo, ou ação sindical efetiva, na defesa dos direitos e/ou interesses de seus integrantes no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho.

Tudo o que se fez, no campo da produção legislativa, salvo espíritos iluminados que, aqui e acolá, surgem, ora no Poder Executivo, ora no Poder Legislativo, tem tido efeito negativo¹, uma vez que, com a intenção de regular, as normas restringem e limitam a concretização de verdadeiras *representatividades* sindicais, junto às bases representadas. A mera representação formal, reconhecida de cima para baixo, dos normativos ministeriais e empurrada, goela abaixo, para a base representada, ao longo do tempo, por mais que tenha sido alvo de ataques, se robusteceu no plano normativo.

De mais a mais, estudos empreendidos pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) demonstram que há, no mundo, diversas formas de inseguranças relacionadas ao trabalho, ainda mais, atualmente, em contexto de “pós” (?) crise econômica mundial. Em primeiro lugar, há a insegurança da empregabilidade (*employment insecurity*), que diz respeito à flexibilidade numérica, ou seja, a questões de contratação e dispensa e a de trabalho temporário ou por prazo determinado. Em segundo lugar, há a insegurança do trabalho (*job insecurity*), que diz respeito à flexibilidade funcional. Em terceiro lugar, há a insegurança das condições de trabalho (*work insecurity*), relacionada às questões de segurança e higiene no ambiente de trabalho. Em quarto lugar, há a insegurança reprodutiva do trabalho (*labour, skill and reproduction insecurity*), relacionada ao acesso do trabalhador a programas de treinamento e educação, bem como ao bem-estar familiar. Por fim, e como uma insegurança das mais graves, mais voltada ao temário ora discutido, há a relacionada à representação (*representative insecurity*), ou seja, a de se ter uma “voz” digna que possa expressar os direitos e interesses do representado².

Em 2008, a OIT publicou o Relatório Global (*Report I [B]*), da lavra de seu Diretor-Geral, Juan Somavia, adotado na Nonagésima Sétima Sessão da

- 1 SILVA, Antônio Álvares da. Contratação coletiva. In: MALLET, Estêvão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (Coords.). *Direito e processo do trabalho*: estudos em homenagem a Octavio Bueno Magano. São Paulo: LTr, 1996. p. 207-253 e p. 233. Ainda em BARRROS, Cassio Mesquita. Pluralidade, unidade e unicidade sindical. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Coord.). *Curso de Direito Coletivo do Trabalho*: estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa. São Paulo: LTr, 1998. p. 77-91, p. 86.
- 2 AUER, Peter; CAZES, Sandrine. Introduction. In: AUER, Peter; CAZES, Sandrine (Ed.). *Employment Stability in an Age of Flexibility*: evidence from industrialized countries. Geneva: International Labour Office, 2002. p. 1-21 e p. 19.

Conferência Internacional do Trabalho, referente às diretivas traçadas na “Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu seguimento de 2008”³, de uma década atrás, intitulado, em tradução livre, “A liberdade sindical na prática: as lições aprendidas”⁴.

Por esse relatório, embora se tenha reconhecido que já se tornam raros os casos em que países realmente proíbem a associação em organizações obreiras e patronais, até porque novas formas de representação dos trabalhadores estão sendo desenvolvidas, um tipo recorrente de restrição ao direito de associação sindical, prescrito por certos governos, e que obstaculiza uma verdadeira representatividade, continua sendo o imperativo de sindicalização única, cujo ente representante, ou tido por tal, é aquele ao qual os trabalhadores (ou os empregadores) deverão, necessariamente, se filiar, sem que reste a possibilidade de existência de outros sindicatos congêneres.

Segundo a OIT, nos últimos 15 (quinze) anos, vários países conseguiram reformas legais e/ou constitucionais para permitir o pluralismo sindical, com o término de associações sindicais patrocinadas pelo Estado ou controladas pelo Estado, entre os quais, por curiosidade, a República Federal Democrática da Etiópia, a República Islâmica da Mauritânia, a República da Moldávia e a República Unida da Tanzânia. A República Federal da Nigéria também se aperfeiçoou para exigir que todos os sindicatos antes registrados sob a batuta estatal estejam filiados a uma espécie de central sindical, portadores que seriam de uma representatividade derivada. O Reino do Bahrain, que permitiu a existência de sindicatos no setor privado somente em 2002, promoveu, recentemente, uma emenda à legislação sindical (à *Trade Union Act*), ainda em discussão no parlamento, visando a permitir que os trabalhadores possam, por empresa, instituir mais de um sindicato. Reformas semelhantes estão ocorrendo no Kuwait e na República do Líbano, o que fez a OIT concluir que o monopólio estatal sobre a estrutura sindical se mantém em alguns países

3 *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu seguimento*. Adotada durante a Conferência Internacional do Trabalho na sua Octogésima Sexta Reunião, Genebra, 18 de junho de 1998. Trad. Edilson Alkmim Cunha. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2001. No item 2 da Declaração, a Conferência Internacional do Trabalho lembra e declara que “todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa-fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação”.

4 *Freedom of Association in Practice: Lessons Learned*. Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work 2008. Geneva: International Labour Office, 2008.

onde o poder político é exercido por um único partido e/ou onde ainda existe uma ligação orgânica, intrassistêmica, corporativista, entre os exercentes do poder e os atores do mundo do trabalho⁵.

Embora a pluralidade sindical, como modelo reconhecido mundialmente por ser mais próximo à liberdade sindical, receba certas críticas⁶, como o fato de (i) quebrar a unidade da classe operária; (ii) estimular a luta intersindical e entre os dirigentes e associados; (iii) despertar a vaidade ou a ambição dos dirigentes sindicais, o que pode acarretar a formação de sindicatos dissidentes numerosos e desnecessários; (iv) contribuir para o enfraquecimento da luta sindical e do sindicato; e (v) pressupor a declaração do ente mais representativo para os momentos mais importantes do agir sindical – dividindo os sindicatos em duas vertentes, suscitando a que os trabalhadores (e os empregadores) abandonem o sindicato mais fraco e se associem ao mais forte, do que resultaria, então, a figura do “sindicato único” que a pluralidade sindical “quer” combater⁷ – os países que a adotam verificaram que (i) há um aumento vertiginoso do

- 5 Ibidem, p. 11. Qualquer semelhança ou alusão à República Federativa do Brasil “pode” não ser mera coincidência, até porque o Comitê de Liberdade Sindical da OIT, ao editar o Verbete de nº 314, destaca a não-conformidade de sistemas de unicidade sindical, como o do caso brasileiro, aos desideratos da liberdade sindical: “314. Las disposiciones de una constitución nacional relativas a la prohibición de crear más de un sindicato por categoría profesional o económica, cualquiera que sea el grado de la organización, sobre una base territorial dada que no podrá ser inferior al área de un municipio, no están en conformidad con los principios de la libertad sindical” (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5. ed. rev. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2006. p. 70).
- 6 Contudente afirmação do modelo de unicidade sindical é sustentada por *Ubiracy Torres Cuóco*, segundo o qual o art. 8º da Constituição Federal acertou ao instituí-la, porque também haveria liberdade no monismo sindical, uma vez que a liberdade só existe nos meandros da lei, sendo certo que a liberdade está presente na autonomia sindical do art. 8º, inciso I, da Constituição Federal; e o procedimento de registro sindical não importa intervenção governamental, até porque é apenas o ato que faz nascer a entidade pela aquisição da personalidade jurídica sindical (Pluralidade sindical: será que ainda se justifica? *Revista LTr* 68-02, São Paulo, v. 68, n. 2, p. 148-154, fev. 2004, p. 153).
- 7 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios gerais de Direito Sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 90. “Na verdade, não deixa de ser um paradoxo o fato de o próprio regime que possibilita o pluralismo, que cresce exatamente pelo reconhecimento da liberdade fundamental do grupo para se constituir e agir como organização, fornecer o germe desagregador do pluralismo, ao procurar os ‘mais iguais dentre os iguais’.” (SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. p. 207) No mesmo sentido, José Carlos Arouca adverte que, com “efeito, o reconhecimento do sindicato mais representativo traduz-se em só admitir a pluralidade na atuação secundária, melhor dizendo, durante o tempo de inércia, para impor a unidade no momento mais preciso de ação, quando, efetivamente, cuida-se de defender interesses coletivos” (*O sindicato em um mundo globalizado*. São Paulo: LTr, 2003. p. 656). A essa situação, Paulo Roberto Lemgruber Ebert empresta a denominação de “deficiência congênita” da pluralidade sindical no que tange à representatividade da categoria naquelas questões necessariamente comuns à totalidade do grupo profissional ou empresarial que demandem unidade de ação (*Sindicato mais representativo e mutação constitucional: uma proposta de releitura do art. 8º, II, da Constituição Federal*. São Paulo: LTr, 2007. p. 62).

diálogo social; (ii) as relações diretas entre empregados e empregadores diminuíram o descumprimento de normas trabalhistas, o que fez aumentar a confiança recíproca e reduzir o número de processos judiciais; (iii) a estrutura administrativa do trabalho se foca nas situações em que há ausência de instrumentos diretos de relacionamentos, o que aumenta a eficiência das políticas públicas destinadas ao mercado de trabalho; (iv) a integração do empregado à e na empresa melhora, e a participação e o comprometimento surtiram efeitos positivos sobre o rendimento da produção e a qualidade do trabalho; (v) há aumento dos espaços de participação das partes nas políticas públicas; (vi) as negociações coletivas são desenvolvidas sob um padrão mais realista no que diz respeito ao estabelecimento das condições de trabalho; e (vii) há a promoção da autonomia privada coletiva⁸, afora o fato de ser, a pluralidade, encampada pela doutrina, pelo costume e pela jurisprudência dos países que vivenciam esse modelo como o mais próximo da expressão libertária.

Alerta-se, ainda, para o fato de que pode, eventualmente, a pluralidade sindical conduzir a um quadro de unidade, que não se confunde com a unicidade, na medida em que a unidade não reclama a existência de um só sindicato, mas, sim, de uma convergência procedimental e, o mais importante, uma unidade organizacional⁹ quanto à estratégia sindical aplicável, em um determinado contexto histórico e social, para determinadas e bem definidas finalidades regradas em lei, a várias categorias profissionais e/ou econômicas.

Obviedades à parte, e a discussão já é muito explorada na doutrina nacional, tornando-a, até, cansativa, o fato é que o Brasil adotou o modelo de

8 SIQUEIRA NETO, José Francisco. Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho no Brasil: obstáculos e desafios. In: PEREIRA, Armand F. (Org. e Ed.). *Reforma sindical e negociação coletiva*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2001. p. 81-105. p. 101.

9 MISAILIDIS, Mirta Lerena de. *Os desafios do sindicalismo brasileiro diante das atuais tendências*. São Paulo: LTr, 2001. p. 71. A unidade, dentro da pluralidade, em um modelo próximo do ideal, existe, hoje, na Alemanha e no Reino Unido, e constitui uma meta política a ser alcançada como bem referendou Carlos Alberto Chiarelli em pronunciamento, hoje clássico, proferido na Comissão de Legislação Social da Câmara dos Deputados: “Se o modelo que se quer erigir na legislação a ser elaborada inspira-se em princípios democráticos, não se poderá fugir da pluralidade sindical. Matéria controversa, muitos são os defensores da unidade, até porque, consagrando o monopólio, gera uma exclusividade de representação classista que assegura certa acomodação das lideranças antigas, que, muitas vezes, na pluralidade, corre o perigo da concorrência renovadora. Claro que se erguem também contra a pluralidade a crítica do ‘dividir para governar’, alegando-se que, fracionados em vários segmentos representativos, os trabalhadores, mais fácil será ao poder econômico enfrentá-los. A afirmativa poderá ter certa dose de razão mas não é necessariamente certa. Os países em que há maior vigor reivindicatório e mais expressiva capacidade de mobilização sindical são aqueles que ostentam a pluralidade entre as prerrogativas constitutivas da obrigatoriedade da pluralidade. Esta vale como prerrogativa, como direito. Se os trabalhadores, apesar de terem a faculdade, preferirem agrupar-se em representações unitárias, estaremos diante do ideal: a unidade na pluralidade” (Apud BARROS, Cassio Mesquita. Pluralidade, unidade e unicidade sindical. In: FRANCO FILHO, Georganor de Sousa [Coord.]. Ob. cit., p. 87).

unicidade sindical imposta, dando, com uma mão, a liberdade pela via do art. 8º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal; e retirando com a outra pela via do art. 8º, inciso II, da Constituição Federal¹⁰.

Pelo relatório “A liberdade sindical na prática: lições aprendidas” da OIT, o fato de o Brasil ainda encampar o atrelamento da organização sindical às rédeas do Estado constituiria um fator que impulsiona a insegurança quanto à representação (*representative insecurity*), mormente se constatar, nas entrelinhas do que foi pretendido pela OIT, a inferência, clara, à teleologia que a palavra “representatividade” verdadeiramente porta, que não é aquela que, hodiernamente, no Brasil, a palavra “representação” detém.

2 – SISTEMA DE REGISTRO SINDICAL: UMA QUESTÃO DE REPRESENTAÇÃO FORMAL

No sistema brasileiro de unicidade sindical, um mínimo de liberdade só está presente na previsão da autonomia sindical em face do Estado (art. 8º, inciso I, da Constituição Federal) e na liberdade sindical individual, positiva e negativa, presente na deturpada e descontextualizada redação – uma vez que é de efeito prático nenhum quando contraposta à representação sindical por categorias do art. 8º, inciso II, da Constituição Federal¹¹ – do art. 8º, inciso V, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato. A liberdade existente nos meandros do art. 8º, inciso V, da Constituição Federal só se refere à possibilidade de filiação, ou não, de um indivíduo a um sindicato. Não se trata de liberdade de e para uma livre e voluntária representação.

Isso significa sustentar que o procedimento de registro sindical, previsto ao término da redação do inciso I do art. 8º da Constituição Federal, *não trata de uma questão de liberdade e, por isso mesmo, não pode tratar de uma verdadeira representatividade sindical.*

10 Não sem razão, Arion Sayão Romita considera o art. 8º da Constituição Federal “norma de fachada” (Liberdade sindical no Brasil: a ratificação da Convenção nº 87 da OIT. In: PEREIRA, Armand F. (Org. e Ed.). *Reforma sindical e negociação coletiva*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2001. p. 23-36. p. 30). Também, quando em confronto, o art. 8º da Constituição Federal com o disposto no art. 1º da Constituição Federal, segundo o qual o Brasil é um Estado Democrático de Direito, em ROMITA, Arion Sayão. A (des)organização sindical brasileira. *Revista LTr* 71-06, São Paulo, v. 71, n. 6, p. 666-675, jun. 2007, p. 669.

11 Não obstante a construção pretoriana, que encoberta a unicidade em prol de uma liberdade – como se se pudesse viver a hipocrisia de negar a realidade da unicidade, motivada, quiçá, por puro viés político e institucional – constante, por exemplo, do texto da Súmula nº 666 do Supremo Tribunal Federal e do Precedente Normativo nº 119 da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho.

Ao se prever que o pretense sindicato deverá se registrar no órgão competente, que, pela Súmula nº 677 do Supremo Tribunal Federal, em outra discussão que já rendeu muito, é o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), que detinha, em 1988, todo o *know how* referente aos procedimentos de investidura sindical (art. 519 da CLT) e de enquadramento sindical forçado, segundo o – ainda vigente, frise-se – quadro anexo ao art. 577 da CLT, o ordenamento jurídico evidenciou, pela unicidade, a consideração de que só pode atuar, no mundo do direito, como sindicato, a entidade que tiver obtido, de forma prévia, sua personalidade jurídica sindical mediante o documento anteriormente denominado carta sindical, atualmente representado na certidão de registro sindical¹².

Em outras palavras, somente a entidade devida e formalmente registrada é que poderá se beneficiar da unicidade sindical nos termos do art. 8º, incisos II (único sindicato representativo de categoria profissional em dada base territorial não inferior a um Município) e IV, parte final (cobrança da contribuição sindical), da Constituição Federal.

É evidente que, com isso, se quer asseverar que as controvérsias que, agora, no pós-Emenda Constitucional nº 45/2004, tramitam na Justiça do Trabalho (art. 114, inciso III, da Constituição Federal) para resolver supostos conflitos de representatividade sindical, ou seja, dissídios intersindicais não coletivos de representatividade¹³, em verdade, de nada tratam de questões de efetiva representatividade sindical¹⁴ propriamente dita, mas, isso sim, de mera representação legal¹⁵ e formal.

2.1 – Representação X representatividade sindical

Para que reste bem compreendida a razão da ausência de debates, no Brasil, acerca de verdadeira representatividade sindical, por mais que se aflorem

12 Em linha com o referendado no texto do Precedente Jurisprudencial nº 115 da Orientação Jurisprudencial da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho: “A comprovação da legitimidade *ad processum* da entidade sindical se faz por seu registro no órgão competente do Ministério do Trabalho, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988”.

13 Na terminologia de João Oreste Dalazen (A reforma do Judiciário e os novos marcos da competência material da Justiça do Trabalho no Brasil. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: Anamatra; São Paulo: LTr, 2005. p. 148-178. p. 166).

14 ROMITA, Arion Sayão. Liberdade sindical no Brasil: a ratificação da Convenção nº 87 da OIT. In: PEREIRA, Armand F. (Org. e Ed.). *Reforma sindical e negociação coletiva*. p. 24; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito. *Constituição e liberdade sindical*. São Paulo: LTr, 2007. p. 107.

15 LOGUERCIO, José Eymard. *Pluralidade sindical: da legalidade à legitimidade no sistema sindical brasileiro*. São Paulo: LTr, 2000. p. 222.

DOCTRINA

discussões em torno de supostos conflitos de representatividade sindical, é preciso diferenciar a expressão “representação sindical” da expressão “representatividade sindical”. Segundo José Francisco Siqueira Neto, a representatividade:

“Exprime uma relação que não se dá apenas entre grupo e indivíduo, mas, preponderantemente, entre estrutura organizativa e grupo profissional amplo, ao qual, por inteiro – com inscritos e não inscritos – esta se empenha, para emprestar a efetividade da autotutela. Assim sendo, de fato, na expressão ‘representatividade’ está incluída estruturalmente a idoneidade do fenômeno organizativo sindical para ser o porta-voz dos interesses unitários do grupo, sem relevância sobre os modos de composição deste (o qual integra trabalhadores sindicalizados e não sindicalizados). O que importa aqui, então, é a capacidade da organização para interpretar a vontade, mais que representá-la pelo explícito recebimento de um mandato.”¹⁶

Para Amauri Mascaro Nascimento, representação é uma questão de legalidade, enquanto representatividade é uma questão de legitimidade, com o que poderia um sindicato deter a representação legal, mas não a real e efetiva representatividade¹⁷ e vice-versa.

Complementa Amauri Mascaro Nascimento, com base nas lições de Bruno Caruso, que a representatividade apresenta-se como um critério de qualificação ou de seleção de um sujeito coletivo de trabalho e se coloca fora do âmbito de relevância jurídica, estando mais sintonizada com a sociologia. A representatividade sindical resumiria um sujeito coletivo de trabalho cuja ação de tutela coletiva é efetiva¹⁸, perceptível e visualizável no mundo fenomênico, enquanto que a representação sindical, de importância jurídica, apresentar-se-ia, em sua concepção mais predominante, como um ajuste de natureza contratual nascido dos consentimentos dos interessados em se verem representados por um determinado ente de direito privado¹⁹, em conformidade com as idiossincrasias nacionais de escolha formal do representante sindical (no Brasil, como o representante categorial).

Na mesma linha, Túlio de Oliveira Massoni, para quem a representatividade sindical exprime uma qualidade necessária ao exercício de funções e

16 *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho*, p. 106.

17 *Compêndio de Direito Sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 242.

18 *Ibidem*, p. 243.

19 *Ibidem*, p. 244.

de poderes instituídos pela representação sindical, sendo que, como método de escolha nos países que adotam a instituição do sindicato mais representativo, pressupõe a pluralidade sindical, concebível em ambientes de plena liberdade sindical. Segundo o autor, com toda a razão, “apenas sendo livre em todas as dimensões é que os sindicatos poderão adquirir/alcançar a qualidade de *representativos*”²⁰.

Daí porque a representatividade sindical poder ser considerada como o título de legitimidade e de autenticidade da formal representação sindical.

Henar Álvarez Cuesta destaca, por motivos semelhantes, que o conceito de representação é eminentemente jurídico e que o de representatividade é, antes de tudo, político²¹. A autora espanhola destaca, com fundamento na doutrina italiana de *Varesi*, que a representação é apenas o vínculo direto que existe entre o trabalhador e o sindicato ao qual se filia e, por isso, identifica uma relação privada em função da qual se confere o poder de atuar em seu nome e em seu benefício (para distinguir da figura da substituição processual, por exemplo), um mandato, enfim, de representação e de expressão coletiva²².

Ainda segundo Henar Álvarez Cuesta, a representatividade é uma valoração, conferida pela lei (no caso da Espanha, por exemplo, que encampa a figura do sindicato mais representativo, há uma tal explícita valoração), da capacidade de determinado sindicato ser intérprete dos interesses coletivos dos empregados, sindicalizados ou não²³.

Essas observações são compartilhadas por Lais Corrêa de Mello, segundo a qual a representação sindical expressa uma relação entre o grupo e o indivíduo, enquanto que a representatividade sindical exprime a relação entre a estrutura

20 *Representatividade sindical*. São Paulo: LTr, 2007. p. 108. De semelhante pensamento, Zoraide Amaral de Souza professa que a liberdade sindical, tal qual instituída no *caput* do art. 8º da Constituição Federal, somente pode ser compreendida se necessariamente correlacionada “com as demais liberdades públicas ali garantidas”, tanto as de índole individual (como os direitos à vida, à intimidade, à igualdade, à liberdade e à propriedade), quanto às de índole social (como os direitos sociais relativos ao trabalhador, à seguridade social, à educação e à cultura, à família, à criança, ao adolescente e ao idoso e ao meio ambiente) (*A associação sindical no sistema das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p. 122).

21 *La mayor representativdad sindical*. León: Universidad de León – Secretariado de Publicaciones, 2006. p. 24.

22 Há que se ter cuidado na leitura da doutrina da autora espanhola. O espírito do conceito albergado por Henar Álvarez Cuesta não é o de assemelhar a representação sindical com a representação do direito privado, porque a função dos sindicatos não é a de representar indivíduos segundo esquemas de direito privado, mas, sim, a de representar grupos mediante uma representação *uti singulis* jurídica que leva ao exercício coletivo de um mandato.

23 ÁLVAREZ CUESTA, Henar. Ob. cit., p. 25.

organizacional e o grupo profissional ou econômico amplo²⁴, com seus sindicalizados e não sindicalizados.

Por toda essa perspectiva doutrinária, o entendimento que ora se declara é o de que a representatividade sindical será encontrada quanto mais próxima estiver a entidade sindical da massa amorfa dispersa na ideia de categoria²⁵, econômica ou, principalmente, profissional, e daí a noção de vinculação entre a estrutura organizacional e o grupo profissional ou econômico amplo.

Em outras palavras, quanto maior for o amálgama formado pela estrutura sindical e os representados categoriais, mais tangível se apresentará a noção de porta-voz da categoria e, por consequência, de possibilidade efetiva de ação coletiva, uma vez que, quanto mais próximo estiverem, mais difícil ficará a separação da vestimenta sindical do corpo nu da categoria. Há, então, verdadeira e efetiva representatividade sindical. A união, o total amálgama, transforma a voz representada na própria entidade que se apresenta como sujeito coletivo de trabalho em representação sindical formal.

Nesse momento, a representatividade sindical é máxima porque o que pensam os representados é, fielmente, o que faz e concretiza a representação formal sindical na ação coletiva.

A representatividade sindical expressa, muito mais, a qualidade da representação formal sindical, a verdadeira legitimidade de se ter um porta-voz. Se a representação sindical está, enfim, próxima às bases representadas, mais legitimada estará a estrutura de representação formal, legal, instituída, no caso brasileiro, por lei, para aquele mister de representação. Por consequência, menos insegurança representativa haverá.

2.2 – Um retorno ao registro sindical

Feitas as devidas diferenciações, cabe, agora, explicitar porque o Brasil continua jungido à mera representação formal, legal, no sistema de registro sindical inerente à unicidade.

24 *Liberdade sindical na Constituição brasileira*. São Paulo: LTr, 2005. p. 186.

25 A categoria, segundo Henrique Macedo Hinz, não é uma realidade ontológica, uma vez que não existe no mundo das coisas. Constitui uma ficção jurídica do Direito Coletivo do Trabalho fundado no modelo corporativista (*Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 10). A categoria, quer econômica, quer profissional, no entendimento que ora se professa, só tem relevância jurídica quando se veste em sindicato. Somente pela via do sindicato é que a categoria chama a atenção do Direito Coletivo do Trabalho para trafegar no mundo jurídico. Sem o sindicato, a categoria é elemento de interesse maior, e em sua pureza, para a sociologia, para a antropologia e para outras ciências sociais.

DOCTRINA

Desde que a organização sindical brasileira foi institucionalizada, mesmo antes do advento da unicidade sindical, previa-se, pelos Decretos ns. 979, de 1903, e 1.637, de 1907, mas mormente no decreto de 1907, a constituição livre dos sindicatos profissionais sem autorização do governo²⁶, o que perdurou até 1930²⁷, quando se iniciou a trajetória de instalação do sistema corporativista nas relações de trabalho por uma plêiade de diplomas, que assim poderiam ser arrolados:

(i) Decreto nº 19.770, de 1931 – o intitulado “Lei dos Sindicatos”, que inseriu, no ordenamento jurídico, a unicidade e a representação categorial²⁸;

(ii) Decreto nº 21.761, de 1932 – sobre a contratação coletiva de trabalho, instituidora da figura da convenção coletiva de trabalho;

(iii) Decreto nº 22.132, de 1932 – que criou as Juntas de Conciliação e Julgamento para o julgamento apenas dos processos dos trabalhadores sindicalizados em sindicatos reconhecidos pelo Estado;

(iv) Decreto nº 23.768, de 1934 – que regulamentou o direito às férias, limitando, entretanto, somente aos trabalhadores sindicalizados em sindicatos reconhecidos pelo Estado;

(v) Decreto nº 24.694 de 1934 – sobre a tentativa de adequar o sistema brasileiro à liberdade da Constituição de 1934;

(vi) Arts. 137, 138 e 139 da Constituição Federal “Polaca” de 1937;

(vii) Decreto-Lei nº 1.402, de 1939 – que tratava das “cartas de reconhecimento sindical”, com o que também era conhecida como a “Lei do Enquadramento Sindical”;

26 Art. 2º do Decreto nº 1.637/1907: “Os sindicatos profissionais constituem-se livremente, sem autorização do Governo, bastando para obterem os favores da lei, depositar, no cartório do registro de hipotecas do distrito respectivo, três exemplares dos estatutos, da ata da instalação e da lista nominativa dos membros da diretoria, do conselho e de qualquer corpo encarregado da direção da sociedade ou da gestão dos seus bens, com a indicação da nacionalidade, da idade, da residência, da profissão e da qualidade de membro efetivo ou honorário”. Segundo Evaristo de Moraes Filho, o Decreto nº 1.637/1907 sofreu “grande influência da Lei Francesa de 1884, com o mesmo sentido de liberalismo individualista, de pluralidade sindical e da mais absoluta autonomia” (*O problema do sindicato único no Brasil: seus fundamentos sociológicos*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978. p. 187).

27 É interessante destacar que, com a reforma constitucional de 1926, o Congresso Nacional aprovou a Emenda nº 22 para que o art. 34, nº 29, da Constituição Federal, ficasse redigido assim: “Compete privativamente ao Congresso Nacional: legislar sobre o trabalho”. Tratou-se da primeira vez, na história normativa do Direito do Trabalho, em que a legislação do trabalho foi referida no texto constitucional.

28 Pelo Decreto nº 19.433/1930, Getúlio Vargas cria o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e, em 19 de março de 1931, edita o Decreto nº 19.770/1931, época em que o Ministro do Trabalho era Lindolfo Collor.

DOCTRINA

(viii) Decreto-Lei nº 2.377, de 1940 – sobre o “imposto sindical”; e

(ix) Decreto-Lei nº 2.381, de 1940²⁹ – sobre o enquadramento sindical.

Toda essa trajetória legislativa culminou na CLT de 1943, compiladora da legislação centralizadora quanto à contribuição sindical e ao enquadramento sindical editada de 1939 a 1942. Em passagem reveladora quanto ao movimento sindical brasileiro no período de 1935 a 1942, Marcelo Badaró Mattos consigna que:

“Entre 1935 (portanto antes mesmo do golpe de 1937) e 1942, viveu-se uma fase de completa desmobilização sindical. Dirigentes totalmente submissos às orientações do Ministério do Trabalho foram elevados à direção dos sindicatos, não houve greves por categorias e a participação das bases nas atividades sindicais reduziu-se a quase nada.

Os rígidos limites impostos pelo governo restringiam em muito a possibilidade de reivindicações. A instalação da ditadura do Estado Novo, em novembro de 1937, se fez acompanhar de uma Constituição de matriz fascista, que retomava o modelo do sindicato único. Em 1939, uma nova lei de sindicalização foi decretada – a Lei Orgânica da Sindicalização Profissional – e seu objetivo de controle sobre os sindicatos foi explicitado na exposição de motivos do decreto que a instituiu: ‘Com a instituição desse registro, toda a vida das associações profissionais passará a gravitar em torno do Ministério do Trabalho: nele nascerão; com ele crescerão; ao lado dele se desenvolverão; nele se extinguirão’.”³⁰

Já fora de um contexto de democracia sindical, o Estado Novo desprivatizou, despolitizou e desmobilizou os sindicatos, opondo uma série de restrições à liberdade sindical, entre as quais, a principal, a unicidade complementada com o monopólio da representatividade, com a subordinação dos sindicatos ao MTE, com a sujeição à intervenção do Estado, com a contribuição sindical verticalizada e com a eliminação do direito de greve³¹.

29 Para um retrospecto histórico da sucessão normativa, ver SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008. p. 141-154; COUTINHO, Aldacy Rachi. Trajetória do sindicalismo brasileiro: análise do suporte legislativo. In: ARAÚJO, Silveira Maria de; FERRAZ, Marcos (Orgs.). *Trabalho e sindicalismo: tempo de incertezas*. São Paulo: LTr, 2006. p. 256-287. Passim.

30 *O sindicalismo brasileiro após 1930*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 18-19.

31 TEIXEIRA, Gilnei Mourão. Liberdade sindical no Brasil: uma visão estratégica. In: PEREIRA, Armand F. (Org. e Ed.). *Reforma sindical e negociação coletiva*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2001. p. 55-65. p. 56.

DOCTRINA

Ao término do Estado Novo, a Constituição democrática de 1946 estabeleceu, no art. 159, a liberdade da associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público. Contudo, não se fulminou, de qualquer sorte, a unicidade sindical imposta anteriormente porque uma decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em mandado de segurança, consubstanciada em acórdão datado de 9 de julho de 1947, sob a relatoria do Ministro Hanneman Guimarães, fixou o entendimento de que o regime sindical corporativo vigente não seria contrário ao art. 159 da Constituição Federal de 1946³².

Com o movimento sindical de 1964, o governo militar confirmou a história de manutenção da legislação corporativista, utilizando-a em seu favor para manter sob controle as organizações sindicais, apesar dos esforços dos sindicatos, a partir de 1968, de revitalizar o movimento mediante ações como a criação e a mobilização das manifestações duras contra o arrocho salarial, as greves de Osasco e de Contagem no Estado de São Paulo, a estratégia de greves relâmpago e a organização, no contexto do chamado “novo sindicalismo”, das comissões de fábrica³³.

A história normativa demonstra que, no Brasil, qualquer discussão jurídica nunca se ateve à aferição da efetiva representatividade sindical. Quando muito, a discussão era, tão somente, em relação à representação legal, formal, jungida à exploração de qual sindicato obteve, em primeiro lugar, a certidão de registro sindical perante o MTE.

Diante dessas circunstâncias, imperou, no Brasil, com apoio e reforço jurisprudencial, a valorização do *princípio da anterioridade*, ou por vezes denominado de *preexistência ou de precedência*, para a solução de supostos conflitos de “representatividade” sindical³⁴. Questões, portanto, atinentes à exploração da regularidade, ou não, da constituição dos sindicatos, das federações e das confederações; à exploração da regularidade, ou não, de procedimentos de desmembramento ou de dissociação sindicais, que representam casos bastante comuns, eram e são, muitas vezes, examinados à luz dos normativos ministeriais e formalistas alusivos ao registro sindical.

32 Ibidem, p. 56.

33 Ibidem, p. 56.

34 MELLO, Lais Corrêa de. *Liberdade sindical na Constituição brasileira*, p. 184; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Constituição e liberdade sindical*, p. 117.

DOCTRINA

Nos termos da então vigente Portaria nº 343/2000 do MTE (art. 7º, *caput* e parágrafo único), se houvesse a apresentação de impugnação de um ente sindical ao pedido de registro formulado por um seu teórico concorrente, o registro não era concedido. De modo contrário, era concedido. E ponto final. Não se averiguavam vícios na constituição e/ou na fundação de entes sindicais, mormente no que diz respeito, ou não, pelos entes sindicais envolvidos, a uma verdadeira democracia sindical interna.

Nesse quadrante, a jurisprudência, afastada de uma análise investigativa quanto à detenção, real, na prática, de representatividade sindical em casos atinentes à declaração de nulidade de registro sindical ou de representatividade sindical ou em casos em que se discute o desmembramento ou a dissociação sindical, principalmente em sede estranha de mandados de segurança³⁵, facilmente foi se amoldando à estrutura formalista estatal de reconhecimento, artificial, de representação sindical pela via do destaque dado, também por criação judicial, ao denominado “direito de precedência” ou “direito de anterioridade”³⁶, ou melhor, critério da anterioridade ou da precedência.

Advém, de forma natural, da unicidade sindical, a constatação de que o ente sindical que primeiro adquire o registro sindical, com a certidão respectiva, para a representação de determinada categoria profissional ou econômica em dada base territorial é que, nos termos do art. 8º, incisos I e II, da Constituição Federal, pode ser considerado o legítimo representante daquela categoria naquela base territorial.

Segundo já atestado pelo Supremo Tribunal Federal, havendo identidade ou superposição de base territorial ou de categorias em conflito de representatividade sindical, o legítimo representante sindical da categoria em dada base territorial, nos termos do art. 8º, inciso II, da Constituição Federal, só pode ser o primeiro dos entes sindicais constituídos e registrados perante o MTE, nos moldes do critério da anterioridade ou da precedência, conforme se deduz da ementa do acórdão da lavra da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário (RE) nº 199.142-9 São Paulo,

35 Isso porque, em razão da própria complexidade da matéria atinente à apuração e à constatação de representatividade sindical (ou mesmo de representação sindical), a lide não pode ser tratada, como se tem entendido e de forma equivocada, principalmente pela Justiça Federal (na solução de lides que se mantiveram sob a sua competência residual após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004), em mandado de segurança, que requer prova pré-constituída e prescinde de dilação probatória.

36 Conforme já se sustentou anteriormente, com exemplos jurisprudenciais, em KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Uma visão prospectiva da atuação jurisdicional em relação à organização sindical. *Revista LTr* 73-05, São Paulo, v. 73, n. 5, p. 563-574, maio 2009, p. 567.

tendo como relator o então Ministro Nelson Jobim, em atenção à sistemática da unicidade sindical:

“SINDICATO. SUPERPOSIÇÃO DE BASE TERRITORIAL. UNICIDADE SINDICAL (CF, ART. 8º, II). Havendo identidade entre categoria de trabalhadores representados pelo autor e pelo réu e sendo idênticas também as bases territoriais de atuação de um e de outro sindicato, deve prevalecer o primeiro deles, dada a sua constituição anterior. Recurso conhecido e provido.” (STF, 2ª T., RE 199.142-9 São Paulo, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 14.02.2001)

Da mesma forma, assim veio entendendo, também, o Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio de sua Seção Especializada em Dissídios Coletivos, ao menos sustentando, antes mesmo das alterações trazidas pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, no julgamento de incidentes em dissídios coletivos, que, existindo disputa judicial pela representação sindical, prevaleceria a “representatividade” do sindicato mais antigo, até, ao menos, solucionada a controvérsia *sub judice*.

Embora não se discuta, com a adoção, ou não, do critério da anterioridade ou da precedência, efetiva representatividade sindical, a discussão em torno de saber se um sindicato tem representação, e não representatividade, é típico de modelos de unicidade sindical³⁷, ao qual o Brasil, por conta do art. 8º, inciso II, da Constituição Federal, está atrelado. É por isso que, muito dificilmente, se constata efetivo debate em torno de representatividade sindical nos processos judiciais de antes e de depois do art. 114, inciso III, da Constituição Federal.

Em mandados de segurança contra atos ministeriais que outorgam, a esse ou aquele sindicato, a certidão de registro sindical, não se discute ou se verifica efetivo debate em torno de conflito de representatividade sindical, mas, tão somente, o debate em torno de saber se o ato atacado (ato coator) estaria ou não em conformidade com o ordenamento jurídico nacional que regula a mera e formal representação sindical, até porque é raro que os sindicatos, em contenda judicial, se sintam à vontade para pleitear diretamente, ao Poder Judiciário, o reconhecimento ou a declaração de serem, ou o autor, ou o réu, os detentores da verdadeira representatividade sindical para dada categoria profissional ou econômica.

A bem da verdade, o debate, em modelo de unicidade sindical, sobre representatividade sindical, só se perfaz em ações declaratórias de

37 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*, p. 242.

representatividade sindical e condenatórias em obrigações de fazer e de não-fazer e, quando muito, quando do julgamento de oposições em sede de dissídios coletivos de trabalho, incidentalmente, portanto, à tutela jurisdicional pretendida.

Em outra vereda, e nos modelos de pluralidade sindical, reais conflitos de representatividade sindical impõem o exame quanto à existência de efetiva legitimidade³⁸, apta a conduzir determinado sujeito coletivo do trabalho à ação coletiva digna da representação.

A despeito de tudo isso, e com a mínima autonomia sindical resguardada nos termos do art. 8º, inciso I, da Constituição Federal, um fenômeno interessante tomou conta e assolou o terreno sindical brasileiro a ponto, sem sombra de dúvidas, de se reconhecer, como é comum, que, a despeito da unicidade sindical, *cada vez mais sindicatos representam menos pessoas*³⁹.

Com a proibição à interferência estatal na organização sindical, desde 1988 a leitura do art. 8º, incisos I e II, não deixa dúvidas de que o enquadramento sindical, tal como previsto nos arts. 570 e 577 da CLT, não mais subsiste ou, se subsiste, tem serventia meramente exemplificativa.

Vale dizer, os futuros sindicatos, ao se dirigirem ao MTE para proceder ao “registro sindical”, bem como para os procedimentos congêneres (como os de alteração da representação categorial ou da base territorial, desmembramento, dissociação, fusão, cisão etc., entre os quais se apresentaria o de alteração estatutária), não estão obrigados, quando da limitação de sua base representativa, às disposições do quadro de atividades e profissões ao qual se refere o art. 577 da CLT⁴⁰.

No atual modelo sindical, de mitigada liberdade sindical, as categorias econômicas e profissionais formam-se espontaneamente⁴¹, desde que, nesse

38 LOGUERCIO, José Eymard. *Pluralidade sindical: da legalidade à legitimidade no sistema sindical brasileiro*, p. 132, 137 e 222.

39 CASTRO, Antonio Escosteguy. *Trabalho, tecnologia e globalização: a necessidade de uma reforma sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2006. p. 124.

40 Não se está sustentando o fato de a Constituição Federal (art. 8º, incisos I e II) ter revogado o art. 577 da CLT. Os arts. 570 e seguintes da CLT, bem como as instruções do MTE a respeito da organização das categorias profissionais e econômicas, possuem validade meramente organizacional e de composição de banco de dados de informações, segundo um critério previamente válido estabelecido pela CLT. As categorias profissionais e econômicas, tal como organizadas no quadro do art. 577 da CLT, podem ser usadas para fins de controle do Estado (que trouxe ao seu seio as providências de “registro sindical” e de concessão da personalidade jurídica sindical às associações interessadas) quanto ao sistema sindical brasileiro e de faculdade, frise-se, de mera faculdade disponibilizada às associações e aos grupos organizados para se estruturarem em categorias e em bases territoriais, segundo o sistema de unicidade.

41 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Ob. cit., p. 148.

processo espontâneo de surgimento de uma categoria, atendam-se aos requisitos do art. 511, §§ 1º e 2º, da CLT, com base nas premissas de que a associação de diversos interessados em um conceito de “categoria” pressuponha: (i) o exercício de mesmas atividades ou a manifestação de mesmos interesses econômicos ou profissionais; ou (ii) o exercício de atividades econômicas ou a situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas⁴² porque não adstritas, necessariamente, e em seu surgimento, ao quadro do art. 577 da CLT, mas, isso sim, pela mera reunião de interessados que possuam um ponto em comum, por similaridade ou conexidade, nos termos do art. 511, §§ 1º, 2º e 4º, da CLT.

É de se pontuar, por importante, que o registro sindical ao qual que se refere o art. 8º, inciso I, da Constituição Federal, *alude aos sindicatos, mas não às categorias profissional ou econômica*. Os sindicatos é que estão restringidos⁴³ em sua possibilidade de livre surgimento ou de livre organização, enquanto se mantiver vigente o sistema da unicidade sindical, insculpido no

42 Oliveira Vianna considerava inviável a homogeneidade de categoria diante das dimensões do território nacional e das disparidades regionais existentes. Por isso a observação, inscrita no art. 2º do Decreto-Lei nº 2.381/1940, de que tudo se compensaria pelo “jogo harmonioso” dos critérios da identidade, da similaridade e da conexidade. Para o surgimento da categoria, bastaria acoplar esses critérios à noção vaga de categoria para que ela pudesse ser visualizada. Walküre Lopes Ribeiro da Silva adverte que, segundo Arion Sayão Romita, aqueles critérios são de inspiração da doutrina francesa, de Paul Pic, que, explicando os critérios, aduzira em obra de 1912: “É necessário, em primeiro lugar, que os membros do sindicato exerçam a mesma profissão, profissões similares ou, pelo menos, profissões conexas. Esta condição se justifica por si mesma: teria sido demasiadamente rigoroso exigir, como na organização corporativa do antigo regime, a identidade de profissão; mas era indispensável, sob pena de encorajar agrupamentos perigosos para a ordem social e desprovidos de toda utilidade profissional verdadeira, exigir pelo menos uma certa comunhão de interesses atestada pela analogia ou pela conexidade das profissões exercidas. O qualificativo de ofícios similares designa ofícios que possuem certos pontos de contato (ex.: pedreiros e doceiros, tecelões e fiadeiros). A expressão ofícios conexas designa o conjunto das atividades, mesmo diferentes, que concorrem para a elaboração de determinados produtos: é assim, por exemplo, que só um sindicato poderia legalmente agrupar todos os trabalhadores chamados trabalhadores da indústria da construção civil (pedreiros, gesseiros, carpinteiros, marceneiros, talhadores de pedra, pintores etc.) ou todos os trabalhadores empregados nos estaleiros de construção naval” (Apud SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A categoria como critério para organizar sindicatos nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. In: MANNRICH, Nelson (Coord.). *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, ano 28, n. 107, p. 269-278, jul./set. 2002, p. 276-277).

43 É por isso que o fato de as categorias surgirem espontaneamente ainda não confere, ao sistema brasileiro, ares de voluntariedade, mais próximos a práticas democráticas. O Brasil continua tendo estrutura moldada sob o influxo do corporativismo italiano, muito embora a fonte já tenha rechaçado a via corporativista. Só com um tal entendimento, que separa as figuras do sindicato do de categoria, apenas unindo-os para o fim do Direito Coletivo do Trabalho, é que se pode, de forma mais palatável, enfrentar e resolver o espanto causado em José Carlos Arouca quando concluiu que o sistema de unicidade sindical brasileiro leva a crer que, por absurdo, “um grupo só existe depois de oficialmente reconhecido pelo Estado, como se dependesse da bênção ministerial para que, de verdade, passasse a existir” (*Enquadramento sindical*: jurisprudência. São Paulo: LTr, 1986. v. II. p. 7).

DOCTRINA

art. 8º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual, em uma mesma base territorial (no tamanho mínimo de uma municipalidade), é vedada a criação de mais de um sindicato, em qualquer grau da pirâmide sindical, representativo de mesma categoria.

Assim, desde que respeitada a restrição imposta pela unicidade sindical (que é acompanhada da contribuição sindical obrigatória, da representação por categorias e da representação por base territorial não inferior a um município)⁴⁴, é, de certa forma, relativa a liberdade sindical no Brasil para a constituição de entidades sindicais (e em tudo o que diz respeito à composição e às formas de extinção, em sintonia com regras do Direito Privado).

Como as categorias se formam espontaneamente, por decisão assemblear do grupo interessado em configurá-la, que pode, inclusive, pretender se vincular ao quadro do art. 577 da CLT e das determinações antigas, de antes de 1988, da Comissão de Enquadramento Sindical (CES) do MTE, os sindicatos, livres que são para a sua constituição e para ilustrarem a personificação da noção de uma dada categoria, precisam, apenas, respeitar a unicidade sindical, ainda que, voluntariamente, pretendam manter, por uma questão de simplicidade e de organização, o quadro do art. 577 da CLT.

Assim, mesmo na unicidade sindical, a criatividade trabalhou para serem criadas categorias as mais diversas e que, muitas vezes similares àquelas já existentes e já personificadas em sindicatos, ensejaram, cada vez mais, procedimentos de desmembramento e/ou dissociação sindicais, sob o mote de denominações similares, próximas, para, em alguns casos, de forma explícita e vexatória, tapear o procedimento administrativo de registro sindical perante o MTE.

Antes da Constituição Federal de 1988, o Poder Público exigia condições para o enquadramento sindical, uma vez que a categoria, pelo quadro anexo ao art. 577 da CLT, era um dado fornecido a todos, *a priori*, ou, como crítica Arion Sayão Romita, “um instrumento hábil para reduzir o sindicato à impotência, sem que se tornasse necessário proibir a sua existência”⁴⁵, bem ao

44 As vigas mestras do modelo sindical corporativista (sindicato único por categoria e por base territorial e contribuição sindical obrigatória) exemplificam que a representação sindical possui natureza de “representação legal” (SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *A categoria como critério para organizar sindicatos nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro*. Ob. cit., p. 270).

45 A des(organização) sindical brasileira. *Revista LTr* 71-06, p. 669.

estilo das linhas mestras dos propósitos de Vargas nos anos 30, que combinou concessão de direitos individuais e repressão política à organização coletiva⁴⁶.

Nesse contexto, era o Poder Executivo que resolvia os problemas de suposto conflito de representatividade sindical mediante o controle dos processos de enquadramento sindical⁴⁷. Os conflitos, em verdade, eram de mera representação sindical, formal.

Após a Constituição Federal de 1988, a categoria passou a ser um dado *a posteriori*, determinada em conformidade com a exteriorização da autonomia privada coletiva e, inclusive, das negociações coletivas entabuladas pelo ente sindical.

O Poder Judiciário, em substituição ao Poder Executivo, é que se tornou o protagonista da resolução dos problemas de embates sindicais porque, no pós-1988, o sistema passou a ser estranhamente aberto à criação de novos sindicatos⁴⁸ (diante do dado *a posteriori* das categorias), até porque as categorias são espontaneamente criadas no espeque da autonomia sindical, desde que os sindicatos que as personifiquem respeitem a unicidade e tomem as providências necessárias para o pedido administrativo de registro sindical perante o MTE.

Não sem razão, são bastante conhecidas as estatísticas que mostram que, mesmo na unicidade, o Brasil já possui, registrados, mais de 20.000 sindicatos a mostrar a permissividade com que, também, processos de desmembramento e/ou de dissociação sindicais se instauraram, perante o Poder Judiciário⁴⁹,

46 O esquema varguista criou direitos individuais de proteção do trabalhador (limitação da jornada de trabalho, férias), já adquiridos pela luta dos sindicatos então livres do pré-1930, mas fulminou o movimento coletivo de trabalhadores ao rechaçar o desenvolvimento de relações coletivas de trabalho verdadeiramente livres e bem estruturadas em conformidade com a autonomia privada coletiva, uma vez que os entes sindicais estavam submetidos à estrutura oficial de dominação. A estratégia brasileira, em linha com a lógica da então exploração taylorista, perspicaz e inteligente, de um lado aperfeiçoava progressivamente a legislação trabalhista por meio de atos de cúpula, tutelares no âmbito do Direito Individual do Trabalho, com inspiração na produção legislativa de países de cariz providencial; e, de outro lado, no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, regulava, à minúcia, as associações operárias, tornando-as dependentes da estrutura estatal, por ela controladas e fiscalizadas.

47 Antes da Constituição Federal de 1988 e sobre a forma de atuação da Comissão de Enquadramento Sindical (CES) do MTE, ver CUÓCO, Ubiracy Torres. *Enquadramento sindical no Direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1984. p. 37-47.

48 ALEMÃO, Ivan. Do enquadramento sindical da década de 1940 e a classificação das profissões da década de 1990. *Revista LTr* 70-06, São Paulo, v. 70, n. 6, p. 707-714, jun. 2006, p. 711.

49 “Na verdade, o centro de disputa, mais do que se permitir ou não o pluralismo, sempre foi o de não se permitir mais de uma convenção coletiva para a mesma base de trabalhadores. Por isso, a justiça do trabalho, no âmbito dos dissídios coletivos, acabou influenciando os contornos de muitos sindicatos e categorias.” (ALEMÃO, Ivan. *Ibidem*, p. 711)

paralelamente às criações originárias, ou por formação simples⁵⁰, de sindicatos com base em invenções de categorias.

É sempre de bom tom reprimir o fato de que, em modelo de unicidade sindical, o Brasil vive e tenta administrar, por tudo, um *monopólio sindical caótico*. Milhares de sindicatos, detentores de mera representação legal e formal, lançam-se à representação privada de categorias sem que, obviamente, tenham condições de representá-las com um mínimo de decência e satisfação, afastados que estão das bases, escondidos que estão em saletas de prédios obscuros, ou não, nos centros urbanos, muitas vezes dividindo o espaço com outros tantos sindicatos de cartório, de gaveta, que, em condomínio, sustentam um(a) pobre profissional do secretariado⁵¹.

Todos esses sindicatos, detentores de representação legal e formal, e destituídos de efetiva representatividade sindical, recebem, não obstante a tudo e ano após ano, as benesses da contribuição sindical, que se transforma, por mais que o ponto se ilustre como um “lugar comum” no discurso político e acadêmico, o grande “calcanhar de Aquiles” da permanência intragável da estrutura sindical atual.

2.3 – O problema a ser enfrentado

Embora ainda se teime, na doutrina, nesse ponto, o problema brasileiro não é tanto em torno do debate entre o sistema da unicidade sindical em que se vive e o sistema da pluralidade que se almejaria.

O problema sério é que a unicidade sindical brasileira, que impactou um hibridismo no sistema sindical (ou pós-corporativo na expressão de alguns),

50 Na liberdade e na espontaneidade de se constituírem categorias profissionais, o enquadramento pode se dar pela aglutinação de empregados com mesma profissão (o que, normalmente, encontra respaldo nas categorias profissionais diferenciadas); pela utilização, como parâmetro, do enquadramento oficial estatal disposto no quadro a que se refere o art. 577 da CLT e nas disposições da antiga CES do MTE; por dissídio coletivo; quando da constituição do sindicato profissional por formação simples (ou seja, quando não existir, naquela base territorial e para aquela pretendida categoria, sindicato representativo e que pode tomar, por base, por exemplo, o Código Brasileiro de Profissões e Ocupações – CBPO, desde que respeitada a unicidade sindical); e livremente, respeitada a unicidade sindical. Ver, nesse sentido, MORALES, Cláudio Rodrigues. *Enquadramento sindical após a Constituição Federal de 1988: controvérsias, tipos, formas, critérios, soluções*. São Paulo: LTr, 2003. p. 29-39. Passim.

51 Como denunciou, de forma um tanto quanto bombástica, a *Folha de S. Paulo*, em matéria datada de 19 de maio de 2009 e intitulada “Sindicato de fachada: sem sócios, parte das entidades vive do imposto sindical”. Mais uma vez, o jornal *Folha de S. Paulo* destilou a sua carga crítica e irônica contra a estrutura sindical. Desta vez, os motes para atacar a unicidade sindical e a contribuição foram os sindicatos patronais. A matéria lança novas luzes, do ponto de vista do funcionamento concreto de entidades sindicais amarelas ou de fachada, sob a perspectiva patronal, sobre o anacronismo do sistema sindical brasileiro.

quando convive com a autonomia sindical, em verdade parece ilustrar uma *pluralidade de fato*, mormente envolvendo sindicatos de natureza complexa ou eclética, quando confrontados com os sindicatos de carimbo, muitas vezes – se lícitos são – específicos, que só se registram para arrecadar, na esperança de alimentação farta da arrecadação oficial da contribuição sindical.

O problema brasileiro, portanto, atual e que precisa ser enfrentado, antes de qualquer outra providência em torno da extirpação da unicidade, não é tanto de unicidade sindical *versus* pluralidade sindical, mas, isso sim, de sindicato representativo *versus* sindicato de carimbo⁵².

Os critérios que, até mesmo, a jurisprudência assumiu para enfrentar os conflitos de representação sindical, formal, legal, em casos de desmembramento ou de dissociação⁵³, tais como os já trabalhados da anterioridade ou da precedência e, na dúvida, em prol da especificidade, foram cegamente adotados, o que provocou o crescimento vertiginoso de sindicatos supostamente detentores de representatividade sindical, mas que, na prática, não detinham representatividade sindical alguma⁵⁴.

52 CASTRO, Antonio Escosteguy. *Trabalho, tecnologia e globalização: a necessidade de uma reforma sindical no Brasil*, p. 159.

53 Desmembramento, nas lições de Cláudio Rodrigues Morales, é o fenômeno segundo o qual sindicatos específicos ou menores se desagregam de determinado sindicato que representa a categoria que se deseja, com base territorial mais abrangente e/ou com representação de outras atividades (sindicato eclético, misto ou de natureza complexa). Por sua vez, a dissociação sindical é o fenômeno que se passa quando somente parte do setor ou ramo da atividade econômica produtiva constitui outra entidade sindical, desagregando-se da original, em mesma base territorial (*Manual prático para constituição de sindicatos* – Federação. Confederações. Centrais Sindicais. São Paulo: LTr, 2001. p. 117 e 131). Para Amauri Mascaro Nascimento, o desmembramento ocorre sempre quando há fragmentação a partir de sindicatos representativos de categorias ecléticas para o surgimento de um sindicato representativo de uma determinada categoria específica; ou, ainda, quando há a fragmentação de um sindicato de base territorial maior em prol de um sindicato de base geográfica menor. As dissociações sindicais, por sua vez, autorizadas pelo art. 571 da CLT, “referem-se a atividades ou profissões concentradas não pelo critério da especificidade, mas da similaridade ou conexidade”, o que explicaria o alto número de sindicatos que existem no Brasil, ilustrando o fenômeno comum de entidades sindicais se desdobrarem em outras com suporte nesse “princípio” (dissociação) do sindicalismo (*Compêndio de Direito Sindical*, p. 147). A despeito das variáveis argumentativas, por meio das quais os fenômenos do desmembramento e da dissociação se diferenciam na doutrina, e embora uma preferência técnica resida na argumentação de Cláudio Rodrigues Morales (até por conta da terminologia adotada na atual Portaria nº 186/2008 do MTE) por exemplo, a distinção entre desmembramento e dissociação sindical, na prática, é quase pueril e cerebrina, uma vez que a maior parte da doutrina e da jurisprudência considera os termos equivalentes.

54 Ao lado do critério da anterioridade ou da precedência, surgiu o critério da “especificidade”, a fim de ser utilizado em hipótese de desmembramento de categoria. Ocorrendo desmembramento ou dissociação sindical, se os termos são considerados equânimes, a solução jurisdicional para conflitos de “representatividade” sindical deveria ser dada pelo critério da “especificidade”, de modo que prevalecesse o sindicato mais novo e menor. Se o conflito envolvesse o surgimento de um sindicato representativo de categoria ampliada, o mais específico seria o mais antigo.

DOCTRINA

Parcela da doutrina⁵⁵, para os casos de desmembramento ou de dissociação sindical, detectou, ao lado do critério da anterioridade ou da precedência, muito mais usados para casos de formação originária ou por formação simples de sindicatos independentemente da entidade preexistente, o critério da “especificidade”. Segundo tal critério, ocorrendo desmembramento ou dissociação sindical, a solução jurisdicional para conflitos de “representatividade” sindical deveria ser dada pela “especificidade”, de modo que prevalecesse o sindicato mais novo, menor, quer do ponto de vista de sua base territorial, quer do ponto de vista da representação categorial. Se o conflito envolvesse o surgimento de um sindicato representativo de categoria ampliada, por, eventualmente, a união de categorias similares ou conexas ou a união de bases territoriais, a solução deve ser encontrada no critério simétrico ao da especificidade, que é o da “antiguidade”, prevalecendo, mais uma vez, o sindicato anterior, menor, quer em termos de base geográfica, quer em termos de representação categorial.

Como na hipótese da aplicação pura do critério da anterioridade ou da precedência, a discussão só se ativava para a representação sindical formal, *jamaís se atendeu à exploração da legítima e da real representatividade sindical*.

Por essas razões que, com Paulo Roberto Lemgruber Ebert, é, sim, possível sustentar que, “à luz do princípio em apreço, o critério da mera precedência do registro no órgão competente não logra a máxima concretização possível dos postulados da liberdade sindical, do pluralismo ideológico e da democracia”⁵⁶.

Em um contexto, como já se aventou, caótico por conta da *pluralidade de fato* a despeito da *unicidade formal*, o critério da anterioridade ou da precedência, bem como os seus “conexos” da especificidade ou da antiguidade (se se pode admiti-los, minimamente, para casos de desmembramento ou de dissociação), evidentemente que não possuem condições de aferir legítima representatividade sindical. Em verdade, esses critérios sempre foram utilizados institucionalmente, querendo ou não, principalmente pelo Poder Judiciário (na falta, por óbvio, de critérios para dar solução concreta aos supostos conflitos de representatividade sindical), para mascarar o engodo da fantasia dos números apresentados pelo MTE e a fragilidade das representações sindicais formais⁵⁷.

55 HINZ, Henrique Macedo. *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 21-22.

56 *Sindicato mais representativo e mutação constitucional*, p. 107.

57 BORTOLOTTI, Rudimar Roberto. *Os aspectos da representatividade no atual Direito Sindical brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001. p. 98.

Com a enorme e evidente fragilidade das representações sindicais formais, resolvidas nos meandros do registro sindical, o modelo, avesso ao acesso à real representatividade sindical, denuncia, isso sim, o esgotamento da estrutura e a sua “deslegitimação”⁵⁸.

3 – CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SINDICAL EM MODELOS QUE VIVENCIAM A PLURALIDADE

3.1 – *A figura do sindicato mais representativo*

Em modelos de pluralidade sindical, desenvolveu-se o critério de eleição do *sindicato mais representativo* para uma aferição parcial de representatividade sindical destinada a momentos cruciais da vida associativa, ou seja, um critério elementar e decorrente de uma imposição prática, no entender de Néstor T. Corte, que é a de conciliar a liberdade sindical advinda do pluralismo e a necessária unificação das práticas sindicais para enfrentamento de problemas que assim requerem a união de esforços⁵⁹.

A figura do sindicato mais representativo pode significar a depuração do pluralismo, como se em uma resposta jurídica a um movimento natural, quase biológico, em cujo seio ocorre a seleção dos mais fortes, e melhores, entre os existentes entes sindicais, para a participação da agremiação em alguma representação institucional nos órgãos públicos competentes, para a representação em conselhos de empresas, comissões paritárias, para o desenvolvimento de uma negociação coletiva de natureza intercategoriais e/ou para uma concertação social⁶⁰. No entanto, é de se frisar que o sindicato mais representativo não quer dizer que seja o único sindicato representativo. A figura do sindicato mais representativo na pluralidade sindical se aproxima à unidade no sistema de pluralidade e não, como alguns sustentam, a algo semelhante à unicidade dentro da pluralidade.

Como bem destaca Henar Álvarez Cuesta, todos os sindicatos, sem exceção, representam seus membros (entendimento contrário ilustraria a defesa da tese de que legítimos sindicatos, e assim reconhecidos como tais, poderiam ser ceifados de suas naturais funções e prerrogativas institucionais), mas, para funções e em circunstâncias determinadas, observada, sempre, a utilidade e a

58 PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Constituição e liberdade sindical*, p. 107.

59 *El modelo sindical argentino: régimen legal de las asociaciones sindicales*. 2. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1994. p. 318.

60 AROUCA, José Carlos. *O sindicato em um mundo globalizado*, p. 654.

DOCTRINA

proporcionalidade para a invocação do instituto, alguns desses entes são dotados de prerrogativas especiais, se comparados aos demais⁶¹, que os habilitam, nessas situações, a ostentar uma capacidade de ação muitas vezes superior ao âmbito do círculo de filiados/associados ou ao âmbito da própria categoria, tudo para se poder encontrar o ponto médio entre o “organicismo unitário” e a “anarquia pluralista”⁶².

A figura do sindicato mais representativo naturalmente gera uma separação entre as entidades sindicais e acentua, para o bem da concorrência, as diferenças decorrentes da inércia da representação sindical⁶³ na ação coletiva, o que pode levar a crer que o sindicato indicado, segundo os critérios definidos em lei, o mais representativo goze de mais benefícios do que os demais, em uma afronta aos parâmetros concorrenciais, em um “duopólio” da representação sindical ou em um “bisindicalismo”⁶⁴ que só tenderia a concentrar poderes, mais poderes segundo a referências legais, de representação em um ente no contexto da pluralidade, que é um contexto em prol da concorrência. É por essa razão que a ideia de que o sindicato mais representativo violaria o princípio geral da igualdade, da isonomia, convive com o instituto.

Assim como no direito comum, os desiguais, para se atingir a isonomia de tratamento, são tratados desigualmente, na medida de suas desigualdades, de igual modo a figura do sindicato mais representativo não lesiona direitos constitucionais se não supõe diferenças de trato injustificadas entre os sindicatos e se não apresenta elementos, ainda que mínimos, de parcialidade ou abuso. O Tribunal Constitucional espanhol já teve a oportunidade de concluir, sobre esse temário, que a figura do sindicato mais representativo ilustra uma poderosa arma contra a possibilidade de atomização (e enfraquecimento) da atuação sindical⁶⁵, o que só poderia ser benéfico.

De toda a sorte, não se nega, como a doutrina estrangeira não nega, que o sindicato mais representativo, ao expulsar alguns legítimos sindicatos da regência da ação coletiva em momentos apropriados, pode ferir a liberdade sindical individual, porque atenta contra as opções individuais das pessoas em prol da sindicalização para esse ou para aquele sindicato⁶⁶. Essa pequena nó-

61 *La mayor representativdad sindical*, p. 30, 43 e 50.

62 *Ibidem*, p. 72.

63 *Ibidem*, p. 76.

64 *Ibidem*, p. 79.

65 *Ibidem*, p. 35.

66 *Ibidem*, p. 40 e 52.

do da existência do sindicato mais representativo é contemporizada pelo fato de que, se não há diferenças de trato injustificadas entre os sindicatos, a aparência de constitucionalidade nos objetivos pretendidos deve ser levada em consideração para uma promoção cautelosa daquele sindicato mais forte (na busca do equilíbrio entre as aspirações individuais e os anseios coletivos⁶⁷), sem excessos que invalidem a atuação dos outros entes sindicais para a sua base de representados, e desde que essa promoção seja calcada em *critérios objetivos, precisos e preestabelecidos*⁶⁸ em uma aplicação que normalmente se estabelece entre critérios legalmente previstos e outros originários da jurisprudência, desde que não acarretem influência na escolha dos indivíduos quanto à filiação, ou não, a determinado ente sindical⁶⁹.

Segundo José Francisco Siqueira Neto⁷⁰ e José Carlos Arouca⁷¹, aqueles critérios normalmente utilizados, quer pela lei, quer pela jurisprudência, para a aferição da representatividade sindical e para a eleição, por conseguinte, do sindicato mais representativo, poderiam ser classificados como: *quantitativos* (relacionados ao número de associados do sindicato, ao número de contribuintes, ao volume de recursos arrecadados, ao número de representados, ao número de votantes em assembleias, ao número de delegados sindicais nas bases, ao número de integrantes em comissões de empresa etc.); *qualitativos* (relacionados à autonomia e à independência do sindicato profissional, se o caso, em relação ao patronato, à experiência e à antiguidade do sindicato); *institucionais* (referentes à participação do sindicato em órgãos públicos de defesa dos direitos e interesses dos empregados); *ideológicos* (relacionados ao histórico da conduta da entidade, a passagens históricas memoráveis e, como ocorreu na França até agosto de 2008, a valorização da participação sindical na resistência patriótica contra a ocupação⁷²); *funcionais* (referentes a dados objetivos decorrentes da

67 MASSONI, Túlio de Oliveira. *Representatividade sindical*, p. 166.

68 Interessantíssimo estudo panorâmico sobre os critérios de aferição de representatividade sindical, conforme a questão é adotada no direito estrangeiro, foi feito por MENEZES, Mauro de Azevedo. Definição do sindicato (mais) representativo: Pressupostos, problemas e alternativas. Disponível em: <www.facs.br/.../Sindicato%20mais%20representativo%20ERGON..doc>. Acesso em: 10 mar. 2010.

69 Nesse sentido: PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Constituição e liberdade sindical*, p. 83.

70 *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho*, p. 109 e 110.

71 *Repensando o sindicato*. São Paulo: LTr, 1998. p. 123-127; *O sindicato em um mundo globalizado*, p. 657.

72 O *Code du Travail* francês dispunha, em seu art. L. 2121-1, na redação anterior dada pela Lei nº 2.008-67, de 21 de janeiro de 2008, que a representatividade dos sindicatos é determinada pelos seguintes critérios: independência, volume de contribuições, a experiência e a antiguidade da associação e a atitude patriótica durante a ocupação nazista. Após o advento da hoje paradigmática Lei nº 2.008-789, de 20 de agosto de 2008, que alterou a redação do art. L. 2121-1 do *Code du Travail*, os critérios de aferição da representatividade dos sindicatos passaram a ser, de forma cumulativa, o respeito aos valores

ação sindical, como a assinatura de convênios coletivos, as ações judiciais exitosas etc.); *estruturais* (relacionados ao enaltecimento da figura do sindicato) e de *estabilidade* (que primam pela segurança jurídica transmitida pelo sindicato, pela manutenção das pessoas encarregadas na frente e por todo um período quando da negociação coletiva etc.).

A representatividade, com a adoção combinada de qualquer um dos critérios disponíveis, deve ser aferida no momento do exercício das prerrogativas e se dá em diversos momentos: (i) no controle preliminar exercido pela autoridade pública (quando checa o requisito e atesta a capacidade negocial da entidade que se pretende mais representativa); (ii) na verificação sucessiva ou *a posteriori* dos requisitos que a lei e a jurisprudência elaboraram para índices de representatividade; (iii) ou no modelo intermediário (com a checagem e prova dos requisitos em momentos *a priori* e *a posteriori*).

José Francisco Siqueira Neto ainda se refere às representatividades derivadas e comprovadas. A primeira, também denominada “irradiada”, é a que ilustra um mecanismo de transferência automática de representatividade, instituído por lei⁷³, em favor de toda a organização que se filiar a uma organização

republicanos, a independência, a transparência financeira, a existência de um período mínimo e a antiguidade de dois anos (contados da data do depósito legal dos estatutos e demais diplomas sindicais) de representação categorial e territorial que abranja dada unidade de negociação coletiva, a influência (muito determinada pela experiência e pelas atividades desenvolvidas), o número de integrantes e o volume de contribuições pagas. O critério do número de integrantes filiados ao ente sindical é o mais rotineiro para a aferição da representatividade, quer pela simplicidade com que apresenta a vinculação entre a ação coletiva sindical e a vida associativa real, quer pela contundência com que ilustra a voluntariedade das pessoas a tal vinculação. É assim, por exemplo, como na França, na Bélgica e na Espanha, curiosamente países, como é o Brasil, que possuem sistemas de regência das negociações coletivas centralizadas por setores (no caso brasileiro, em razão da ideia de categoria) ou pelos níveis regional ou nacional (no caso brasileiro, a depender da base territorial das entidades negociadoras) (SERVAIS, Jean-Michel. Labor Law and Cross-Border Cooperation Among Unions. In: GORDON, Michael E.; TURNER, Lowell (Ed.). *Transnational cooperation among labor unions*. Ithaca: Cornell University Press, 2000. p. 44-59. p. 50).

73 Como se pretendia, por exemplo, acaso o Brasil tivesse tido êxito no projeto de “Reforma Sindical” catapultado e enterrado no e após o término dos trabalhos do Fórum Nacional do Trabalho (FNT), no Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais (ALRS), que sequer teve, junto com a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 369/2005, algum trâmite formal perante o Congresso Nacional. Na ponderação do saudoso João José Sady, o ALRS constituiu “uma carta de intenções em que o governo promete que, num futuro (quicá distante), se aprovada sua Proposta de Emenda Constitucional, irá propor ao Congresso aquela extensa nova regulamentação” (Notas sobre a PEC da reforma sindical. Disponível em: <<http://www.diap.org.br/default.asp?codigo1=6051#6051>>. Acesso em: 23 abr. 2005). Pelo ALRS, algumas “alterações paradigmáticas” à estrutura sindical vigente se sustentavam, além da previsão das novas formas de aferição da representatividade das entidades sindicais, quer por representatividade comprovada, quer por representatividade derivada, como, por exemplo, (i) a substituição do pilar da categoria econômica ou profissional pelo conceito de setores e ramos de atividade econômica; (ii) o reconhecimento jurídico das centrais sindicais na concertação social, ao mesmo tempo em que se partiria para a formação de um regime de pluralidade nas instâncias superiores e de unicidade ou pluralidade

de grau superior. A comprovada é aquela que necessita de apreciação específica em um contexto próprio, e não reportada por índices presumidos ou empréstimo de representatividade⁷⁴ e para a qual normalmente se destinam os referidos critérios, de natureza quantitativa, qualitativa, institucional, ideológico, funcional, estrutural, de estabilidade e de aferição de representatividade.

3.2 – *O sindicato mais representativo perante o Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho (OIT)*

A terminologia atinente à figura do sindicato “mais representativo” é de longa data conhecida. No Tratado de Versalhes, que deu origem à Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a expressão já aparece no art. 3º, § 5º, que disciplina o modo de designação dos delegados e consultores técnicos não-governamentais, sempre de acordo com as organizações profissionais “mais representativas”, tanto dos empregadores quanto dos empregados, se tais organizações existirem, na Conferência Geral da OIT, o que se manteve na Declaração de Filadélfia de 1946⁷⁵.

Não obstante o conhecimento quanto ao sindicato mais representativo, não se tem como identificar as regras de validade geral para determinar, em qualquer caso, qual a entidade que deve ser entendida como a mais representativa. Uma grande lacuna se apresenta, nesse sentido, nas resoluções

nas instâncias inferiores, mormente na dos sindicatos de base; (iii) a quebra da necessidade de simetria entre a representação obreira e a representação patronal; (iv) a configuração de um sistema em que se permitiria negociações coletivas desarticuladas e descentralizadas desde os níveis mais gerais até os mais específicos, o que se daria mediante a atuação, nova, das representações sindicais nos locais de trabalho; além (v) da valorização dos meios alternativos de solução dos conflitos coletivos de trabalho (ver, para tanto, a título exemplificativo, RAMOS FILHO, Wilson. O Fórum Nacional do Trabalho e o sistema sindical brasileiro: algumas críticas sobre o modelo de soluções de conflitos coletivos. In: MACHADO, Sidnei; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coords.). *Reforma trabalhista e sindical: o Direito do Trabalho em perspectivas. Homenagem a Edésio Franco Passos*. São Paulo: LTr, 2005. p. 263-316. p. 265-267; e SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Fundamentos do Direito Coletivo do Trabalho: nos Estados Unidos da América, na União Europeia, no Mercosul e a experiência brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 225-266).

74 A crítica à representatividade derivada é a que os critérios previstos, por exemplo, no art. 519 da CLT – adotado a título de parâmetro, ainda que advindo do período pré-1988, de investidura sindical – como o número de filiados, os serviços sociais mantidos e o valor do patrimônio, não sejam destinados à entidade de preferência da categoria. Por esse método, não é a atuação do sindicato efetiva, sua penetração no grupo social ou a sua envergadura os fatores determinantes para a representação, senão, como bem destacou Paulo Roberto Lemgruber Ebert, a articulação política com as entidades de grau superior (*Sindicato mais representativo e mutação constitucional*, p. 66-67).

75 CORTE, Néstor T. *El modelo sindical argentino*, p. 318; e PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Constituição e liberdade sindical*, p. 83.

do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT ou, mesmo, na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁷⁶, o que é facilmente explicado pelo fato de que a apuração da representatividade maior ou menor de uma entidade dependeria dos requisitos atinentes à legislação nacional⁷⁷, se já não bastasse, muitas vezes, depender de requisitos mais flexíveis e, nessa toada, talvez mais arbitrários.

Independentemente desses obstáculos gerais, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT vem sustentando, por meio de seu Verbete n° 346⁷⁸, que a noção de organizações profissionais ou sindicais mais representativas já é consagrada nos países que viveram ou vivem o pluralismo e que tal noção não pode resultar em que a entidade tida como a mais representativa detenha privilégios que exceda daqueles naturais a uma dada questão de representação em negociações coletivas, consultas com os governos ou a designação de delegados perante organismos internacionais, ou seja, que não prejudique as demais entidades sindicais nos meios necessários para a defesa de seus interesses, de seus representados ou de formular seus programas de ação nos moldes da Convenção n° 87 da OIT⁷⁹.

76 CUESTA, Henar Álvarez. *La mayor representatividad sindical*, p. 80 e 156.

77 CHIARELLI, Carlos Alberto. *O trabalho e o sindicato: evolução e desafios*. São Paulo: LTr, 2005. p. 189.

78 “346. El Comité indicó que en diversas oportunidades, y en particular a propósito de la discusión del proyecto de Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, la Conferencia Internacional del Trabajo había evocado la cuestión del carácter representativo de los sindicatos y admitido, hasta cierto punto, la distinción que a veces se hace entre los diferentes sindicatos de acuerdo con su grado de representatividad. La Constitución de La OIT en el párrafo 5 del artículo 3, consagra la noción de ‘organizaciones profesionales más representativas’. Por consiguiente, el Comité estimo que el simple hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería ser en sí criticable. Sin embargo, es necesario que una distinción de este género no tenga como consecuencia conceder a las organizaciones más representativas – carácter que se deriva de un número más elevado de afiliados – privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos, o incluso en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales. En otras palabras, tal distinción no debería tener por consecuencia el privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previsto por el Convenio n° 87” (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical*, p. 78). De conteúdo similar é o Verbete n° 358, que destaca que o ajuste quanto aos direitos exclusivos da organização tida como a mais representativa não deve significar a proibição da existência de outros sindicatos, mormente aqueles aos quais os trabalhadores interessados pretendam se filiar, tudo para respeitar a liberdade sindical individual positiva.

79 OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Ob. cit., p. 78. De conteúdo similar é o Verbete n° 359.

Como era de se esperar, também o Comitê de Liberdade Sindical da OIT adverte, nos Verbetes de ns. 347 e 348⁸⁰, que os critérios eventualmente adotados para a aferição do sindicato mais representativo devem ser objetivos, precisos, previamente estabelecidos e fundamentados em elementos que não ofereçam possibilidade de parcialidade, abuso ou discricionariedade governamental⁸¹, de tal modo que, pelo Verboete n° 351⁸², a verificação da melhor representatividade deve estar a cargo de um organismo independente e imparcial.

No caso específico de um critério de natureza quantitativa, como é o da aferição da representatividade pelo número de filiados, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT, mediante o Verboete n° 352⁸³, considera que, para se chegar a tal número, não se faz necessária a apresentação de lista com os nomes dos integrantes para determinar o número de filiados, uma vez que um extrato das contribuições sindicais serviria para tal apuração, sem que se elabore uma lista que poderia vir a caracterizar prática antissindical ou ato de ingerência, combatidos pela Convenção n° 98 da OIT.

3.3 – Algumas conclusões prévias

O que se depreende da figura do sindicato mais representativo é que quando há um modelo, tal qual o brasileiro, de unicidade, em que a unidade sindical é imposta, de cima para baixo, de normativos ministeriais à vida que é naturalmente livre e associativa, o princípio da liberdade sindical é sempre lesionado porque, de um lado, os sindicatos são proibidos de se fundar em salutar concorrência e, de outro, porque os indivíduos são impedidos de se filiar às organizações de suas próprias preferências⁸⁴.

80 “348. Deben existir en la legislación criterios objetivos, precisos y previamente establecidos para determinar la representatividad de una organización de empleadores o de trabajadores, y dicha apreciación no podría dejarse a la discreción de los gobiernos.” (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Ob. cit., p. 78). De conteúdo similar é o Verboete n° 356)

81 OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Ob. cit., p. 78.

82 “351. Para poder determinar de la mejor manera posible la representatividad de las organizaciones sindicales es necesario garantizar la imparcialidad y la confidencialidad del procedimiento. Por ende, la verificación de la representatividad de una organización sindical debería estar a cargo de un órgano independiente e imparcial.” (Ibidem, p. 79)

83 “352. No es necesario facilitar una lista con los nombres de los miembros de las organizaciones sindicales para poder determinar el número de sus afiliados, ya que un extracto de las cotizaciones sindicales serviría efectivamente para determinar el número de afiliados de una organización sindical, sin que sea por tanto necesario elaborar una lista de nombres que podría dar pie a actos de discriminación antisindical.” (Ibidem, p. 79)

84 Diante do modelo espanhol, e diante dos arts. 7º e 28 da Constituição Espanhola, ver, em tom semelhante, CUESTA, Henar Álvarez. *La mayor representatividad sindical*, p. 41.

DOCTRINA

O que ocorre, em modelos como o brasileiro, é um acinte às liberdades individuais e coletivas que não pode deixar de chamar a atenção e assustar, a despeito da normalidade com que a situação é vivenciada no Brasil, pelo *lobby* sindical e corporativista que se entranhou na máquina estatal, na política e na social, e que impede qualquer mudança em médio e longuíssimo prazo.

Diante dessas circunstâncias, e a partir da legitimidade que a figura do sindicato mais representativo oferece para dada associação sindical, parece muito evidente que a aferição de uma *verdadeira representatividade sindical se inicia nas bases ou no contato com as bases, de baixo para cima*, da vida fenomênica associativa aos normativos ministeriais, do substrato fático à hipótese normativa.

Por essa razão é que é comum se sustentar, com fundamento, que a representação sindical, por ser uma questão de forma e de legalidade, se adquire, mas que a representatividade sindical, por ser uma questão de matéria e de legitimidade, se conquista, assim como em modelos de pluralidade e de concorrência sindicais, dado sindicato, eventualmente, conquista a qualidade de o mais representativo. Uma das constatações que surgiram quando do debate em torno da “Reforma Sindical” é que os entes sindicais, a partir de determinado momento a ser fixado na experiência brasileira para um novo sistema sindical (ainda que de natureza híbrida, em que a unicidade poderia conviver com a pluralidade em um período de transição⁸⁵), teriam, necessariamente, que ser forçados a conquistar maior representatividade nas bases, no contato com a vida associativa, coletiva, de empregados e de empregadores, em toda a sua dinamicidade.

Não se pode ter dúvidas de que a aferição da representatividade sindical (e não da mera representação formal), em modelo de unicidade, acentuaria as gritantes diferenças entre as entidades sindicais portadoras da certidão de registro sindical outorgada pelo MTE, além de evidenciar a inércia (atinente a uma efetiva ação coletiva) a que se lançaram vários sindicatos representativos de categorias profissional e econômica, contribuintes que são da deterioração e do desmantelamento do sistema, ilustradores do manicômio caótico do modelo brasileiro.

85 Como sugeria o Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais (ALRS), do art. 38 e seguintes, quando tratava, em período de transição para um modelo de pluralidade, da possibilidade de um sindicato, que obteve o registro sindical antes do advento da nova lei, manter a exclusividade de representação em conformidade com o que restar discutido em assembleia de toda a categoria, desde que tal sindicato inserisse, em seus estatutos, normas destinadas a garantir princípios democráticos que assegurassem ampla participação dos representados, em verdadeira democracia sindical interna.

4 – EM PROL DA REPRESENTATIVIDADE SINDICAL NA UNICIDADE

No Brasil, e como já sustentou Lais Corrêa de Mello, os critérios para a aferição de sindicatos “mais representativos” devem ser simples e viáveis, como o número de associados, o montante dos recursos econômicos auferidos, o número de convenções ou acordos coletivos celebrados, o tempo de existência da entidade, a abrangência da jurisdição, as relações com outras organizações regionais e internacionais (inclusive com centrais sindicais), de forma combinada ou relacionada entre si⁸⁶, a exemplo de uma relação de a somatória do número de associados ser superior a 25% da somatória do número total dos integrantes da base de representação da entidade.

Na esteira dos critérios já dispostos no art. 519, alíneas *a* a *c*, da CLT, que trata dos elementos para a apreciação, pelo MTE, da pertinência da investidura sindical à associação profissional “mais representativa”, tais como o número de associados, os serviços sociais fundados e mantidos e o valor do patrimônio, os fenômenos do desmembramento e da dissociação sindical, em que os conflitos de “representatividade” sindicais mais se apresentam, carecendo de critérios normativos objetivos e prévios para a solução dos impasses, ainda pendem de uma análise nos foros administrativo e judicial, que possa, com relativa segurança e legitimidade jurídicas, valorar e indicar para a eleição do vencedor da entidade com mais representatividade.

Nesse ponto é que os critérios de aferição do sindicato mais representativo podem ser úteis ao deslinde das controvérsias atinentes a desmembramento ou a dissociação sindical, oportunidade em que, mesmo em modelo de unicidade, os conflitos de representatividade sindical, ou de suposta litigiosidade, poderiam ser resolvidos em prol daquela entidade que melhor provasse sua condição de maior representatividade sindical, fora, portanto, dos estreitos limites da mera representação legal e formal.

Como o Brasil se encontra em contexto de mitigada e tolhida liberdade sindical, não se tem dúvidas de que, como ferramenta para, ainda nesse sistema, identificar verdadeiras e legítimas representatividades sindicais, é preciso que os Tribunais do Trabalho, no trato de dissídios intersindicais não coletivos de representatividade sindical (ações declaratórias de nulidade de registro sindical, ações cautelares, ações consignatórias de pagamento de contribuição sindical e mandados de segurança etc.) se utilizem, paralelamente aos critérios já consagrados pela jurisprudência (direito de precedência ou de anterioridade ou, ainda, da especificidade), das cláusulas gerais e dos conceitos legais

86 *Liberdade sindical na Constituição brasileira*, p. 188-189.

indeterminados que permeiam a nova legislação civil, de aplicação, sim, às relações coletivas de trabalho.

Pelas cláusulas gerais, as normas fornecem diretrizes ao julgador para decidir a partir de um patamar de liberdade decisória, o que permite que o magistrado possa, eventualmente, integrar determinado negócio jurídico ao conceder conteúdo concreto às enunciações abstratas inerentes à cláusula geral. São exemplos de cláusulas gerais na nova codificação civil: a expressão “função social” no art. 421, como limite à autonomia privada, e as referências à “boa-fé objetiva” e “probidade” no art. 422. Pelos conceitos legais indeterminados, há, pela abstração, imprecisão e generalidade de uma expressão, vinculação, pela lei, a uma consequência jurídica determinada, como é o caso das expressões “atividade de risco” para a caracterização de responsabilidade objetiva no art. 927 e “perigo iminente” como causa excludente da ilicitude do ato no art. 188, inciso II.

Por esses instrumentos, o julgador, ativando-se nas relações jurídicas, preenche a vagueza de cláusulas gerais ou conceitos legais indeterminados para, atuando em concreto na solução dos conflitos sob o mote da eticidade, da sociabilidade e da operabilidade, emprestar solução prospectiva e legítima para dado problema.

Nessas ferramentas disponibilizadas ao julgador pela nova estrutura civil, entra em especial destaque a cláusula geral da “boa-fé objetiva”, integrante do conceito de eticidade, por meio da qual, em qualquer relação ou negócio jurídico, o ordenamento jurídico brasileiro impõe *regra de conduta*, ínsita aos arts. 187 e 422 do NCCB para as partes envolvidas e, pelo art. 113, frise-se, *regra de interpretação* ao julgador⁸⁷, com o que o magistrado e os tribunais, no sistema aberto querido pelo Código Civil, terão a difícil incumbência de adequar o direito ao caso concreto, propiciando, em consequência, uma permanente atualização para adequar a solução jurisdicional aos princípios maiores constitucionais, aos direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente, como é o caso da pouca liberdade sindical que se apresenta na norma de fachada do art. 8º da Constituição Federal.

Ao proibir a conduta do *venire contra factum proprium*, a boa-fé objetiva implementa, normativamente, no Brasil, a crença na aparência de licitude ou

87 ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contratos; do empréstimo; da prestação de serviço; da empreitada; do depósito. Arts. 579 a 652.* Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. IX. p. 15. A boa-fé objetiva entendida como regra de conduta e regra de interpretação também é aceita na doutrina estrangeira. Nesse passo, em Portugal, ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 178-179.

da convicção de não se estar a lesar direito alheio no tráfego negocial⁸⁸, além de fomentar um dever, aos agentes sociais (e por que não aos sindicatos, à organização sindical?), de transparência, de cooperação para que os vínculos relacionais (para os sindicatos, na negociação com o lado patronal e vice-versa e, ainda, na estrutura interna, na comunicação, no debate constante com as bases representadas em assembleia) atendam aos interesses legítimos de todos os envolvidos, sem surpresas, uma que vez que a boa-fé objetiva impõe a consideração dos interesses da outra parte.

A aplicação dessa principiologia à organização sindical é impositiva. Pelo canal das cláusulas gerais, mormente a da boa-fé objetiva, é possível se chegar e se identificar verdadeiras representações coletivas, sindicais, de trabalhadores ou de empregadores, fora do mundo artificial dos normativos ministeriais, para, com base nesse novo material, se decidir a respeito de processos envolvendo desmembramentos ou dissociações sindicais e de conflitos em torno de representação sindical.

Se um determinado ente sindical mantém, ativa, uma democracia sindical interna, com constantes eleições sindicais (a promover a rotatividade no poder dos dirigentes sindicais), com prestação de informações às assembleias categorias lícitamente convocadas e para a deliberação de pautas assembleares de prévio conhecimento da coletividade, com o desenvolvimento de sua função negocial e com o respeito à outra parte (e, se do lado patronal o ente sindical, com a natural prestação de informações, ao simétrico ente sindical obreiro, para o desenrolar de uma verdadeira negociação coletiva), poder-se-á identificar, sem artificialismos jurídicos, a verdadeira representatividade sindical⁸⁹, em detrimento de representações de cartório.

4.1 – Alguns avanços e algumas frustrações

No malgrado Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais (ALRS), que instrumentalizaria a “Reforma Sindical”, se se desenvolvesse a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 369/2005, além dos critérios de aferição de representatividade de forma derivada, que não viriam, por ora, ao caso tratar, previu-se, para as associações sindicais de grau inferior, critério de natureza

88 MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*: do Direito das Obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Arts. 304 a 388. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. I. p. 43.

89 Como já se sustentou em KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Uma visão prospectiva da atuação jurisdicional em relação à organização sindical. *Revista LTr* 73-05, p. 563-574. Passim.

DOCTRINA

quantitativa, expresso na filiação de número igual ou superior a 20% dos trabalhadores do âmbito da representação (art. 22, segunda parte, que é a que se refere à representatividade comprovada, ou seja, aquela que indica não uma representatividade artificial advinda dos relacionamentos políticos mantidos entre as entidades de grau inferior e superior, mas a que se expressa pela legitimidade e pela adesão espontânea da base), na relação formada entre o número de filiados e o número de trabalhadores que estejam efetivamente empregados no âmbito de representação do sindicato (art. 23). Para o caso das federações, a filiação de trabalhadores aos sindicatos filiados à federação em número igual ou superior a 22% do total de trabalhadores nos respectivos âmbitos de representação desses sindicatos (art. 21, inciso I) e a filiação de trabalhadores, aos sindicatos filiados à federação, em número igual ou superior a 15% do total de trabalhadores no âmbito de representação da federação. Para o caso das confederações, a filiação de sindicatos com representatividade comprovada em pelo menos 18 unidades da Federação, distribuídas nas cinco regiões do país; a filiação de sindicatos com representatividade comprovada em pelo menos 9 unidades da Federação, com índice de filiação igual ou superior a 15% do total de trabalhadores no respectivo âmbito de representação em cada unidade da Federação; e a filiação de trabalhadores aos sindicatos filiados à confederação em número igual ou superior a 22% do total de trabalhadores nos respectivos âmbitos de representação.

Para as associações sindicais representativas de categorias econômicas, a lógica é, basicamente, a mesma, com pequenas alterações nos percentuais, tais quais descritos nos arts. 35 (para os sindicatos), 34 (para as federações) e 33 (para as confederações) do ALRS.

Muito embora *só se tenha emprestado destaque a critérios de natureza quantitativa*, sem menção mais detalhada a critérios de natureza qualitativa⁹⁰, institucionais, funcionais, estruturais ou de estabilidade, a previsão objetiva dos critérios no anteprojeto denotava indício de que a matéria poderia dar novos ares para o encontro de representatividades sindicais, ao invés de meras representações sindicais. Infelizmente, as disparidades de entendimentos entre as diversas centrais sindicais que participaram do famigerado Fórum Nacional do Trabalho (FNT) no governo Lula implodiram as esperanças de que as propostas pudessem ser encaminhadas no Congresso Nacional, considerando que sequer a PEC n° 369/2005 obtivera êxito na mudança da estrutura do art. 8° da Constituição Federal.

90 Salvo a obrigação, de natureza qualitativa, a que entidades sindicais de trabalhadores e de empregadores observem princípios democráticos que assegurem ampla participação dos representados (art. 6° do ALRS).

4.2 – *A questão das centrais sindicais*

Com a edição da Lei nº 11.648/2008, o Brasil erigiu, pela primeira vez e no sistema pós-1988, critérios de aferição de representatividade sindical para o reconhecimento jurídico das centrais sindicais. Tudo, aliás, de maneira bem próxima à figura do sindicato “mais representativo”, uma vez que a Lei das Centrais Sindicais, pelo reconhecimento da representatividade de dada central sindical para a participação, em sistema de proporcionalidade, em fóruns tripartites, conselhos e colegiados de órgãos públicos, não afeta a participação de outras centrais sindicais (art. 3º, § 1º).

Nos termos do art. 2º da Lei nº 11.648/2008, as centrais sindicais, para serem reconhecidas como entidades de coordenação da representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a elas filiadas, deverão cumprir os requisitos de possuírem filiação de, no mínimo, 100 sindicatos distribuídos nas cinco regiões do país (inciso I); filiação em pelos três regiões do país de, no mínimo, 20 sindicatos em cada uma (inciso II); filiação de sindicatos em, no mínimo, 5 setores de atividade econômica (inciso III); e filiação de sindicatos que representem, no mínimo, 7% do total de empregados sindicalizados em âmbito nacional (inciso IV), reduzido para 5% nos vinte e quatro meses a contar da publicação da lei (parágrafo único) e para os anos de 2008 e 2009 (art. 5º, § 3º, da Portaria nº 194/2008 do MTE).

Tais critérios, frisa-se, meramente quantitativos de aferição de representatividade, serão averiguados pelo MTE (art. 4º), que, mediante consulta às centrais, poderá “baixar” instruções necessárias à aferição da representatividade ou à alteração com base na análise dos índices de sindicalização dos sindicatos filiados às centrais (§ 1º), além de o MTE deter o dever de, anualmente, divulgar a relação das centrais sindicais que estão com os requisitos de aferição de representatividade em ordem (§ 2º). Tais centrais sindicais ostentarão o “certificado de representatividade (CR)” (art. 8º, parágrafo único, da Portaria nº 194/2008 do MTE).

Logo em seguida à edição da Lei nº 11.648/2008, o MTE, por meio da Portaria nº 194/2008, aprovou instruções para a aferição dos requisitos de representatividade das centrais sindicais. As centrais foram obrigadas, então, a se cadastrar no Sistema Integrado de Relações do Trabalho (SIRT) para atualização anual do cadastro (art. 1º) e para a apuração do critério de representatividade, atinentes aos incisos I e II do art. 2º da Lei nº 11.648/2008, acima indicados, a portaria ministerial indicou que, como parâmetros, são utilizadas as declarações de filiação de sindicatos às centrais sindicais, tais quais informadas no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais (CNES) (art. 3º) e,

para o critério atinente ao inciso III do art. 2º da Lei nº 11.648/2008, indicaram-se os dados do CNES e, também, da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE)⁹¹, apurados pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese) (art. 4º), sendo que, na falta desses, os dados do CNES e da CNAE informados na Relação Anual de Informações Sociais (Rais) (art. 4º, parágrafo único). A Rais do ano-base correspondente a dois anos anteriores também é o parâmetro principal para a aferição do critério indicado no inciso IV do art. 2º da Lei das Centrais Sindicais, bem como outros dados oficiais e do CNES do dia 31 de dezembro do ano anterior ao de referência (art. 5º).

A identificação do percentual (“índice de representatividade”) listado no inciso IV do art. 2º da Lei nº 11.648/2008 será calculado com base na seguinte fórmula: IR (índice de representatividade) = TFS (total de trabalhadores filiados aos sindicatos partícipes da estrutura da central sindical, encontrado pelos cálculos traçados na Portaria nº 194/2008 do MTE) dividido (/) por TSN (total de trabalhadores sindicalizados em âmbito nacional encontrado pelos cálculos traçados na Portaria nº 194/2008) multiplicado (x) por 100 (art. 6º da Portaria nº 194/2008).

Para a participação proporcional de uma central sindical em fóruns tripartites, conselhos e colegiados de órgãos públicos, as centrais sindicais que cumprirem os requisitos do art. 2º, e incisos, da Lei nº 11.648/2008, serão consideradas para o cálculo da taxa de proporcionalidade (TS), que é encontrada pela divisão de TFS por TSC (total de trabalhadores filiados aos sindicatos partícipes da estrutura das centrais sindicais que cumprirem os requisitos do

91 O CNAE é o mapa de enquadramento de atividades econômicas do Brasil, traçado e montado pela “Comissão Nacional de Classificação”, a Concla, que é um órgão colegiado, estruturado no âmbito do Ministério do Planejamento e Orçamento, instituído pelo Decreto nº 1.246/1994 e restabelecido, após a reforma ministerial, pelo Decreto nº 3.500/2000. Participam da Concla, em representações proporcionais, os Ministérios da Agricultura e Abastecimento; Ciência e Tecnologia; Desenvolvimento Agrário; Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Educação; Esporte e Turismo; Fazenda; Meio Ambiente; Minas e Energia; Planejamento, Orçamento e Gestão; Previdência e Assistência Social; Relações Exteriores; Saúde; Trabalho e Emprego; e Transportes. A Concla tem por finalidade e missão de definir e normatizar o uso de classificações padronizadas por sistema estatístico e por registros e cadastros da administração pública. Um dos frutos do trabalho da Concla é o mapa institucionalizado da “Classificação Nacional de Atividades Econômicas” (CNAE), que se trata, nada mais, nada menos, do que uma tabela desenvolvida, sob a coordenação do IBGE, de forma compatível com a *International Standard Industrial Classification* – ISIC (terceira revisão aprovada pela Comissão de Estatística das Nações Unidas em 1989), recomendada, oficialmente, como instrumento de harmonização das informações econômicas em âmbito internacional. A CNAE, portanto, identifica as atividades econômicas de forma mais detalhada, em todos os segmentos produtivos nacionais. Com os códigos de identificação gerados pela CNAE, o mapa lá albergado é, realmente, muito utilizado na Administração Pública, mormente na Administração Fazendária. A mais recente versão do CNAE (a CNAE 2.0) foi aprovada pela Resolução Concla nº 1/2006.

art. 2º da Lei nº 11.648/2008), multiplicada por 100 (art. 7º da Portaria nº 194/2008).

Mais uma vez, *a eleição de critérios de aferição de representatividade se restringiu aos de natureza meramente quantitativa*, a despeito de, na legislação brasileira, se ter exemplos de critérios de natureza qualitativa e funcional, como é o caso dos serviços sociais fundados e mantidos pelo sindicato (art. 519, alínea *b*, da CLT).

A frustração que se nutre a partir da análise da Lei das Centrais Sindicais e da Portaria nº 194/2008 é que *se resolveu pensar critérios de aferição de representatividade para entidades não partícipes da estrutura sindical e que convivem em sistema de pluralidade*, o que torna o estudo dos critérios de representatividade das centrais sindicais mais próximos, mas não tão similares, aos da figura alienígena do sindicato mais representativo.

Tais critérios, pela diferença sistêmica existente entre as entidades partícipes da estrutura piramidal e hierarquizada sindical (sindicatos, federações e confederações, todos vinculados à representação categorial, ainda que, no nível de federações e confederações, a representação categorial se fixe, tão somente, para a coordenação das entidades a elas filiadas, nos termos dos arts. 534 e 535 da CLT, salvo a hipótese prevista no art. 611, § 2º, da CLT, que trata da representação categorial, para os fins da negociação coletiva, por supletividade ou por subsidiariedade) e as centrais sindicais (que não possuem a função de, em um ápice da estrutura sindical, representar categorias), nem por analogia poderiam ser utilizados para os sindicatos e para a apuração de suas representatividades comprovadas em dissídios intersindicais não coletivos de representatividade.

Vale dizer, *mesmo com os avanços da previsão antecipada e objetiva de critérios de aferição de representatividade para as centrais sindicais, a solução dos dissídios intersindicais não coletivos de representatividade* (mandados de segurança⁹², ações declaratórias de nulidade de registro sindical, ações declaratórias de representatividade sindical, oposições em dissídios coletivos, ações declaratórias incidentais em ações consignatórias de pagamento de contribuições de natureza sindical, parafiscal etc.), mormente naqueles em que se discutem hipóteses de desmembramento e de dissociação sindical, *não*

92 Se se admite, por absurdo, que podem apresentar litígios sobre a representatividade sindical (ou mesmo sobre mera representação sindical), ainda que requeiram a demonstração inequívoca do direito mediante prova pré-constituída, sem dilação probatória, o que é quase uma impossibilidade em matéria de representatividade e de representação sindical.

dispõe, ainda, de critérios seguros de decidibilidade, quer para o âmbito judicial, quer para o âmbito administrativo.

A despeito dos ventos benfazejos dos critérios de aferição de representatividade para as centrais sindicais, principalmente no que tange à eleição de critérios prévios e objetivos para a identificação de verdadeira representatividade, tudo, evidentemente, à mercê da complexidade dos cálculos envolvidos para a identificação dos percentuais eleitos pela lei, quiçá pensados para centralizar mais poder, ainda, no MTE, a estrutura montada para as associações sindicais de grau inferior (sindicatos) e de grau superior (federações e confederações) ainda está dependente da litigiosidade que caracteriza sistemas, como o brasileiro, em que se prestigia a mera representação sindical legal e formal e que, curiosamente, contrasta com o próprio modelo de unicidade sindical, sempre colocado em xeque pela proliferação caótica, em pluralidade de fato, de sindicatos de carimbo.

4.3 – Um panorama da Portaria nº 186/2008 do MTE

Ao contrário do que se poderia intuir, o novo regulamento dos pedidos administrativos de registro sindical no âmbito do MTE, a Portaria nº 186/2008, que substituiu a antiga Portaria nº 343/2000 (com suas alterações posteriores), não apresentou novos critérios de aferição de representatividade sindical, mas criou, como se fossem critérios, parâmetros objetivos para que o MTE, na árdua tarefa de zelar pela unicidade sindical, consoante o disposto na Súmula nº 677 do Supremo Tribunal Federal, pudesse fazer cumprir, de uma forma ou de outra, o comando constitucional que impõe a unicidade, quer pelo arquivamento de pedidos impertinentes de entidades que não cumprem os mínimos requisitos de vida associativa organizada, quer pelo arquivamento de impugnações a pedidos de registro sindical apresentadas sem qualquer fundamento.

Em verdade, a Portaria nº 186/2008 compila, quiçá, todas as idiossincrasias que o sistema sindical brasileiro criou para a organização caótica da unicidade, em que sindicatos de carimbo, cartorários, surgem antes, “entre” e depois de sindicatos detentores de verdadeira representatividade, apresentando, em bom estilo, as soluções viáveis para a esfera administrativa zelar pela unicidade sindical. Compila, também, as diretrizes que o MTE recebeu, das várias regiões do Brasil, das várias instâncias da Justiça Federal, das várias instâncias da Justiça do Trabalho, para o cancelamento, a suspensão, para a certificação da nulidade, ou não, de certidões de registro sindical de sindicatos que adentravam em litígio judicial para a apuração de suas representatividade-

des, ainda que pela via indireta e equivocada dos mandados de segurança, mormente em processos envolvendo o desmembramento ou a dissociação sindical, bem como as figuras congêneres da fusão sindical e da incorporação de sindicatos por outros.

Para esse desiderato, a assertividade, a segurança e a objetividade do texto devem ser motivo de orgulho para os seus autores porque o trabalho jurídico empreendido na confecção da Portaria nº 186/2008 só pode ter advindo, como adveio, da inteligência ímpar e técnica da equipe que compôs, à época, a Coordenação-Geral de Registro Sindical (CGRS) da Secretaria de Relações do Trabalho (SRT) do MTE e que, hoje, direciona os trabalhos da própria SRT. O trabalho, portanto, é belíssimo do ponto de vista técnico.

Entretanto, no viés de solucionar, para a Administração Pública, o caos instaurado no manicômio sindical brasileiro, e a SRT bem sabe dos problemas jurídicos que estaria encampando com a confecção da Portaria nº 186/2008, o MTE colecionou riscos de que o trabalho pudesse ser alvo de acusações, muitas delas fundadas, quanto à sua constitucionalidade⁹³.

O mais importante desses riscos diz respeito ao fato de o MTE ter se arvorado na condição de dizer o que é, ou não, categoria profissional ou econômica (art. 5º, inciso I) para efeitos de arquivar, ou não, pedidos de registro sindical ou de alteração estatutária, contra, portanto, a autonomia sindical (liberdade sindical individual) e a voluntariedade insita ao surgimento de categoria, que se constitui, nos moldes do art. 8º, incisos I e II, da Constituição Federal, um dado *a posteriori* para o nascimento de um sindicato diante do

93 Como se sabe, os procedimentos de registro sindical, e seus congêneres, atualmente regrados pela Portaria nº 186/2008 do MTE (publicada no Diário Oficial da União de 14.04.2008) já são, em tão pouco tempo de vida, alvo de, ao menos, quatro ações diretas de inconstitucionalidade: a ADIn 4.120 (proposta em 18.08.2008 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria – CNTI, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Educação e Cultura – CNTEEC, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Turismo e Hospitalidade – Contratuh, pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Terrestres – CNTTT, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias de Alimentação e Afins – CNTA, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – Contec, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Aquaviários e Aéreos nas Pescas e nos Portos – CONTTMAF e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS); a ADIn 4.126 (proposta em 26.08.2008 pela Confederação Nacional da Indústria – CNI e pela Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA), a ADIn 4.128 (proposta em 28.08.2008 pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC) e a ADIn 4.139 (proposta em 09.09.2008 pela Confederação Nacional do Transporte – CNT e pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – Consif), todas submetidas, com pedidos liminares, e após o falecimento do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, à atual relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto do Supremo Tribunal Federal.

enquadramento espontâneo pretendido, tanto para a categoria, quanto para a base territorial. Esse novo esquema, montado pela Portaria nº 186/2008, na expressão de Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, “obsta que duas entidades coincidentes no todo ou em parte possam optar politicamente por estabelecer uma convivência plural, em regime de liberdade sindical, prática comum no sindicalismo do setor público, estruturado após a Constituição de 1988, e pode significar o fechamento das válvulas de escape que permitiam estruturas mais autônomas de parcela do sindicalismo brasileiro”⁹⁴.

Para os casos de desmembramento sindical, a Portaria nº 186/2008 cria um subterfúgio para se arquivar impugnações a pedidos de registro sindical consistente na impossibilidade de serem aceitas impugnações de entidades desmembrantes, cuja base territorial é maior que a da entidade desmembrada/impugnada, se a sede dessa entidade for a mesma da sede da entidade desmembrada e não houver coincidência de categoria específica (art. 10, inciso VII). Para os casos de dissociação sindical de sindicatos representativos de natureza eclética, mista, de categorias conexas ou similares, a Portaria nº 186/2008 simplesmente permite a dissociação em prol da categoria mais “específica” (art. 10, inciso VIII).

Vários problemas surgem desses dispositivos. Em primeiro lugar, não há preocupação – e o MTE perdeu, efetivamente, uma oportunidade histórica de regrar critérios de aferição de representatividade para os casos de desmembramento e de dissociação sindical – em prol de verdadeiras representatividades sindicais. Seja como for, é intuitivo que se deve entender a preocupação em torno de o Poder Executivo regrar, ainda que de forma muito duvidosa, o caos na missão de zelar pela unicidade. Em segundo lugar, e na ocorrência de coincidência total de categoria representada por sindicato já registrado, o pedido de registro sindical poderá ser, liminarmente, e a critério dos analistas ministeriais, arquivado (art. 10, inciso V), mas se a coincidência for parcial, a nova entidade, impugnada, poderá ter seu registro sindical concedido, ainda que a entidade preexistente, segundo o critério conhecido, seguro, e encampado na doutrina e na jurisprudência, da anterioridade, seja efetivamente atuante e legitimamente representativa, mesmo que de natureza eclética ou complexa.

Aqui, vale um parêntese. Há uma enorme falha de compreensão do sistema com a pressuposição de que entidades de natureza eclética ou complexa,

94 O reconhecimento das centrais sindicais e a criação de sindicatos no Brasil: antes e depois da Constituição de 1988. In: HORN, Carlos Henrique; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da (Orgs.). *Ensaios sobre sindicatos e reforma sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2009. p. 15-58. p. 46.

que representam categorias agrupadas por conexidade ou similaridade, tenham que, efetivamente, se prejudicar ou sofrer processos de dissociação em prol de supostas entidades representativas de categorias ditas específicas. Nem sempre a grandiosidade ou a envergadura da entidade preexistente, de natureza complexa, pode ser indicada como a razão pela qual mereceria ser dissociada em prol de qualquer “sindicatinho” cartorário supostamente representativo de categoria mais específica para, de forma hipócrita, explicar um suposto alinhamento de quem soluciona processos judiciais ou administrativos de dissociação sindical ao princípio da liberdade sindical. O critério ainda válido, legal, para fundamentar uma dissociação é o da prova, pela entidade representativa da suposta categoria mais específica, de que pode oferecer possibilidade de vida associativa regular e de ação sindical eficiente, nos moldes da parte final do art. 571 da CLT.

De mais a mais, a natureza eclética de um sindicato, aliada, muitas vezes, à maior extensão de sua base territorial, é que explica a força motriz por detrás de uma regular vida associativa e de uma ação sindical eficiente que se protraí no tempo de forma positiva e prospectiva para determinada categoria profissional ou econômica.

Se, ao critério legal, fosse dada mais importância, juntamente com outros critérios de natureza qualitativa, estrutural ou funcional, não se viveria um sistema que impulsiona o incremento dos números de sindicatos de carimbo em detrimento de sindicatos – que podem ser, e não há porque se temer uma tal conclusão, os de natureza eclética – verdadeiramente representativos.

A Portaria nº 186/2008, a despeito do elogiável e inteligente esforço de reger o caos, continua a trilhar o caminho da busca, tão somente, da mera representação formal, que somente faz alimentar o surgimento de mais novas entidades sindicais, perseverando no caminho de desprestigiar as legítimas representatividades sindicais. Se o MTE resolvesse, de vez, abandonar meras soluções administrativas para reger a missão de zelar pelo monopólio sindical caótico, estaria, a bem da verdade, muito mais próximo da lógica da autonomia e da liberdade sindical (em conformidade com o art. 8º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal) do que da perversidade da restrição da liberdade (art. 8º, inciso II, da Constituição Federal).

4.4 – Propostas de “*lege ferenda*”

Por todas essas circunstâncias, e pela frustração de o Brasil, a despeito das tentativas, ainda perseverar no problema instaurado com o binômio “sindicato de carimbo X sindicato representativo”, crê-se que, ainda que em

modelo de unicidade, e *de lege ferenda*, é possível, aditando-se os critérios previstos no art. 519, alíneas *a* a *c*, da CLT, e para a solução dos diversos problemas administrativos e judiciais atinentes a conflitos de representatividade sindical, albergados, por exemplo, nos mais variados ritos dos dissídios intersindicais não-coletivos de representatividade, eleger certos, e importantes, critérios de aferição de representatividade sindical, que podem, desde já, contribuir para que, em unicidade sindical, sempre possa prevalecer, mormente em lides envolvendo desmembramento ou dissociação sindical, o sindicato mais representativo em detrimento do sindicato de carimbo.

Nesse sentido, propõe-se a *adoção cumulativa* dos seguintes critérios de aferição de representatividade sindical:

(i) *Número de filiados ou de associados*: não só resgata o critério previsto na alínea *a* do art. 519 da CLT, mas como se trata de critério clássico, de natureza quantitativa, para medir a capacidade de penetração dos sindicatos na organização social de base e de, por consequência, fomentar a base à participação na vida associativa e à ação coletiva. Não se trata de número de representados, mas sim, pura e simplesmente, do número de filiados, que são aqueles que, voluntariamente, aderem ao programa de ação do sindicato.

Parece evidente que esse critério no Brasil não poderia prevalecer sozinho, uma vez que, por essas bandas, em razão da representação automática e categorial, não há incentivos a que um trabalhador, para a categoria profissional, ou uma empresa, para a categoria econômica, filie-se a determinado sindicato se tais individualidades se beneficiam das normas coletivas entabuladas pelos sujeitos coletivos de trabalho independentemente do dado da filiação. A filiação sindical é um importante critério, sem dúvida, mas nem sempre indica a disposição dos indivíduos para dada representação sindical por identificação⁹⁵ com o programa de ação. É por isso que o número de filiados ou associados, por si só, é insuficiente e precisa ser completado ou conjugado com outros critérios, como a

(ii) *Qualidade dos serviços sociais fundados e mantidos*: resgata o critério, de natureza qualitativa e funcional, previsto na alínea *b* do art. 519 da CLT, e que, também, muitas vezes explica o porquê de certos indivíduos buscarem a filiação sindical, pelo interesse e pelos benefícios imediatos que, na busca do associado, pode a vida associativa promover, independentemente das contendas sindicais que, eventualmente, o sindicato resolva encampar;

95 CARDOSO, Adalberto Moreira. *A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 356.

(iii) *O valor do patrimônio*: o critério enaltece o passado da vida associativa e a capacidade que o sindicato tem para comprovar contrapartida à participação das bases;

(iv) *Inversão do ônus da prova para a entidade que pretende se desmembrar ou se dissociar de entidade preexistente*: o critério, que poderia ser aplicado tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito judicial, quebra o pacto da mediocridade que se instalou no Brasil com o enaltecimento, patrocinado pelos Tribunais Superiores, de que os processos de desmembramento ou de dissociação sindical não poderiam ser impedidos de acordo com uma liberdade sindical. É preciso estancar a sangria que se pratica, muitas vezes de forma irresponsável, a entidades que, ainda que ecléticas, comprovam vida associativa regular e ação sindical efetiva.

Por esse critério, e em linha com a parte final do art. 571 da CLT, a nova entidade, que se pretende desmembrada ou dissociada, deve provar, em linha com o disposto nos arts. 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC, que tem condições de manter vida associativa regular e uma ação sindical efetiva. O critério tem o condão de obstaculizar o surgimento desmedido de entidades sindicais que, muitas vezes, com o beneplácito da autorização fácil e hipócrita aos procedimentos de desmembramento e de dissociação, possuem interesse meramente cartorário e econômico, ou seja, interesse no locupletamento indevido das arrecadações atinentes à contribuição sindical, o que leva esse critério a ser conjugado com um outro, qual seja, a

(v) *A prova de que a entidade que surja por desmembramento ou dissociação pode sobreviver sem a receita oriunda da arrecadação da contribuição sindical*: por esse critério, não se está a sustentar que uma nova entidade sindical não teria que usufruir dos benefícios da contribuição sindical, até porque uma tal sugestão, agora, soaria, no mínimo, inconstitucional (art. 8º, inciso IV, parte final, da Constituição Federal). O que se propõe, *de lege ferenda*, é que um dos traços de prova de que uma nova entidade pode promover uma regular vida associativa e uma eficiente ação coletiva seja mediante a demonstração de que a entidade não é de carimbo e não é cartorária.

A questão é, reconhece-se, no mínimo polêmica, porque fere de morte um dos sustentáculos para o fenômeno crescente da deslegitimação do modelo sindical brasileiro, que é decorrente, diretamente, do financiamento sindical fácil e corporativista da contribuição sindical. Com a prova de que uma nova entidade pode se manter por meio das contribuições ou mensalidades que, voluntariamente, as bases lhe vertem, a pressuposição é de que tal entidade está mais próxima dos desideratos da base, da verdadeira representatividade

DOCTRINA

sindical e, por consequência, de regular vida associativa e de ação coletiva eficiente.

O critério, ademais, tem o condão de corrigir os desvios de conduta verificados na utilização, por boa parte do movimento sindical, do produto da arrecadação da contribuição sindical – que é um tributo do tipo contribuição parafiscal, com destinação especificada e que serve de instrumento, pela União, para que os entes sindicais o utilizem no interesse das categorias profissionais e econômicas – para fins outros que não aqueles de interesse da categoria, como a utilização em atividades escusas, muitas delas com finalidade política e com as quais os trabalhadores ou as empresas não compactuam. Em razão do princípio da autonomia sindical, os sindicatos, ainda que de forma delegada pela União (ente político tributante que elegeu os sindicatos como sujeitos ativos da exação tributária), são livres para escolher quais as atividades querem implementar, com o produto da contribuição sindical, em benefício de seus representados, mas, ao se utilizarem de tal produto, devem, em concreto, exercer, de forma vinculada, as atividades assistenciais inerentes à sua existência, em prol da categoria, tais quais aquelas atividades descritas nos arts. 592 e 593 da CLT, sob pena de caracterização de desvio de finalidade⁹⁶.

Por outra vereda, e como, de forma originalíssima, pontificou o Professor Paulo Sergio João, não há impeditivo constitucional ou legal para que surjam representações sindicais que sobrevivam somente das contribuições espontâneas de seus associados, até porque nada impede, nos ditames da liberdade sindical, que existam entidades sindicais, representativas de mesma categoria e em mesma base territorial⁹⁷, em regime de pluralidade, desde que uma delas não dependa da contribuição sindical, não se atrelando, por conseguinte, às rédeas do modelo da unicidade. Sem a contribuição sindical, destrói-se um dos fundamentos da unicidade. Segundo o Professor Paulo Sergio João, “a legitimidade sindical não se faz pela contribuição sindical, mas pela adesão voluntária de trabalhadores aos sindicatos”⁹⁸;

(vi) *A prova de que, em casos de desmembramento ou de dissociação sindical, as entidades desmembrantes ou dissociantes interessadas demonstrem*

96 PARRILA, Evandro; ALVES, Ricardo de Paula. A contribuição sindical como garantia de não proliferação de entes sindicais: a validação finalística do instituto perante a liberdade sindical. In: MANNRICH, Nelson (Coord.). *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, ano 30, n. 116, p. 20-63, out./dez. 2004, p. 48-49.

97 JOÃO, Paulo Sergio. O fim da unicidade sindical com ou sem contribuição sindical. *Suplemento Trabalhista LTr nº 019/08*, São Paulo, n. 19, p. 93-95, 2008, p. 94.

98 *Ibidem*, p. 95.

que a assembleia geral da categoria anterior, da base territorial anterior, foi convocada para autorizar o procedimento e a fundação de uma outra entidade: com esse critério, pretende-se corrigir os desvios de conduta praticados por vários sindicatos de carimbo que convocam apenas parcela da categoria, exatamente a formada por, tão somente, os interessados no desmembramento ou na dissociação, para autorizar o surgimento da nova entidade sindical, o que é muito comum em casos de dissociação de sindicatos de natureza eclética ou complexa.

Nos meandros dos princípios democráticos, não se pode assegurar que aventureiros⁹⁹ sindicais tenham o aval do direito para abalizar suas condutas pela deliberação deles mesmos, de uma suposta assembleia¹⁰⁰ que congrega, as mais das vezes, indivíduos que se contam nos dedos, diante da vastidão do grupo representado pela entidade anterior, a ser supostamente desmembrada. As novas entidades, em procedimentos de desmembramento ou de dissociação, devem se fundar a partir da convocação de toda a categoria do sindicato preexistente para que tal assembleia autorize, ou não, a fundação de nova entidade por desmembramento ou por dissociação. Afinal de contas, a assembleia geral é o órgão mais importante da estrutura sindical e é por meio da assembleia geral que o sujeito coletivo de trabalho consegue ilustrar o exato “momento de autoorganización de la colectividad de los trabajadores”¹⁰¹, ou seja, o verdadeiro *momento coletivo* da representação sindical. Em nenhum outro momento, da vida associativa, a solidariedade entre os indivíduos expressa melhor a ideia de grupo unido para finalidades comuns. O critério só pode ser justo se for conjugado com a necessária

(vii) *Imposição a que a nova entidade sindical disponha, em seus estatutos, de elementos caracterizadores da possibilidade de ampla participação das bases nos destinos sindicais, mediante a implementação de verdadeira democracia sindical interna:* por esse critério, pretende-se recuperar a exigência moral, já contida nos arts. 133, inciso IV; e 135 do ALRS, no sentido de que os estatutos da entidade sindical tratem, minimamente, de elementos que assegurem os princípios de liberdade organizativa, de democracia

99 Segundo Henrique Macedo Hinz, “o interesse em desmembrar uma entidade deve ser discutido na entidade a ser desmembrada (geral), evitando-se assim que aventureiros, com finalidades diferentes daquelas dos que comporão a nova categoria, venham, por meras questões formais, a obter a nova representação. Afinal, não é rara a possibilidade de a própria entidade patronal ou empresas virem a patrocinar a criação de entidade profissional menos combativa, com a qual passem a negociar os direitos de seus empregados” (*Direito Coletivo do Trabalho*, p. 20).

100 Patrocinada pelos famosos grupos pró-fundação de sindicatos.

101 CUEVAS LOPEZ, Joaquin. *Estructura y función de la representación colectiva en la empresa*. Pamplona: Aranzadi, 1982. p. 87.

DOCTRINA

interna e de respeito aos direitos da minoria (ou da participação efetiva, nos processos eleitorais, periodicamente convocados, de grupos de oposição, sem temor de represálias ou de ações policiais); e, por fim,

(viii) *A demonstração, mediante pesquisas estatísticas, de campo, de entrevistas às bases, e na periodicidade que a lei ou a jurisprudência entender por bem definir, da manutenção da representatividade sindical nos moldes anteriormente auferidos*, sob pena de o título de “legítimo representante” se perder e viabilizar a que outra entidade possa batalhar e concorrer pela representatividade sindical.

5 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEMÃO, Ivan. Do enquadramento sindical da década de 1940 e a classificação das profissões da década de 1990. *Revista LTr* 70-06, São Paulo, v. 70, n. 6, p. 707-714, jun. 2006.

ÁLVAREZ CUESTA, Henar. *La mayor representatividad sindical*. León: Universidad de León – Secretariado de Publicaciones, 2006.

ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*: das várias espécies de contratos; do empréstimo; da prestação de serviço; da empreitada; do depósito. Arts. 579 a 652. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. IX.

AROUCA, José Carlos. *Enquadramento sindical: jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1986. v. II.

_____. *O sindicato em um mundo globalizado*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *Repensando o sindicato*. São Paulo: LTr, 1998.

AUER, Peter; CAZES, Sandrine. Introduction. In: AUER, Peter; CAZES, Sandrine (ed.). *Employment stability in an age of flexibility: evidence from industrialized countries*. Geneva: International Labour Office, 2002. p. 1-21.

BARROS, Cassio Mesquita. Pluralidade, unidade e unicidade sindical. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Coord.). *Curso de Direito Coletivo do Trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa*. São Paulo: LTr, 1998. p. 77-91.

BORTOLOTTI, Rudimar Roberto. *Os aspectos da representatividade no atual Direito Sindical brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001.

CARDOSO, Adalberto Moreira. *A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003.

CASTRO, Antonio Escosteguy. *Trabalho, tecnologia e globalização: a necessidade de uma reforma sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2006.

CHIARELLI, Carlos Alberto. *O trabalho e o sindicato: evolução e desafios*. São Paulo: LTr, 2005.

DOCTRINA

CORTE, Néstor T. *El modelo sindical argentino: régimen legal de las asociaciones sindicales*. 2. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1994.

COUTINHO, Aldacy Rachi. Trajetória do sindicalismo brasileiro: análise do suporte legislativo. In: ARAÚJO, Silva Maria de; FERRAZ, Marcos (Orgs.). *Trabalho e sindicalismo: tempo de incertezas*. São Paulo: LTr, 2006. p. 256-287.

CUEVAS LOPEZ, Joaquin. *Estructura y función de la representación colectiva en la empresa*. Pamplona: Aranzadi, 1982.

CUÓCO, Ubiracy Torres. *Enquadramento sindical no Direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1984.

_____. Pluralidade sindical: será que ainda se justifica? *Revista LTr* 68-02, São Paulo, v. 68, n. 2, fev. 2004, p. 148-154.

DALAZEN, João Oreste. A reforma do Judiciário e os novos marcos da competência material da Justiça do Trabalho no Brasil. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: Anamatra; São Paulo: LTr, 2005. p. 148-178.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. *Sindicato mais representativo e mutação constitucional: uma proposta de releitura do art. 8º, II, da Constituição Federal*. São Paulo: LTr, 2007.

HINZ, Henrique Macedo. *Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2005.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Freedom of association in practice: lessons learned*. Global report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work 2008. Geneva: International Labour Office, 2008.

JOÃO, Paulo Sergio. O fim da unicidade sindical com ou sem contribuição sindical. *Suplemento Trabalhista LTr* 019/08, São Paulo, 2008, n. 19.

KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Uma visão prospectiva da atuação jurisdicional em relação à organização sindical. *Revista LTr* 73-05, São Paulo, v. 73, n. 5, maio 2009, p. 563-574.

LOGUERCIO, José Eymard. *Pluralidade sindical: da legalidade à legitimidade no sistema sindical brasileiro*. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil: do Direito das Obrigações; do adimplemento e da extinção das obrigações*. Arts. 304 a 388. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. I.

MASSONI, Túlio de Oliveira. *Representatividade sindical*. São Paulo: LTr, 2007.

MATTOS, Marcelo Badaró. *O sindicalismo brasileiro após 1930*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

MELLO, Lais Corrêa de. *Liberdade sindical na Constituição brasileira*. São Paulo: LTr, 2005.

MENEZES, Mauro de Azevedo. Definição do sindicato (mais) representativo: pressupostos, problemas e alternativas. Disponível em: <www.facs.br/.../Sindicato%20mais%20representativo%20ERGON..doc>. Acesso em: 10 mar. 2010.

MISAILIDIS, Mirta Larena de. *Os desafios do sindicalismo brasileiro diante das atuais tendências*. São Paulo: LTr, 2001.

MORAES FILHO, Evaristo de. *O problema do sindicato único no Brasil: seus fundamentos sociológicos*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.

DOCTRINA

MORALES, Cláudio Rodrigues. *Enquadramento sindical após a Constituição Federal de 1988: controvérsias, tipos, formas, critérios, soluções*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *Manual prático para constituição de sindicatos* – Federação. Confederações. Centrais Sindicais. São Paulo: LTr, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5. ed. rev. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento*. Adotada durante a Conferência Internacional do Trabalho na sua Octogésima Sexta Reunião, Genebra, 18 jun. 1998. Trad. Edilson Alkmim Cunha. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2001.

PARRILA, Evandro; ALVES, Ricardo de Paula. A contribuição sindical como garantia de não proliferação de entes sindicais: a validação finalística do instituto perante a liberdade sindical. In: MANNRICH, Nelson (Coord.). *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, ano 30, n. 116, out./dez. 2004, p. 20-63.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito. *Constituição e liberdade sindical*. São Paulo: LTr, 2007.

RAMOS FILHO, Wilson. O Fórum Nacional do Trabalho e o sistema sindical brasileiro: algumas críticas sobre o modelo de soluções de conflitos coletivos. In: MACHADO, Sidnei; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coords.). *Reforma trabalhista e sindical: o Direito do Trabalho em perspectivas: homenagem a Edésio Franco Passos*. São Paulo: LTr, 2005. p. 263-316.

ROMITA, Arion Sayão. Liberdade sindical no Brasil: a ratificação da Convenção nº 87 da OIT. In: PEREIRA, Armand F. (Org. e Ed.). *Reforma sindical e negociação coletiva*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2001. p. 23-36.

_____. A (des)organização sindical brasileira. *Revista LTr 71-06*, São Paulo, v. 71, n. 6, jun. 2007, p. 666-675.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios gerais de Direito Sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SADY, João José. Notas sobre a PEC da reforma sindical. Disponível em: <<http://www.diap.org.br/default.asp?codigo1=6051#6051>>. Acesso em: 23 abr. 2005.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Fundamentos do Direito Coletivo do Trabalho: nos Estados Unidos da América, na União Europeia, no Mercosul e a experiência brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SERVAIS, Jean-Michel. Labor Law and Cross-Border Cooperation among Unions. In: GORDON, Michael E.; TURNER, Lowell (Ed.). *Transnational cooperation among labor unions*. Ithaca: Cornell University Press, 2000. p. 44-59.

SILVA, Antônio Álvares da. Contratação coletiva. In: MALLETT, Estêvão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (Coords.). *Direito e Processo do Trabalho: estudos em homenagem a Octavio Bueno Magano*. São Paulo: LTr, 1996. p. 207-253 e p. 233.

DOUTRINA

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. O reconhecimento das centrais sindicais e a criação de sindicatos no Brasil: antes e depois da Constituição de 1988. In: HORN, Carlos Henrique; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da (Orgs.). *Ensaio sobre sindicatos e reforma sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2009. p. 15-58.

_____. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A categoria como critério para organizar sindicatos nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. In: MANNRICH, Nelson (Coord.). *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, ano 28, n. 107, jul./set. 2002, p. 269-278.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

_____. Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho no Brasil: obstáculos e desafios. In: PEREIRA, Armand F. (Org. e Ed.). *Reforma sindical negociação coletiva*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2001. p. 81-105.

SOUZA, Zoraide Amaral de. *A associação sindical no sistema das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

TEIXEIRA, Gilnei Mourão. Liberdade sindical no Brasil: uma visão estratégica. In: PEREIRA, Armand F. (Org. e Ed.). *Reforma sindical e negociação coletiva*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2001. p. 55-65.

ACÇÃO ANULATÓRIA DE CLÁUSULA: UMA VISÃO SOBRE O INSTITUTO E O IMPACTO SOBRE OS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO

Marla Beatriz Miguel de Souza Lima*

Intuitivamente, a relevância do direito coletivo do trabalho sobressai da transformação na regulação do trabalho, que se desloca, em parte e paulatinamente, da esfera estatal para os próprios interessados, empregados e empregadores, mediante negociação coletiva. A materialização da negociação coletiva no Brasil faz-se por celebração de convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho.

A Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho já teve a oportunidade de apreciar ações anulatórias de cláusulas de convenção coletiva e acordo coletivo de trabalho, em grau originário e recursal. Cuida-se de instituto que teria lugar até mesmo com a reforma sindical¹. O presente artigo visa a lançar luzes sobre o instituto, especialmente sobre os temas que suscitem debate na jurisprudência, discorrendo sobre as condições desse tipo de ação e sobre os impactos produzidos nos dissídios individuais. Logo, mais que preocupado em enunciar todas as cláusulas já declaradas nulas ou reputadas válidas no âmbito da Seção de Dissídios Coletivos, pretendo analisar as possibilidades do instituto de forma a tornar eficaz a decisão, consolidando princípios do direito coletivo do trabalho.

LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*

A legitimidade ativa *ad causam* para a ação anulatória de cláusula decorre da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que no art. 83, inciso IV, dispõe que “compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: IV – propor as

* Assessora do Ministro do TST Márcio Eurico Vitral Amaro.

1 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 662.

ações cabíveis para a declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores”.

Portanto, em princípio, seria atribuição exclusiva do Ministério Público do Trabalho o ajuizamento de ações com vistas à declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva. Essa atribuição decorre tanto da lei como da própria função essencial à Justiça assumida pelo Ministério Público nos termos da Constituição Federal.

Para parte da doutrina, que adota corrente mais restritiva, trata-se efetivamente de legitimidade ativa *ad causam* exclusiva do Ministério Público do Trabalho, porquanto somente o *parquet* estaria contemplado em lei e pelo fato de os próprios signatários não poderem pretender discutir a validade de cláusula por eles mesmos ajustada².

Importante observar que tal legitimidade decorre especificamente de lei, mas assemelha-se, em essência, ao recurso interposto de decisão que homologa acordo judicial em dissídio coletivo, conforme previsto no art. 7º, § 5º, da Lei nº 7.701/88³. É dizer, da mesma forma, que a lei cogita da atuação do Ministério Público do Trabalho para verificar a validade de acordo em dissídio coletivo, fruto também da vontade das partes, a lei complementar impõe a atuação do Ministério Público do Trabalho na fiscalização dos ajustes autonomamente celebrados sem a necessidade de homologação pela Justiça do Trabalho.

Todavia, a Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho firmou posicionamento no sentido de também contar com legitimidade ativa *ad causam* o signatário do acordo coletivo ou da convenção coletiva de trabalho e o sindicato que tenha a esfera de direitos eventualmente atingida por cláusula constante de norma coletiva ajustada entre sindicatos profissionais e sindicatos do segmento econômico ou empresas distintos.

Partiu-se da premissa de que, após a celebração do ajuste, o sindicato ou empresa signatária poderia deparar-se com alguma nulidade na cláusula, em tese ou a partir da aplicação, de modo que se legitima para a causa. Outra

2 MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Processo coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 250.

3 “Art. 7º Das decisões proferidas pelo Grupo Normativo dos Tribunais Regionais do Trabalho, caberá recurso ordinário para o Tribunal Superior do Trabalho.

(...)

§ 5º Formalizado o acordo pelas partes e homologado pelo Tribunal, não caberá recurso, salvo por parte do Ministério Público.”

hipótese é a de vício na manifestação da vontade de uma das partes, que, em tese, poderia legitimar o signatário adverso. Como bem sintetiza Otávio Brito Lopes: “Todos os vícios que maculam a legitimidade dos sindicatos para o ajuizamento de dissídios coletivos, em princípio, também maculam a negociação que resulta em flexibilização das condições de trabalho”⁴. Nesse sentido, importante trazer a ressalva de Gelson de Azevedo, para quem “não se pode presumir vício de consentimento, tratando-se da vontade coletiva, manifestada em assembleia de trabalhadores. Pode-se, isto sim, provar a existência de vício, por todos os meios legalmente admitidos, na forma do que dispõe no Código Civil”⁵.

De outro lado, ao membro da categoria profissional ou econômica, nos termos do entendimento firmado no âmbito da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, não se reconhece a legitimidade para questionar a validade de cláusula em ação anulatória, pois eventual questionamento ocorre em dissídio individual na reclamação trabalhista típica. Embora haja precedentes no sentido de autorizar membro da categoria a postular declaração de nulidade por conta de vícios formais, a título de ilustração, a não convocação regular de assembleia, fraude na ata, alteração do conteúdo votado, predomina o entendimento em torno da ilegitimidade ativa *ad causam* nesses casos.

COMPETÊNCIA FUNCIONAL PARA JULGAMENTO

Deixa-se de tecer maiores comentários sobre a competência material da Justiça do Trabalho para o julgamento de ação anulatória de cláusula convencional, tema que não suscitou maiores controvérsias, ante a dicção anterior e atual do art. 114 da Constituição Federal, da Lei Complementar nº 75/93, art. 83, IV, bem como da Lei nº 8.984/95, art. 1º.

Todavia, muito se discutiu sobre a competência funcional para julgamento da ação anulatória. Ao final, dado o nítido contorno coletivo da demanda, na medida em que visa a declarar nulidade de cláusula ajustada pelo sindicato no

4 LOPES, Otávio Brito. Limites da flexibilização das normas legais trabalhistas. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva et alii. *Direito e Processo do Trabalho em transformação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 201.

5 AZEVEDO, Gelson de. Limites da vontade coletiva, diante da Constituição e da lei. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva et alii. *Direito e Processo do Trabalho em transformação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 207.

DOCTRINA

interesse da categoria, firmou-se a competência dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho. Com efeito, busca-se extirpar da esfera de obrigações assumidas entre as partes a cláusula atentatória a direitos indisponíveis de uma coletividade de trabalhadores componentes de uma categoria ou de uma empresa.

Circunscreve-se na competência dos Tribunais Regionais do Trabalho, como regra geral, a ação anulatória que impugne convenção ou acordo coletivo com efeitos sobre a base territorial respectiva. Competirá ao Tribunal Superior do Trabalho, em caráter residual, a apreciação de ação anulatória voltada para norma coletiva que ultrapasse os limites territoriais de um Tribunal Regional do Trabalho.

Essa conclusão decorreu de analogia com o processo de dissídio coletivo em relação ao qual o art. 895, II, da CLT, afirma tratar-se de feito da competência originária do Tribunal Regional do Trabalho. Neste caso, cabe recurso ordinário do acórdão proferido em ação anulatória para o Tribunal Superior do Trabalho, que será apreciado pela Seção de Dissídios Coletivos – SDC. Da decisão proferida pela SDC, em grau de recurso ordinário, não caberá recurso de revista, tampouco recurso de embargos, pois não contemplado nas hipóteses do art. 894 da CLT. Igualmente, a decisão proferida pela SDC em ação anulatória originária não desafia tais recursos. Poder-se-ia cogitar do cabimento de embargos de divergência, na hipótese de decisão tomada por maioria, tal qual se dá no julgamento de dissídio coletivo de competência originária do Tribunal Superior do Trabalho. Todavia, essa possibilidade de cabimento não se encontra contemplada quer na lei, quer no Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, de modo que demandaria eventual deliberação do órgão no sentido de aplicação analógica do recurso de embargos de divergência.

A discussão sobre a competência funcional para julgamento da ação anulatória ressurgiu para alguns doutrinadores à luz da Emenda Constitucional nº 45/04. Retornaram duas correntes preponderantes de entendimento. Para a primeira delas, o litígio, de fato, ostenta natureza coletiva, pois a cláusula vincula toda uma categoria. Para a segunda, a questão resolve-se ante a falta de previsão legal excepcionando a competência do segundo grau de jurisdição, o que atrai a competência do primeiro grau. Invoca-se em defesa da segunda corrente o art. 114, III, da Constituição Federal, que trata da competência da Justiça do Trabalho para as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores e entre sindicatos e empregadores. Logo, para essa corrente, em virtude de a convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho

necessariamente envolver sindicatos ou sindicato e empresa, a competência funcional seria da Vara do Trabalho⁶.

Com a devida vênia, não comungo dessa conclusão. Penso que a Emenda Constitucional nº 45/04 não teve o condão de alterar a competência funcional para a apreciação de ações anulatórias de cláusula convencional. Com efeito, definiu-se a competência funcional do Tribunal Regional do Trabalho porquanto a ação anulatória assemelha-se mais a um dissídio coletivo do que a uma reclamação trabalhista, dado que se trata de condição de trabalho criada pelas partes para valer com aplicação sobre toda a categoria representada pelo sindicato. Tal qual se dá no dissídio coletivo de natureza econômica, em que se cria a norma, ou no de natureza jurídica, que interpreta o alcance de norma específica da categoria, busca-se aquilatar os interesses das partes ao celebrarem a norma e decidir pela validade ou não para toda a categoria. Cuida-se, até mesmo, de política judiciária, pois transfere de imediato ao Tribunal Regional do Trabalho a apreciação de cláusula que tem efeitos jurídicos sobre diversos e distintos Municípios, excedendo a jurisdição de uma Vara do Trabalho. Ademais, nada impede que a nulidade de cláusula possa ser arguida incidentalmente em reclamação trabalhista, de forma que se impõe a apreciação dessa prejudicial com eficácia limitada entre as partes envolvidas no processo.

Independente desse debate, depreende-se, pois, da definição de competência, que a ação anulatória de cláusula submete-se a julgamento perante a Justiça do Trabalho sempre em grau ordinário, ou seja, dotada de cognição plena e, no caso de interposição de recurso ordinário, aplica-se a regra da ampla devolutividade contemplada no art. 515 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária no processo do trabalho. Note-se, portanto, que a ação anulatória de cláusula permite ao julgador a análise da cláusula à luz de toda a prova nos autos, a exemplo do próprio inteiro teor da convenção coletiva de trabalho ou do acordo coletivo de trabalho, cuja juntada se faz obrigatória para o correto equacionamento da controvérsia. Também se analisa eventual manifestação dos trabalhadores que podem fazer juntar abaixo-assinado em que demonstram descontentamento ou plena aceitação com a aplicação prática da cláusula no âmbito da relação de trabalho. Permitida a cognição plena, a ação anulatória mostra-se um importante instrumento de apreciação da

6 SCHIAVI, Mauro. Aspectos polêmicos da ação anulatória de normas convencionais após a EC nº 45/2004. In: *Decisório trabalhista*, n. 154, v. 14, p. 22-23, maio 2007. No mesmo sentido, apesar de manifestado anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/04: PEREIRA, Maurício dos Santos. Ação anulatória de cláusula de convenção coletiva: competência originária para julgamento. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região*, ano 4, n. 1, dez 2002, p. 179-190.

integralidade da norma coletiva que rege a categoria ou os empregados de determinada empresa, nas duas instâncias competentes. Viabiliza-se, ademais, a apreciação de eventual contrapartida proporcionada pela cláusula e o contexto social, político e econômico em que produzida a norma coletiva, de modo que se entrega a completa prestação jurisdicional em conflito nitidamente coletivo.

OBJETO DA AÇÃO ANULATÓRIA

A causa de pedir remota da ação anulatória consta do mencionado art. 83, IV, da Lei Complementar nº 75/93: “Violação das liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores”.

Em uma visão afeta ao Direito Constitucional, pode-se distinguir entre os direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalhadores, que são os direitos dos trabalhadores do art. 7º da Constituição Federal e os direitos coletivos dos trabalhadores (arts. 9º a 11 da Constituição), que são aqueles que os trabalhadores exercem coletivamente ou no interesse de uma coletividade deles, e são os direitos de associação profissional ou sindical, o direito de greve, o direito de substituição processual, o direito de participação e o direito de representação classista⁷. Mas o conceito de direitos dos trabalhadores não se limita à Constituição Federal, estando contemplados também em leis, especialmente na Consolidação das Leis do Trabalho, e em normas infra-legais.

Para as ações anulatórias, em princípio, não é relevante investigar, com base na doutrina germânica do século XX, se a cláusula cuja declaração de nulidade se requer, ostenta natureza de cláusula normativa, que cria direito e obrigação aos empregados e empregadores e se destinam às relações individuais de trabalho, ou de cláusula obrigacional, que vincula as pessoas jurídicas celebrantes da norma coletiva e não relacionadas, em regra, no contrato de trabalho⁸. É claro que as segundas revestem-se de maior importância e podem mais facilmente violar as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.

Ademais, como sabido, o art. 114 da Constituição Federal sofreu alteração com a Emenda Constitucional nº 45/04. Em relação ao julgamento do

7 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 288.

8 Para melhor detalhamento da distinção entre as cláusulas normativas e obrigacionais ver: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DOCTRINA

dissídio coletivo, a par da novel exigência do comum acordo, houve ligeira modificação no tocante ao § 2º, que impunha o respeito “às disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho” e passou a dispor: “Respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”.

Tal regra constitui-se em parâmetro para o julgamento de dissídios coletivos, de forma que, no caso de malogro das negociações coletivas, o conflito possa ser solucionado pela Justiça do Trabalho à luz da lei e também das cláusulas de instrumentos preexistentes, fruto da autonomia privada coletiva. Com efeito, o constituinte originário, e também o derivado, como visto, partiram da premissa da relevância do ajuste em torno de determinada condição de trabalho válida por um período a nortear as relações de trabalho pois, em um caso, pode significar uma conquista da categoria profissional e, em outro, pode demonstrar uma rotina de trabalho cuja manutenção seja de crucial importância para as atividades desenvolvidas.

Essa previsão na Constituição Federal afigura-se de extremo valor na apreciação de dissídios coletivos, que difere da análise de dissídios individuais, em relação aos quais se aplica a Súmula nº 277 do TST.

É dizer, na análise de dissídios coletivos, o fato de a cláusula não haver sido objeto de acordo entre as partes não atrai o imediato indeferimento da cláusula, como se poderia inferir a partir da leitura da Súmula nº 277 do TST. Isso porque ela pode constar da sentença normativa em obediência à Constituição Federal.

Já em ação anulatória, a causa de pedir deve ser outra: verifica-se se a cláusula viola as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores, independente de ser preexistente ou não.

Nesse ponto, invoca-se a flexibilização dos direitos do trabalhador. Com efeito, regra geral, as cláusulas objeto de ação anulatória tratam de alteração de direitos previstos em lei. Conquanto haja exemplos de cláusulas que, atuando no vazio legal, foram objeto de ação anulatória ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, a jurisprudência conta, em sua imensa maioria, com arestos proferidos em ação anulatória em que se discutia eventual redução de direitos ou a afronta a norma de ordem pública.

Na busca de um parâmetro para a análise da validade de determinada cláusula, reside certa disparidade entre os entendimentos. Há corrente mais genérica que se limita a preconizar que: “Cláusulas que firmam preceitos legais, que contenham direitos indisponíveis e que não possam ser flexibilizados por

negociação coletiva deverão ser eliminados por estarem lesando a ordem jurídica”⁹.

É exatamente aqui que reside a maior controvérsia entre a doutrina e que também permeia a jurisprudência, de modo que se faz necessário resgatar brevemente as correntes doutrinárias.

RÁPIDAS CONSIDERAÇÕES SOBRE AS CORRENTES DOUTRINÁRIAS EM TORNO DOS LIMITES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA PARA O JULGAMENTO DE AÇÕES ANULATÓRIAS

Sem pretender esgotar a matéria e segundo distinção identificada por Otávio Brito Lopes, estas seriam as correntes doutrinárias que se prestam a elucidar os limites da negociação coletiva: 1) corrente ampliativa, sustenta a possibilidade de negociação ampla e irrestrita, sob o argumento de que, se é possível negociar os mais importantes aspectos da relação de emprego, quais sejam, os salários e a jornada de trabalho, não existe óbice para que a negociação envolva outros aspectos, já que de menor importância; 2) corrente restrita, sustenta a possibilidade de negociação restrita aos direitos trabalhistas assegurados por lei, não alcançando aqueles de estatura constitucional; 3) corrente limitada à disponibilidade de direitos, sustenta que os limites da negociação coletiva encontram-se no caráter patrimonial dos direitos trabalhistas, e 4) corrente restritiva, sustenta que figuram como objeto da negociação apenas os aspectos do vínculo de emprego apontados expressamente pela Constituição Federal, os já mencionados salário e jornada de trabalho¹⁰.

Há corrente bastante rigorosa no sentido de reputar nula qualquer disposição que represente uma redução nos direitos e garantias previstos em tratados internacionais e na legislação ordinária, pois estas constituem “concretas projeções dos direitos fundamentais contidos no art. 7º da CR/88, integrando, indubitavelmente, o bloco de constitucionalidade que deve ser respeitado pelas políticas públicas posteriores”¹¹. Por essa vertente hermenêutica,

9 TAKAHASHI, Anne Caroline de Medeiros. Ação anulatória de cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho. In: SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direito coletivo moderno: da lei da ação civil pública e do Código de Defesa do Consumidor ao direito de negociação coletiva no setor público*. São Paulo: LTr, 2006. p. 97.

10 LOPES, Otávio Brito. Limites da flexibilização das normas legais trabalhistas. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva et alii. *Direito e Processo do Trabalho em transformação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 192.

11 BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 47, jan./jun. 2008, p. 65.

qualquer cláusula que significasse uma redução do direito contemplado em qualquer norma, padeceria de irremediável nulidade.

Nesse sentido, toma-se em conta a garantia de reconhecimento dos acordos e convenção coletiva de trabalho (art. 7º, XXVI, da Constituição Federal) como premissa para a análise da validade de cláusula. Todavia, já adverte Otávio Brito Lopes no sentido de que: “A flexibilização tem seus limites fixados na Constituição – incisos VI, XIII e XIV, do art. 7º e em seu próprio *caput*, que alberga o princípio da proteção ao trabalhador – no princípio da participação obrigatória dos sindicatos na negociação coletiva (art. 8º, VI) e nos demais direitos e garantias fundamentais, dentre os quais destacamos o princípio da igualdade material e o princípio da dignidade da pessoa humana”¹². E prossegue: “O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho é mais um aspecto da proteção ao trabalhador, insculpido na forma do princípio da proteção, e não pode ser interpretado isoladamente, como vem sendo feito de forma equivocada, de maneira a justificar – tudo em nome da autonomia privada coletiva – o desmonte dos direitos trabalhistas, e, consequentemente, dos direitos e garantias fundamentais da classe trabalhadora”¹³.

Já no sentir de Gelson de Azevedo, “ressalvados os direitos estabelecidos na Constituição e na lei pertinentes à higidez física e mental do trabalhador (férias, repouso semanal remunerado, intervalos para descanso durante a jornada etc) e ao interesse de terceiros (FGTS, contribuições previdenciárias e fiscais etc), os demais, de natureza patrimonial podem ser objeto de livre disposição transacional pela vontade coletiva”¹⁴.

Colhe-se, também, opinião no sentido de que se deve abandonar a ideia de hipossuficiência na negociação coletiva, pois aqui as partes estariam em condição de igualdade, como externou Henrique Macedo Hinz: “Na negociação coletiva a assimetria ou hipossuficiência verificada na relação individual de trabalho desaparece, donde ser inaplicável, em sede de direito coletivo do trabalho, o princípio da proteção ou o da norma mais favorável, substituídos que são pelo da autonomia privada coletiva”¹⁵.

12 LOPES, Otávio Brito. Limites da flexibilização das normas legais trabalhistas. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva et alii. *Direito e Processo do Trabalho em transformação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 196-197.

13 Idem.

14 AZEVEDO, Gelson de. Limites da vontade coletiva, diante da Constituição e da lei. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva et alii. *Direito e Processo do Trabalho em transformação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 208.

15 HINZ, Henrique Macedo. *Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 100.

Sem embargo das correntes mais restritivas, filio-me à corrente que amplia os horizontes da negociação coletiva como forma de solução dos conflitos coletivos de trabalho, sem perder de vista, contudo, a proteção das normas de ordem pública, pois estas não podem sofrer redução. Com efeito, as normas de ordem pública protegem o trabalhador, mas não só, pois geralmente atingem outro bem jurídico, a exemplo, da segurança e higiene no trabalho, o nascituro e a dignidade da pessoa humana. Este, naturalmente, não encontra ressalvas, sendo enunciado por Miguel Reale como o valor cujo significado transcende o processo histórico, através do qual a espécie toma consciência de sua dignidade ética¹⁶. Ademais, há alterações pretendidas pelo empregador que escapam do *jus variandi*, extrapolando os limites do seu poder diretivo, o qual, como cediço, deve ser exercido dentro dos limites da lei, em consonância como os direitos e garantias do empregado.

Nesse sentido, causa estranheza a corrente doutrinária que defende que seja entregue, em ação anulatória, decisão de mera adaptação de cláusulas, salvo em casos de vícios de consentimento examinados à luz do Código Civil.

Orientando-me por tal norte, importante ressaltar a análise de cada caso concreto para verificar a exata medida em que o direito está sendo supostamente violado e, sobretudo, a vontade dos trabalhadores.

Conquanto a razão de ser da Justiça do Trabalho origine-se da proteção do trabalhador, a quem se protege até mesmo da própria ganância, não se pode deixar de lado a manifestação coletiva e a dinâmica da sociedade que, por vezes, torna obsoleta determinada regra de trabalho ou até mesmo inadequada para a categoria envolvida.

A Seção de Dissídios Coletivos cristalizou duas hipóteses em que se considera a cláusula violadora de direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores. Trata-se da Orientação Jurisprudencial nº 30¹⁷ e Orientação Jurisprudencial nº 31¹⁸ da Seção de Dissídios Coletivos, relativas à estabilida-

16 REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 309.

17 OJ 30: “ESTABILIDADE DA GESTANTE. RENÚNCIA OU TRANSAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. (inserida em 19.08.98)

Nos termos do art. 10, II, *a*, do ADCT, a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do art. 9º da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário”.

18 OJ 31: “ESTABILIDADE DO ACIDENTADO. ACORDO HOMOLOGADO. PREVALÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 118 DA LEI Nº 8.213/91. (inserida em 19.08.98)

Não é possível a prevalência de acordo sobre legislação vigente, quando ele é menos benéfico do que a própria lei, porquanto o caráter imperativo dessa última restringe o campo de atuação da vontade das partes”.

de da empregada gestante e do empregado acidentado, respectivamente. Por sua vez, a Subseção de Dissídios Individuais 1, analisando reclamações trabalhistas individuais ou plúrimas, edificou alguns verbetes valendo-se do termo “inválida”, no sentido de nula, para afastar a aplicação no caso concreto de cláusula fruto da autonomia da vontade, quais sejam: Orientações Jurisprudenciais ns. 322 e 342¹⁹. Das súmulas, colhe-se o exemplo da Súmula nº 91, cuja diretriz no sentido de considerar nulo o salário complessivo, originou-se, substancialmente, da análise de cláusula inserta em convenção coletiva e posteriormente em acordo coletivo.

De qualquer sorte, recomenda-se a busca pelo equilíbrio nas relações de trabalho de forma que não se olvide que a negociação coletiva constitui mecanismo de solução de conflitos que define o exercício da autonomia privada coletiva e, por conseguinte, para a construção do próprio Direito do Trabalho. Ademais, como já ressaltado, importa verificar o contexto político, econômico e social em que produzida a norma coletiva. Com efeito, a norma pode encontrar alguma justificativa em momentos distintos, fazendo diferença, por exemplo, até mesmo a idealização de blocos econômicos. Isso porque “as transformações pelas quais passa a sociedade atualmente, tanto econômicas como políticas, repercutem de forma direta nos direitos sociais e, em particular, no Direito do Trabalho”²⁰.

19 OJ-SD11-322: “ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. CLÁUSULA DE TERMO ADITIVO PRORROGANDO O ACORDO PARA PRAZO INDETERMINADO. INVÁLIDA. DJ 09.12.03 Nos termos do art. 614, § 3º, da CLT, é de 2 anos o prazo máximo de vigência dos acordos e das convenções coletivas. Assim sendo, é inválida, naquilo que ultrapassa o prazo total de 2 anos, a cláusula de termo aditivo que prorroga a vigência do instrumento coletivo originário por prazo indeterminado”.

OJ-SD11-342: “INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. EXCEÇÃO AOS CONDUTORES DE VEÍCULOS RODOVIÁRIOS, EMPREGADOS EM EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO (alterada em decorrência do julgamento do Processo TST IUJ-EEDEDRR 1226/2005-005-24-00.1) – Res. 159/09, DJ e divulgado em 23, 24 e 25.11.09

I – É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/88), inofensa à negociação coletiva.

II – Ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais de trabalho a que são submetidos estritamente os condutores e cobradores de veículos rodoviários, empregados em empresas de transporte público coletivo urbano, é válida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a redução do intervalo intrajornada, desde que garantida a redução da jornada para, no mínimo, sete horas diárias ou quarenta e duas semanais, não prorrogada, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada.

20 Para estudo mais aprofundado de direito comparado em relação à negociação coletiva na União Europeia e no Mercosul, ver FONSECA, Verônica Cavalcante da. *Negociação coletiva na União Europeia e no Mercosul*. In: CAVALCANTE, Juberto de Quadros Pessoa (Org.). *Direito Coletivo do Trabalho em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DOCTRINA

Por fim, em defesa do instituto, que, por vezes, recebe críticas ante a intervenção do Estado na autonomia privada coletiva, recorde-se que, por ora, os sindicatos ainda sucumbem a imposições da categoria econômica que, infelizmente, ainda opta por mitigar direitos dos trabalhadores ao invés de buscar, por exemplo, a redução de tributos ou incentivos fiscais frente ao desenvolvimento da economia.

Trago, pois, importante lição de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena: “O valor da convenção coletiva como lei da categoria organizada foi antevisto por Duguit, mas a partir de um pressuposto: o de que o seu valor só seria consolidado quando os sindicatos tivessem adquirido uma estrutura vigorosa e quando se constituíssem de um número significativo de pessoas que conformassem um corpo juridicamente organizado”²¹.

NATUREZA DA DECISÃO PROFERIDA

Segundo a doutrina, a decisão proferida em ação anulatória de cláusula ostenta natureza constitutiva negativa, limitando-se a um dizer sobre a validade ou não de determinada cláusula.

É dizer: ainda que se declare a nulidade de determinada cláusula, não se concebe a possibilidade de cumular no bojo da própria ação anulatória o pleito condenatório ou de obrigação de não mais repetir cláusulas idênticas nas próximas normas coletivas celebradas entre as categorias. Tal a conclusão estampada na Orientação Jurisprudencial nº 17 da SDC²² e tem sido reiterada nos acórdãos em que se julga a nulidade de cláusula que prevê a contribuição assistencial de empregados não associados.

Dada essa inviabilidade de cumulação de pedidos, alguns membros do Ministério Público do Trabalho preconizam a substituição da ação anulatória pela ação civil pública, pois vislumbram maior alcance e eficácia nos provimentos.

Nesse sentido, cumpre relembrar que, segundo a melhor doutrina, não cabe ação direta de inconstitucionalidade de convenção coletiva de trabalho,

21 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Da sentença normativa*: à luz da Emenda Constitucional 45/04. São Paulo: LTr, 2006. p. 131.

22 Orientação Jurisprudencial nº 17 da SDC: “CONTRIBUIÇÕES PARA ENTIDADES SINDICAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA EXTENSÃO A NÃO ASSOCIADOS. As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, *por via própria*, os respectivos valores eventualmente descontados”.

DOCTRINA

pois apesar de ostentar caráter de norma, de acordo com a própria Constituição Federal, que afasta a natureza puramente negocial do ajuste, não se cuida de ato emanado do Poder Público²³.

Conquanto ainda não seja usual, pode-se imaginar, ao invés de declaração de nulidade, a adaptação de cláusulas convencionais de modo que se adéquem as cláusulas a novas realidades. Para a corrente que vislumbra tal provimento jurisdicional, as cláusulas devem ser cumpridas *rebus sic stantibus*, e, por conseguinte, à luz de institutos civis, a cláusula merece aproveitamento até que se demonstre, por exemplo, a lesão ou a onerosidade excessiva. Talvez para algumas cláusulas que transacionem exclusivamente direitos patrimoniais, se pudesse cogitar de averiguar o prejuízo ao longo do tempo. Todavia, a controvérsia na ação anulatória depende de aferição do que se considera, de alguma forma em tese, *liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores*.

Outra hipótese já vista na Seção de Dissídios Coletivos foi a tese de em ação anulatória adotar-se a interpretação conforme da cláusula, nos mesmos moldes adotados pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, a fim de que a cláusula permanecesse válida. Essa tese, por ora, ainda não conta com o beneplácito do Tribunal Superior do Trabalho.

No tocante ao esgotamento da vigência da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho ao tempo do julgamento, a Seção de Dissídios Coletivos já afirmou e reafirmou que a ação anulatória não perde o objeto, pois remanesce o efeito pedagógico da decisão que declara a nulidade ou que declara a validade da cláusula, a par da possibilidade jurídica de se postular efeitos condenatórios ainda que em outra via judicial.

CASO EMBLEMÁTICO

Feitas essas considerações, cumpre avançar no raciocínio para enfrentar tema ainda não debatido pela doutrina, qual seja, o impacto das decisões proferidas em ação anulatória sobre os dissídios individuais.

O caso emblemático do acordo coletivo firmado diretamente pelos empregados com o BESC ajuda na compreensão da problemática.

Com efeito, como se recorda, os empregados do Banco do Estado de Santa Catarina – BESC firmaram acordo coletivo prevendo a quitação de todas

23 CUNHA Jr., Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 3. ed. Jus Podium, 2008. p. 192.

e quaisquer parcelas advindas da relação de emprego, inclusive da renúncia à estabilidade, mediante pagamento de indenização. O Ministério Público do Trabalho da 12ª Região passou a ajuizar ações anulatórias perante o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região cujo objeto era a declaração de nulidade dos aludidos acordos, primeiro, por vício formal na celebração ante a ausência da participação do sindicato, segundo, por considerar que não se cuidava de transação admitida pelo Direito do Trabalho, pois havia verdadeira renúncia de direitos.

A Seção de Dissídios Coletivos do TST formou duas correntes distintas e antagônicas: uma, superando a nulidade sob o aspecto formal e declarando a nulidade do acordo, acolhendo os argumentos do Ministério Público do Trabalho da 12ª Região, tese de que é ilustrativo o seguinte aresto:

“AÇÃO ANULATÓRIA. BESC. ACORDO DIRETO COM OS EMPREGADOS. RECUSA DO SINDICATO À NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. TRANSAÇÃO. QUITAÇÃO TOTAL.

1. É válido, no tocante à forma, equivalendo a um acordo coletivo de trabalho, o acordo firmado diretamente entre o empregador (Banco do Estado de Santa Catarina S. A.) e os empregados, sem a intermediação do sindicato da categoria profissional, uma vez demonstradas a livre manifestação de vontade dos empregados em assembleia e a efetiva recusa da entidade sindical em consultar a coletividade interessada. Recepção do art. 617, § 1º, da CLT em face do art. 8º, inciso VI, da Constituição Federal. A exigência constitucional inafastável é de que o sindicato seja instado a participar da negociação coletiva. A resistência da cúpula sindical em consultar as bases, todavia, não constitui empecilho a que os próprios interessados, regularmente convocados, firmem diretamente o pacto coletivo com a empresa, na forma da lei.

2. Acordo dispendo sobre adesão a plano de desligamento voluntário mediante renúncia à estabilidade prevista em regulamento da empresa e outorga de quitação plena do contrato de trabalho rescindido, como contrapartida ao recebimento de indenização.

3. Nulas, do ponto de vista material, regras segundo as quais a adesão ao PDV implicaria a transação de virtuais pendências e quitação plena do contrato de trabalho rescindido.

4. A quantia que o empregador paga ao empregado para este aderir a plano de desligamento voluntário constitui uma indenização especial destinada a fazer face à perda do emprego. Tal vantagem pecuniária não

traduz, pela sua natureza, resgate de dívida trabalhista controvertida, vale dizer, não é contrapartida em relação a eventuais direitos trabalhistas insatisfeitos. Portanto, juridicamente, não há sequer transação quando o empregado sacrifica quaisquer possíveis direitos exclusivamente por conta da indenização do PDV. Há aí, sim, renúncia incompatível com o Direito do Trabalho (OJ 270, da SDI – I do TST).

5. Recurso ordinário em ação anulatória a que se nega provimento.” (ROAA – 746/2002-000-12-00, DJ 03.09.04)

A outra julgava improcedente o pedido porquanto, a par de superar a nulidade por vício de iniciativa, vislumbrava transação lícita, válida e possível no âmbito do Direito do Trabalho, considerando a boa-fé e o reconhecimento da negociação coletiva. Eis os fundamentos adotados:

“RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. No art. 83, inciso IV, da Lei Complementar nº 75, de 20.05.93, confere-se legitimidade, de forma expressa, ao Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação anulatória de cláusula de convenção coletiva de trabalho. Decisão regional que se mantém, no particular. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. BESC. PROGRAMA DE DISPENSA INCENTIVADA. RENÚNCIA À ESTABILIDADE E QUITAÇÃO. As negociações coletivas geraram a possibilidade de renúncia à estabilidade pelos empregados que viessem a aderir, mediante manifestação individual e assistida, ao Programa de Dispensa Incentivada, não se caracterizando qualquer irregularidade daí proveniente e tampouco da quitação estabelecida em decorrência do pagamento pela adesão ao PDI, resultado da transação extrajudicial. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial, a fim de julgar improcedente a ação anulatória.” (ROAA – 694/2002-000-12-00, DJ 09.06.06)

Por algum período, conviveram decisões em sentidos opostos no âmbito da Seção de Dissídios Coletivos até que, no âmbito daquele órgão, pacificou-se a jurisprudência no sentido da validade do acordo celebrado com o BESC. É dizer, mediante decisões que analisaram o inteiro teor do ajuste, com condições de explanar as diversas cláusulas e valores pagos, concluiu-se pela observância dos direitos dos trabalhadores, pela validade da negociação coletiva empreendida diretamente pelos trabalhadores.

Não obstante essa conclusão, em dissídios individuais, tramitando naturalmente perante as Turmas e a Subseção de Dissídios Individuais 1 do

TST, o aludido acordo passou a ser questionado. Novamente, expôs-se a tese da aplicabilidade da Orientação Jurisprudencial nº 270 da Subseção de Dissídios Individuais 1 do TST²⁴, de modo que inválido o ajuste. Submeteu-se a questão ao Tribunal Pleno, que, por maioria, decidiu pela invalidade do acordo coletivo no Incidente de Uniformização de Jurisprudência instaurado no Processo nº ROAA-115/2002-000-12-00.6, julgado em 09.11.06, por maioria, decidiu que o PDI do Banco do Estado de Santa Catarina também se adéqua aos termos do citado precedente.

Tal a relevância do tema, que acabou por obter o acolhimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, mediante o RE 590415, Rel. Min. Joaquim Barbosa, atualmente, aguardando julgamento após parecer da Procuradoria-Geral da República²⁵.

O caso demonstra que apesar de a ação anulatória haver sido apreciada pela Seção de Dissídios Coletivos, a questão continuava sendo debatida pelos órgãos competentes para julgamento de dissídios individuais. Em última análise, transformou-se o enfoque coletivo dado ao tema para o enfoque estritamente individual e, nesse ponto, os princípios que nortearam a decisão definitivamente foram outros distintos daqueles invocados na Seção de Dissídios Coletivos. A Seção de Dissídios Coletivos, se observado o caráter de efetivação do direito coletivo do trabalho, pauta-se pela organização sindical, a representatividade dos trabalhadores, a negociação coletiva e a greve.

E o TST pode voltar a deparar-se com situações semelhantes, haja vista que na apreciação de ações anulatórias de cláusulas pode tomar decisão contrária a que eventualmente seja proferida em dissídios individuais. A consequência mais evidente é que as decisões da SDC não poderão ser tomadas em conta para o julgamento de embargos, pelo menos no tocante ao conhecimento do recurso, pois não se consideram específicos os arestos proferidos na Seção de Dissídios Coletivos.

Julgo de extrema relevância o debate porquanto necessariamente os princípios envolvidos são distintos. Enquanto no dissídio individual envereda-se

24 OJ 270: “PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PARCELAS ORIUNDAS DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS. A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo”.

25 De fato, a questão da privatização de bancos, pano de fundo do PDI do BESC, e de outras empresas do setor público, suscitam muitas discussões envolvendo, inclusive, direitos fundamentais. Para conferir fundamentos bem explicitados em artigo voltado especialmente para as atividades de telecomunicações, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra, 2004. p. 161-167.

DOCTRINA

pela observância estrita dos direitos sociais do trabalhador, no direito coletivo, conquanto deles não se afaste, busca-se aquilatar a importância da negociação coletiva, do fortalecimento do sindicato e da procura de um interesse verdadeiramente da categoria. Nesse sentido, os sacrifícios enfrentados por parte dos membros de uma categoria por vezes podem significar um incremento de conquistas se analisados em conjunto, de modo que, ao final, representem um ganho e não uma perda. Vislumbra-se espaço para a preservação da própria existência humana, enaltecendo institutos jurídicos como a função social do contrato e o papel da solidariedade nos negócios jurídicos²⁶.

Como esclarece Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena: “Desde que a categoria tomou feição social ou jurídica, é porque passou a exprimir em termos gerais, abstratos e permanentes, um interesse próprio específico a serviço dos interesses individuais, porém indeterminados, de seus componentes”²⁷. A forma de exprimir esses interesses depende da dinâmica desprendida de cada situação prática²⁸.

Considerado o aspecto de que, em princípio, as decisões proferidas pela Seção de Dissídios Coletivos voltam-se precipuamente para a análise de princípios de direito coletivo do trabalho, sem abandonar os princípios do direito individual do trabalho, pode-se pensar em uma fórmula de que as decisões tenham alguma observância no julgamento de reclamações trabalhistas que envolvam discussão sobre a mesma cláusula.

CONCLUSÃO

Diante da tendência de autorregulamentação das relações de trabalho, culminando na celebração de convenções coletivas e de acordos coletivos de trabalho, a ação anulatória reveste-se de inegável importância para o direito coletivo do trabalho, até como oportunidade de conclusão pela validade da norma.

Por vezes, aferem-se benefícios advindos da pactuação coletiva que se sobrepõem a uma eventual necessidade de tutela do Estado, justificável quando o direito envolvido diz respeito à saúde e segurança do trabalhador. Nesse

26 SANTOS, Enoque Ribeiro e SILVA, Otávio Pinto. *Temas controvertidos no Direito Coletivo do Trabalho no cenário nacional e internacional*. São Paulo: LTr, 2006. p. 8.

27 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Da sentença normativa: à luz da Emenda Constitucional 45/04*. São Paulo: LTr, 2006. p. 27.

28 Idem, Vilhena resgata o pensamento de Carl Schmitt, p. 28.

DOCTRINA

contexto, emerge o conceito de direito de indisponibilidade absoluta apto a exigir a proteção estatal perante o poder econômico que move, no mais das vezes, as negociações entre capital e trabalho.

Fora desse âmbito tutelar, prevalecem os interesses recíprocos que levam a concessões mútuas e que, no contexto geral, redundam em efetivo proveito para a categoria profissional. É o que preconiza o princípio do conglobamento, o qual não admite invocação de prejuízo como objeção a uma cláusula sem que se demonstre que do resultado final da negociação também decorrerão prejuízos para os trabalhadores.

Conquanto não adote corrente restritiva, pois penso que esta pode até mesmo inviabilizar a negociação coletiva, necessário atentar para cláusulas que eventualmente firmam princípios, especialmente o da dignidade humana.

A ação anulatória julgada no âmbito da Seção de Dissídios Coletivos analisa a causa de pedir à luz de fundamentos de direito coletivo do trabalho, com cognição da inteireza do ajuste.

Considerado o aspecto de que, em princípio, as decisões proferidas pela Seção de Dissídios Coletivos voltam-se precipuamente para a análise de princípios de direito coletivo do trabalho, sem abandonar os princípios do direito individual do trabalho, pode-se pensar em uma fórmula em que as decisões tenham alguma observância no julgamento de reclamações trabalhistas que envolvam discussão sobre a mesma cláusula.

Notas e Comentários

REGISTRO SOBRE O ANIVERSÁRIO DA ABOLIÇÃO DA ESCRAVATURA

Transcrevemos, abaixo, a manifestação, durante a sessão da SDI-1 de 13 de maio de 2010, acerca dos 122 anos da Abolição da Escravatura no Brasil:

O Sr. Ministro Milton de Moura França (Presidente): “Declaro aberta a sessão ordinária da SDI-1. Cumprimento os Srs. Ministros, os doutos Juízes Convocados, Roberto Pessoa e Flavio Portinho Sirangelo, a Sr^a Subprocuradora-Geral do Trabalho, Srs. Advogados, partes e servidores. Registro, e o faço com muita alegria, a presença na sessão dos alunos do curso de Direito do Instituto Superior de Ciências Aplicadas (ISCA), de Limeira (SP), acompanhados pelo Professor Gilberto Ferreira Marchetti Filho.

Como é de praxe, quando temos a felicidade de receber alunos de cursos de Direito, sempre concedo a palavra a alguns dos integrantes da sessão. Anteriormente era o Ministro Ives Gandra Filho quem cumpria essa honrosa atribuição; hoje, vamos passar a palavra ao Ministro João Oreste Dalazen, nosso Vice-Presidente, para que faça rapidamente uma exposição de como funciona a sessão de julgamentos. Temos em pauta quatrocentos e vinte e seis processos, com sustentações em oitenta e dois. Tem a palavra o Ministro Dalazen, por gentileza”.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen: “Peço licença a V. Ex^a, Sr. Presidente, para fazer um registro de outra natureza antes de prestar os esclarecimentos que V. Ex^a me solicita. Exatamente há cento e vinte e dois anos, em 13 de maio de 1888, como se recordam, houve a assinatura da Lei Áurea, que libertou da escravidão milhões de negros que deram sustentação à economia da Colônia e do Império. Desafortunadamente, fomos um dos últimos países a abolir essa abominável prática. Este ano, a efeméride coincide com o centenário da morte de Joaquim Nabuco, razão pela qual um decreto do Congresso Nacional instituiu o ano de 2010 como o Ano Nacional Joaquim Nabuco.

Não podemos deixar de reverenciar a memória de Joaquim Nabuco, um dos maiores vultos da história brasileira. Pensador, escritor, senador, diplomata e, sobretudo, incansável abolicionista, Nabuco foi um homem público notável, à frente do seu tempo. Oriundo da elite aristocrática de Pernambuco, desde cedo revelou sensibilidade social. Ainda na infância, em pleno Engenho Massangana, no Recife, tomou consciência da escravidão e dos flagelos que

NOTAS E COMENTÁRIOS

ela exibia. Em livro de memórias, *Minha formação*, ele próprio relembra como isso se deu, dizendo: ‘Eu estava uma tarde sentado no patamar da escada exterior da casa, quando vejo precipitar-se para mim um jovem negro desconhecido, de cerca de dezoito anos, o qual se abraça aos meus pés suplicando-me, pelo amor de Deus, que o fizesse comprar por minha madrinha, para me servir. Ele vinha das vizinhanças, procurando mudar de senhor, porque o dele, dizia-me, o castigava e ele tinha fugido com o risco de vida’. ‘Foi esse traço inesperado’, dizia Nabuco, ‘que me descobriu a natureza da instituição com a qual eu vivera até então familiarmente, sem suspeitar a dor que ela ocultava’.

Essas primeiras impressões da infância de Nabuco iriam acompanhar para sempre o homem e seu exemplar ideário, mas a atuação de Nabuco foi muito além da causa abolicionista. Em pleno século XIX, já chamava a atenção para temas atuais como a reforma agrária e social, direitos indígenas e proteção ambiental.

Em *O abolicionismo*, registra pela primeira vez a extraordinária importância da influência negra na formação do povo brasileiro. Nabuco também alertava para a importância de se investir em instrução e em educação como forma de alcançar-se o desenvolvimento. Dizia textualmente: ‘A liberdade sem trabalho não pode salvar este país da bancarrota social da escravidão, nem tampouco merece o nome de liberdade: é a escravidão da miséria. O trabalho sem a instrução técnica e sem a educação moral do operário não pode abrir um horizonte à nação brasileira’. Vejam os senhores a atualidade de Nabuco.

Desafortunadamente, a herança ou os resquícios das senzalas ainda podem ser detectados nos meninos de rua e nos moradores de favelas. Desafortunadamente, em pleno século XXI, ainda temos também centenas de milhares de trabalhadores brasileiros em certos grotões de nosso país submetidos ao trabalho degradante, quando não reduzidos à condição análoga à de escravo.

Sr. Presidente, Srs. Ministros, esta memorável data rende-nos ensejo não apenas para exaltar o ideal libertário, humanista e visionário do nosso insigne patricio Joaquim Nabuco, mas também constitui um convite à reflexão, para que, sob a inspiração desse brasileiro imortal, todos tenhamos consciência de que a Lei Áurea foi apenas um começo, não um fim, e que muito há para ser construído em prol da verdadeira libertação, não só da raça negra, mas do povo brasileiro. Enfim, a luta continua.

(...)”

O Sr. Ministro Milton de Moura França (Presidente): “Tem a palavra o Ministro Carlos Alberto”.

NOTAS E COMENTÁRIOS

O Sr. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula: “Sr. Presidente, sobre o 13 de maio, o Ministro João Oreste Dalazen, com a perspicácia e proficiência que lhe é comum, canta a data ao lado da homenagem que se presta, por determinação do Governo Federal, a Joaquim Nabuco.

Eu começaria a dizer que Joaquim Nabuco, hoje revisado pelos historiadores, é um grande enigma, na medida em que não se sabe se o anseio republicano dele era tão extenso como o da República que se constituiu no país, ou se efetivamente ele era um monarquista. Em sua atuação naquele momento histórico, ele foi o grande responsável, como assessor da Princesa Isabel, em alimentá-la das ideias que a levaram a tornar 13 de maio de 1888 uma data importante para o país.

Sr. Presidente, quando se fala sobre abolição de escravos, todos nós, que vivemos essa realidade, sabemos que, historicamente, importante não foi 13 de maio. O importante foi 14 de maio, porque 14 de maio significou que os escravos formalmente estavam livres, mas, na verdade, a liberdade não existia para eles, porquanto a liberdade não pode ser um presente; a liberdade, para ser liberdade, tem de ser uma liberdade conquistada, e aquela liberdade que foi dada foi meramente uma liberdade formal. Daí porque, Sr. Presidente, como retrato de 13 de maio, ainda continuamos a viver e necessitar de um grito de liberdade para os negros. Não é sem sentido, Sr. Presidente, que os negros sabem que 13 de maio tem um valor simbólico; o importante é 20 de Novembro, dia de Zumbi dos Palmares. Ademais, Sr. Presidente, para provar o significado maior de 13 de maio, a Presidência da República, já quando Fernando Henrique era Presidente, criou a Secretaria Especial de Direitos Humanos. À época de Fernando Henrique, essa Secretaria criou uma divisão específica, em que amigos meus trabalharam, em que se cuidava da questão da discriminação racial.

Hoje, Sr. Presidente, no governo Lula, temos a Secretaria Especial de Política de Igualdade Racial. Inicialmente, Sr. Presidente, em abril de 2003, no Palácio da Alvorada, assisti à posse da primeira Secretária Especial, Ministra Matilde Ribeiro, substituída posteriormente pelo então Deputado Federal Edson Santos. Hoje, a Secretaria Especial está sob a liderança do meu amigo Elói. Aliás, Sr. Presidente, V. Ex^a, há dois dias, o recebeu. Ele esteve aqui e o levei ao gabinete de V. Ex^a. Conversávamos sobre a questão de política de igualdade racial.

Curiosa, Sr. Presidente, muito curiosa a República. Essa República de Joaquim Nabuco, em que não é só nos grotões que a discriminação existe: é em Brasília, Sr. Presidente, é em São Paulo, é no Rio de Janeiro, é em Belo Horizonte, é pelo Brasil afora, porque não é só nos grotões do interior, não é na

NOTAS E COMENTÁRIOS

Floresta Amazônica, mas é muito próximo a nós, porque esse país é um país da marginalidade; esse país é um país dos equívocos sociais; esse país é um país em que cada vez mais se acentuam as diferenças sociais.

Eu sempre disse, Sr. Presidente, que, aqui no Brasil, curiosamente, a pobreza tem cor. Recentemente, em Angra dos Reis, quando tivemos um encontro, o Ministro Horácio fez uma manifestação muito incisiva a esse respeito. Costumo dizer, Sr. Presidente, que é muito fácil saber a posição social dos negros: basta ir às cadeias, basta ir às favelas, basta ir à margem da sociedade.

Não me digam, Sr. Presidente, que pobres há de todas as cores. Mas é curioso que um país que tem maioria negra, tem a maioria pobre e na favela. Desculpe-me a emoção, Sr. Presidente, mas o desafio existe. Nós, que temos o privilégio de sermos o que somos, devemos enxergar isso como um grande desafio. Sempre costumo dizer que a minha presença nesta Corte, assim como tenho certeza de que também a presença do Ministro Horácio neste Tribunal, significa que somos privilegiados, nós dois.

Sempre repito que sou um privilegiado por circunstâncias da vida. E sou, Sr. Presidente, porque aí reside a situação básica: sou, porque me foram dadas oportunidades para conviver e para enfrentar desafios em igualdade de tratamento. Fiz concursos públicos, porque eu tinha condição de fazê-los e, em todos os que fiz, passei. Em todos, se não tirei o primeiro lugar, tirei o segundo, porque a vida me deu igualdade de condições de concorrência. Daí porque, Sr. Presidente, o testemunho que quero dar é o de que o grande desafio que enfrentamos é descobrir que a política única é dar igualdade de tratamento; é buscar fazer com que todos se habilitem a concorrer em igualdade de tratamento.

Quando sou um defensor da ação afirmativa, assegurada na Convenção nº 111 da OIT, em relação ao trabalho, é exatamente porque a igualdade de tratamento tem na ação afirmativa uma de suas manifestações. A ação afirmativa visa exatamente propiciar, por meio de uma discriminação inversa, que os desiguais sejam, pelo menos momentaneamente, iguais. Aliás, é de toda a oportunidade, e o Ministro Lelio balança afirmativamente a cabeça, porque bem sabe que, na Convenção nº 111, toda ação afirmativa precisa ter caráter temporário. Isso não é discriminar; é aplicar em plenitude o princípio de igualdade. Esse princípio é aquele que gera tratamento desigual, desde que haja fundadas razões. O princípio de igualdade leva obrigatoriamente a tratamentos diferenciados para que aqueles, em situação inferior, tenham condições de terem tratamento e concorrerem com aqueles que estão em condição superior.

NOTAS E COMENTÁRIOS

De sorte, Sr. Presidente, que a grande afirmação que faço é a seguinte: não existe 13 de maio, porque a grande realidade é o 14 de maio.

(...)”

O Sr. Ministro Milton de Moura França (Presidente): “Recebi o Secretário, Ministro Elói, o Diretor Presidente da Palmares e um grupo de negros em meu gabinete, acompanhado do nosso Corregedor, e tivemos oportunidade de trocar algumas ideias e de falarmos daquilo que pensávamos. Digo que hoje não é uma data para se comemorar. Hoje é uma data de advertência, é uma data para que possamos estar atentos porque ainda existe, dentre tantas mazelas, aquela que diz respeito ao trabalho escravo, ou ao trabalho quase escravo. Eu disse, na oportunidade, que, em verdade, nós, como seres humanos, não conseguimos ter o verdadeiro sentido da fraternidade e do amor ao próximo. Esse tratamento que, lamentavelmente, ainda ocorre, decorre do nosso atraso, do atraso do ser humano. O ser humano é atrasado. Estamos no processo de aperfeiçoamento, mas ainda temos muito a aprender. Somos, ainda, em matéria de sensibilidade para aqueles com quem nos relacionamos, para aqueles com quem convivemos, da idade da pedra. Essa é a realidade. Não nos conscientizamos de que as pessoas são diferentes externamente, por circunstâncias as mais diversas: seja do ambiente de trabalho, seja da própria constituição física, mas, no íntimo... Ainda brincávamos com o Secretário, e ele falou: ‘O meu sangue é o mesmo que o seu’. Eu disse a ele: ‘O sangue é o mesmo, e mais do que o sangue, o que temos de mais importante dentro de nós, que é o nosso espírito, a nossa alma, enfim, o que acharem que deve ser, que é diferente da roupagem que temos fisicamente. Nisso, somos iguais, sim’. O que eu disse, naquela oportunidade, é que as diferenças que vivemos decorrem, basicamente, da falta de oportunidade e de suporte para que as pessoas possam crescer e progredir. É isso que é importante. Aqui temos dois negros que chegaram a Ministro, e o fizeram porque tiveram oportunidade. E quantos temos que não têm essa oportunidade, porque nós, a sociedade, ainda não lhes demos essa oportunidade? É preciso, e isto é fundamental, que se assegure a todos a possibilidade de desenvolver aquilo que possuem. Aí, sim, poderíamos, um dia, se for o caso, falar em igualdade”.

Jurisprudência Temática

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMISSIBILIDADE. RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO. ASSISTÊNCIA SIMPLES.

A ação civil pública objetiva assegurar direitos transindividuais de que são titulares pessoas indeterminadas. Daí porque, em virtude do objeto a ser tutelado, somente aqueles agentes especificados nos incisos do art. 5º da Lei nº 7.347/85 podem ser titulares da ação civil pública. Ocorre que, conforme doutrinariamente concebido, assistente não é parte. Apenas mantém uma relação jurídica que poderá ser atingida pelos efeitos da decisão que vier a solucionar a demanda. Por isso, pode intervir no feito e auxiliar a parte na obtenção de um decisum favorável, do qual surtirão efeitos imediatos em relação ao assistido e apenas mediatos para o assistente. Isso significa dizer que terceiros interessados podem compor a lide na condição de assistentes simples: primeiro, porque não há vedação expressa nesse sentido; e segundo, porque, apesar de não deterem legitimação para propor a ação civil, não se lhes pode retirar o interesse no resultado da ação ajuizada pelo Ministério Público. Por esse ângulo e observado o critério objetivo de admissibilidade do recurso de revista, segundo a alínea c do art. 896 da CLT, não há como reconhecer vulnerados, em sua literalidade, os arts. 3º do CPC e 5º da Lei nº 7.347/85, máxime por nada obstem a intervenção de terceiros em ação civil pública: o primeiro apenas reconhece que a propositura e contestação de ações estão subordinadas ao interesse e legitimidade; e o segundo, por sua vez, apenas enumera quem pode propor ação civil pública.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(Processo nº TST-AIRR-42.840-56-2007-5-10-0008 – Ac. 5ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-42840-56.2007.5.10.0008, em que é agravante Sindicato dos Trabalhadores no Comércio Atacadista e Varejista de Materiais de Construção do Distrito Federal – SINTRAMACON e são agravados Luciana Rodrigues de Moraes e Ministério Público do Trabalho da 10ª Região.

O SINTRAMACON interpõe agravo de instrumento ao despacho de fls. 703/705, mediante o qual foi denegado seguimento ao recurso de revista,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

por não resultar vulnerados os arts. 3º, 128 e 460 do CPC, 5º da Lei nº 7.347/85 e 8º, I, da Constituição Federal, bem como não demonstrada divergência jurisprudencial válida e específica. No agravo, busca-se demonstrar a incorreção da autorização para que terceiro integrasse o pólo ativo em ação civil pública, por falta de legitimidade e interesse de agir. Renova-se a ocorrência de julgamento *extra petita* a viabilizar o processamento do recurso de revista, porquanto alheia ao rol de pedidos a determinação de que se publicassem editais de convocação e correspondência postal a todos os trabalhadores, com o fim de que os interessados viessem a filiar-se ao sindicato da categoria. Finalmente, questiona-se a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para propor ação civil pública com o fim de intervir no processo eleitoral do sindicato, dada a flagrante inobservância da liberdade sindical consagrada no art. 8º e incisos da Constituição Federal. No mais, renova as alegações produzidas no recurso de revista.

Contraminuta às fls. 11/716.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, porque já materializada sua condição de parte, autor que é da ação civil pública.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

Conheço do agravo de instrumento porque regularmente interposto.

II – MÉRITO

No agravo de instrumento, procura-se evidenciar a admissibilidade do recurso de revista, sob o argumento de que foram atendidos os requisitos intrínsecos de cabimento delineados no art. 896 da CLT.

O recurso de revista teve seu processamento denegado sob os seguintes fundamentos:

“PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Alegação(ões):

– Ofensa aos arts. 3º do CPC e 5º da Lei nº 7.347/85.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A Eg. 1ª Turma, por meio do v. acórdão às fls. 653/665, rejeitou a preliminar de impossibilidade jurídica de intervenção de terceiros na ação civil pública, pontuando o seguinte:

‘A teor dos arts. 50/55 do CPC, ao assistente é permitido participar do processo como auxiliar da parte principal. Para tanto deverá comprovar interesse jurídico em pronunciamento judicial favorável à parte assistida.

Trata-se de disposição geral pertinente à teoria geral do processo que poderá irradiar-se a sistemas processuais específicos – como o da ação civil pública –, o que permitirá sua aplicação subsidiária quando com estes guardar compatibilidade.

Esse é, justamente, o teor do art. 19 da Lei nº 7.347/85, que determina expressamente a aplicação supletiva do Código de Processo Civil, naquilo em não contrariar as disposições da referida lei.

O art. 5º da Lei de Ação Civil Pública determina quem são os legitimados para o ajuizamento da ação principal e da cautelar. Ao estabelecer a legitimidade primária, não cuidou o legislador de vedar expressamente a intervenção de terceiros sob a modalidade de simples assistência.

Não existe, assim, vedação expressa ao instituto da assistência em ação civil pública (art. 19 da Lei nº 7.347/85).’

Inconformado, recorre de revista o sindicato, insistindo nas alegações de impossibilidade jurídica de intervenção de terceiros na ação civil pública (fls. 669/680), indicando ofensas aos dispositivos legais em epígrafe.

Sem razão.

O art. 3º do CPC estabelece que, para propor ou contestar ação, é necessário ter interesse e legitimidade, o que foi observado pela Eg. Turma, ao tratar das disposições insertas nos arts. 50/55 do CPC, relativos à assistência.

Já o art. 5º da Lei nº 7.347/85 apenas define aqueles que têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar, não vedando expressamente a intervenção de terceiros sob a modalidade de assistência, conforme decidido no caso em julgamento.

Não se constata, pois, ofensa literal e direta aos referidos dispositivos, a ensejar a admissibilidade do recurso de revista, nos termos definidos no art. 896, c, da CLT.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

JULGAMENTO *EXTRA PETITA*

Alegação(ões):

- Ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC.
- Divergência jurisprudencial.

Argúi o recorrente a existência de julgamento *extra petita* que lhe impôs a filiação de 317 pessoas, sem qualquer provocação das partes.

Ocorre que tal matéria não foi objeto de apreciação pelo Regional. Ausente o necessário questionamento, incide na espécie a orientação da Súmula nº 297, II, do Col. TST, tornando inviável o exame das violações legais e o dissídio pretoriano.

LIBERDADE SINDICAL

Alegação(ões):

- Violação do(s) art(s). 8º, I, da CF.
- Divergência jurisprudencial.

A r. decisão recorrida encontra-se ementada da seguinte forma:

‘AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CERCEAMENTO À LIBERDADE DE ADESÃO SINDICAL. A liberdade de associação profissional ou sindical, versada no art. 8º, *caput*, da Constituição Federal, engloba, entre outras vertentes, ‘a liberdade de adesão sindical, que consiste no direito de os interessados aderirem ou não ao sindicato de sua categoria profissional ou econômica, sem autorização ou constrangimento’ (José Afonso da Silva).

No caso em exame, faz-se injustificado o indeferimento de filiações à entidade sindical, com base em motivos que não constam no Estatuto Social, traduzindo-se em cerceamento da liberdade de adesão sindical.’

Insurge-se o recorrente alegando infringência ao dispositivo constitucional em enfoque. Relaciona divergência jurisprudencial.

Ao contrário do que alega o sindicato, não se constata nenhuma ofensa ao referido dispositivo constitucional, mas, sim, à preservação da liberdade sindical, pelo que se afasta essa alegação.

Por fim, o aresto colacionado é oriundo do Col. STJ, fonte não autorizada à comprovação de divergência de teses (art. 896, *a*, da CLT).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

CONCLUSÃO

Ante o exposto, *denego* seguimento ao recurso de revista.” (fls. 703/705)

Discute-se, em princípio, se na ação civil pública permite-se a intervenção de terceiros.

De fato, a ação civil pública objetiva assegurar direitos transindividuais de que são titulares pessoas indeterminadas. Daí porque, em virtude do objeto a ser tutelado, somente aqueles agentes especificados nos incisos do art. 5º da Lei nº 7.347/85 podem ser titulares da ação civil pública.

Ocorre que, conforme doutrinariamente concebido, assistente não é parte. Apenas mantém uma relação jurídica que poderá ser atingida pelos efeitos da decisão que vier a solucionar a demanda. Por isso, pode intervir no feito e auxiliar a parte na obtenção de um *decisum* favorável, do qual surtirão efeitos imediatos em relação ao assistido e apenas mediatos para o assistente.

Isso significa dizer que terceiros interessados podem compor a lide na condição de assistentes simples: primeiro, porque não há vedação expressa nesse sentido; e segundo, porque, apesar de não deterem legitimação para propor a ação civil, não se lhes pode retirar o interesse no resultado da ação ajuizada pelo Ministério Público.

Por esse ângulo e observado o critério objetivo de admissibilidade do recurso de revista, segundo a alínea *c* do art. 896 da CLT, não há como reconhecer vulnerados, em sua literalidade, os arts. 3º do CPC e 5º da Lei nº 7.347/85, máxime por nada obstem a intervenção de terceiros em ação civil pública: o primeiro apenas reconhece que a propositura e contestação de ações estão subordinadas ao interesse e legitimidade; e o segundo, por sua vez, apenas enumera quem pode propor ação civil pública.

Ainda pretende o sindicato seja autorizada a admissibilidade do recurso de revista no que se refere à ocorrência de nulidade por julgamento “extra petita”. Alega que a determinação do Regional em impor ao sindicato a filiação de 317 (trezentos e dezessete) pessoas se deu sem que o Tribunal Regional tenha sido provocado a tanto. Indica como vulnerados os arts. 128 e 460 do CPC, além de dissenso jurisprudencial.

No tocante a essa particularidade, não há, de fato, o indispensável prequestionamento da matéria, sobretudo porque, segundo se extrai da fundamentação de fl. 680, a determinação de filiação dos 317 trabalhadores que requereram filiação se deu ainda na instância originária, razão pela qual, se ocorrera julgamento *extra petita*, necessariamente tal arguição deveria ter

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

sido produzida quando do recurso ordinário e, silenciando-se o Regional, caberia à parte provocá-lo mediante a oposição de embargos de declaração.

Nesse caso, diante do óbice da Súmula nº 297 desta Corte, fica impossibilitado não só o exame da suposta afronta aos arts. 128 e 460 do CPC, bem como a análise de divergência jurisprudencial.

No que se refere ao argumento de que o Ministério Público, ao propor a ação civil pública, interferiu na liberdade de atuação sindical, não há, sob qualquer ângulo que se examine a matéria, violação à literalidade do art. 8º da Constituição Federal. Ao revés, dos fatos narrados no acórdão recorrido, a propositura da ação civil pública tem como desiderato o de preservar a liberdade de associação sindical, que fora cerceada pela própria direção do sindicato, ao indeferir, injustificadamente, novas filiações.

Por esses fundamentos, nego provimento ao agravo.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, negar provimento ao agravo de instrumento, vencido o Exmo. Sr. Ministro João Batista Brito Pereira, Relator, que lhe dava provimento.

Brasília, 07 de abril de 2010. *Emmanoel Pereira*, redator designado.

ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. PRORROGAÇÃO

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO PELOS RECLAMANTES.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A Turma, mediante a decisão recorrida, apresentou solução fundamentada para o conflito, mesmo que contrária ao interesse da embargante, configurando-se efetiva prestação jurisdicional.

ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. PRORROGAÇÃO. PRAZO INDETERMINADO. VALIDADE. “Nos termos do art. 614, § 3º, da CLT, é de 2 anos o prazo máximo de vigência dos acordos e das Convenções Coletivas. Assim sendo, é inválida, naquilo que ultrapassa o prazo total de 2 anos, a cláusula de termo aditivo que prorroga a vigência do instrumento coletivo originário por prazo indeterminado” (Orientação Jurisprudencial nº 322 da SDI-1 desta Corte).

Recurso de embargos de que não se conhece.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO PELA RECLAMADA.

ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. PRORROGAÇÃO. Prazo indeterminado. Validade. Orientação Jurisprudencial nº 322 da SDI-1 desta Corte.

Recurso de embargos de que não se conhece.

(Processo nº TST-E-RR-547.239-57-1999-5-15-5555 – Ac. SDI-1)

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-547.239-57.1999.5.15.5555, em que é embargante Pedro Augusto Pinto e Outros e Nestlé Industrial e Comercial Ltda. e embargados os mesmos.

A Quarta Turma, a fls. 1030/1035 e 1053/1057, não conheceu do recurso de revista interposto pela reclamada quanto ao tema “Compensação do Percentual de 15%” e deu-lhe parcial provimento para “reconhecer a validade da prorrogação no termo aditivo pelo prazo de dois anos a partir de sua assinatura, isto é, até 30.09.92, para adequá-lo à jurisprudência desta C. Corte. Por consequência, as horas extras deferidas na origem, no período de 01.10.91 a 30.09.92, em razão da “nulidade” da cláusula, ficam excluídas”.

Irresignados, a reclamada e os reclamantes interpõem recurso de embargos (fls. 1075/1089 e 1090/1098, respectivamente). Apontam ofensa a dispositivos de lei e da Constituição da República e transcrevem arestos para confronto de teses.

Foram oferecidas impugnações (fls. 1100/1104 e 1105/1111).

O recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Inverto a ordem de julgamento dos recursos em razão da preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional suscitada pelos reclamantes.

1 – RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO PELOS RECLAMANTES

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

1.1 – CONHECIMENTO

1.1.1 – PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Suscitam os reclamantes a nulidade por negativa do acórdão embargado por negativa de prestação jurisdicional, sustentando que, não obstante a oposição dos embargos de declaração, a Turma permaneceu silente sobre a indicada ofensa aos arts. 82, 130 e 145 do Código Civil, 614, § 3º, da CLT, e 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição da República. Indicam violação aos arts. 5º, incisos XXXV e LV, e 93, inciso IX, da Constituição da República, e 832 da CLT.

Verifica-se que a Turma, em resposta aos embargos de declaração (fls. 1070/1072), expendeu fundamentação em relação aos aspectos questionados, sublinhando que não se configuraram as violações legais indicadas.

Assim, a Turma, mediante a decisão recorrida, apresentou solução fundamentada para o conflito, mesmo que contrária ao interesse da embargante, configurando-se efetiva prestação jurisdicional, não havendo falar, portanto, em violação aos dispositivos indicados.

Ademais, é imprópria a indicação de afronta ao art. 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição da República, a teor da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 desta Corte.

Não conheço.

1.1.2 – ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. PRAZO INDETERMINADO. VALIDADE

A Turma acolheu os embargos de declaração para emprestar-lhes efeito modificativo, a fim de dar parcial provimento ao recurso de revista interposto pela reclamada, sob os seguintes fundamentos:

“Cumprе esclarecer que a liberdade das partes na negociação coletiva não é ilimitada como supõe a embargante, a ponto de ignorar disposição expressa de lei que traça os parâmetros de tal negociação, no capítulo próprio da Consolidação das Leis do Trabalho, a partir do art. 611.

Com efeito, não tenho dúvida quanto à necessidade de prestigiar a negociação coletiva, como preconizado pelo inciso XXVI do art. 7º da CF/88.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Como se observa da transcrição acima, esta C. Corte firmou entendimento que revela ter sido, o § 3º do art. 614 da CLT, recepcionado pela nova ordem constitucional, tanto que a sua notória, iterativa e atual jurisprudência consolidou-se neste sentido, conforme a Orientação Jurisprudencial nº 322 da SDI-1 do TST, considerando inválida ‘naquilo que ultrapassa o prazo total de 2 anos, a cláusula de termo aditivo que prorroga a vigência do instrumento coletivo originário por prazo indeterminado’.

A norma do inciso XXVI do art. 7º da CF/88 tem eficácia plena, mas não se pode interpretá-la para dela extrair aquilo que a mesma não diz, isto é, que as normas coletivas têm eficácia espacial por tempo ilimitado, como parece à embargante.

Destarte, o § 3º do art. 614 da CLT foi recepcionado pela nova ordem constitucional, não violando os incisos XIV e XXVI do art. 7º da CF/88, porque com eles se compatibilizam, conforme a jurisprudência desta Casa.

Por outro ângulo, tendo a jurisprudência do C. TST só reconhecido a invalidade da cláusula do instrumento coletivo que fixa sua duração por prazo indeterminado, no que ultrapassar os dois anos, não há dúvida que a regra do § 3º do art. 614 tanto se aplica em caso de omissão do instrumento normativo, como nas hipóteses em que o mesmo fixar prazo indeterminado de vigência.

Consoante a jurisprudência desta C. Corte, portanto, o acordo coletivo que foi objeto de aprovação em assembléia da categoria tem eficácia por dois anos a partir da data da sua aprovação.

Na hipótese, à fl. 908, o acórdão regional consigna que havia um acordo coletivo que vigorou entre 01.10.89 e 30.09.90 e que foi prorrogado por tempo indeterminado, sendo, porém, reconhecida a sua eficácia por um ano até 30.09.91. Com isto, reconheceu-se a eficácia pelo limite máximo legal de dois anos para o referido acordo, isto é, entre 01.10.89 e 30.09.91, isto porque reconheceu ao termo aditivo igual prazo estipulado para o acordo coletivo originário.

Verifica-se que o Eg. Regional admitiu a validade do termo aditivo por prazo indeterminado, para emprestar-lhe eficácia por um ano, dando ao acordo coletivo originário firmado por um ano que, somados os dois períodos, a norma teria eficácia de dois anos, sendo tal entendimento mantido na decisão embargada. No entanto, a jurisprudência firmou-se no sentido de que a validade da cláusula do termo aditivo é de dois anos, a contar da data nele fixada, e não a data do acordo coletivo prorrogado.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Destarte, acolhem-se os embargos de declaração para emprestar-lhes efeito modificativo (Enunciado nº 278 do TST), a fim de dar parcial provimento ao recurso de revista da reclamada, para reconhecer a validade da prorrogação no termo aditivo pelo prazo de dois anos a partir de sua assinatura, isto é, até 30.09.92, para adequá-lo à jurisprudência desta C. Corte. Por conseqüência, as horas extras deferidas na origem, no período de 01.10.91 a 30.09.92, em razão da ‘nulidade’ da cláusula, ficam excluídas.” (fls. 1055/1057)

Os reclamantes se insurgem contra a decisão que validou o termo aditivo pelo período de dois anos. Sustentam a invalidade total da prorrogação. Apontam violação aos arts. 82, 130 e 145 do Código Civil, 614, § 3º, da CLT, e 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição da República. Argumentam que o objeto da cláusula é ilícito, uma vez que foi estipulado prazo de validade em direta violação ao art. 614 da CLT. Transcrevem arestos para confronto de teses.

Esta Corte já pacificou o entendimento de que o art. 614, § 3º, da CLT, foi recepcionado pela Constituição da República de 1988 e que os acordos e Convenções Coletivas de Trabalho devem observar o prazo máximo de vigência ali previsto, sendo inválida a cláusula de termo aditivo que prorroga o acordo por prazo indeterminado. Nesse caso, reconhece-se a sua validade pelo prazo previsto no referido dispositivo.

Esse é o entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial nº 322 da SDI-1 desta Corte, cuja redação é a seguinte:

“ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. CLÁUSULA DE TERMO ADITIVO PRORROGANDO O ACORDO PARA PRAZO INDETERMINADO. INVÁLIDA.

Nos termos do art. 614, § 3º, da CLT, é de 2 anos o prazo máximo de vigência dos acordos e das Convenções Coletivas. Assim sendo, é inválida, naquilo que ultrapassa o prazo total de 2 anos, a cláusula de termo aditivo que prorroga a vigência do instrumento coletivo originário por prazo indeterminado.”

Nesse sentido, lembro ainda os seguintes precedentes desta Corte:

“ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. PRORROGAÇÃO. VIGÊNCIA. PRAZO INDETERMINADO. 1. A teor do art. 614, § 3º, da CLT, é de 2 (dois) anos o prazo máximo de vigência dos acordos e das Convenções Coletivas de Trabalho, prorrogável por idêntico período. Conquanto nulo possa parecer, a uma primeira vista, o termo aditivo que, sem determinação de prazo, prorroga a vigência do acordo coletivo

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

originário, reconhece-se a sua validade naquilo em que efetivamente não ultrapassa referido prazo legal. 2. Embargos de que se conhece e a que se dá provimento para, reformando em parte o acórdão embargado, declarar vigente pelo prazo de 2 (dois) anos o termo aditivo que prorrogou as condições de trabalho pactuadas mediante acordo coletivo de trabalho.” (ED-RR 489736-15.1998.5.15.5555, Rel. Min. João Oreste Dalazen, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DJ 10.10.03)

“EMBARGOS DOS RECLAMANTES. VIGÊNCIA DE ACORDO COLETIVO. PRAZO INDETERMINADO. VALIDADE. Inexiste motivo para declarar-se a nulidade total da cláusula do termo aditivo que prorrogou, por prazo indeterminado, os termos do acordo coletivo de trabalho firmado anteriormente entre a empresa e o sindicato de classe prevendo o regime de 8 (oito) horas para os empregados que se ativavam em turnos de revezamento. Tal nulidade deve ficar restrita apenas ao lapso de tempo que exceder o prazo total de 2 (dois) anos previsto no § 3º do art. 614, que permanece em vigor mesmo após o advento da atual Carta Magna. EMBARGOS DA RECLAMADA. CONHECIMENTO. INVIABILIDADE. É inviável o conhecimento de recurso de embargos que não preenche qualquer um dos requisitos do art. 894 da CLT. Embargos dos reclamantes conhecidos e desprovidos e embargos da reclamada não conhecidos.” (E-RR 518720-09.1998.5.15.5555, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, DJ 16.05.03)

Assim, a decisão da Turma que reconhece a validade da prorrogação no termo aditivo pelo prazo de dois anos a partir de sua assinatura está em consonância com a Orientação Jurisprudencial nº 322 da SDI-1, razão por que não há falar em ofensa aos dispositivos de lei federal e da Constituição da República indicados, tampouco divergência jurisprudencial.

Não conheço.

2 – RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO PELA RECLAMADA

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

2.1 – CONHECIMENTO

2.1.1 – ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. PRAZO INDETERMINADO. VALIDADE

A reclamada se insurge contra a decisão da Turma no que manteve o entendimento de que não é válida a estipulação de vigência da norma coletiva

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

por prazo indeterminado. Sustenta que o § 3º do art. 614 da CLT não foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, podendo as partes estabelecer prazo de vigência das normas coletivas superior a dois anos e, até mesmo, prazo indeterminado. Aponta ofensa aos arts. 7º, incisos XII, XIV e XXVI, da Constituição da República, e 614, § 3º, da CLT. Transcreve arestos para confronto de teses.

Esta Corte já pacificou o entendimento de que o art. 614, § 3º, da CLT, foi recepcionado pela Constituição da República de 1988 e que os acordos e Convenções Coletivas de Trabalho devem observar o *prazo máximo de vigência ali previsto*, sendo inválida a cláusula de termo aditivo que prorroga o acordo por prazo indeterminado. Esse é o entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial nº 322 da SDI-1 desta Corte, cuja redação é a seguinte:

“ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. CLÁUSULA DE TERMO ADITIVO PRORROGANDO O ACORDO PARA PRAZO INDETERMINADO. INVÁLIDA.

Nos termos do art. 614, § 3º, da CLT, é de 2 anos o prazo máximo de vigência dos acordos e das Convenções Coletivas. Assim sendo, é inválida, naquilo que ultrapassa o prazo total de 2 anos, a cláusula de termo aditivo que prorroga a vigência do instrumento coletivo originário por prazo indeterminado.”

Com efeito, é inválida, naquilo que ultrapassa o prazo de 2 anos, a cláusula de termo aditivo que prorroga a vigência do acordo coletivo originário por prazo indeterminado.

A adoção do entendimento pacífico desta Corte afasta de pronto a aferição das violações apontadas, exatamente porque aquele reflete a interpretação dos dispositivos que regem a matéria em questão, já se encontrando, portanto, superado o debate a respeito.

Não conheço.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer de ambos os embargos.

Brasília, 18 de março de 2010. *João Batista Brito Pereira*, relator.

COOPERATIVAS. INTERMEDIÇÃO. ATIVIDADE-FIM

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.496/07. MULTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS. 1. A teor do art. 894, II, da CLT, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.496/07, em vigor desde 24.09.07, o conhecimento do recurso de embargos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho depende da demonstração de divergência entre Turmas ou destas com decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais do TST, condicionando-se, ainda, ao fato de não versar sobre matéria superada por súmula ou orientação jurisprudencial editada por esta Corte ou pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Arestos oriundos do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e de Tribunal Regional Federal, à luz do art. 894, II, da CLT, não são aptos a elevar o recurso de embargos ao conhecimento.

Recurso de embargos não-conhecido, no aspecto.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE ATIVA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. Ostenta o Ministério Público do Trabalho legitimidade para ajuizar ação civil pública, visando à abstenção da prática de terceirização, mediante cooperativa de mão-de-obra, em atividade-fim. Os direitos, em relação aos quais se pretende a tutela, nesta ação, têm origem comum, passíveis de imediata identificação os membros da coletividade atingidos pela conduta ilegal da empresa, amoldando-se, assim, ao conceito de individuais homogêneos, subespécie dos interesses coletivos lato sensu, revestidos dessa natureza por pertencerem a grupo de empregados vinculados à empregadora mediante relação jurídica-base, sendo certo que tal ação, em última análise, tem como destinatários não os trabalhadores individualmente considerados, e sim a coletividade dos trabalhadores da recorrida (inteligência dos arts. 6º, VII, d, e 83, III, da Lei Complementar nº 75/93, e 129 da Constituição Federal). Inarredável a conclusão pela legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para a propositura da presente ação civil pública com o objetivo de impor à Sucocítrico Cutrale Ltda. a abstenção da prática de terceirização, mediante cooperativa de mão-de-obra, em atividade-fim: colheita de laranjas.

Recurso de embargos conhecido e não provido, no item.

COOPERATIVAS. INTERMEDIÇÃO. ATIVIDADE-FIM. 1. O cotejo da decisão embargada com trechos da fundamentação do paradigma somente

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

seria viável, para efeito de comprovação de divergência jurisprudencial hábil, se o embargante houvesse juntado cópia autenticada deste ou citado repositório autorizado em que publicado na íntegra. A indicação do Diário de Justiça como fonte oficial de publicação só autoriza o cotejo da ementa e da conclusão do paradigma com o acórdão embargado. Precedentes da SDI-I. 2. Em razão da fonte de publicação apontada e da ausência de juntada de cópia integral do único paradigma trazido, necessária a transcrição, nas razões dos embargos, da respectiva ementa ou conclusão – requisito que não foi observado pela embargante.

Recurso de embargos não-conhecido, no tema.

(Processo nº TST-E-ED-RR-724.248/2001 – Ac. SDI-I)

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR-724248/2001.9, em que é embargante Sucocítrico Cutrale Ltda. e embargados Cooperativa de Serviços dos Trabalhadores Rurais e Urbanos Autônomos Ltda. – COOPERSETRA, Cooperativa de Trabalho dos Trabalhadores Rurais de Bebedouro e Região Ltda., Ministério Público do Trabalho da 15ª Região e Ministério Público Federal.

Em processo oriundo da 15ª Região, a Primeira Turma deste Tribunal Superior do Trabalho, mediante o acórdão das fls. 2403-22, da lavra do Exmo. Ministro Aloysio Correa da Veiga, complementado às fls. 2557-65, pelo Ministro Emmanoel Pereira, não conheceu do recurso de revista das reclamadas.

Inconformada, a ré Sucocítrico Cutrale Ltda. interpõe o presente recurso de embargos (fls. 2569-91).

Os embargados Cooperativa de Trabalho dos Trabalhadores Rurais de Bebedouro e Região Ltda. (fls. 2595-7) e Ministério Público do Trabalho (fls. 2601-3) apresentam impugnação.

Autos não remetidos ao Ministério Público do Trabalho, enquanto autor da ação.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

1 – PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade dos embargos, considerada a tempestividade do recurso (fls. 2566 e 2569), a representação

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

regular (fls. 2464-5 e 2592) e o preparo satisfeito (fls. 2317 e 2571), passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

2 – PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

2.1 – MULTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTRELATÓRIOS

A Turma, ao julgamento dos declaratórios da embargante, considerando o caráter protelatório do recurso, condenou-a à multa de 1% sobre o valor da causa nos seguintes termos:

“Demonstra-se que os embargos de declaração foram opostos sem a correspondente demonstração de falha na prestação jurisdicional prestada. A imposição de multa de 1% sobre o valor da causa deve ser aplicada, em virtude da protelação ensejada.

Todo o expendido, nego provimento aos embargos de declaração, impondo à embargante o pagamento da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC.”

Nas razões dos embargos, a embargante, negando o intuito protelatório, aponta violação do art. 5º, XXXV e LV, da Carta Política, e colaciona arestos.

A teor do art. 894, II, da CLT, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.496/07, em vigor desde 24.09.07, o conhecimento do recurso de embargos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho depende da demonstração de divergência entre Turmas ou destas com decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais do TST, condicionando-se, ainda, ao fato de não versar sobre matéria superada por súmula ou orientação jurisprudencial editada por esta Corte ou pelo Supremo Tribunal Federal. Impende, pois, apreciar os embargos exclusivamente sob a ótica da divergência jurisprudencial invocada.

De outra parte, os únicos julgados colacionados são oriundos do STF (fl. 2574), do TRF da 1ª Região e do STJ (fl. 2575), hipóteses que não se coadunam com o art. 894, II, da CLT, para a demonstração de dissenso de teses.

Não conheço do recurso.

2.2 – MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE ATIVA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A Turma não conheceu do apelo das rés quanto à alegada ilegitimidade do *parquet* para o ajuizamento de ação civil pública na defesa de interesses

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

individuais homogêneos. Na fração de interesse, eis os fundamentos da decisão turmária:

“Quanto à alegada ilegitimidade do douto Ministério Público, é de se ressaltar que a iniciativa do *parquet* encontra-se calcada na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não sendo, portanto, caso de extinção do processo sem julgamento do mérito, nem de aplicação dos arts. 3º, 6º e 267, VI, do CPC, eis que a legitimação extraordinária do Ministério Público está inserida na Constituição Federal, que prevê a promoção da ação civil pública pelo Ministério Público, no inciso III do art. 129, que trata das funções institucionais do *parquet*, como se transcreve:

‘III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.’

É de se verificar que a Lei Complementar nº 75/93, que regula as atribuições do Ministério Público da União, trata especificamente acerca das atribuições do Ministério Público do Trabalho, a teor do inciso III do art. 83 da norma citada, que determina a competência do órgão para propor:

‘(...) ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.’

Não pode ser deixado de lado, ainda, o dispositivo constitucional que prevê, no seu art. 127, que:

‘O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.’

Deste modo, não demonstrada violação de dispositivo constitucional ou divergência jurisprudencial sobre o tema, dele *não conheço*.” (fls. 2410-1)

No recurso de embargos, a embargante, sustentando a ilegitimidade do Ministério Público do Trabalho para a propositura do presente feito, aponta violação dos arts. 81, parágrafo único, I e II, e 91 do CDC, 83, III, da LC 75/93, 1º, V, e 21 da Lei nº 7.347/85, 127, *caput*, e 129, III, da Carta Magna. Transcreve arestos.

O aresto transcrito à fl. 2580, oriundo da Terceira Turma, publicado no DJ 14.09.01, se presta à demonstração de dissenso *interna corporis*, pois traz tese no

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

sentido da ilegitimidade do Ministério Público do Trabalho para a defesa, por ação civil pública, dos direitos individuais homogêneos, nos seguintes termos:

“DA ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. INCISO III DO ART. 83 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 75/93. A Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, atribui ao Ministério Público a competência para promover ação civil pública para a proteção de interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (art. 6º, alínea *d*). No entanto, especificamente quanto ao Ministério Público do Trabalho, estabelece o art. 83, em seu inciso III, da Lei Complementar nº 75/93, que ‘compete a este órgão promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais, constitucionalmente garantidos’. Portanto, não há previsão legal expressa atribuindo legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a defesa de direitos individuais homogêneos. Recurso de revista conhecido e provido para extinguir o processo de acordo com o disposto no inciso IV do art. 267 do CPC.”

Conheço dos embargos por divergência jurisprudencial.

2.3 – COOPERATIVAS. INTERMEDIÇÃO. ATIVIDADE-FIM

A Turma não conheceu do apelo sob os seguintes fundamentos:

“Acerca do tema, o v. acórdão recorrido entendeu, pela prova produzida, que as cooperativas não preenchiam os requisitos necessários para se enquadrarem como tal, em virtude da inexistência de autonomia dos cooperados.

Ressaltou, ainda, que os cooperados eram remunerados diretamente pelas cooperativas e indiretamente pela empresa, e que a empresa é quem fiscalizava diretamente a colheita de laranjas. Deste modo, frisou o Colegiado *a quo*:

‘Considerando-se, pois, o poder diretivo exercido pela Cutrale, é óbvio que a cooperativa foi uma simulação criada em conluio com ela, com o intuito de fraudar as leis trabalhistas, já que, supostamente amparada pelo art. 442, parágrafo único, da CLT, eximir-se-iam de cumprir as obrigações legais decorrentes da relação de emprego.’ (fls. 2153)

Firmou, ainda, o entendimento de que, em virtude do objeto social da empresa Sucocítrico Cutrale, a colheita de laranja se inseria dentre

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

suas atividades permanentes e essenciais, determinando, em virtude da ilegalidade da terceirização de empresa para atividade-fim, a formação do vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços, nos termos do Enunciado nº 331, I, do C. TST.

Aplicou, portanto, o disposto no art. 9º da CLT, porque não houve a adesão dos trabalhadores nas cooperativas com as finalidades estabelecidas na Lei nº 5.764/71, registrando:

‘Portanto, não vinga a interpretação das recorrentes de que com a Lei nº 8.949/94 a terceirização foi liberada, desde que a intermediadora toma a forma de sociedade cooperativa.

Assim, ‘mesmo sob a denominação de cooperativa, contrata, dirige, paga e demite trabalhadores, cooperativa não é.’ (fls. 2155).

À fl. 2218 a COOPERSETRA aduz a legalidade da cooperativa, trazendo arestos a confronto acerca do ônus da prova da fraude e do vínculo empregatício. Pretende a aplicação do art. 442 da CLT e a inaplicabilidade do Enunciado nº 331 do C. TST em relação às cooperativas.

A Sucocítrico Cutrale, à fl. 2259, rebate o v. acórdão alegando que a colheita de laranja não é atividade-fim da indústria do suco, aponta violação do art. 131 do CPC, trazendo arestos a confronto, e pretendendo a incidência do Enunciado nº 331, III, deste C. TST. Em relação às cooperativas, sustenta serem lícitas, ao argumento de que a Lei nº 5.889/73, que regulamenta o trabalho rural, não veja ou restrinja as sociedades cooperativas, pelo que não há qualquer incompatibilidade do art. 442 com o trabalho rural. Refere-se à livre adesão e livre retirada dos associados.

A COOPERAGRI alega que restaram ausentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT, pretendendo a aplicação do art. 442, parágrafo único, da CLT, ao argumento de que impossível a declaração de inidoneidade sem prova irrefutável de fraude ao contrato de trabalho.

Quanto à figura da cooperativa impõe-se fazer breve digressão.

A ideologia do cooperativismo moderno surgiu no período da Pós-Revolução Industrial, com Robert Owen, na Inglaterra, no final do século XVIII. De acordo com este reformista social, as cooperativas surgiam como forma alternativa para melhorar as condições de trabalho, num período histórico em que o trabalhador via-se substituído pelas máquinas até então inventadas, decorrentes da inovação tecnológica pertinente à época.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O cooperativismo visava à associação de trabalhadores de um mesmo ofício ou de ofícios diversos, mas a uma mesma categoria, sem objetivo de lucro, para, por meio do trabalho comum, dividirem as vantagens auferidas de suas forças-de-trabalho.

Não foi diferente a finalidade atribuída a este sistema em nosso ordenamento jurídico, quando da elaboração da Lei nº 5.674/71, que trata da política nacional de cooperativismo. De acordo com o seu art. 3º, no contrato de sociedade cooperativa, as pessoas se obrigam reciprocamente a contribuir com bens e serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro. Trata-se, pois, de sociedade de pessoas, com natureza jurídica própria, não sujeita à falência, com a finalidade, entre outras, de prestar assistência a seus associados.

O Texto Constitucional vigente não ficou silente sobre o tema. No § 2º de seu art. 174, determina que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

Com base na ideologia exposta, em 09.12.94 foi publicada a Lei nº 8.949, que inseriu o parágrafo único no art. 442 da CLT. De acordo com esta norma, qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

A interpretação deste dispositivo consolidado fora, durante muito tempo, objeto de grande celeuma doutrinária e jurisprudencial. Firmouse, no entanto, o entendimento de que a aplicação desta norma estaria condicionada à existência de fato de uma sociedade cooperativa. Tal condição nasceu da necessidade de se combater as fraudes que são comuns nestas espécies de sociedade.

Não poucas vezes, as ‘cooperativas’ são, de fato, empresas comerciais que se cobrem deste ‘manto protetor’ para simular suas reais atividades e objetivos almejados. Também, não raras vezes, constituem mero instrumento para arremeter trabalhadores para determinadas empresas, praticando a intermediação de mão-de-obra, tão repudiada em nosso ordenamento pátrio. Em ambas as hipóteses, a aplicação do art. 9º da CLT, combinado com o princípio da primazia da realidade sobre a literalidade dos fatos, torna-se imperiosa para a descaracterização da adesão efetuada, e a declaração do vínculo de emprego torna-se consequência jurídica necessária, haja vista o teor do *caput* do art. 442 da CLT, que dispõe sobre a possibilidade do contrato de trabalho ser expresso ou tácito.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Necessária, portanto, a análise do caso concreto por parte do órgão julgador a fim de se averiguar a realidade então apresentada, procurando, desta forma, verificar a pertinência ou não da aplicação do parágrafo único do art. 442 da CLT, cujo teor, em grande parte, derivou do disposto no art. 90 da Lei nº 5.674/71.

Conforme leciona o ilustre magistrado e jurista mineiro Márcio Túlio Viana. *O que há de novo em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 81:

‘Assim, quando a lei exclui da CLT os cooperados, refere-se apenas àqueles que realmente são cooperados, mantendo entre si relação societária. Em outras palavras: pessoas que não se vinculam ao tomador de serviços, nem à própria cooperativa, pelos laços da pessoalidade, da subordinação, da não-eventualidade e do salário.

Assim, ao usar a expressão ‘qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa’, a lei não está afirmando ‘qualquer que seja o modo pelo qual o trabalho é executado’. O que a lei quer dizer é exatamente o que está nela escrito, ou seja, que não importa o ramo da cooperativa. Mas é preciso que se trate realmente de cooperativa, não só no plano formal, mas especialmente no mundo real. Ou seja: que o contrato se execute na linha horizontal, como acontece em toda a sociedade, e não na linha vertical, como no contrato de trabalho. Em outras palavras, é preciso que haja obra em comum (*co-operari*), e não trabalho sob a dependência do outro (*sub-ordinare*).

E nem poderia ser de outro modo: um dos princípios fundamentais do contrato de trabalho, como se sabe, é o da primazia da realidade, que privilegia a substância sobre a forma, o conteúdo sobre o rótulo.’

Observa-se, portanto, que o v. acórdão regional, apreciando os fatos e as provas produzidas nos autos, verificou restarem devidamente configurados os elementos identificadores de uma relação de emprego com a empresa Sucocítrico Cutrale. Constatada a fraude praticada pela Cooperativa (art. 9º da CLT), confirmou a r. sentença que deu pela procedência da ação civil pública, condenando a reclamada a se abster de tal prática, contratação ilegal de mão-de-obra, por meio das cooperativas reclamadas, para desenvolvimento de atividade-fim, nos termos do Enunciado nº 331, I, do C. TST, ressaltando:

‘A significação do parágrafo único do art. 442 da CLT é valorizar a criação de cooperativas, no sentido de eliminar a subordinação,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

estimulando um trabalho tipicamente autônomo, além de melhorar as remunerações e as condições laborativas dos associados. Visa, portanto, beneficiar aquele que pretende trabalhar com autonomia, incentivando o cooperativismo e valorizando o trabalho humano, sem extinguir direitos sociais dos hipossuficientes, como muitas vezes é interpretado. Isto porque, a verdadeira cooperativa tem como fundamentos a *affectio societatis*, quanto à sua criação, a autogestão, a igualdade de condições entre os associados, o caráter duradouro e, principalmente, a não subordinação, que implica a independência e autonomia dos cooperados, desconfigurando, portanto, a figura de empregado prevista no art. 3º da CLT. Daí a justificativa de inexistir vínculo empregatício entre a cooperativa e seus associados, e entre estes e a tomadora de serviços.’ (fl. 2153)

Assim, qualquer rediscussão acerca da questão reivindicaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância extraordinária, nos termos do Enunciado nº 126 desta C. Corte, o que afasta, também, a apontada violação do art. 131 do CPC, eis que o convencimento do julgador veio amparado em farta prova.

Reconhecida a fraude, não há que se falar em violação dos arts. 442, parágrafo único, da CLT, e 90 da Lei nº 5.764/71, dispositivos estes aplicáveis às relações entre trabalhadores associados e legítimas cooperativas de trabalho, o que não se coaduna com o caso dos autos.

Por fim, a divergência jurisprudencial não autoriza o conhecimento do recurso de revista, uma vez que a apreciação do referido dissenso acarretaria o reexame de fatos e de provas, o que encontra óbice no Enunciado nº 126 desta C. Corte. Os arestos de fls. 2310/2312 e 2313/2315 são oriundos de Turmas desta C. Corte, desservindo ao confronto. Além disso, não houve declaração de vínculo empregatício entre os cooperados e a cooperativa.

É de se ressaltar, ao contrário do alegado, que não houve qualquer tese no v. acórdão recorrido acerca da incompatibilidade do parágrafo único do art. 442 com a Lei nº 5.889/73. A matéria foi examinada tão-somente em relação à inexistência de requisitos caracterizadores da verdadeira cooperativa: *affectio societatis*, autogestão, igualdade de condições entre os associados, caráter duradouro e a não subordinação, o que determinou a conclusão que não havia a figura do empregado prevista no art. 3º da CLT.

Pelo exposto, *não conheço* do recurso de revista.” (fls. 2416-21)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A embargante insurge-se contra a decisão embargada, apontando violação dos arts. 5º, II e XVIII, 170, parágrafo único, 174, § 2º, e 187 da Constituição Federal e 442, parágrafo único, da CLT. Transcreve aresto.

Como já referido, com a nova redação do inciso II do art. 884 consolidado, o conhecimento do recurso de embargos somente se viabiliza com a demonstração de divergência jurisprudencial nesta Corte.

Oportuno destacar que o Diário de Justiça, fonte oficial indicada pelo embargante, em relação aos julgados colacionados, não publica senão a ementa e a conclusão dos julgamentos. A propósito do tema, recorro os seguintes precedentes desta SDI-I:

“DIVERGÊNCIA. COTEJO COM OS FUNDAMENTOS DO ARESTO MODELO. CÓPIA INTEGRAL AUTENTICADA OU PUBLICAÇÃO NA ÍNTEGRA. IMPRESCINDIBILIDADE. Se o recorrente pretende cotejar trecho da fundamentação do aresto paradigma, deve fazê-lo mediante a juntada de cópia autenticada do acórdão indicado como paradigma ou a transcrição do trecho com a indicação do repositório autorizado onde foi publicado na íntegra. No caso em exame, o aresto colacionado revela-se inservível, porque indicado como fonte de publicação o Diário da Justiça, todavia transcrito trecho da fundamentação do acórdão, o que não atende aos requisitos previstos na Súmula nº 337 desta Corte, porquanto somente a ementa do julgado e o resultado do julgamento são publicados no Diário da Justiça.” (TST-E-ED-RR-1362/1998-054-15-00.0, Rel. Min. Brito Pereira, DJ de 19.12.08)

“COMPROVAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. TRANSCRIÇÃO DE TRECHO DO MODELO PARADIGMA. CITAÇÃO DO DIÁRIO DA JUSTIÇA COMO FONTE OFICIAL DE PUBLICAÇÃO. SÚMULA Nº 337 DESTA CORTE UNIFORMIZADORA. Consoante entendimento consagrado pela SBDI-I, é insuficiente à comprovação de divergência justificadora do recurso de embargos a citação do Diário da Justiça, como fonte oficial de publicação, para validar a transcrição de trechos do modelo paradigma.” (TST-E-ED-RR-723069/2001.4, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ de 12.12.08)

Assim, em razão da fonte de publicação apontada e da ausência de juntada de cópia integral do único paradigma trazido (fls. 2587-8), necessária a transcrição, nas razões dos embargos, da respectiva ementa – requisito que não foi observado pela embargante.

Não conheço.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

II – MÉRITO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE ATIVA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O art. 127, *caput*, da Constituição da República, atribui ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, *verbis*:

“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

De outra parte, o art. 129 da Carta Magna estabelece que é função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (inciso II), bem como promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (inciso III).

Na mesma linha, a Lei Complementar nº 75/93, que trata da organização, das atribuições e do estatuto do Ministério Público da União, prevê:

“Art. 1º O Ministério Público da União, organizado por esta lei complementar, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis.

Art. 2º Incumbem ao Ministério Público as medidas necessárias para garantir o respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição Federal.

(...)

Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:

I – a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis;

(...)

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

(...)

VII – promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

(...)

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

(...)

XII – propor ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos;

(...)

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

(...)

III – promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.”

Assim, em face de expressa disposição legal e constitucional, incumbe ao Ministério Público do Trabalho a tutela dos interesses metaindividuais.

Segundo Ives Gandra Martins Filho (*Processo coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994. p. 158-9), os interesses metaindividuais podem ser diferenciados em três espécies:

“*Interesses difusos* – caracterizados pela impossibilidade de determinação da coletividade atingida pelo ato ou procedimento lesivo ao ordenamento jurídico, da qual decorre inexistência de vínculo jurídico entre os membros da coletividade atingida ou entre estes e a parte contrária, autora da lesão;

Interesses coletivos – caracterizados pela existência de vínculo jurídico entre os membros da coletividade afetada pela lesão e a parte contrária, origem do procedimento genérico continuativo, que afeta potencialmente todos os membros dessa coletividade, presentes e futuros, passíveis de determinação; e

Interesses individuais homogêneos – decorrentes de uma origem comum, fixa no tempo, correspondente a ato concreto lesivo ao ordenamento jurídico, que permite a determinação imediata de quais membros da coletividade foram atingidos.”

Ressalta esse ilustre doutrinador e ministro desta Corte, na obra citada (p. 159-60), a distinção entre os interesses coletivos e os individuais homogê-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

neos nas relações trabalhistas, sendo que o ataque a ambos enseja a tutela do MPT. A diferença básica residiria no fato de que, no caso dos direitos coletivos, a prática lesiva se estenderia no tempo, constituindo procedimento genérico e continuativo da empresa; no tocante aos direitos individuais homogêneos, o ato lesivo seria fixo no tempo, atingindo alguns ou todos os empregados que compunham a categoria em dado momento. Exemplifica nos seguintes termos:

“Assim, como exemplo de interesse coletivo lesado teríamos o do descuido continuado no meio ambiente de trabalho, que afeta, potencialmente, a todos os empregados da empresa; quanto a interesses individuais homogêneos, teríamos o exemplo da demissão coletiva num dado momento, atingindo um grupo concreto e identificável de empregados.”

Carlos Henrique Bezerra Leite, na obra *Ministério Público do Trabalho* (2. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 162), posiciona-se no seguinte sentido:

“Após refletir bastante sobre a problemática em questão, amadurecemos nosso entendimento para admitir que, na seara trabalhista, os interesses coletivos são aqueles que dizem respeito a classe, grupo ou categoria (ou parte dela) de trabalhadores que estejam ligados entre si ou com o empregador ou grupo de empregadores (categoria econômica) por meio de uma relação jurídica-base.

Essa relação jurídica-base tem por destinatário não os trabalhadores individualmente considerados, mas sim os trabalhadores socialmente organizados, uma vez que a noção de grupo ou classe de pessoas (CDC, art. 81) no âmbito das relações de trabalho possui denominação própria: categoria profissional ou econômica ou diferenciada (CF, art. 8º, II; CLT, art. 511).

(...)

Assim, na medida em que a pretensão deduzida em juízo tem por destinatário material a categoria ou parte dela, constitui exemplo de interesses coletivos o relativo à eliminação ou redução de insalubridade ou periculosidade no âmbito da empresa etc.”

Os interesses individuais homogêneos, a seu turno, ainda nas palavras de Bezerra Leite, são os “materialmente individuais e processualmente coletivos”. Assim, a lesão a tais direitos atinge os trabalhadores de forma individual, o que possibilita a propositura de reclamações trabalhistas individuais ou plúrimas, assumindo, contudo, em razão da origem comum, aglutinação e

relevância social de modo a extrapolar o caráter exclusivamente individual, o que enseja a tutela formalmente coletiva (*Ministério Público do Trabalho*, p. 164).

Nessa medida, os direitos individuais homogêneos dos trabalhadores encaixam-se perfeitamente na letra do art. 127, *caput*, da Carta Magna, seja porque são interesses (ou direitos) sociais, seja porque, via de regra, são individuais indisponíveis, atraindo a legitimação do MPT.

Acresço, na esteira do magistério de Bezerra Leite, que os direitos sociais dos trabalhadores (individuais ou coletivos *lato sensu*) são considerados direitos humanos de segunda dimensão, o que evidencia a relevância social de todas as ações coletivas que sobre eles versem, e que as normas de proteção ao trabalhador são, em regra, de ordem pública, o que significa que indisponíveis pela vontade das partes, assim como irrenunciáveis os direitos que asseguram (*Revista do TST*, v. 71, n. 2, maio/ago. 2005, p. 160-3).

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. INTERESSE COLETIVO. TERCEIRIZAÇÃO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. COOPERATIVA. ATIVIDADE-FIM. 1. O Ministério Público do Trabalho ostenta legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública em defesa de interesses coletivos, nos termos dos arts. 127 e 129, inciso III, da Constituição Federal, e do art. 83, inciso III, da Lei Complementar nº 75/83. 2. Constitui tutela de interesse coletivo a pretensão dirigida à proteção da generalidade dos empregados da empresa demandada, e não de certos empregados, tendo por objeto condenação à abstenção da prática de terceirização em atividade-fim, no caso colheita de laranja mediante ‘associação’ de autênticos empregados à cooperativa de mão-de-obra. 3. Não afronta a lei a proibição de fornecimento de mão-de-obra dirigida à cooperativa, bem assim a utilização da mão-de-obra por empresa tomadora, se o objeto da terceirização é a colheita de laranja nos períodos de safra, elemento indissociável da atividade-fim da empresa beneficiária do trabalho. 4. Não configurada ofensa ao art. 442, parágrafo único, da CLT, e aos arts. 5º, inciso XVIII, 174, § 2º, e 187 da Constituição Federal, bem assim ao art. 896 da CLT. Embargos não conhecidos.” (E-RR 717555/00, SDI-1, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 15.04.05)

“RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. A teor do art. 83, III, da Lei Complementar nº 75/93,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

o Ministério Público do Trabalho detém legitimidade para a defesa judicial de direitos individuais homogêneos, considerados como tais os decorrentes de origem comum, na forma do art. 81, III, da Lei nº 8.078/90. Precedentes do STF e do TST. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST-RR-763.332/2001.3, Rel^a Min^a Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 3^a T., DJ 06.09.07)

“MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE ATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. 1. Na dicção da jurisprudência corrente do Supremo Tribunal Federal, os direitos individuais homogêneos nada mais são do que direitos coletivos em sentido lato, uma vez que todas as formas de direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), passíveis de tutela mediante ação civil pública, são coletivas. 2. *Considerando-se interpretação sistêmica e harmônica dos arts. 6º, VII, letras c e d, 83 e 84, Lei Complementar nº 75/93, não há como negar a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para tutelar direitos e interesses individuais homogêneos, sejam eles indisponíveis ou disponíveis.* Os direitos e interesses individuais homogêneos disponíveis, quando coletivamente demandados em juízo, enquadram-se nos interesses sociais referidos no art. 127 da Constituição Federal. 3. O Ministério Público detém legitimidade para tutelar judicialmente interesses individuais homogêneos, ainda que disponíveis, ante o notório interesse geral da sociedade na proteção do direito e na solução do litígio deduzido em juízo. Verifica-se, ademais, que o interesse social a requerer tutela coletiva decorre também dos seguintes imperativos: facilitar o acesso à Justiça; evitar múltiplas demandas individuais, prevenindo, assim, eventuais decisões contraditórias, e evitar a sobrecarga desnecessária dos órgãos do Poder Judiciário. 4. Solução que homenageia os princípios da celeridade e da economia processuais, concorrendo para a consecução do imperativo constitucional relativo à entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável. 5. Recurso de embargos conhecido e provido.” (TST-E-RR-411489/1997, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ 07.12.07)

“EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA. NÃO-CONHECIMENTO. (...) MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. O Ministério Público do Trabalho é parte legítima para propor ação civil pública na qual buscou obter a reintegração de empregados dispensados em virtude de terem reclamado contra a empresa, bem como na condenação na

obrigação de abster-se a efetuar demissões de qualquer empregado que viesse a se encontrar em situação similar. É que este fato, se verdadeiro, envolve interesses individuais homogêneos, subespécies de direitos coletivos, pelo que a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para propor a ação encontra respaldo no art. 83, inciso III, da Lei Complementar nº 75/93, que restringe a ação civil pública, na Justiça do Trabalho, à defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Embargos conhecidos e providos.” (E-RR-635002/00, SDI-I, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 27.10.06)

“MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE PARA TUTELAR DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. O Ministério Público do Trabalho tem legitimidade para propor ação civil pública visando tutelar direitos individuais homogêneos. Direitos individuais homogêneos são todos aqueles que estão íntima e diretamente vinculados à esfera jurídica de pessoas facilmente identificáveis, de natureza divisível e decorrentes de uma realidade fática comum. São seus titulares ou destinatários pessoas que estão vinculadas por laços comuns com o agente causador da sua ameaça ou lesão e que, por isso mesmo, atingidos em sua esfera jurídica patrimonial e/ou moral, podem, individual ou coletivamente, postular sua reparação em juízo. Regra geral, sua defesa em juízo deve ser feita através da ação civil pública, nos termos do que dispõe o art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11.09.90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor). O Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Ministro Maurício Corrêa, expressamente reconhece que os direitos individuais homogêneos constituem uma subespécie de interesses coletivos (STF, 2ª T., RE-163231-3/SP, j. 01.09.96). Esta Corte, em sua composição plena, cancelou o Enunciado nº 310, tendo adotado o entendimento de que a substituição processual prevista no art. 8º, III, Constituição Federal, não é ampla, mas abrange os direitos ou interesses individuais homogêneos (E-RR-175.894/95, Rel. Min. Ronaldo Lopes Leal, j. 17.11.03). Por conseguinte, está o embargante legitimado para, em juízo, postular, na condição de substituto processual, em nome dos substituídos, nos termos do que dispõe o art. 8º, III, da Constituição Federal, direitos individuais homogêneos, subespécie de direitos coletivos. Inteligência que se extrai dos arts. 129, III, da Constituição Federal, 83, III, da Lei Complementar nº 75/93, e 81 e 82 da Lei nº 8.078, de 11.09.90. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-689.716/00, Rel. Min. Milton de Moura França, DJ 16.04.04)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Ante o alinhado, inarredável a conclusão pela legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para a propositura da presente ação civil pública com o objetivo de impor à embargante a abstenção da prática de terceirização, mediante cooperativa de mão-de-obra, em atividade-fim: colheita de laranjas.

Nego provimento ao recurso de embargos.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de embargos apenas em relação ao item “Ministério Público do Trabalho. Legitimidade ativa. Interesses individuais homogêneos”, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 01 de outubro de 2009. *Rosa Maria Weber Candiota da Rosa*, relatora.

DISSÍDIO COLETIVO. GARANTIA DE EMPREGO. DOENÇA PROFISSIONAL

RECURSO ORDINÁRIO. DISSÍDIO COLETIVO. GARANTIA DE EMPREGO. DOENÇA PROFISSIONAL OU OCUPACIONAL. CLÁUSULA PREEXISTENTE. CONQUISTA DA CATEGORIA.

A Constituição da República, no art. 114, § 2º, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/04, dispõe que, no julgamento do dissídio coletivo de natureza econômica, pode a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. Na hipótese, a garantia de emprego ao empregado portador de doença profissional ou ocupacional é um direito reconhecido à categoria, conquistado desde 1985, conforme revela a prova produzida nos autos. Nesse contexto, em que pese a norma coletiva imediatamente anterior possuir natureza heterônoma (sentença normativa), é plausível, do ponto de vista social e jurídico, a manutenção da cláusula de garantia de emprego que vem sendo convencionada ao longo dos anos pelas partes, constando, inclusive, nas normas coletivas autônomas celebradas individualmente com integrantes da categoria econômica, sobretudo quando se constata que os sindicatos suscitados postulam a exclusão sem apresentar

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

razões de cunho econômico, social ou mesmo operacional que inviabilizem a manutenção do direito. Precedentes.

Recurso ordinário conhecido e a que se nega provimento.

(Processo nº TST-RODC-2010000-68.2008.5.02.0000 – Ac. SETPOEDC)

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº TST-RODC-2010000-68.2008.5.02.0000, em que são recorrentes Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP e Outros, e são recorridos Federação dos Sindicatos de Metalúrgicos da CUT – FEM/CUT e Outros.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, mediante decisão às fls. 1219-1239, complementada às fls. 1253-1257, julgou procedente o dissídio coletivo ajuizado pela Federação dos Sindicatos de Metalúrgicos da CUT – FEM/CUT e outros, para deferir a cláusula de garantia de emprego ao empregado portador de doença profissional ou relacionada ao trabalho.

Inconformados, os suscitados interpõem recurso ordinário, às fls. 1259-1316, postulando a reforma do julgado. Afirmam que a manutenção de cláusula constante em sentenças normativas anteriores vulnera o disposto no art. 114, § 2º, da Constituição Federal.

Admitido o apelo à fl. 1293, foram apresentadas as razões de contrariedade às fls. 1296-1316.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, II, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

1 – CONHECIMENTO

Tempestivo o apelo (fls. 1258 e 1259), regular a representação (fl. 1073) e recolhidas as custas (fls. 1291), dele *conheço*.

2 – MÉRITO

2.1 – GARANTIA DE EMPREGO. DOENÇA PROFISSIONAL OU OCUPACIONAL. LIMITES DA LIDE

Os suscitados reiteram que na Cláusula nº 69 da Convenção Coletiva de Trabalho foi acordado que caberia à Justiça do Trabalho decidir se a Cláusula

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

nº 34, constante da norma coletiva relativa ao período de 1999/2000, haveria de ser mantida ou não. Argumentam, assim, que, ao deferir a cláusula com a redação constante da pauta de reivindicação, a Corte Regional “proferiu decisão diversa da pedida, condenando os suscitantes (*sic*) em objeto diverso do que foi submetido à apreciação do Judiciário” (fl. 1280). Apontam violação do art. 460 do CPC.

Os suscitantes expressamente postularam, na petição inicial, fosse deferida a Cláusula nº 63 da pauta de reivindicação, referente à garantia de emprego ao empregado acidentado no trabalho ou portador de doença profissional ou relacionada ao trabalho.

Sendo assim, verifica-se que o Tribunal de origem ateu-se aos limites do pedido, não se revelando violação do art. 460 do CPC.

Sinale-se, todavia, que igualmente não procede a argumentação no sentido de que o convenicionado se restringia a submeter ao Judiciário a apreciação da manutenção ou não dos termos da Cláusula nº 34 da norma vigente em 1999/2000. A Cláusula nº 69 da Convenção Coletiva de Trabalho 2007/2008 dispõe a seguinte condição, às fls. 128-129, *verbis*:

“69 – Garantia de Emprego ao Empregado Acidentado.

Os Sindicatos Convenientes na presente Convenção renovam, praticamente, todas as cláusulas anteriores, porém, não chegaram a um consenso com relação à Cláusula nº 34 da Convenção Coletiva de Trabalho que vigorou de 01.11.99 a 31.10.00, referente à garantia de emprego do empregado acidentado ou portador de doença ocupacional, razão pela qual, *de comum acordo*, concordam que a matéria relativa a essa cláusula, em seus exatos termos, seja resolvida, submetendo-a a julgamento perante a Justiça do Trabalho.”

Um exame apressado poderia levar à conclusão defendida pelos recorrentes, ou seja, que apenas a manutenção da Cláusula nº 34 da Convenção Coletiva de Trabalho 1999/2000 submeter-se-ia à apreciação judicial. Porém, não podemos deixar de ressaltar que estava em discussão não a referida Cláusula nº 34, mas a postulação da categoria acerca da garantia de emprego ao empregado acidentado ou portador de doença profissional, objeto da Cláusula nº 63 da pauta de reivindicação (fls. 73-74). Ora, a própria argumentação expendida pelos suscitados nas bases de conciliação, às fls. 1041-1058, e nas razões do recurso sob exame, evidencia que as partes divergem quanto à manutenção da condição em comento desde as negociações entabuladas em 1998. A Cláusula nº 34 do instrumento coletivo vigente em 1999/2000, segundo

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

os suscitados, haveria previsto a extinção da vantagem a partir da data-base subsequente, enquanto os suscitantes lhe conferem interpretação diversa. Assim, ao mencionarem essa norma na Cláusula nº 69 da Convenção Coletiva de Trabalho 2007/2008, as partes apenas reafirmaram a existência de conflito quanto à manutenção da garantia de emprego prevista nos diversos instrumentos ajustados a partir de 1985 e que deveria ser dirimida pelo Judiciário.

Ante o exposto, *nego provimento* ao apelo, no particular.

2.2 – GARANTIA DE EMPREGO. DOENÇA PROFISSIONAL OU OCUPACIONAL. CLÁUSULA PREEEXISTENTE. CONQUISTA DA CATEGORIA

DECISÃO DO TRIBUNAL REGIONAL

O Tribunal Regional, às fls. 1231-1239, deferiu a cláusula coletiva, adotando os seguintes fundamentos, *verbis*:

“I – DO PREÂMBULO ARGÜIDO PELOS SUSCITADOS: INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 114, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Alegam os suscitados que a manutenção por este E. Tribunal das suas decisões normativas anteriores, conflita com o preceituado no art. 114, § 2º, da Constituição Federal, dando a tal preceito entendimento particular e singular de que as sentenças normativas anteriores é que devem prevalecer e não as disposições convencionais, ou seja, constantes de Convenções Coletivas de Trabalho.

Este E. Tribunal vem julgando os diversos dissídios coletivos suscitados pelas partes de comum acordo, nos termos do que dispõe o § 2º do art. 114 da Constituição Federal, em relação à cláusula do acidentado do trabalho e doente profissional, sendo que as conquistas históricas da categoria profissional em questão acerca da garantia de emprego ao empregado portador de doença profissional ou acidentado no trabalho justificam o exercício do Poder Normativo por esta Justiça Especializada visando à solução do conflito coletivo instaurado.

Nesse sentido permito-me citar excerto do v. acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho nos autos do recurso ordinário em dissídio coletivo, processo RODC 20.027/2004-000-02-00.0 (fls. 165/171), cujo Relator foi o Exmo. Ministro João Oreste Dalazen, *in verbis*:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

‘Não ostenta sentido lógico a ilação de que a real pretensão do Sindicato Profissional suscitante seria a de repetir o teor da Cláusula nº 34-A, que continha a previsão de constituição de comissão paritária para discutir os termos da garantia de emprego. Incólume o art. 460 do Código de Processo Civil, pois o Poder Normativo foi exercido sem exorbitância.

Nesse sentido, à luz do art. 114, § 2º, da Constituição Federal, as conquistas históricas da categoria profissional constituem importante baliza para o julgamento do dissídio coletivo, na medida em que retratam um ponto de equilíbrio definido autonomamente pelo atores sociais.’

Nessa conformidade, resta afastado o preâmbulo argüido pelos suscitados.

II – DO MÉRITO

Alegam os suscitantes que as partes firmaram Convenção Coletiva de Trabalho, com vigência de 1º de novembro de 2007 a 31 de outubro de 2008, à exceção da Cláusula nº 69, que corresponde à Cláusula nº 63 da Pauta de Reivindicações, que trata da garantia de emprego ao empregado portador de doença profissional ou relacionada ao trabalho, bem como ao empregado acidentado no trabalho.

Aduzem que referida cláusula social, sob o aspecto jurídico, representa uma conquista da categoria metalúrgica que teve origem em meados dos anos 80, através de Convenção Coletiva de Trabalho, tendo sido, desde então, muito bem aceita pela classe patronal até porque consiste obrigação do empregador oferecer condições seguras de trabalho, evitando, assim, acidentes e doenças profissionais.

Afirmam, no entanto, que nos anos 90 houve a perda de coesão da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP na representação da categoria econômica com sua divisão em 5 (cinco) grupos patronais e que, a partir dessa divisão, a cláusula convencional em questão passou a ter os primeiros e injustos ataques daqueles que queriam excluir ou limitar essa garantia de emprego para poucos meses, sendo que os trabalhadores lutaram contra esta investida até que obtivessem a renovação da mencionada cláusula, seja por Convenção Coletiva de Trabalho, por Acordo ou através de sentença normativa.

Mencionam, também, que as Entidades Patronais, em sua grande maioria, não têm colocado qualquer objeção para a renovação dessa cláusula convencional, exceto o Grupo 10 que, através de sua cúpula de negociadores, vem opondo resistência injustificada, condicionando a

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

renovação das demais cláusulas da Convenção Coletiva se a mencionada cláusula do acidentado do trabalho e doente profissional fosse submetida a julgamento.

Para evitar maiores transtornos, os trabalhadores chegaram a um consenso de que seria melhor submeter mencionada cláusula a julgamento.

Esclarecem que, no tocante à redação da cláusula ora reivindicada, os representantes do Grupo 10 pretendem seja adotada a ineficiente redação dada pela Cláusula nº 34 da Convenção Coletiva de Trabalho de 1999/2000, proposta essa que repudiam veemente, como tem prevalecido nos anos anteriores, restando ultrapassada essa questão.

Pleiteiam, pois, a procedência do presente dissídio coletivo para que seja determinado por este E. Tribunal, no uso das atribuições de seu Poder Normativo, a efetiva inclusão da referida Cláusula nº 63 da Pauta de Reivindicações, para que a mesma continue fazendo parte integrante da Convenção Coletiva de Trabalho dos metalúrgicos suscitantes.

Razão lhes assiste.

Da análise dos elementos constantes dos autos, verifica-se que as partes não chegaram a um consenso com relação à Cláusula nº 63 da Pauta de Reivindicações, que diz respeito à garantia de emprego ao empregado portador de doença profissional ou relacionadas ao trabalho, bem como ao empregado acidentado no trabalho, sendo certo que a atual norma coletiva da categoria profissional, a Convenção Coletiva de Trabalho celebrada com o Grupo XIX – 10 da FIESP, com vigência de 1º de novembro de 2007 a 31 de outubro de 2008 (fls. 89/132), apenas assegura emprego e salário ao empregado afastado por doença a partir da alta médica por período igual ao do afastamento, limitado ao máximo de 60 dias (fls. 109/110), nada dispondo acerca do empregado acidentado além da previsão legal, razão pela qual os Suscitantes requerem seja referida matéria apreciada por este E. Tribunal.

Com efeito, a aplicação no âmbito deste dissídio coletivo da cláusula acima mencionada é de fundamental importância e de grande alcance social, ainda que não fosse preexistente. Isto porque a garantia de emprego ao trabalhador acidentado e ao portador de doença profissional vem assegurar uma proteção contra a prática da dispensa do empregado após seu retorno do auxílio-doença acidentário, mesmo encontrando-se reabilitado profissionalmente e, portanto, apto a desempenhar suas normais atividades.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Segundo a doutrina de Sebastião Geraldo de Oliveira, Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, na obra *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*, ‘o motivo dessa atitude é facilmente identificado: o trabalhador acidentado que retorna ao serviço, após o período de afastamento, encontra-se inseguro, receoso, fora do ritmo de trabalho dos demais colegas, de forma semelhante ao motorista que volta a dirigir após um acidente de trânsito. Quando se trata de doença ocupacional, há, também, o medo de que o retorno ao ambiente de trabalho faça reaparecer a enfermidade. Naturalmente, diante desse quadro de apreensões, o trabalhador oferece baixa produtividade, erra mais e, por consequência, exige acompanhamento mais rigoroso da chefia. Enfim, durante algum tempo, não será um empregado ‘desejável’” (In: *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 221/2).

Assim, a estabilidade pretendida neste dissídio coletivo visa proporcionar ao trabalhador um período para que possa se adaptar às condições de trabalho e superar a insegurança causada pelo tempo de afastamento, permitindo-lhe, então, retomar seu ritmo normal de produção.

Menciona, ainda, Sebastião Geraldo de Oliveira (*op. cit.*), que a dificuldade do trabalhador de conseguir outro emprego é ainda maior diante da exigência contida no art. 30 da Consolidação das Leis do Trabalho de que o acidente do trabalho seja anotado na Carteira Profissional, mesmo porque a vedação do empregador efetuar anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua Carteira de Trabalho, introduzida pela Lei nº 10.270/01, não resolveu a questão, já que não revogou o art. 30 consolidado.

Ademais, o art. 118 da Lei nº 8.213/91 oferece ao segurado que sofreu acidente do trabalho uma garantia mínima de doze (12) meses após a cessação do auxílio-doença acidentário, sem estabelecer, no entanto, o período máximo desta garantia, deixando-a ao livre arbítrio do empregador.

Já no presente caso concreto, a mencionada cláusula convencional do acidentado (63ª, fls. 73/74), no seu *caput* e alíneas, assegura aos empregados acidentados no trabalho ou portadores de doença profissional, a garantia de permanência no emprego enquanto as seqüelas acidentárias, ou doença profissional, perdurarem ou até a confirmação definitiva do recebimento da aposentadoria.

Assim, entendo que referida cláusula não representa um privilégio dos trabalhadores metalúrgicos do Estado de São Paulo, mas apenas

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

uma proteção ao obreiro hipossuficiente, vítima de seqüelas causadas por doença profissional ou por acidente de trabalho, muitas vezes em razão de imprudência, negligência ou descaso dos empregadores.

Não se pode olvidar que a empresa, por força do disposto no art. 157 da Consolidação das Leis do Trabalho, tem funções sociais a cumprir e regras de segurança do trabalho a observar, pelo que referida cláusula apresenta, ainda, uma função inibidora aos empregadores, que não podem deixar os trabalhadores vitimados pela falta de segurança no trabalho ou acometidos por doenças profissionais à míngua de qualquer proteção ou então que busquem seus direitos, quando devidos, junto à Previdência Social.

E isso porque, sendo a empresa uma comunidade de pessoas, o lucro não pode ser o único objetivo da atividade empresarial, o qual deve ser atingido sem prescindir da sua finalidade social.

Nessa conformidade, verifica-se a necessidade de se preservar a garantia de emprego pleiteada neste dissídio coletivo, mesmo porque tal cláusula consta de normas coletivas acordadas há aproximadamente vinte anos, não podendo ser suprimida sob pena de os obreiros, portadores de doença profissional ou vitimados por acidente no trabalho, ficarem à míngua de proteção, fato inaceitável diante o princípio protetor que informa do Direito do Trabalho.

Por outro lado, não é verdadeira a afirmativa dos suscitados de que a cláusula do acidentado deixou de existir após novembro de 2000, tendo em vista o acordo coletivo de trabalho firmado pelos suscitantes com as empresas do Grupo XIX – 10, em 2001, bem como os acordos coletivos firmados com algumas empresas em 2007 (fls. 174/197), mantiveram referida cláusula.

E a partir de 2002, as partes, através de negociação coletiva, optaram de comum acordo pleitear a solução judicial do conflito coletivo instaurado em razão da cláusula do acidentado e do doente profissional, submetendo-a a julgamento por este E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, sendo certo que as 5 (cinco) sentenças normativas proferidas foram favoráveis à manutenção desta cláusula (fls. 133/173), ante a sua fundamental relevância e conteúdo social inquestionável, o que, por si só, justifica o exercício do Poder Normativo por este E. Tribunal, visando manter as conquistas da categoria profissional.

De ser citado o parecer da D. Representante do Ministério Público do Trabalho de fl. 1207, nesse sentido:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

‘A Justiça do Trabalho tem por fim a proteção de garantias à parte mais fraca da relação que se desenvolve entre mão-de-obra e capital. É para isso que ela foi criada e continua existindo. E para atingir esse objetivo o legislador municiou-a com a característica de criar normas especificamente para compor interesses e resguardar o valor do trabalho. Nesse sentido, a disposição do § 2º do art. 114 da Constituição Cidadã faculta às partes que não se conciliam autonomamente, socorrerem-se do Judiciário Trabalhista para, através do dissídio coletivo, resolverem o conflito tendo como parâmetro mínimo o legislado e o convencionado.’

Ainda que houvesse a lacuna normativa apontada pelos suscitados em contestação, entendo que *in casu* não se verificaria o óbice contido no Enunciado nº 277 do C. Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que não se discutem neste dissídio coletivo condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, mas o pleito refere-se a um direito, fruto de conquistas da classe operária metalúrgica do Estado de São Paulo, existente em diversos acordos e Convenções Coletivas de Trabalho celebradas entre as partes, que estabelecem um período estabilitário superior àquele previsto em lei e que, dada a sua importância e grande alcance social, deve ser mantido.

Dessarte, considerando que os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana são fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do disposto no art. 1º da Constituição Federal, e que a redução dos riscos inerentes ao trabalho é um dos direitos sociais dos trabalhadores constantes do rol do art. 5º da Lei Maior, a cláusula reivindicada pelos suscitantes deve ser mantida, uma vez que estimula os empregadores a reduzir os riscos inerentes ao trabalho, ao estabelecer um período estabilitário superior àquele previsto na Lei nº 8.213/91 para os empregados portadores de doença profissional ou acidentados no trabalho.

Diante do exposto, defiro o pedido aduzido pelos suscitantes de que seja incluída a cláusula que prevê a garantia de emprego ao empregado portador de doença profissional ou relacionada ao trabalho, conforme redação da Cláusula nº 63 constante da pauta de reivindicações (fls. 73/74), *in verbis*:

‘GARANTIA DE EMPREGO AO EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA PROFISSIONAL OU RELACIONADAS AO TRABALHO, BEM COMO AO EMPREGADO ACIDENTADO NO TRABALHO

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Nos termos já consagrados em CCT, acordos coletivos e sentenças normativas desde 1985, seja garantido emprego e salário aos trabalhadores portadores de doença profissional ou relacionadas ao trabalho, bem como ao empregado acidentado no trabalho, com resultado de seqüela incapacitante e, por isso, impedidos de exercer a função que vinham exercendo, ou que a exerçam com maior grau de dificuldade, ou que tenham reduzido a sua capacidade de trabalho, mas em condições de exercer qualquer outra função compatível com o seu estado físico ou psíquico, sem prejuízo da remuneração antes percebida.

A – Estão abrangidos por esta garantia os portadores de seqüela incapacitante, empregados que tiveram a doença profissional ou relacionada ao trabalho, adquirida ou agravada, anteriormente ou na vigência desta Convenção.

B – Os trabalhadores beneficiados com a garantia prevista nesta cláusula não poderão ter seus contratos de trabalho rescindidos pela empresa até a confirmação definitiva do recebimento da aposentadoria, salvo se for praticada falta grave, ou ainda se houver acordo entre os trabalhadores e a empresa, com a assistência do respectivo sindicato representativo da categoria metalúrgica.

C – Os aposentados por invalidez não poderão ter seus contratos de trabalho rescindidos, permanecendo vinculados à empresa com os seus contratos suspensos na forma prevista em lei.

D – Estão incluídos nesta cláusula, como efetivos acidentados de trabalho, os acidentados de trajeto, independentemente do meio de transporte utilizado pelo empregado, tal como previsto no art. 20 da Lei nº 8.213/91.”

PRETENSÃO RECURSAL

No recurso ordinário, às fls. 1259-1290, os suscitados pedem a exclusão da cláusula. Afirmam que a manutenção de cláusula constante em sentenças normativas anteriores vulnera o disposto no art. 114, § 2º, da Constituição Federal. Destacam que a decisão normativa proferida pelo Tribunal Regional no dissídio coletivo anterior foi alterada pelo TST, para excluir da norma coletiva a cláusula em comento. Alegam que a matéria conta com regulamentação em lei e que, a partir de 01.11.00, em decorrência da ausência de renovação da Convenção Coletiva de Trabalho, se impôs a aplicação do art. 118 da Lei nº 8.213/91, descabendo “a imposição de restabelecimento desse privilégio” (fl.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

1274) aos metalúrgicos de São Paulo. Asseveram que no curso da negociação relativa à data-base de 1999/2000 ficou estabelecido previamente que a matéria “teria sua subsequente regência pelo art. 118 da Lei nº 8.213/91” (fl. 1273) e que não foram firmadas Convenções Coletivas de Trabalho nos períodos de 2000/2001 e 2001/2002. Também aduz que o Tribunal Regional retirou da cláusula as ressalvas para a concessão do benefício. Apontam ofensa aos arts. 7º, XXVI, e 114, § 2º, da Constituição Federal, contrariedade à Súmula nº 277 do TST, além de colacionarem arestos para o embate de teses.

VOTO

Ao regulamentar os Planos de Benefícios da Previdência Social, a Lei nº 8.213/91 assim dispõe, *verbis*:

“Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.”

Considerando ser a doença ocupacional equiparável ao acidente de trabalho (art. 20 da Lei nº 8.213/91), constata-se que a matéria conta, portanto, com suficiente previsão legal, de forma que a ampliação do benefício dependeria de livre negociação coletiva entre as partes, não podendo ser concedido mediante sentença normativa.

Entretanto, no caso, a cláusula em exame versa sobre condição laboral anteriormente convencionada, a ser respeitada no julgamento do dissídio coletivo de natureza econômica, nos termos do art. 114, § 2º, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Com efeito, a garantia de emprego ao trabalhador portador de doença profissional ou ocupacional constitui direito reconhecido à categoria profissional, conquistado há décadas (desde 1985), sendo que a partir de 1999, ou seja, após 14 anos de vigência da condição normativa, as partes passaram a se controverter quanto à manutenção do benefício.

Assim, inicialmente as partes firmaram compromisso no sentido de criar comissão paritária com o objetivo de rever a condição (norma coletiva de 1998/1999). Na norma coletiva subsequente, 1999/2000, a cláusula foi renovada com ressalva, remetendo-se à Cláusula nº 35 do instrumento anterior. Portanto, ao contrário do que propugnam os recorrentes, não foi acordada a exclusão da cláusula, mas apenas a concordância quanto à possibilidade de revisão da

garantia submetida ao estudo da comissão paritária a ser formada com esse fim específico.

Posteriormente, a partir de 2003, pelo menos, ante o malogro das negociações, passaram, de comum acordo, a submeter a cláusula à apreciação do Judiciário Trabalhista. E, com exceção do dissídio coletivo imediatamente anterior a esse sob exame (2006/2007), a condição foi mantida tendo em vista representar conquista histórica da categoria, conforme se verifica dos seguintes precedentes:

“DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA E REVISIONAL. GARANTIA DE EMPREGO. PORTADOR DE DOENÇA PROFISSIONAL OU OCUPACIONAL. 1. Justa e razoável a manutenção de garantia de emprego ao portador de doença profissional ou ocupacional até a aposentadoria, com base em cláusula prevista em Convenção Coletiva celebrada anteriormente pelas mesmas partes. 2. O meio ambiente do trabalho seguro e saudável é direito humano fundamental do empregado, reconhecido na Constituição da República, bem como em normas internacionais de Direito do Trabalho que integram o ordenamento jurídico brasileiro (arts. 6º e 200, *caput* e inciso VIII, da Constituição Federal; Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, promulgado pelo Decreto nº 592/92, art. 12; e Convenção nº 155 da OIT, promulgada pelo Decreto nº 1.524/94). 3. A tônica da Constituição da República quanto à tutela da higidez física e mental do trabalhador reside na adoção de medidas preventivas, eliminando-se fatores de risco para acidentes e agentes causais de enfermidades (art. 7º, inciso XXII, da Constituição Federal). 4. Nesse sentido, recai sobre o empregador a responsabilidade primordial pelas medidas de higiene e segurança que obstem a ocorrência de doenças profissionais e acidentes no trabalho (art. 16 da Convenção nº 155 da OIT e art. 19, *caput* e parágrafos da Lei nº 8.213/91). 5. A cláusula social consolidada ao longo de vinte anos de negociação coletiva ostenta enorme relevância social ao prorrogar a estabilidade do acidentado até a aposentadoria, caindo como uma luva neste sistema jurídico de tutela da vida e da saúde do empregado. 6. Recurso ordinário interposto pelos sindicatos patronais suscitados a que se dá parcial provimento, apenas para incluir na cláusula a exigência de que a doença profissional seja comprovada, exclusivamente, por atestado médico do INSS que demonstre o nexo de causalidade e a incapacitação do empregado para o exercício da função que ocupava, mas não para outra atividade compatível com o seu estado físico ou psíquico.” (Proc. TST-RODC-20027/2004-000-02-00, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 18.08.06)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“RECURSO ORDINÁRIO PATRONAL. EXCLUSÃO DA GARANTIA DE EMPREGO AOS VITIMADOS POR ACIDENTE E DOENÇA DO TRABALHO. Trata-se de cláusula que garante o emprego ao trabalhador incapacitado por acidente ou doença do trabalho. Os sindicatos patronais suscitados alegam excessiva onerosidade para as empresas e apontam a disparidade entre a redação deferida pelo Regional e o que foi acordado pelas partes nas últimas Convenções Coletivas de Trabalho. Verifica-se, todavia, que nada foi alterado na essência da cláusula, que vem sendo mantida há duas décadas. As partes não acordaram de forma diversa do pleiteado no presente dissídio. De outra parte, não há prova da inviabilidade dos benefícios para as empresas do setor, ou de significativa alteração das condições vigentes, de forma a fundamentar a exclusão unilateral dos benefícios. Recurso a que se nega provimento.” (Proc. TST-RODC-20077/2006-000-02-00, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, DJ 26.09.08)

Em outras oportunidades, esta Corte também entendeu possível a instituição ou manutenção de condição normativa dessa natureza. Os seguintes exemplos ilustram esse posicionamento:

“GARANTIA DE EMPREGO. DOENÇA PROFISSIONAL OU OCUPACIONAL. CLÁUSULA PREEXISTENTE. CONQUISTA DA CATEGORIA.

A Constituição da República, no art. 114, § 2º, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/04, dispõe que no julgamento do dissídio coletivo de natureza econômica pode a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

A garantia de emprego ao empregado portador de doença profissional ou ocupacional é um direito reconhecido à categoria, conquistado há décadas e renovado desde então a cada norma coletiva, conforme revela a prova produzida nos autos. Na hipótese vertente, trata-se do dissídio coletivo da data-base de 2004, sendo essa a única cláusula acerca da qual não houve acordo entre as partes.

No julgamento proferido no dissídio coletivo anterior (2003/2004), a Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho manteve a cláusula de idêntico teor, ao fundamento de que ‘justa e razoável a manutenção de garantia de emprego ao portador de doença profissional ou ocupacional até a aposentadoria, com base em cláusula prevista em Convenção Coletiva celebrada anteriormente pelas

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

mesmas partes’.” (Proc. TST-RODC-1828/2003-000-15-00.4, Rel. Min. João Oreste Dalazen)

“Denegado seguimento ao recurso extraordinário interposto contra essa decisão, sobreveio agravo de instrumento perante o Excelso Supremo Tribunal Federal. O Ministro Eros Grau, Relator do agravo, negou-lhe provimento, fundamentando que ‘a controvérsia foi apreciada e decidida à luz da legislação infraconstitucional pertinente’ (AI/623377/SP, DJ 11.12.06), ocorrendo o trânsito em julgado na data de 18.12.06.

Nesse contexto, em que pese a norma coletiva imediatamente anterior possuir natureza heterônoma (sentença normativa), é plausível, do ponto de vista social e jurídico, a manutenção da cláusula de garantia de emprego que vem sendo convencionada ao longo dos anos pelas partes, constando, inclusive, nas normas coletivas autônomas celebradas nas datas-bases subseqüentes, sobretudo quando se constata que os sindicatos suscitados postulam a exclusão sem apresentar razões de cunho econômico, social ou mesmo operacional que inviabilizem a manutenção do direito, conforme revelado no acórdão recorrido e não infirmado pelos recorrentes.” (Proc. TST-RODC-1865/2004-000-15-00, Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa, DJ 19.06.09)

“DISSÍDIO COLETIVO. GARANTIA DE EMPREGO AO EMPREGADO ACIDENTADO OU PORTADOR DE DOENÇA PROFISSIONAL O recorrente não demonstrou, no processo, a impossibilidade financeira de suportar o ônus do deferimento da cláusula. Na esteira das decisões proferidas por esta Seção Especializada, a cláusula deve ser mantida.” (Proc. TST-RODC-1934/2002-000-15-00, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 09.09.05)

“DISSÍDIO COLETIVO. GARANTIA TEMPORÁRIA DO EMPREGO AO PORTADOR DE DOENÇA PROFISSIONAL. O debate hoje se encontra pacificado com o advento da Constituição da República de 1988 e, mais recentemente, as alterações impostas pela Emenda Constitucional nº 45, que estabeleceu o respeito às disposições legais e convencionais mínimas de proteção ao trabalho. A lei é, portanto, um conjunto de proteção mínima, que pode ser ampliada. Nego provimento.” (Proc. TST-RODC-27086/2002-900-02-00, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 03.06.05)

“(…) Como se vê dos autos, trata-se de condição que vem sendo renovada por diversos anos, beneficiando todos os trabalhadores metalúrgicos do Estado de São Paulo. E mesmo que a matéria tratada

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

nesta cláusula esteja basicamente regulamentada pela Lei nº 8.213/91, suas ampliações vêm de normas pré-existentes, não havendo razões justificáveis para sua exclusão da sentença normativa.” (Proc. TST-RODC-20337/2002-000-02-00, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira)

É interessante assinalar que foi interposto recurso ordinário contra a decisão retro transcrita proferida pelo Ministro João Oreste Dalazen (Proc. TST-RODC-1828/2003-000-15-00.4). Denegado seguimento ao recurso extraordinário interposto contra essa decisão, sobreveio agravo de instrumento perante o Excelso Supremo Tribunal Federal. O Ministro Eros Grau, Relator do agravo, negou-lhe provimento, fundamentando que: “A controvérsia foi apreciada e decidida à luz da legislação infraconstitucional pertinente” (AI/623377/SP, DJ 11.12.06), tendo ocorrido o trânsito em julgado na data de 18.12.06.

Nesse contexto, a decisão proferida no Proc. TST-RODC-20093/2005-00-02-00, publicada em 21.09.07, em que figuraram as mesmas partes, pela qual se determinou a exclusão da garantia da norma coletiva vigente na data-base anterior, não refletiu com inteireza a jurisprudência desta Corte.

Também importa destacar que constam nos autos vários acordos coletivos prevendo o benefício, entabulados com diversas empresas, não apenas de grande porte, a exemplo da Mauser do Brasil S.A. (fls. 201-208), mas também de médio e pequeno porte (às fls. 219-222, 223-226 e 230-234, constam instrumentos assinados por microempresas – ME). Portanto, resta evidenciado que a categoria econômica possui condições para arcar com os ônus decorrentes da vantagem em debate.

Assim, em que pese as normas coletivas imediatamente anteriores possuam natureza heterônoma (sentenças normativas), afigura-se plausível, do ponto de vista social e jurídico, a manutenção da cláusula de garantia de emprego que vem sendo convencionada ao longo dos anos pelas partes, constando, inclusive, nas normas coletivas autônomas celebradas individualmente com integrantes da categoria econômica, sobretudo quando se constata que os sindicatos suscitados postulam a exclusão sem apresentar nenhuma razão de cunho econômico, social ou mesmo operacional que inviabilize a manutenção do direito.

Portanto, *nego provimento* ao recurso ordinário.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 12 de abril de 2010. *Walmir Oliveira da Costa*, relator.

ENQUADRAMENTO SINDICAL. TERCEIRIZAÇÃO

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. ENQUADRAMENTO SINDICAL. TERCEIRIZAÇÃO. Se a empregadora presta serviços variados em processos de terceirização e opta por filiar-se a sindicato que desenvolve atividade econômica específica, como é o da construção pesada, o fato de ela desenvolver outra atividade (a intermediação de mão-de-obra em fábrica de fertilizantes, onde empregou o reclamante) impede que possa impor aos respectivos empregados o enquadramento na categoria, para eles estranha, dos trabalhadores da construção pesada. Entre os males da unicidade sindical não se inclui o de impedir que o empregador adapte sua nova atividade preponderante à categoria econômica pertinente, sempre que tal se fizer necessário. Recurso de revista conhecido e provido.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. O recurso de revista não logra conhecimento por meio da divergência jurisprudencial colacionada. O primeiro aresto é oriundo de Turma do TST, fonte não autorizada, nos termos do art. 896, a, da CLT. E o segundo aresto é inespecífico, na forma da Súmula nº 296 do TST, porquanto não parte da premissa fática consignada no acórdão regional, qual seja, a de que o reclamante não está assistido pelo sindicato da sua categoria profissional. Recurso de revista não conhecido.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. É impossível o conhecimento do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 17 do TST, porquanto esta foi cancelada por meio da Resolução nº 148/08, publicada no DJ 10.07.08. Recurso de revista não conhecido.

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. ACORDO COLETIVO. VALIDADE. Resta prejudicado o exame do recurso de revista, ante o provimento do recurso de revista do reclamante quanto ao tema “Enquadramento sindical. Terceirização”.

(Processo nº TST-RR-54900-80.2004.5.04.0122 – Ac. 6ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de Recurso de Revista nº TST-RR-54900-80.2004.5.04.0122, em que são recorrentes Sérgio Augusto dos Santos e CMO – Construtora Mineira de Obras Ltda. e recorridos os mesmos.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por meio do v. acórdão de fls. 258/267, deu provimento parcial ao recurso ordinário da reclamada, para excluir da condenação o pagamento dos honorários advocatícios e deu provimento parcial ao recurso ordinário do reclamante, para condenar a reclamada ao pagamento das horas extras a partir da 6ª diária e 36ª semanal, bem como para determinar que o abatimento dos valores já pagos pela reclamada seja efetuado mês a mês.

O reclamante interpôs recurso de revista às fls. 276/281, com fulcro no art. 896, alíneas *a* e *c*, da CLT.

A reclamada interpôs recurso de revista às fls. 283/301, com fulcro no art. 896, alíneas *a*, *b* e *c*, da CLT.

Os recursos foram admitidos às fls. 306/309.

Contra-razões foram apresentadas pela reclamada às fls. 313/332.

Os autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho, por força do art. 83, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

I – RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE

O recurso é tempestivo (fls. 268, 270 e 276), subscrito por procurador regularmente constituído nos autos (fl. 08), e é dispensado o preparo.

1 – ENQUADRAMENTO SINDICAL. TERCEIRIZAÇÃO

CONHECIMENTO

Restou consignado no v. acórdão regional:

“A julgadora de origem reconhece serem aplicáveis ao autor os instrumentos normativos juntados aos autos com a defesa.

Insurge-se o reclamante, aduzindo não estar vinculado ao Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção Pesada do RS, mas ao Sindicato dos Empregados e Trabalhadores das Indústrias de Fertilizantes e Adubos etc. Alega ter prestado suas atividades na fábrica de adubo da empresa Bunge Fertilizantes (tomadora de serviços da reclamada).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Razão não lhe assiste.

O enquadramento sindical do trabalhador se dá conforme a atividade preponderante do empregador (art. 581, § 2º, da CLT), salvo na hipótese de se tratar de categoria diferenciada, como referido pela sentença de origem à fl. 187.

Na hipótese dos autos, a empregadora do reclamante (Construtora Mineira de Obras Ltda.) tem como objeto social ‘a prestação de todo e qualquer serviço de engenharia civil, terraplanagem, pavimentação e prestação de serviços de carga, transporte e descarga em áreas industriais e de mineração’ (fl. 18). Nesse contexto, entendem-se aplicáveis ao autor as normas coletivas juntadas aos autos com a defesa, uma vez que a função por ele exercida (operador de pá carregadeira, fl. 3) não corresponde à categoria profissional diferenciada, ainda que executada no interior de uma fábrica de fertilizantes, conforme mencionado na manifestação das fls. 135/144.

Nega-se provimento ao apelo no tópico.” (fls. 263/264)

O reclamante interpôs recurso de revista às fls. 276/281. Sustenta que não devem ser aplicadas as Convenções Coletivas firmadas com o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção Pesada no Estado do Rio Grande do Sul e sim do Sindicato dos Empregados e Trabalhadores das Indústrias de Fertilizantes e Adubos etc., tendo em vista que o autor trabalhava em fábrica de adubo no Estado do Rio Grande do Sul. Colaciona arestos para confronto jurisprudencial.

O primeiro aresto de fl. 279, ao defender tese de que “na terceirização, o enquadramento do empregado, recrutado para a execução de serviços ligados à atividade daquela que se beneficia da mão-de-obra, é definido pela inserção no meio do tomador de serviços”, contrapõe-se ao posicionamento do acórdão regional, demonstrando, assim, divergência jurisprudencial apta a promover a admissibilidade do recurso.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

MÉRITO

A controvérsia cinge-se à possibilidade de enquadramento do empregado de empresa prestadora de serviços na categoria a que estão vinculados os trabalhadores da empresa contratante.

Ante o fato objetivo e aparentemente inexorável da terceirização, da colocação do trabalhador de empresa prestadora de serviços laborando lado a lado com empregado da tomadora dos serviços, em funções ligadas à atividade-fim

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

desta, possível é o enquadramento sindical daquele obreiro prestador de serviços na mesma categoria profissional deste, haja vista as peculiaridades do trabalho que desenvolvem, as necessidades que possuem, as reivindicações que lhes são comuns.

A questão poderia tornar-se vexatória na hipótese de a empregadora reclamar seu enquadramento em categoria econômica composta por empresas prestadoras de serviços interpostos, dada a atuação plural ou multifária dessas empresas. Há sindicatos patronais que congregam empresas que prestam serviço de apoio e limpeza, por exemplo. Mas se a empregadora optar por filiar-se a sindicato que desenvolve atividade econômica específica, como é o da construção pesada, o fato de ela desenvolver outra atividade impede que possa impor aos respectivos empregados o enquadramento na categoria, para eles estranha, dos trabalhadores da construção pesada.

Conforme consignado no acórdão regional, o reclamante prestava serviço terceirizado em fábrica de adubo, na função de operador de pá carregadeira, não atuando, pois, em obra de construção pesada.

Se em outras circunstâncias seria a construção pesada a atividade preponderante da reclamada, o seu ingresso em atividade econômica diversa não poderá engessar o enquadramento sindical dos empregados que envolver nessa nova empreitada, cabendo-lhe adaptar contrato social (se for o caso) e filiação sindical à sua nova atividade. Entre os males da unicidade sindical não se inclui este, o de impedir que o empregador adapte sua nova atividade preponderante no âmbito de certa unidade produtiva à categoria econômica pertinente, sempre que tal se fizer necessário.

Assim, o reclamante deve ser representado pelo Sindicato dos Empregados e Trabalhadores das Indústrias de Fertilizantes e Adubos etc., ainda que seja empregado de empresa terceirizada, dada a correção do enquadramento sindical que está a postular.

Portanto, dou provimento ao recurso de revista para, reconhecendo que o reclamante está vinculado ao Sindicato dos Empregados e Trabalhadores das Indústrias de Fertilizantes e Adubos etc., determinar que lhe sejam aplicados os instrumentos coletivos firmados pelo referido sindicato.

2 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL

CONHECIMENTO

O Tribunal Regional excluiu da condenação o pagamento dos honorários advocatícios, sob os seguintes fundamentos:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“A condenação em honorários advocatícios, nesta Justiça Especializada, só é possível nos estritos termos do art. 14 da Lei nº 5.584/70, como decorrência da assistência judiciária gratuita prestada pelo sindicato. Neste sentido, a Súmula nº 20 deste Tribunal:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Na Justiça do Trabalho, somente a assistência judiciária prestada pelo sindicato representante da categoria a que pertence o trabalhador necessitado enseja o direito à percepção de honorários advocatícios, nos termos da Lei nº 5.584/70, arts. 14 a 16, no percentual nunca superior a 15%.

No caso, o autor não está assistido por profissional credenciado junto ao sindicato da sua categoria profissional (fl. 11), tendo em vista que, conforme decidido acima e também pela sentença de origem, o reclamante não está vinculado ao Sindicato dos Empregados e Trabalhadores das Indústrias de Fertilizantes, Adubos Corretivos e Defensivos Agrícolas de Rio Grande.

Dá-se provimento ao apelo para absolver a reclamada da condenação ao pagamento de honorários de assistência judiciária.” (fl. 262)

O reclamante alega que é devido o pagamento dos honorários advocatícios, porquanto está assistido pelo sindicato da sua categoria profissional. Traz arestos para o cotejo de teses.

Sem razão.

O recurso de revista não logra conhecimento por meio da divergência jurisprudencial colacionada. O primeiro aresto de fl. 280 é oriundo de Turma do TST, fonte não autorizada, nos termos do art. 896, *a*, da CLT. E o segundo aresto de fl. 280 é inespecífico, na forma da Súmula nº 296 do TST, porquanto não parte da premissa fática consignada no acórdão regional, qual seja, de que o reclamante não está assistido pelo sindicato da sua categoria profissional.

A correção do enquadramento sindical não repercute na presente análise, dado que a revista não é manejada com base em violação dos dispositivos legais que regem a representação sindical.

Não conheço.

3 – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO

CONHECIMENTO

Restou consignado no v. acórdão regional:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“Comunga-se do entendimento segundo o qual a base de cálculo do adicional de insalubridade, mesmo após a vigência da Constituição Federal, continua sendo o salário mínimo previsto no art. 76 da CLT, na forma do que dispõe o art. 192 daquele mesmo diploma legal.

A intenção da norma contida no art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, é apenas a de deixar clara a natureza remuneratória do adicional em questão, não objetivando estabelecer para ele nova base de cálculo. Permanecem em pleno vigor, assim, as disposições expressas na CLT.

Entende-se, ainda, que não se encontra vedada a vinculação da base de cálculo da verba em debate ao salário mínimo em face do previsto no inciso IV do art. 7º da CF. Este dispositivo constitucional apenas restringiu a aplicação do salário mínimo como elemento de referência para o tarifamento de preços ou serviços.

Por outro lado, não se adota o entendimento expresso na Súmula nº 17 do TST, entende-se aplicável o art. 192 da CLT. O Supremo Tribunal Federal já decidiu em várias oportunidades que o adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo regional, e não sobre o salário normativo ou salário mínimo profissional. Para consolidar sua jurisprudência, foi editada a Súmula nº 307: ‘É devido o adicional de serviço insalubre, calculado à base do salário mínimo da região, ainda que a remuneração seja superior ao salário mínimo acrescido da taxa de insalubridade’.

Assim, também, a Súmula nº 228 do TST.”

O reclamante alega que o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o piso salarial da categoria profissional, nos termos da Súmula nº 17 do TST.

Sem razão.

É impossível o conhecimento do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 17 do TST, porquanto esta foi cancelada por meio da Resolução nº 148/08, publicada no DJ 10.07.08.

Importa ressaltar que a suspensão, pelo STF, da Resolução nº 148/08 não implicou a reconstituição da Súmula nº 17 do TST, conforme se extrai da orientação firmada pelo mesmo STF, a exigir que o salário normativo somente seja base de cálculo do adicional de insalubridade quando assim o disser a norma coletiva que instituiu o citado salário normativo. Nesse sentido, citam-se os seguintes precedentes do STF: Rcl 9451/RS, Rel. Min. Cezar Peluso,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

DJe-046 de 12.03.10; Rcl 7803/PR, Rel. Min. Eros Grau, DJe-049 de 17.03.10; Rcl 8091 MC/SC, Rel^a Min^a Carmen Lúcia, DJe-080 de 30.04.09; Rcl 7797 MC/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe-045 de 09.03.09.

Não conheço.

II – RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA

TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. ACORDO COLETIVO. VALIDADE

CONHECIMENTO

Restou consignado no v. acórdão regional:

“A sentença de origem, reconhecendo que o reclamante laborava em turnos ininterruptos de revezamento, deixa de deferir o pagamento de horas extras a partir da sexta diária, em virtude das normas coletivas.

Sustenta o reclamante que os instrumentos normativos juntados aos autos com a defesa não são a ele aplicáveis.

Prospera o apelo.

A jornada reduzida de seis horas, instituída no art. 7º, XIV, da CF, destina-se a compensar os trabalhadores que operam em turnos ininterruptos de revezamento pelo desgaste biológico, decorrente da constante mudança do horário de trabalho e alternância de turnos a que se encontram submetidos em razão da atividade da empresa, desenvolvida ininterruptamente. Desta maneira, o poder constituinte originário determinou a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento ‘salvo negociação coletiva’.

No caso em exame, há previsão normativa que afasta o pagamento de horas extras a partir da sexta diária (fls. 38/41 e 107). Essas disposições são aplicáveis ao demandante, uma vez que, como visto acima, o enquadramento sindical se dá conforme a categoria econômica do empregador.

No entender desta Relatora, prevalecem, nesse caso, as disposições do acordo coletivo por aplicação do princípio da autonomia das vontades coletivas em atenção ao disposto no inciso XXVI do art. 7º da CF. Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial nº 169 da SDI-I do TST: ‘TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. FIXAÇÃO DE

JORNADA DE TRABALHO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. Quando há na empresa o sistema de turno ininterrupto de revezamento, é válida a fixação de jornada superior a seis horas mediante a negociação coletiva'. Portanto, seriam indevidas as horas extras, assim consideradas aquelas excedentes à sexta hora diária. Da mesma forma, não deveria ser considerado o divisor 180 para o cálculo do valor-hora (nesse sentido, Cláusula nº 5 da fl. 69).

Contudo, esta 4ª Turma, em sua atual composição, vencida a Relatora, externou entendimento no sentido de que a norma coletiva não pode fixar turno ininterrupto de 08 (oito) horas, sob pena de violar a norma constitucional que a fixou em 06 (seis). Restou salientado que, na realidade, por norma coletiva se pode autorizar – tão somente – compensação de horário, mas observado o limite semanal.

Diante disso, dá-se provimento ao recurso para definir como extraordinárias as horas prestadas além da sexta diária e trigésima sexta semanal.” (fls. 264/265)

A reclamada interpôs recurso de revista às fls. 283/301. Alega que é válido o acordo coletivo de trabalho que fixa a jornada superior a seis horas diárias aos empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento. Aponta violação do art. 7º, XIV e XXVI, da Constituição Federal, e contrariedade à OJ 169 da SBDI-1/TST (atual Súmula nº 423 desta Corte). Colaciona arestos para confronto jurisprudencial.

Resta prejudicado o exame do recurso de revista, ante o provimento do recurso de revista do reclamante quanto ao tema “Enquadramento sindical. Terceirização”, pois se reconheceu que o autor está vinculado ao Sindicato dos Empregados e Trabalhadores das Indústrias de Fertilizantes e Adubos etc., e, conseqüentemente, afastou-se a aplicação dos instrumentos coletivos firmados pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção Pesada no Estado do Rio Grande do Sul, nos quais se baseia a pretensão recursal.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista do reclamante apenas quanto ao tema “Enquadramento sindical. Terceirização”, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento, para, reconhecendo que o autor está vinculado ao Sindicato dos Empregados e Trabalhadores das Indústrias de Fertilizantes e Adubos etc., determinar que lhe sejam aplicados os instrumentos coletivos firmados pelo referido sindicato. Por unanimidade, julgar prejudicado o exame do

recurso de revista da reclamada, ante o provimento do recurso de revista do reclamante quanto ao tema “Enquadramento sindical. Terceirização”.

Brasília, 28 de abril de 2010. *Augusto César Leite de Carvalho*, relator.

ESTABILIDADE SINDICAL. SUPLENTE

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/07. SUPLENTE DE DIRIGENTE DE FEDERAÇÃO. ESTABILIDADE. LIMITE DOS ARTS. 522, CAPUT, e 538 DA CLT. ALCANCE. Cinge-se a controvérsia à possibilidade ou não de a estabilidade provisória ser estendida a um número de suplentes da diretoria da Federação que, se somado ao de membros efetivos, excede o limite previsto pelo art. 522 da CLT. Dispõe referido dispositivo, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (Súmula nº 369, II, do TST), e que giza a interpretação do art. 538, que diz respeito à direção das Federações – que “a administração do sindicato será exercida por uma diretoria constituída no máximo de sete e no mínimo de três membros e de um Conselho Fiscal composto de três membros, eleitos esses órgãos pela Assembléia Geral”. Embora já tenha decidido nessa E. Subseção, no sentido de que o número máximo de sete, previsto no art. 522 da CLT, abrange os titulares e os suplentes, nesta data a E. SBDI-1, por expressiva maioria de seus integrantes, concluiu pelo reconhecimento da estabilidade de sete suplentes, além dos sete titulares. Tal entendimento louvou-se em decisão do Excelso STF, referido pelo Exmo. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Relator do Processo nº TST-E-RR-205/2005-026-09-00.1, também julgado nesta assentada. Entendeu a E. Subseção que a proteção aos suplentes, conferida pela Constituição Federal de 1988 (art. 8º, VIII), somente veio a ser reconhecida posteriormente e não teve como fim a redução do número de dirigentes sindicais titulares do art. 522 da CLT.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO TIDOS COMO PROTRELATÓRIOS. MULTA. Inviável recurso de embargos alicerçado em denúncia de divergência com arestos formalmente inválidos, assim considerados na medida em que ausente indicação acerca da fonte oficial ou repositório autorizados em que foram publicados. Incidência da Súmula nº 337, I, a, TST.

Recurso de embargos parcialmente conhecido e não provido, com ressalva de entendimento do Ministro Relator:

(Processo nº TST-E-ED-RR-260900-66.2003.5.02.0005 – Ac. SDI 1)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR-260900-66.2003.5.02.0005, em que é embargante Editora Abril S.A. e embargada Sandra Keresztes Rodrigues.

A E. 1ª Turma desta C. Corte, por meio do v. acórdão às fls. 369-375, complementado às fls. 387-391, não conheceu do recurso de revista que versava sobre estabilidade de dirigentes de Federação.

A empresa interpõe recurso de embargos (fls. 394-406 – *fac-simile*; 408-420 – originais). Sustenta que *outras* Turmas do TST têm reconhecido a estabilidade tão somente aos sete diretores dirigentes sindicais, excluindo o direito aos suplentes. Assevera que a oposição de embargos de declaração não teve intuito protelatório. Denuncia divergência jurisprudencial.

Foi aduzida impugnação às fls. 428-431, não sendo hipótese de remessa dos autos ao D. Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2º, inciso II, do RITST.

É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos gerais referentes à tempestividade (fls. 392, 394 e 408), representação (fls. 348-349, 350 e 378) e preparo (fls. 274, 276, 407 e 421), passo à análise dos específicos do apelo.

1 – CONHECIMENTO

1.1 – SUPLENTE DE DIRIGENTE DE FEDERAÇÃO. ESTABILIDADE. LIMITE DO ART. 522, *CAPUT*, DA CLT. ALCANCE

Eis a motivação do *decisum*:

“O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, mediante o acórdão às fls. 254-256, no que interessa, deu provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamante, reformando a sentença que não reconheceu a respectiva estabilidade provisória.

A decisão foi proferida nos seguintes termos, *verbis*:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA

A reclamante postulou a reintegração ao emprego sob o argumento de que foi eleita dirigente sindical (da Federação) e foi indevidamente demitida.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A reclamada, em sua defesa, diz que o art. 522 da CLT limita os dirigentes a no máximo 07 e o art. 538 da CLT contém a limitação mínima de 03.

O juízo não analisou a questão referente ao fato de a reclamante ser dirigente de uma Federação e não de sindicato, e o argumento no recurso, por isso, não tem interesse processual porque não houve decisão contra essa tese.

O documento de fl. 14 revela que foram eleitos 07 diretores e sete suplentes. A reclamante foi a quarta suplente.

O art. 543 da CLT garante a estabilidade do dirigente sindical, mesmo que suplente, desde o registro da candidatura até um ano após o término do mandato, seguindo a diretriz obrigatória do art. 8º, VIII, da Constituição Federal. A autora não fazia parte do conselho fiscal.

É certo que o art. 522 da CLT limita os dirigentes a sete, além dos representantes do conselho fiscal em número de três. E a Orientação Jurisprudencial nº 266 do TST limita a sete os dirigentes garantidos pela estabilidade:

266 – ESTABILIDADE. DIRIGENTE SINDICAL. LIMITAÇÃO. ART. 522 DA CLT. Inserida em 27.09.02 (Convertida na Súmula nº 369, DJ 20.04.05)

O art. 522 da CLT, que limita a sete o número de dirigentes sindicais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

O sindicato ou Federação pode eleger os diretores em número maior que sete, todavia, aqueles protegidos pela estabilidade no emprego ficam limitados a sete. Se assim não fosse, o sindicato poderia criar estabilidade para grande número de trabalhadores, em verdadeiro e amplo abuso de direito.

É certo, também, que o art. 538, § 1º, da CLT, dispõe sobre o número mínimo, e não máximo, de diretores das Federações, todavia, diante dessa omissão e com escopo no mesmo princípio que deve vedar o abuso de direito, há de ser aplicado, por analogia, o disposto no art. 522 da CLT.

No entanto, é razoável admitir que a estabilidade no emprego é para os sete diretores eleitos e igual número de suplentes, ou seja, sete. E a reclamante era a quarta eleita. A Constituição Federal no art. 8º, VIII, garante a estabilidade aos titulares e suplentes. O art. 522 da CLT

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

limita o número de dirigentes a sete, e isso consta da ata que elegeu os diretores da Federação. Assim, também têm direito à estabilidade no emprego os suplentes, até o limite de sete.

A reintegração ao emprego não é mais possível porque a estabilidade, provisória, já teve seu fim em abril de 2007. Desse modo, converto a reintegração em indenização e defiro à reclamante os salários, férias + 1/3, 13º salários e FGTS + 40% do período estável, qual seja, desde o dia seguinte da demissão até um ano após o fim do mandato. A base é o último salário.

Nas razões do recurso de revista, às fls. 265-273, a reclamada insurge-se contra o reconhecimento da estabilidade provisória da reclamante, sustentando a tese de que, em se tratando de dirigente de Federação, não tem incidência o art. 522 da CLT, porquanto a hipótese subsumir-se-ia ao art. 538, § 1º, do Diploma Consolidado. Aduz que apenas possuiriam estabilidade três dirigentes e três suplentes, apontando não ser essa a situação da reclamante, haja vista que foi eleita como quarta suplente. Fundamentou o recurso em violação dos arts. 522, 538, § 1º, da CLT, 5º, II, da Constituição Federal, além de transcrever aresto para o cotejo de teses.

Sem razão, todavia.

Inicialmente, não há como reconhecer a apontada afronta literal e direta ao art. 5º, II, da Constituição Federal, como exige a alínea *c* do art. 896 da CLT, ponderando que o princípio da legalidade nele insculpido se mostra como norma geral do ordenamento jurídico, sendo necessária a análise da ocorrência de violação de norma infraconstitucional para que se reconheça, somente de maneira indireta ou reflexa, a ocorrência de afronta ao seu texto, em face da subjetividade do preceito nele contido. Nesse sentido, a Súmula nº 636 do Supremo Tribunal Federal.

A Corte de origem amparou-se na dicção dos arts. 522 e 538, § 1º, da CLT, e art. 8º, VIII, da Constituição Federal, na ata que elegeu os diretores da Federação e na antiga Orientação Jurisprudencial nº 266 da SBDI-1 (atual Súmula nº 369, II, desta Corte Superior), para concluir serem sete o número de dirigentes e de suplentes estáveis. Firmou o convencimento no sentido de que o art. 538, § 1º, da CLT, apenas estabelece o número mínimo, e não o máximo, de diretores das Federações, assim, entendeu ser aplicável o mesmo princípio que veda o abuso de direito, insculpido no art. 522 da CLT.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Em face da impossibilidade de reintegração da autora ao emprego, ante o fim do período da estabilidade provisória, o Colegiado *a quo* converteu a reintegração em indenização, deferindo as parcelas trabalhistas concernentes ao curso do período estabilitário.

É certo que o art. 538, *a*, § 1º, da CLT, prevê que a diretoria das Federações será composta por no mínimo 3 membros, sem delimitar, contudo, o número máximo de dirigentes.

A partir de uma interpretação sistemática e teleológica com o subsequente art. 539, consolidado, conclui-se que, para a constituição e administração das Federações, devem ser observadas, no que for cabível, as disposições constantes nas Seções II e III do Capítulo referente à instituição sindical.

Assim, resta juridicamente amparada a aplicação, aos dirigentes e suplentes da Federação, das diretrizes regulamentadoras da administração dos sindicatos, previstas no art. 522 da CLT, uma vez que se encontram inseridas na mencionada seção III.

O citado art. 522 da CLT dispõe que a administração da entidade sindical deve ser exercida por uma diretoria constituída de no mínimo três e no máximo sete membros. Dessarte, deflui-se que no máximo sete dirigentes sindicais e respectivos suplentes gozam da estabilidade provisória prevista no art. 543, § 3º, da CLT, entendimento que também se dirige aos dirigentes de Federação sindical.

Em convergência com o exposto, a Súmula nº 369, II, cristalizou o entendimento desta Corte Superior no sentido de que o art. 522 da CLT, que limita a sete o número de dirigentes sindicais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Nessa linha de raciocínio, a decisão do Tribunal Regional que concluiu pela estabilidade da 4ª suplente de dirigente de Federação, não viola a literalidade dos arts. 522 e 538, § 1º, da CLT.

Em convergência com o posicionamento exposto, destaca-se o seguinte precedente desta 1ª Turma, *verbis*:

‘RECURSO DE REVISTA. DIRIGENTE SINDICAL. FEDERAÇÃO. ESTABILIDADE. NÚMERO DE DIRIGENTES. ARTS. 522, 538, *A*, § 1º, E 539 DA CLT. O art. 538, *a*, § 1º, da CLT, estabelece que a diretoria da Federação dos sindicatos representativos da categoria profissional será composta de, no mínimo, três membros. Entretanto, tal dispositivo não limita o número de membros que devem compor o men-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

cionado órgão. O art. 539 do citado diploma consolidado, por sua vez, assevera que a administração das federações observará, no que couber, o disposto nas Seções II e III do Capítulo da CLT atinente às entidades sindicais. Nessa linha, o art. 522 (inserido na mencionada Seção III) fixa em sete o número máximo de membros a compor o referido órgão de direção. Dessa forma, em face da interpretação conjunta dos mencionados dispositivos legais e do preconizado na Súmula nº 369 do TST, somente sete membros da diretoria da aludida Federação gozam da estabilidade prevista nos arts. 8º, VIII, da Carta Magna, e 543, § 3º, da CLT. Precedentes do STF e desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido.’ (RR-182/1998-007-04-40.9, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª T., DEJT 14.11.08)

Note-se que o Tribunal Regional amparou-se na circunstância de a ata de eleição dos diretores da Federação limitar a sete o número de dirigentes estáveis, baseando-se também nos arts. 522 e 538, § 1º, da CLT, e art. 8º, VIII, da Constituição Federal, para firmar seu convencimento. Em que pese as federações não representarem categorias sindicalizadas, mas sindicatos com o objetivo de lhes coordenar os interesses e harmonizar os objetivos, não é menos certo que essa representação será exercida pela Federação na hipótese de a categoria não ser organizada em sindicato, o que justifica a estabilidade do dirigente sindical desse segmento estabelecida, de forma ampla, no art. 543, § 3º, da CLT, e art. 8º, VIII, da CF.

Nesse contexto, além de a decisão recorrida estar em sintonia com a Súmula nº 369, II, do TST, extrai-se que o aresto transcrito às fls. 269-271 não aborda todos os fundamentos adotados no acórdão recorrido, limitando-se a concluir que apenas três membros da diretoria e de suplentes de diretores de Federação sindical são estáveis, sem analisar a premissa de que existe previsão na ata que elegeu os diretores da Federação limitando o número de dirigentes estáveis a sete, nem contemplar os demais fundamentos adotados pelo Tribunal de origem, no sentido da aplicação do limite máximo de dirigentes estabelecida no art. 522 da CLT. Desse modo, não se configura a divergência jurisprudencial em face da incidência do óbice contido na Súmula nº 23 do TST.

Ante o exposto, *não conheço* do recurso de revista.” (fls. 370-375)

Alega a reclamada que outras Turmas do TST estão julgando em sentido contrário ao do v. acórdão recorrido, para reconhecerem a estabilidade apenas dos diretores dirigentes sindicais, excluindo os suplentes.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Denuncia divergência com os arestos às fls. 412-415 e contrariedade ao Item II da Súmula nº 369/TST.

Vejamos.

O aresto às fls. 414-415, de minha lavra, ao explicitar entendimento no sentido de que o número previsto no art. 522 da CLT abrange os membros efetivos e os suplentes, mostra-se divergente do v. acórdão recorrido.

Conheço.

1.2 – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO TIDOS COMO PROTELATÓRIOS. MULTA

Eis a motivação do *decisum*:

“É inequívoco que a reclamada se utiliza dos embargos de declaração, de forma abusiva, com a nítida intenção de reabrir, em seu favor, o debate em torno de questão já decidida.

Ora, não se cogita do cabimento dos embargos de declaração para reiterar o exame de aresto indicado para o cotejo de teses, quando o acórdão turmário expressamente aplicou a Súmula nº 23 do TST, ante o fato de o paradigma transcrito não contemplar todos os fundamentos acolhidos no acórdão recorrido para negar provimento ao recurso ordinário. Restaram declinadas todas as razões pelas quais o paradigma não serviu ao fim colimado pela recorrente, sob os seguintes fundamentos, à fl. 375, *verbis*:

‘Nesse contexto, além de a decisão recorrida estar em sintonia com a Súmula nº 369, II, do TST, extrai-se que o aresto transcrito às fls. 269-271 não aborda todos os fundamentos adotados no acórdão recorrido, limitando-se a concluir que apenas três membros da diretoria e de suplentes de diretores de Federação sindical são estáveis, sem analisar a premissa de que existe previsão na ata que elegeu os diretores da Federação limitando o número de dirigentes estáveis a sete, nem contemplar os demais fundamentos adotados pelo Tribunal de origem, no sentido da aplicação do limite máximo de dirigentes estabelecida no art. 522 da CLT. Desse modo, não se configura a divergência jurisprudencial em face da incidência do óbice contido na Súmula nº 23 do TST.’

Diante desses fundamentos, restou configurado o caráter meramente protelatório, ante a abusiva utilização dos embargos de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

declaração com cristalina pretensão de reforma da decisão e de protelação do feito. Assim, impõe-se a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, como forma de punir o uso abusivo dos embargos e de prestigiar a razoável duração do processo, assegurada pelo art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

(...)

Ante o exposto, *nego provimento* aos embargos de declaração e, reputando-os manifestamente protelatórios, condeno a embargante a pagar à embargada multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, devidamente corrigido, na forma do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.” (fls. 389-391)

Alega a reclamada que a E. Turma partiu de premissa equivocada ao considerar que o aresto apontado como divergente, que limitava o número de titulares detentores de estabilidade, seria inservível para a configuração do dissenso.

Entende, assim, que se fez necessária a oposição de embargos de declaração a fim de que fosse enfrentada a questão em torno da possibilidade de conhecimento do recurso de revista.

Denuncia divergência com os arestos às fls. 416-419.

Sem razão.

Os paradigmas apresentados são formalmente inválidos, na medida em que ausente indicação acerca da fonte oficial ou repositório autorizados em que foram publicados. Incidência da Súmula nº 337, I, *a*, TST.

Não conheço.

2 – MÉRITO

2.1 – SUPLENTE DE DIRIGENTE DE FEDERAÇÃO. ESTABILIDADE. LIMITE DO ART. 522, *CAPUT*, DA CLT. ALCANCE

Cinge-se a controvérsia à possibilidade, ou não, de a estabilidade provisória ser estendida a um número de suplentes da diretoria da Federação que, se somado ao de membros efetivos, excede o limite previsto pelo art. 522 da CLT.

Dispõe referido dispositivo, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (Súmula nº 369, II, do TST), e em sintonia com o qual devem ser interpretados os arts. 538 e 539 do mesmo diploma consolidado, que “a

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

administração do sindicato será exercida por uma diretoria constituída no máximo de sete e no mínimo de três membros e de um Conselho Fiscal composto de três membros, eleitos esses órgãos pela Assembléia Geral”.

Embora já tenha decidido nesta E. Subseção, no sentido de que o número máximo de sete, previsto no art. 522 da CLT, abrange os titulares e os suplentes, nesta data a E. SBDI-1, por expressiva maioria de seus integrantes, concluiu pelo reconhecimento da estabilidade de sete suplentes, além dos sete titulares.

Tal entendimento louvou-se em decisão do Excelso STF, referida pelo Exmo. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Relator do Processo nº TST-E-RR-205/2005-026-09-00.1, também julgado nesta assentada.

Peço vênia para transcrever a ementa do voto condutor desse processo, *in verbis*:

“RECURSO DE EMBARGOS. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO. DIRIGENTE SINDICAL. EMPREGADO ELEITO PARA O CARGO DE SUPLENTE. ART. 522 DA CLT. PROTEÇÃO APLICÁVEL ATÉ O LIMITE DE SETE DIRIGENTES TITULARES E DE SETE SUPLENTE. Nos termos da Súmula nº 369, II, do TST, o art. 522 da CLT, que limita a sete o número de dirigentes sindicais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. A interpretação conjunta dessa disposição legal com o comando dos arts. 8º, VIII, da Magna Carta, e 543, § 3º, da CLT, revela que a garantia provisória de emprego alberga não apenas os sete dirigentes sindicais referidos no art. 522 do mesmo diploma legal, mas, também, os sete respectivos suplentes. Isso porque, a proteção legal dirigida aos suplentes somente veio a ser reconhecida posteriormente e não objetivou reduzir o número de dirigentes sindicais titulares arrolados no art. 522 da CLT. Nesse mesmo sentido já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AGRG-AI 277.432-8, Paraíba, bem como a SBDI-I do Tribunal Superior do Trabalho.

Recurso de embargos conhecido e provido.”

Ante o exposto, com ressalva de entendimento e em respeito à disciplina judiciária, nego provimento ao recurso de embargos.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I – conhecer do recurso de embargos no tocante ao tema “Suplente de dirigente de Federação. Estabilidade. Limite do art. 522, *caput*, da CLT. Alcance”, por divergência

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

jurisprudencial e, no mérito, negar-lhe provimento; II – não conhecer do recurso de embargos quanto ao tópico “Embargos de declaração tidos como protelatórios. Multa”.

Brasília, 25 de fevereiro de 2010. *Horácio Senna Pires*, relator.

MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. FUNDAÇÃO DE SINDICATO

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO EM FACE DE LIMINAR QUE IMPEDE A REALIZAÇÃO DE ASSEMBLÉIA PARA DELIBERAR SOBRE FUNDAÇÃO DE SINDICATO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. A mera convocação dos trabalhadores interessados para deliberarem sobre eventual fundação de sindicato aparentemente mais específico não implica, por si só, a violação do princípio da unicidade sindical. De outro lado, garante o exercício da liberdade sindical e da liberdade de associação, oportunidade em que serão discutidas as opções dos trabalhadores (art. 5º, XVI, XVII, e 8º, caput, da Constituição Federal). Correta a decisão regional que vislumbra o direito líquido e certo da comissão de fundação de sindicato.

Recurso ordinário a que se nega provimento.

(Processo nº TST-ROMS-29400-62.5.09.0909 – Ac. SETPOEDC)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso ordinário em Mandado de Segurança nº TST-ROMS-29400-62.2009.5.09.0909, em que é recorrente Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos de Serviço de Saúde de Curitiba e Região Metropolitana e recorrido Comissão de Fundação do Sindicato dos Socorritas e Condutores de Ambulância no Estado do Paraná, Jefferson Luiz de Paula e autoridade coatora Juiz Titular da 11ª Vara do Trabalho de Curitiba e Juiz Titular da 11ª Vara do Trabalho de Curitiba.

Em 17.04.09, Jefferson Luiz de Paula e Comissão de Fundação do Sindicato dos Socorritas e Condutores de Ambulância no Estado do Paraná impetraram mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Exmo. Juiz Valdecir Edson Fossatti, da 11ª Vara do Trabalho de Curitiba-PR, que, em medida cautelar (CauInom 7165-2009-011-09-00.3) ajuizada pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos de Serviço de Saúde de Curitiba e Região

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Metropolitana, deferiu liminar para impedir os impetrantes de realizar assembléia convocada para 19.03.09, ou qualquer outra, com vistas à fundação de Sindicato dos Socorristas e Condutores de Ambulância no Estado do Paraná (fls. 02/17).

A liminar requerida no mandado de segurança resultou parcialmente deferida pelo Juiz Relator para cassar o ato judicial que impediu os impetrantes de realizar assembléia de fundação do Sindicato dos Socorristas e Condutores de Ambulância no Estado do Paraná (fls. 144/147).

Apreciando o mandado de segurança, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região confirmou a liminar para “cassar, em definitivo, o ato que impediu os impetrantes de realizar assembléia de fundação do Sindicato dos Socorristas e Condutores de Ambulância no Estado do Paraná” (fls. 163/165).

O Sindicato dos Empregados de Estabelecimentos de Serviços de Saúde interpôs recurso ordinário, mediante o qual postulou a reforma do acórdão regional, para que seja restabelecida a decisão em ação cautelar no sentido de que os impetrantes não possam realizar assembléia de fundação Sindicato dos Socorristas e Condutores de Ambulância no Estado do Paraná, sob pena de violação do princípio da unicidade sindical (fls. 176/182).

Não foram apresentadas contra-razões (fls. 193 e 197).

O Ministério Público do Trabalho manifestou-se no sentido da falta de interesse público que justifique a intervenção (fls. 201/202).

É o relatório.

VOTO

1 – CONHECIMENTO

Conheço, pois preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade.

2 – MÉRITO

O 9º Regional confirmou a liminar que cassou a decisão em ação cautelar que impedia os impetrantes de realizar assembléia de fundação de sindicato. Eis os fundamentos adotados:

“ASSEMBLÉIA DE FUNDAÇÃO DO SINDICATO DOS
SOCORRISTAS E CONDUTORES DE AMBULÂNCIA NO ESTADO
DO PARANÁ

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O ato objeto do mandado de segurança, de fato, foi ilegal, *data venia* do MM. Juízo apontado como autoridade coatora.

Mediante decisão de fls. 144/147, em 22 de abril de 2009, deferi parcialmente liminar para cassar o ato que impediu os impetrantes de realizar assembléia de fundação do Sindicato dos Socorristas e Condutores de Ambulância no Estado do Paraná, pelos seguintes fundamentos que ora ratifico:

‘A ação cautelar visa assegurar o resultado do processo (art. 796 do CPC). O Sindicato dos Empregados de Estabelecimentos de Serviços de Saúde de Curitiba e Região Metropolitana ajuizou medida cautelar inominada, com pedido liminar, *inaudita altera parte*, para impedir que a Assembléia Geral extraordinária convocada pela ‘comissão organizadora’ se realize, convocada para o dia 19 de março de 2009 às 15:00 horas, advertindo, ainda, e em caráter de cautela os integrantes de que tal ‘comissão organizadora’ que se abstenham de qualquer ato tendente a usurpar a categoria e base territorial do sindicato requerente’ (fls. 34 e 35/36). Não indicou a ação principal a ser proposta (art. 801, III, do CPC). O pedido, na realidade, é de caráter satisfativo. Mesmo na hipótese de propositura de uma ação principal, a realização de assembléia e eventual constituição do Sindicato dos Socorristas e Condutores de Ambulância do Estado do Paraná não torna inviável o reconhecimento do direito de representatividade do sindicato litisconsorte, se assim se concluir em julgamento final. Em princípio, entendo possível o desmembramento de categoria mais específica de um sindicato originário, tendo em vista o princípio legal da especificidade (art. 511, § 3º, da CLT). Observado o limite da área do município, não fere o princípio da unicidade sindical (art. 8º, II, da Constituição Federal). Nesse sentido: ‘CONSTITUCIONAL. SINDICATO. DESMEMBRAMENTO. BASE TERRITORIAL. CF, ART. 8º, I E II. PRECEDENTES. A Constituição Federal assegura a liberdade de associação profissional e sindical, desde que respeitada a base territorial. O princípio da unicidade sindical tem a finalidade de impedir que mais de um sindicato represente o mesmo grupo profissional; o desmembramento de profissionais de categorias associadas para formação de novo sindicato que melhor as represente e melhor atenda a seus interesses específicos, é consequência da liberdade sindical, eliminando a interferência do Estado sobre a conveniência ou oportunidade do desmembramento’ (Recurso Especial nº 2000/0024709-0, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª T., DJ 25.11.02, p. 216, RSTJ, v. 165, p. 238). Aliás, a realização de assembléia pelos litisconsortes

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

prestigia a liberdade de associação, assegurada pela Constituição Federal (art. 5º, XVII) e Sindical (art. 8º, I). Não há, porém, interesse quanto ao impedimento de realização da assembléia convocada para 19.03.09. O mandado de segurança foi impetrado mais de um mês depois.

Assim, *concedo* parcialmente a segurança para, confirmando a liminar, cassar, em definitivo, o ato que impediu os impetrantes de realizar assembléia de fundação do Sindicato dos Socorristas e Condutores de Ambulância no Estado do Paraná.” (fls. 164 e 164v)

No recurso ordinário, o Sindicato dos Empregados de Estabelecimentos de Serviços de Saúde de Curitiba e Região Metropolitana – SINDESC alega que a fundação do Sindicato dos Socorristas e Condutores de Ambulância do Estado do Paraná implica afronta ao princípio da unicidade sindical, constante do art. 8º, II, da Constituição Federal, pois já representa tal categoria profissional em Curitiba e Região Metropolitana desde 1957. Entende tratar-se de categoria diferenciada cujo desmembramento implicaria ofensa ao art. 511, § 3º, da CLT. Requer a reforma do acórdão regional para que seja cassada a segurança de forma a manter liminar que impede a realização de assembléia para deliberar sobre a fundação de sindicato.

Não lhe assiste razão.

A lei garante a concessão de mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

No caso, cumpre verificar a presença de direito líquido e certo frente a ato judicial que, com base no princípio da unicidade sindical, impede a reunião de trabalhadores em torno de fundação de sindicato.

O nosso ordenamento jurídico, em matéria de Direito Coletivo do Trabalho, permanece ainda sob forte influência da origem corporativista. Proveniente da fase intervencionista estatal em matéria sindical de 1930, o modelo adotado fundou-se nas mesmas bases do corporativismo italiano: definição das categorias pelo Estado, criação de categorias pelo reconhecimento estatal que definia o enquadramento sindical e unicidade sindical.

Com efeito, a Constituição Federal guarda o paradoxo de garantir a liberdade sindical, respeitada, contudo, a unicidade no tocante à base territorial. Observa-se, para tanto, o parâmetro de categoria profissional e econômica, conforme expressamente previsto no art. 8º, II.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

De outro lado, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido da recepção do art. 8º, I, da Constituição Federal, que exige a obtenção do registro sindical perante o Ministério do Trabalho e Emprego, a quem incumbe resguardar o princípio da unicidade sindical (Súmula nº 677).

No caso, como visto, o Regional vislumbrou a existência de direito líquido e certo dos impetrantes consistente no direito de convocar e realizar assembléia para deliberar sobre a fundação de sindicato representante de categoria profissional mais específica que aquela representada pelo sindicato mais abrangente que postulou a liminar que impedia a realização da assembléia.

Nesse quadro, a mera convocação dos trabalhadores interessados para deliberarem sobre eventual fundação de sindicato aparentemente mais específico não implica, por si só, a violação do princípio da unicidade sindical. De outro lado, garante o exercício da liberdade sindical e da liberdade de associação, consagradas nos arts. 5º, XVI, XVII, e 8º, *caput*, da Constituição Federal. Na oportunidade, serão discutidas as opções dos trabalhadores.

O debate poderá ser renovado nas etapas seguintes que são perseguidas por todos os sindicatos até a obtenção do registro sindical perante o Ministério do Trabalho e Emprego, e ainda, na via judicial, observado, para tanto, o devido processo legal.

Logo, não merece reforma o acórdão regional que, vislumbrando direito líquido e certo, ao menos no tocante à realização de assembléia que deliberará sobre a fundação de sindicato, concedeu a ordem para cassar decisão que impedia a reunião dos trabalhadores.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário.

Brasília, 10 de maio de 2010. *Márcio Eurico Vitral Amaro*, relator.

TERCEIRIZAÇÃO. NORMA COLETIVA. VALIDADE

RECURSO DE REVISTA. SUBMISSÃO DA DEMANDA À COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. INEXIGIBILIDADE. QUITAÇÃO. EFEITOS. SÚMULA Nº 330 DO TST

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O recurso não comporta conhecimento, a teor do art. 896 da CLT.

VERBAS RESCISÓRIAS. NORMA COLETIVA. PREVISÃO DE REDUÇÃO DA MULTA DO FGTS DE 40% (QUARENTA POR CENTO) PARA 20% (VINTE POR CENTO)

1. A discussão dos autos diz respeito à validade de cláusula normativa que estabelece a (re)contratação do empregado terceirizado pela nova empresa prestadora, que substitui a anterior. Em contrapartida, a norma coletiva estabelece que a rescisão contratual, em relação à empresa prestadora anterior, ocorrerá sob o título de “culpa recíproca”, sendo indevido o aviso prévio e a indenização adicional (art. 9º da Lei nº 7.238/84), e estipula a redução da multa do FGTS para 20%.

2. Deve ser privilegiada a prerrogativa conferida pela Constituição aos atores coletivos de celebrarem acordos e Convenções Coletivas de Trabalho (art. 7º, inciso XXVI).

3. O sindicato profissional entabulou negociação que resultou em norma coletiva que confere efetividade ao princípio constitucional da proteção ao emprego (art. 7º, inciso I). A hipótese vertente não cuida de mera restrição a direitos legais, mas, sim, de negociação realizada entre as entidades envolvidas para privilegiar a preservação dos postos de trabalho.

4. Desse modo, a norma coletiva revela-se benéfica ao empregado, em especial por se tratar de trabalhador terceirizado, em que a rescisão contratual é praticamente certa quando a empresa prestadora não consegue manter o contrato com a tomadora dos serviços – como é o caso dos autos. Antes de beneficiar a empresa, a cláusula normativa beneficia diretamente os trabalhadores terceirizados.

5. A Caixa Econômica Federal não tem legitimidade, quer para negar validade à norma coletiva, quer para recusar a movimentação da conta vinculada pelo empregado na hipótese dos autos.

6. De acordo com o art. 23 da Lei nº 8.036/90, a fiscalização do cumprimento dessa lei incumbe ao Ministério do Trabalho, órgão responsável exatamente pelo depósito e pela publicidade das normas coletivas, nos termos do art. 614 da CLT.

Recurso de revista conhecido parcialmente e provido.

(Processo nº TST-RR-356800-80.2008.5.09.0660 – Ac. 8ª Turma)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de Recurso de Revista nº TST-RR-356800-80.2008.5.09.0660, em que é recorrente Higi Serv Limpeza e Conservação S.A. e recorrida Lúcia Bueno de Góes.

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em acórdão de fls. 156/163, deu parcial provimento ao recurso ordinário da reclamada, para excluir da condenação os honorários advocatícios.

A ré interpõe recurso de revista às fls. 165/178.

O recurso foi admitido pelo r. despacho de fls. 181/182.

Não foram apresentadas contra-razões, conforme certidão de fl. 184.

Dispensada a remessa dos autos ao D. Ministério Público do Trabalho, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Atendidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade, passo ao exame do recurso.

I – SUBMISSÃO DA DEMANDA À COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. INEXIGIBILIDADE

a) Conhecimento

O Eg. Tribunal Regional afastou a preliminar de nulidade, por ausência de submissão da demanda à Comissão de Conciliação Prévia. Eis os fundamentos:

“Sustenta a recorrente ser a reclamante carecedora de ação em razão da não submissão do feito perante a comissão de conciliação prévia, requisito processual previsto no art. 625-A e seguintes da CLT, que não fere a garantia constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF). Aduz ser um pressuposto processual de desenvolvimento válido e regular do processo, cujo não atendimento gera a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC. Postula a reforma da decisão para que a ação seja extinta sem a resolução do mérito.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Analiso.

A lei não estabelece sanção ao empregado em caso de não submissão da demanda à comissão de conciliação prévia, tampouco disciplina que se trata de condição ou pressuposto para a instauração da instância, o que enseja a conclusão de que a utilização de tal via de mediação constitui mera opção do trabalhador, até porque o direito de ação não pode sofrer limitação pela legislação infraconstitucional, sob pena de afronta ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Desta feita, não merece acolhida a insurgência.” (fls. 156-verso/157)

A recorrente sustenta que a submissão da demanda à Comissão de Conciliação Prévia constitui pressuposto para a constituição válida e regular do feito. Aponta violação aos arts. 7º, XXVI, da Constituição da República, 267, IV, do CPC, e 625-A e seguintes da CLT. Transcreve arestos.

O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento de medidas cautelares nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 2.139-DF e 2.160-DF, decidiu que a ausência de submissão da demanda à referida comissão não impede o ajuizamento da Reclamação Trabalhista, por força do princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição. Eis o teor de notícia veiculada no Informativo nº 546 daquela E. Corte (11 a 15 de maio de 2009), *in verbis*:

“Por reputar caracterizada, em princípio, a ofensa ao princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), o Tribunal, por maioria, deferiu parcialmente medidas cautelares em duas ações diretas de inconstitucionalidade – ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC e pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT – para dar interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei nº 9.958/00 – que determina a submissão das demandas trabalhistas à Comissão de Conciliação Prévia – a fim de afastar o sentido da obrigatoriedade dessa submissão – v. Informativos ns. 195 e 476. Vencidos os Ministros Octavio Gallotti, Relator, e Cezar Peluso, que indeferiam a liminar.”

Registre-se que a C. SBDI-1 já teve a oportunidade de manifestar-se sobre a questão, posteriormente à decisão do Supremo Tribunal Federal. Colhem-se os seguintes precedentes:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.496/07. SUBMISSÃO DA DEMANDA À COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. INEXIGIBILIDADE. A previsão constante no art. 652-D da CLT tem por escopo facilitar a conciliação extrajudicial dos conflitos, tendo em vista aliviar a sobrecarga do Judiciário Trabalhista. Todavia, em razão da recusa das partes às propostas conciliatórias formuladas no curso do processo, a decretação de extinção do processo já em sede extraordinária milita contra os princípios informadores do processo do trabalho, notadamente os da economia e da celeridade processuais. Precedentes do STF: ADI 2139 MC/DF e ADI 2160 MC/DF. Recurso de embargos desprovidos.” (E-RR-382/2004-025-02-00.9, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DJ de 12.06.09)

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/07. FEITO NÃO SUBMETIDO À COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. EFEITOS. Embora não se deva desestimular a atuação das Comissões de Conciliação Prévia, a omissão de sua interveniência, em processos que seguiram regular tramitação, restando frustradas as tentativas de acordo, não podem conduzir à extinção do feito, quanto mais em sede extraordinária. Não bastassem esses fundamentos, tem-se notícia de que em 14.05.09, o Supremo Tribunal Federal, dando interpretação, conforme a Constituição, ao art. 625-D da CLT, estabeleceu, liminarmente, que demandas trabalhistas podem ser ajuizadas sem prévia submissão às Comissões de Conciliação Prévia, em observância ao direito universal de acesso à Justiça, bem assim à liberdade de escolha, pelo cidadão, da via mais conveniente para submeter suas demandas (ADI 2139/DF-MC e ADI 2160/DF-MC, Plenário, Rel. Min. Octavio Gallotti, Red. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, j. 14.05.09, acórdãos pendentes de publicação). Recurso de embargos conhecido e não provido.” (E-RR-499/2005-031-12-00.0, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DJ de 05.06.09)

Desse modo, o acórdão regional, ao entender que a submissão da demanda à Comissão de Conciliação Prévia não constitui pressuposto processual, decidiu em harmonia com a jurisprudência da Corte Suprema e deste Tribunal Superior.

Não se divisa, portanto, violação aos dispositivos legais invocados, e os arestos colacionados estão superados pela iterativa e notória jurisprudência desta Corte, aplicando-se o art. 896, § 4º, da CLT, e a Súmula nº 333.

Não conheço.

II – QUITAÇÃO. EFEITOS. SÚMULA Nº 330 DO TST

a) Conhecimento

O Eg. Tribunal Regional negou eficácia liberatória geral ao Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho, aos seguintes fundamentos:

“A recorrente postula a reforma da decisão de origem para o fim de ver aplicada a Súmula nº 330 do TST, pois afirma que não há ressalva no instrumento rescisório.

Analiso.

A eficácia liberatória do TRCT refere-se somente às verbas rescisórias ali especificadas, de forma que é inaplicável ao caso a Súmula nº 330 do C. TST, com os efeitos pretendidos, cuja incidência, de resto, se impõe recusar em qualquer hipótese, uma vez que amplia a eficácia liberatória do recibo de quitação em afronta aos limites impostos pelo § 2º do art. 477 da CLT.

Nada a reformar.” (fls. 157/157-verso)

A recorrente propugna a aplicação da Súmula nº 330 do TST. Indica violação ao art. 477, § 2º, da CLT, e colaciona arestos.

A aferição, em instância extraordinária, da incidência da Súmula nº 330 exigiria que o Tribunal Regional consignasse quais parcelas estão discriminadas no termo de quitação.

Na hipótese vertente, a Eg. Corte *a quo* não especificou as parcelas constantes do TRCT, inviabilizando, assim, a constatação de ofensa à aludida súmula, diante da impossibilidade de reexame de fatos e provas por esta Corte, a teor da Súmula nº 126. Nesta esteira:

“ENUNCIADO Nº 330/TST. EFICÁCIA LIBERATÓRIA. Nos termos do Enunciado nº 330/TST, a quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo. Nesse contexto, tem-se que a discriminação, no acórdão regional, das parcelas consignadas no termo de rescisão do contrato de trabalho, com o esclarecimento acerca da existência ou não de ressalva, afigura-se como requisito essencial para a incidência do aludido verbete. Não pode o Tribunal Superior do Trabalho, sem ter a absoluta certeza de quais os pedidos que foram concretamente formulados na ação e quais as parcelas discriminadas no termo de rescisão, reconhecer a existência de contrariedade a esse enunciado, sobretudo em razão das graves consequências para a parte reclamante que adviriam

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de tal ato. Embargos não conhecidos.” (E-RR-779.732/2001, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, DJ de 04.03.05)

“QUITAÇÃO. VERBAS RESCISÓRIAS. SÚMULA Nº 330/TST. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 126/TST 1. A quitação outorgada pelo empregado, com assistência sindical, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se aposta ressalva explícita (Súmula nº 330 do TST). Não importa, assim, quitação geral e plena do contrato de trabalho. 2. Para que se possa divisar contrariedade, em tese, à Súmula nº 330 do TST, é essencial que o Tribunal Regional esclareça: a) se houve ressalva do empregado; b) quais os pedidos concretamente formulados e quais as parcelas discriminadas no termo de rescisão, pois o pedido deduzido na petição inicial da ação trabalhista pode recair sobre parcelas distintas das discriminadas e, portanto, não abrangidas pela quitação. 3. Esbarra no óbice da Súmula nº 126 do TST pretensão da embargante em divisar contrariedade à Súmula nº 330 se o acórdão regional não discorre sobre a identidade entre as parcelas expressamente consignadas no recibo de quitação e as postuladas no processo, tampouco sobre a presença, ou não, de ressalva do empregado. Cumpria à parte, em semelhante circunstância, anteriormente à interposição de recurso de revista, sanar a omissão do acórdão regional mediante embargos declaratórios, visto que inadmissível em sede extraordinária o revolvimento do acervo probatório dos autos. 4. Embargos de que não se conhece.” (E-RR-368.911/97, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ de 12.11.04)

Não há, portanto, como divisar contrariedade à Súmula nº 330.

Não conheço.

III – VERBAS RESCISÓRIAS. NORMA COLETIVA. PREVISÃO DE REDUÇÃO DA MULTA DO FGTS DE 40% PARA 20%. VALIDADE. PRESERVAÇÃO DOS POSTOS DE TRABALHO. CLÁUSULA BENÉFICA. AUTONOMIA COLETIVA DAS PARTES

a) Conhecimento

Assim se pronunciou o acórdão regional:

“Insurge-se a recorrente contra a decisão de origem que reputou inválido acordo celebrado que reduziu a multa do FGTS devida à reclamante. Sustenta que o acordo celebrado está amparado no art. 7º,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

XXVI, da CF, e que ele foi celebrado com o fim de resguardar o emprego do trabalhador no setor de serviços de limpeza e conservação, garantido ao trabalhador, em caso de encerramento do contrato de prestação de serviços com a tomadora. Menciona que os próprios trabalhadores concordam com a redução das verbas rescisórias na celebração do acordo. Postula a reforma da decisão para declarar a validade do acordo coletivo de trabalho objeto da presente demanda.

Analiso.

Na origem, o juízo *a quo* assim se pronunciou sobre a questão:

‘CULPA RECÍPROCA. VERBAS RESCISÓRIAS

Postula a autora o pagamento do aviso prévio indenizado, multa da data-base e FGTS 40% decorrentes de dispensa sem justa causa, por considerar injusta a imputação de culpa recíproca como causa de afastamento do trabalho, conforme constou em seu TRCT.

A ré nega a pretensão, asseverando que as verbas rescisórias foram pagas à reclamante em conformidade ao ‘Acordo Tripartite’ firmado entre a ré, a PLANSUL e os sindicatos patronal e laboral. Justifica que a causa de afastamento ‘culpa recíproca’ foi imputada como melhor forma de adequação às regras previstas em referido acordo.

Assevera a ré que o Acordo Tripartite foi firmado no sentido de proporcionar que, após o término do contrato entre tomadora e prestadora, os empregados continuassem trabalhando junto à tomadora de serviços, por meio de ‘recontratação’ com a nova empresa prestadora.

Observa-se que o acordo coletivo de trabalho firmado entre os sindicatos patronal e laboral e as empresas prestadoras de serviço (fls. 31/35 do volume de documentos) teve o propósito de privilegiar a continuidade do emprego, tendo em vista a constante perda de contratos e postos de trabalho com dispensa em massa de empregados, decorrente da realidade das empresas de terceirização. Em contrapartida, os direitos rescisórios dos empregados seriam reduzidos.

Depreende-se da Cláusula nº 01 do ACT que o empregado que continuar trabalhando junto à tomadora mediante nova contratação com a nova empresa prestadora, não receberá na rescisão contratual com a antiga prestadora o aviso prévio e suas projeções, a indenização prevista no art. 9º das Leis ns. 7.238/84 e 6.708/79, e receberá somente 20% da multa do FGTS.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

No caso dos autos, findo o contrato entre empresas, a autora foi dispensada nos termos do Acordo Tripartite (fls. 40/41 do volume de documentos), sendo 're'-contratada para continuar trabalhando junto a CEF (tomadora), desta vez mediante contratação direta com a PLANSUL (nova prestadora), recebendo as verbas na forma do estabelecido no ACT.

Contudo, não se atentou a negociação coletiva para o fato de não haver previsão legal para o pagamento reduzido da multa do FGTS em caso de dispensa sem justa causa. Como no ordenamento jurídico brasileiro a única autorização legal para o caso é a incidência de culpa recíproca, a ré a lançou indevidamente como causa de afastamento da autora, consoante consta no TRCT (fl. 20).

A culpa recíproca, segundo Maurício Godinho Delgado, 'supõe decisão judicial a respeito, no quadro de um processo trabalhista' (*Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. LTr, 2008), com pagamento das verbas rescisórias pela metade (art. 484 da CLT), inclusive o FGTS (art. 18, § 2º, da Lei nº 8.036/90).

Por necessitar de decisão judicial, não podia a ré imputar culpa à reclamante por livre arbítrio, eis que possui consequência gravosa ao empregado que, por exemplo, não pode sacar seu FGTS, o que ocorreu com a autora. Veja-se que as hipóteses de liberação do saldo de FGTS são exaustivas, previstas em lei, mediante requisitos próprios.

Depreende-se daí que a negociação coletiva havida não é viável, eis que fez com que a reclamada lançasse motivo de dispensa diverso do real no TRCT da autora, de forma alheia à iniciativa da dispensa.

A negociação, que tem como pressuposto benefício mútuo, acabou por beneficiar apenas a categoria econômica, causando prejuízo à autora, que não pôde sacar o FGTS e teve a imputação indevida de culpa na sua dispensa.

Diante do exposto, não há como se reconhecer a validade do acordo entabulado para redução do pagamento das verbas resilitórias, a teor do art. 9º da CLT. Tendo em vista a realidade dos fatos e ante o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego (Súmula nº 212 do TST), declara-se que a dispensa da autora se deu sem justa causa. Registre-se que a reclamada já retificou o TRCT para constar dispensa sem justa causa, Código 01, em cumprimento de decisão liminar nestes autos, tendo, inclusive, sido entregue à autora para que fosse sacado o FGTS.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Por fim, indevida é a verba de indenização do aviso prévio, vez que a autora foi contratada pela nova empresa prestadora de serviços (PLANSUL) ato contínuo à rescisão contratual com a ré. Tanto, que o Acordo Tripartite é destinado justamente àqueles empregados que são recontratados para continuar trabalhando para a mesma empresa tomadora, que foi o caso da autora.

O aviso prévio é instituto oferecido por quem quer a rescisão contratual, com o objetivo de conferir à parte adversa prazo para se ajustar ao término do vínculo empregatício. Comumente oferecido pelo empregador ao empregado para que no prazo legal busque novo emprego.

No caso dos autos, com a nova contratação pela PLANSUL, perdeu-se a finalidade do instituto do aviso prévio, conforme consubstanciado na Súmula nº 276 do C. TST:

‘AVISO PRÉVIO. RENÚNCIA PELO EMPREGADO.

O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego’ (sem grifo no original).

Diante do exposto, não há falar-se em pagamento de aviso prévio indenizado e reflexos. O FGTS e a multa da data-base serão analisados em itens próprios. Pedidos indeferidos’ (fls. 116v/117v).

A CCT 2008/2010 trouxe a seguinte previsão em sua Cláusula nº 36:

‘36 – INDENIZAÇÃO ADICIONAL E MULTA DO FGTS

Mediante acordo coletivo de trabalho, com a assistência da entidade sindical patronal, poderá ser estabelecida condição especial, quanto às verbas aviso prévio, indenização adicional e multa do FGTS, quando da terminação de contratos entre empregadora e tomadores de serviços’ (fl. 38).

O ACT 2008/2009 celebrado entre a reclamada e os sindicatos da categoria profissional estipulou, por sua vez, os seguintes ajustes:

‘01. INCENTIVO À MANUTENÇÃO DO EMPREGO

Considerando as peculiaridades da terceirização de serviços no segmento de asseio e conservação, fundamentado na decisão proferida pela Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST (Processo nº RO-AA-7.877-2002-000-04-00-0) e, ainda, visando à manutenção e à

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

continuidade do emprego, fica facultado ao empregado interessado, necessariamente sob a assistência do sindicato profissional, a celebração de Acordo Tripartite junto à empresa que está perdendo determinado contrato de prestação de serviços e junto à empresa que está assumindo o mesmo contrato de prestação de serviços, ambas assistidas pelo SEAC-PR, mediante as seguintes condições:

1. A empresa que estiver perdendo o contrato de prestação de serviço ficará obrigada a dispensar o empregado sem justa causa e apresentar, na data da rescisão do contrato de trabalho, a CTPS devidamente assinada pela empresa que estará assumindo a contratação do empregado, devidamente protocolada nas entidades convenientes;

2. A empresa que está assumindo o contrato de prestação de serviço admitirá o empregado, sendo vedada à empresa que está assumindo o mesmo contrato de prestação de serviço a celebração de trabalho a título de experiência;

3. A empresa que estará assumindo o contrato de prestação de serviço ficará obrigada a manter os níveis salariais das funções contratadas, pagando os mesmos salários e demais benefícios praticados pela empresa que estiver perdendo o contrato de prestação de serviços, tais como o transporte, cesta básica, *ticket* refeição, vale alimentação, salário utilidade etc.;

4. A empresa que estiver perdendo o contrato de prestação de serviço ficará desobrigada do pagamento do aviso prévio e suas respectivas projeções, da indenização adicional prevista no art. 9º das Leis ns. 7.238/84 e 6.708/79, e pagará a multa do FGTS (art. 9º, Decreto nº 99.684/90), calculada no percentual de 20%.

§ 1º A celebração de Acordo Tripartite a que se refere esta cláusula deverá contar com a participação das entidades sindicais profissionais – conforme a base-territorial – e patronal, sendo que os benefícios estabelecidos no Item 4 prevalecerão caso o novo contrato de emprego vigore pelo mínimo 90 dias’ (fl. 32 do volume anexo).

Após, foi celebrado Acordo Tripartite, em 02.07.08, com a assistência dos respectivos sindicatos, entre a reclamante, a reclamada e a empresa PLANSUL, que assumiu a contratação da reclamante para a execução de serviços nas dependências da Caixa Econômica Federal (fls. 40/41 do volume anexo).

Entretanto, entende-se não se afigurar possível a livre disposição acerca das verbas inerentes ao aviso prévio e multa de FGTS por normas

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

coletivas, pois são direitos conferidos por lei aos empregados em relação aos quais não há permissão legal para negociações coletivas, além de existir vedação às estipulações em prejuízo do trabalhador (art. 468 da CLT).

O reconhecimento das Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho, previsão do inciso XXVI do art. 7º da CF, não possui o alcance de relegar toda e qualquer matéria à esfera coletiva de negociação, sobretudo quanto aos direitos sociais também previstos constitucionalmente, como o são o aviso prévio e a multa do fundo de garantia (art. 7º, I, III e XXI, da CF, e art. 10, I, dos ADCT).

O inciso XXVI do art. 7º da CF não deve ser interpretado fora do contexto trazido pelo *caput* desse mesmo artigo, que prevê um patamar mínimo de direitos aos trabalhadores, facultando o acréscimo de outros direitos que visam à melhoria de sua condição social, e não à redução (*'Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social'*).

O fato em questão envolve o término do contrato de uma empresa terceirizada, seguido de contratação de nova empresa prestadora de serviços, que assume os empregados da empresa antiga para continuar prestando os seus serviços no mesmo posto de trabalho para a mesma tomadora. Isso em nada se amolda à culpa recíproca anotada nos documentos relativos à dispensa da reclamante, pois essa hipótese exige falta cometida por empregado e empregador (art. 484 da CLT). O empregado não deve suportar os reflexos decorrentes do término do contrato havido entre a tomadora e a prestadora de serviços, não podendo se lhe imputar os riscos advindos da atividade econômica da empresa (art. 2º da CLT).

Assevere-se que o acordo coletivo e o Acordo Tripartite em questão não tratam, a rigor, de garantia de emprego, como se propõem, mas de garantia de posto de trabalho, acerca do qual, por ser este da tomadora dos serviços, os signatários dos citados acordos sequer poderiam validamente disciplinar ou transacionar.

Longe de manter o emprego, porque este na verdade existe não perante a tomadora, mas, sim, perante a prestadora, a qual, de resto, deve contar com quadro próprio para atender a sua atividade-fim, os acordos em comento outro alcance não possuem se não o de proporcionar que esta dispense seus empregados sem lhes pagar todos os direitos previstos na legislação constitucional e infraconstitucional, em manifesta fraude à lei.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

No caso, comungo do mesmo entendimento externado pelo Excelentíssimo Ministro João Oreste Dalazen no voto vencido proferido no julgamento da ação mencionada no acordo coletivo celebrado a fim de respaldá-lo, cujos termos peço vênia para transcrever:

‘JUSTIFICATIVA DE VOTO VENCIDO DO EXMO. SR. MINISTRO JOÃO ORESTE DALAZEN

Ministério Público do Trabalho da 4ª Região ajuizou ação anulatória em face de Sindicato dos Empregados em Empresas de Asseio e Conservação do Estado do Rio Grande do Sul – SEEAC e Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação do Estado do Rio Grande do Sul, pretendendo a declaração de nulidade da Cláusula nº 52 da Convenção Coletiva de Trabalho celebrada entre os requeridos para o período de 01.05.02 a 30.04.04 (fls. 17/22).

O Eg. 4º Regional julgou o pleito improcedente, mantendo incólume a cláusula objurgada, sob o fundamento assim ementado:

ACÇÃO ANULATÓRIA DE CLÁUSULA DE CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. REDUÇÃO DA MULTA DO FGTS E DISPENSA DO AVISO PRÉVIO. Sendo expressamente autorizada pela Carta Magna vigente, em seu art. 7º, inciso XXVI, a flexibilização das normas trabalhistas deve encontrar seu fundamento na manutenção da viabilidade da atividade econômica da empresa, a qual, em última análise, é a fonte de emprego, também almejado como garantia constitucional, nos termos do art. 7º, I, da CF/88. No caso concreto, a cláusula atacada pelo Ministério Público do Trabalho, em que pese aparentar, num primeiro instante, violação aos preceitos contidos nos incisos I e XXI do art. 7º da CF/88, na verdade, contempla a preservação do bem maior, que é o emprego. Ação improcedente (fl. 105). Irresignado, o Ministério Público do Trabalho da 4ª Região interpõe recurso ordinário em ação anulatória (fls. 72/101). Argumenta com a ofensa ao art. 7º, inciso I, da Constituição da República.

Eis o teor da cláusula em apreço:

CLÁUSULA 52. INCENTIVO À MANUTENÇÃO DO EMPREGO

Em vista das peculiaridades da terceirização de serviços, fica facultada a celebração de acordo triangular entre (1) a empresa que está perdendo determinado contrato de prestação de serviços; (2) a empresa que está assumindo o mesmo contrato de prestação de serviços; e (3) o empregado, este necessariamente sob a assistência de seu sindicato, com

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

as seguintes condições: (a) a empresa que está assumindo o contrato de prestação de serviços admite o empregado e a ele concede garantia de emprego pelo prazo de 6 (seis) meses; (b) o empregado haverá de ser admitido na empresa em que está assumindo o contrato de prestação de serviços com o mesmo salário e no dia imediatamente seguinte ao de seu desligamento da empresa que está perdendo o contrato; e (c) a empresa-empregadora que está perdendo o contrato de prestação de serviços, de um lado, ficará desonerada do pagamento do aviso prévio, vez que o empregado seguirá empregado e sem perder salário, e, de outro, recolherá em favor do empregado demitido, com abrigo no § 2º do art. 9º do Decreto nº 99.684/90, a multa de 20% sobre o montante dos depósitos realizados e/ou devidos por conta de seu Fundo de Garantia por Tempo de Serviço' (fls. 19/20 – sem destaque no original).

Conforme se percebe, a norma impugnada permite que a empresa de terceirização, ao perder o contrato mantido junto à Administração Pública, firme ajuste multilateral em virtude do qual o empregado despedido recebe multa rescisória de apenas 20% sobre o saldo do FGTS, sendo, contudo, incluído nos quadros da nova prestadora de serviços, com garantia de emprego por 6 (seis) meses.

Certo que a convenção e o acordo coletivo de trabalho constituem fontes formais do Direito do Trabalho, uma vez que ostentam força obrigatória, regendo os contratos individuais de trabalho dos empregados representados pela entidade sindical.

A meu juízo, todavia, à falta de permissivo expresso, resulta inviável flexibilização, mediante negociação coletiva, de direitos trabalhistas assentes em norma legal ou constitucional, porquanto enfeixam proteção indisponível outorgada pelo Estado ao hipossuficiente.

O sindicato da categoria profissional, ao encetar negociação coletiva visando à flexibilização de conquistas trabalhistas, presentemente não tem poder de disposição pleno sobre os direitos individuais dos empregados representados, pois a Constituição Federal somente o autoriza flexibilizar jornada de trabalho e salário. Houvesse viabilidade plena de prevalência do negociado sobre o legislado e não teria sido necessária a iniciativa de Projeto de Lei do Executivo para alargar o campo de atuação do art. 620 da CLT.

E estou convencido, *data maxima venia*, que anda bem, de momento, a legislação brasileira ao palmilhar por tal diretriz.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A questão é: estão os sindicatos brasileiros amadurecidos e fortalecidos para defender junto aos empregadores os interesses da categoria profissional que representam?

É certo que na experiência de prósperas economias capitalistas do mundo ocidental predominam sindicatos fortes e lá eles têm uma destacada atuação na negociação e na criação de normas trabalhistas.

Em tese, a intervenção de sindicato na negociação coletiva equilibra as forças, suplantando o óbice da coação econômica presente na negociação individual direta entre empregado e patrão.

Entretanto, sabemos que a realidade do sindicalismo brasileiro é bem diversa da observada no direito comparado, mormente porque o Brasil ainda não ratificou a Convenção nº 87 da OIT sobre liberdade sindical.

Somos o País em que ainda prepondera um sindicalismo frágil, com escassa filiação e precária representatividade. Ironicamente, como se sabe, a unicidade sindical prevista na Constituição redundou no surgimento de milhares de inexpressivos sindicatos, em sua imensa maioria despojados de qualquer poder de barganha para uma negociação em nível de igualdade com o Capital.

Isso se explica, em grande medida, porque os sindicatos ainda vivem à sombra do Estado, beneficiados pela famigerada contribuição sindical compulsória. Ora, bastaria esta para retirar qualquer veleidade de independência e de representatividade à maioria dos nossos sindicatos.

Claro que não auferindo receita exclusivamente dos próprios associados, como seria desejável, e havendo precária sindicalização, muitos sindicatos não têm compromisso com as bases. Daí porque é comum o divórcio entre os interesses de certas cúpulas sindicais e os dos trabalhadores representados.

Nesta perspectiva, parece-me patente que mesmo a minoria de sindicatos combativos e dignos com que contamos ressentem-se de poder de pressão.

Premidos pelas necessidades materiais dos integrantes da categoria profissional, é de indagar-se: como os sindicatos podem negociar livremente e em posição de igualdade com os patrões?

Esclareço, todavia, que não se está aqui emitindo juízo de valor algum específico sobre os sindicatos ora recorridos, mas apenas realçando

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

que, além de carecer de validade a cláusula ora impugnada, não se justifica mesmo na atual quadra da sociedade brasileira esvaziar o papel da legislação e maximizar-se o papel de um combatido sindicalismo.

Na espécie, sobressai da negociação, de plano, a afronta ao art. 7º, inciso I, da CF, c/c o art. 10 do ADCT. Está claro que, havendo a rescisão do contrato individual de trabalho, o empregado despedido faz jus ao recebimento de 40% sobre o saldo do FGTS. Afigura-se ilícita, pois, a previsão de valor menor do que o contemplado na Constituição Federal, ainda que inspirada no propósito de facilitar a readmissão do empregado em novo posto de trabalho com estabilidade no emprego por certo período.

Aliás, a empresa de terceirização que perde contrato de prestação de serviços com a Administração Pública e vê-se na contingência de rescindir os contratos de emprego, ao firmar cláusula, tal como a ora impugnada, visa tão-somente a repassar parte do ônus financeiro ao empregado despedido, *data venia*. Ou seja, é uma forma sub-reptícia de o empregado participar do risco do empreendimento.

Digna de nota, por fim, é a infeliz remissão da cláusula ao Decreto Federal nº 99.684/90, no afã de tornar menos cristalina a ofensa à norma constitucional.

Note-se que o art. 9º, § 2º, do regulamento consolidado do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, alude à despedida por culpa recíproca ou força maior, hipóteses que não correspondem à rescisão do contrato de emprego em virtude de fato certo, qual seja, o término da relação entre a empresa terceirizada e a Administração Pública.

Eis as razões pelas quais, *data venia* da douta maioria, dei provimento ao recurso para julgar procedente o pedido formulado pelo Ministério Público do Trabalho da 4ª Região, declarando a nulidade da Cláusula nº 52 da Convenção Coletiva de Trabalho celebrada entre os sindicatos recorridos (fls. 72/101) (Número Único Proc.: ROAA 7877/2002-000-04-00, publicação: DJ 26.11.04, Proc. TST-ROAA-7877/2002-000-04-00.0, Rel. Min. João Oreste Dalazen).

Com essas considerações, entende-se ser nulo acordo coletivo que possibilitou transigir-se sobre as verbas rescisórias da reclamante.

Portanto, não há o que reparar na decisão de origem.

Mantenho.” (fls. 157-verso/162)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A recorrente alega a validade da negociação coletiva, que reduziu a multa do FGTS para 20%. Indica violação aos arts. 7º, I e XXVI, da Constituição da República, e 611, *caput*, e § 1º, da CLT. Traz arestos à divergência.

A discussão dos autos diz respeito à validade de cláusula normativa que, de acordo com a sentença, estabelece a (re)contratação do empregado terceirizado pela nova empresa prestadora de serviços, que substitui a anterior na tomadora de serviços (ou seja, quando ocorre a substituição da empresa prestadora por outra prestadora, essa última se obriga a contratar os trabalhadores terceirizados da primitiva, que continuarão, assim, a prestar serviços à mesma tomadora). Em contrapartida, a norma coletiva estabelece que a rescisão contratual, em relação à empresa prestadora anterior, ocorrerá sob o título de “culpa recíproca”, sendo indevido o aviso prévio e a indenização adicional (art. 9º da Lei nº 7.238/84), e estipula a redução da multa do FGTS para 20%.

Em precedentes desta C. Turma, manifestei-me acerca da invalidade da cláusula ora em comento. Entretanto, reexaminando a controvérsia, adoto a posição original da Exma. Ministra Dora Maria da Costa quanto à validade da referida previsão normativa.

Entendo que deve ser privilegiada a prerrogativa conferida pela Constituição aos atores coletivos de celebrarem Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho (art. 7º, XXVI), ainda que, em tese, tenha por resultado (aparente) a redução de um direito específico previsto em lei.

Estabelecer como parâmetro absoluto à negociação coletiva a disposição legal implica reduzir em demasia o direito reconhecido constitucionalmente, isto é, a autonomia coletiva dos atores do mundo do trabalho, bem como tolher algumas possibilidades importantes de atuação dos sindicatos.

Na percuciente observação de Márcio Túlio Viana, “o sindicato é a principal fonte do Direito do Trabalho. Não apenas no sentido de criar as suas próprias normas, ou pressionar o Estado a fazer as dele, mas também para o efeito de aumentar a efetividade de umas e outras” (VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico. In: *Revista LTr*, v. 67, n. 7, jul. 2003, p. 789).

No caso dos autos, o sindicato entabulou negociação que resultou em norma coletiva que confere efetividade ao princípio constitucional da proteção ao emprego (art. 7º, I). Com efeito, a hipótese vertente não cuida de mera restrição a direitos legais, mas, sim, de negociação realizada entre as entidades envolvidas para privilegiar a preservação dos postos de trabalho.

Desse modo, sob qualquer ângulo que se enfrente a questão, a norma coletiva revela-se benéfica à empregada, em especial por se tratar de trabalhadora terceirizada, em que a rescisão contratual é praticamente certa quando a empresa prestadora não consegue manter o contrato com a tomadora dos serviços – como é o caso dos autos. Antes de beneficiar a empresa, a cláusula normativa beneficia diretamente os trabalhadores terceirizados.

Vale conferir, a propósito, a observação de Cristiano Paixão sobre cláusula normativa semelhante existente no Distrito Federal:

“No Distrito Federal, foi celebrada – e vem sendo renovada – uma Convenção Coletiva de Trabalho entre o sindicato que representa os trabalhadores em serviços terceirizáveis e as empresas prestadoras de serviço; essa convenção contém uma cláusula criativa, inovadora e relevante. Ficou estabelecido que a empresa prestadora, ao assumir um novo contrato, está obrigada a aproveitar os trabalhadores que estavam na empresa anterior (que não conseguiu renovar o contrato de prestação de serviços), concedendo-lhes, ainda, estabilidade no emprego por seis meses. Em contrapartida, a empresa ‘perdedora’ pode demitir seus trabalhadores pela modalidade da culpa recíproca, que envolve encargos sociais menores do que os incidentes na demissão sem justa causa. Com essa cláusula, diminuíram os casos – infelizmente, ainda existentes – de empresas que deixam de pagar todas as verbas trabalhistas (e também salários) a seus trabalhadores quando não conseguem a renovação do contrato de prestação de serviços. (...)”

Isso demonstra a capacidade que o Direito tem de interferir na dinâmica das relações sociais, com resultados ambíguos: ao mesmo tempo em que permite a precarização das relações de trabalho com a ampliação das possibilidades de terceirização, *o Direito vigente impõe limites à locação de mão-de-obra e estabelece modalidades de proteção para o trabalhador terceirizado.*” (PAIXÃO, Cristiano. *Terceirização: o trabalho como mercadoria*. In: *Observatório da Constituição e da Democracia*, n. 3, mar. 2006, p. 9 – grifei)

Evidenciado o caráter benéfico da previsão normativa, a conclusão que se alcança é a da sua validade. Tampouco há irregularidade especificamente na estipulação de rescisão por culpa recíproca, bem como na correspondente redução da multa do FGTS. Trago, inclusive, precedente desta Corte:

“LEVANTAMENTO DO FGTS. CULPA RECÍPROCA RECONHECIDA EM CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. I. Não se vislumbra ofensa ao art. 18, § 2º, da Lei nº 8.036/90. Isso porque, ao

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

fixar que quando ocorrer despedida por culpa recíproca, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de vinte por cento, não exclui, por si só, a legalidade de cláusula coletiva pactuando a caracterização da culpa recíproca para fins do levantamento do depósito do FGTS. Assim, não se constata o atendimento ao art. 896, c, da CLT. II. Inviável, por sua vez, indagar sobre as ofensas suscitadas aos arts. 10, I, do ADCT, e 7º, I, VI, XIII e XIV, da Constituição Federal, tendo em vista passarem ao largo da controvérsia em torno da caracterização da culpa recíproca, instituída em norma coletiva, para fins de levantamento dos depósitos do FGTS. III. A divergência jurisprudencial colacionada revela-se inservível, nos termos da Súmula nº 296 do TST e da alínea a do art. 896 da CLT. IV. Recurso não conhecido.” (RR-349/2007-001-10-00, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ de 05.09.08)

Deve ser afastado, ainda, o argumento de que a norma coletiva não seria oponível à Caixa Econômica Federal, que poderia recusar o levantamento dos depósitos do FGTS e da respectiva multa, uma vez que a legislação exige que a culpa recíproca seja reconhecida em juízo. Porém, *a CEF não tem legitimidade, quer para negar validade à norma coletiva, quer para recusar a movimentação da conta vinculada pelo empregado na hipótese dos autos.*

De fato, a CEF não pode negar validade à norma coletiva celebrada em decorrência de direito constitucional reconhecido aos trabalhadores (art. 7º, XXVI). Vale lembrar que a exigência de depósito das normas coletivas perante o órgão competente do Ministério do Trabalho (art. 614 da CLT) confere a devida publicidade ao resultado da negociação coletiva. Além disso, de acordo com o art. 23 da Lei nº 8.036/90:

“Competirá ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social a verificação, em nome da Caixa Econômica Federal, do cumprimento do disposto nesta lei, especialmente quanto à apuração dos débitos e das infrações praticadas pelos empregadores ou tomadores de serviço, notificando-os para efetuarem e comprovarem os depósitos correspondentes e cumprirem as demais determinações legais, podendo, para tanto, contar com o concurso de outros órgãos do Governo Federal, na forma que vier a ser regulamentada.”

Consoante se evidencia, a fiscalização do cumprimento da Lei do FGTS incumbe ao Ministério do Trabalho, órgão responsável exatamente pelo depósito e pela publicidade das normas coletivas, de acordo com o mencionado art. 614 da CLT. Tem-se, então, mais uma razão pela qual a CEF não pode negar validade à norma coletiva debatida nos autos.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

É importante lembrar também que o art. 20, I, da Lei nº 8.036/90, autoriza a movimentação da conta vinculada do FGTS em caso de rescisão por culpa recíproca, como reconhecido no caso. A recusa da CEF contraria, pois, o referido dispositivo legal.

A decisão do Eg. Tribunal Regional divergiu do art. 7º, XXVI, da Constituição de 1988.

Conheço, por violação constitucional.

b) Mérito

A consequência do conhecimento do recurso por violação à Constituição é o seu provimento.

A reclamante pleiteia, à fl. 15, a concessão de tutela antecipada para que seja determinado o fornecimento do TRCT pela reclamada, considerando que a rescisão teria ocorrido sem justa causa, ou a expedição de alvará judicial que autorize a movimentação da conta vinculada do FGTS. Pretende, ainda, o pagamento de diferenças de verbas rescisórias.

A sentença deferiu apenas as diferenças de FGTS, em face do reconhecimento da dispensa sem justa causa. Registrou que “no tocante à expedição de alvará para levantamento do FGTS, observa-se o cumprimento de medida liminar para entrega de guias para saque do FGTS, consoante petição de fl. 56, devidamente recebidas pela parte autora, conforme atestado à fl. 68-v. Não há falar-se em expedição de alvará, portanto” (fl. 118).

Assim, deve ser reformada a condenação quanto à retificação do TRCT pela reclamada, bem como quanto às diferenças de verbas rescisórias (inclusive FGTS) decorrentes da alegada dispensa sem justa causa.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de revista para, reformando o acórdão regional, declarar a validade da dispensa efetuada pela reclamada e julgar totalmente improcedentes os pedidos da Reclamação Trabalhista. Inverto o ônus da sucumbência. Custas pela autora, das quais fica isenta.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista no tema “VERBAS RESCISÓRIAS. NORMA COLETIVA. PREVISÃO DE REDUÇÃO DA MULTA DO FGTS DE 40% PARA 20%. VALIDADE. PRESERVAÇÃO DOS POSTOS DE TRABALHO. CLÁUSULA BENÉFICA. AUTONOMIA

COLETIVA DAS PARTES”, por violação ao art. 7º, inciso XXVI, da Constituição da República, e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando o acórdão regional, declarar a validade da dispensa efetuada pela reclamada e julgar totalmente improcedentes os pedidos da Reclamação Trabalhista; não conhecer do apelo nos demais temas. Inverter o ônus da sucumbência; custas pela reclamante, das quais fica isenta.

Brasília, 14 de abril de 2010. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, relatora.

TRABALHO EM FERIADOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM CONVENÇÃO COLETIVA

TRABALHO EM FERIADOS. ART. 6º-A DA LEI Nº 10.101/00. PERMISSÃO PARA ABERTURA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL EM FERIADOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM CONVENÇÃO COLETIVA. O art. 6º-A da Lei nº 10.101/00 é expresso ao permitir o trabalho em feriados nas atividades do comércio em geral, desde que autorizado em Convenção Coletiva de Trabalho e observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição. Assim sendo, na ausência de norma coletiva, não pode a reclamada funcionar em feriados.

Recurso de revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-323/2008-095-03-00 – Ac. 6ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de Recurso de Revista nº TST-RR-323/2008-095-03-00.0, em que é recorrente Sindicato dos Empregados no Comércio de Belo Horizonte e Região Metropolitana – SEC e recorrido DMA Distribuidora S.A.

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, mediante o v. acórdão de fls. 330/333, complementado à fl. 341, reformou a r. sentença, no sentido de absolver a reclamada da condenação de se abster de exigir e/ou receber trabalho de seus empregados, no todo ou em parte, nos feriados, sem autorização prevista em Convenção Coletiva de Trabalho, com base na Lei nº 605/1949 e Decreto nº 27.048/1949.

Inconformado, o autor interpõe recurso de revista às fls. 343/358. Alega que a Lei nº 10.101/00, com a redação conferida pela Lei nº 11.603/07, permite

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

o labor em feriados somente se houver Convenção Coletiva de Trabalho expressa e prévia, autorizando o funcionamento do comércio nesses dias, de acordo com a legislação municipal vigente. Sustenta que restou demonstrado nos autos a inexistência de norma coletiva autorizadora do labor em feriados. Sustenta, ainda, que há lei municipal vedando o funcionamento do comércio nestes dias. Indica violação de art. 6º-A da Lei nº 10.101/00, inserido pela Lei nº 11.603/07. Traz arestos ao cotejo de teses.

O recurso de revista foi admitido às fls. 360/362, por divergência jurisprudencial.

Contra-razões apresentadas às fls. 363/381.

Os autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

PERMISSÃO PARA ABERTURA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL EM FERIADOS. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 10.101/00

CONHECIMENTO

O Eg. Tribunal Regional reformou a r. sentença para garantir à reclamada o direito de funcionar regularmente aos feriados sem autorização especial com base na Lei nº 605/1949 e Decreto nº 27.048/1949. Fundamentou sua decisão nos seguintes termos:

“Entendo que a Lei nº 10.101/00, com as alterações trazidas pela Lei nº 11.603/07, não revogou as disposições da Lei nº 605/1949 e do Decreto nº 27.048/1949. Vejamos:

A CLT, no art. 67, garantiu ao trabalhador o repouso semanal aos domingos, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, e, no art. 70, proibiu o trabalho nos feriados, sem estabelecer exceções. No âmbito da CLT, não obstante a vedação de trabalho aos domingos fosse relativizada pelo interesse público ou necessidade imperiosa do serviço, a proibição quanto aos feriados era absoluta.

Com a edição da Lei nº 605/1949, a matéria ganhou tratamento diverso. Sobre o labor nos feriados, matéria analisada no presente feito, a referida lei dispõe que:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

‘Art. 8º Excetuados os casos em que a execução do serviço for imposta pelas exigências técnicas das empresas, é vedado o trabalho em dias feriados, civis e religiosos, garantida, entretanto, aos empregados a remuneração respectiva, observados os dispositivos dos arts. 6º e 7º desta lei.

Art. 9º Nas atividades em que não for possível, em virtude das exigências técnicas das empresas, a suspensão do trabalho nos dias feriados civis e religiosos, a remuneração será paga em dobro, salvo se o empregador determinar outro dia de folga.

Art. 10. Na verificação das exigências técnicas a que se referem os artigos anteriores, ter-se-ão em vista as de ordem econômica, permanentes ou ocasionais, bem como as peculiaridades locais.

Parágrafo único. O Poder Executivo, em decreto especial ou no regulamento que expedir para fiel execução desta lei, definirá as mesmas exigências e especificará, tanto quanto possível, as empresas a elas sujeitas, ficando desde já incluídas entre elas as de serviços públicos e de transportes.’

Como visto, a lei é expressa ao deferir ao Poder Executivo a definição das atividades em relação às quais não se proíbe o trabalho em domingos e feriados. Com essa disposição, o legislador pretendeu tutelar o interesse público, em detrimento do interesse particular dos trabalhadores, autorizando o funcionando, nos dias originalmente reservados ao descanso, dos serviços indispensáveis.

Por meio do Decreto nº 27.048/1949, tais atividades foram expressamente definidas. Da referida relação, atualizada pelo Decreto nº 94.591/87, consta a autorização para funcionamento, em feriados, de várias atividades comerciais, entre as quais:

- ‘1) Varejistas de peixe.
- 2) Varejistas de carnes frescas e caça.
- 3) Venda de pão e biscoitos.
- 4) Varejistas de frutas e verduras.
- 5) Varejistas de aves e ovos.
- 6) Varejistas de produtos farmacêuticos (farmácias, inclusive manipulação de receituário).
- 7) Flores e coroas.’

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Tais atividades são exercidas pelos supermercados e são absolutamente necessárias à população, atendendo ao interesse público resguardado pela Lei nº 605/1949. Entendo que a Lei nº 605/1949, ao prever, por seu decreto regulamentador, especificamente, as atividades cujo funcionamento nos feriados é autorizado, reveste-se de caráter de norma especial e assim deve ser considerada para os fins do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução do Código Civil.

Com efeito, lei geral não revoga lei especial. E têm caráter de norma geral todas as leis e decretos que, posteriores à Lei nº 605/1949 e ao Decreto nº 27.048/1949, versam sobre a autorização do labor aos domingos e feriados. O Decreto nº 99.467/90, em seu art. 1º, refere-se ao funcionamento aos domingos do comércio varejista em geral, condicionando-o à autorização em negociação coletiva, mas sem se referir ao comércio de produtos alimentícios de primeira necessidade e perecíveis.

As normas protetoras do interesse público, que se traduzem no funcionamento do comércio de produtos alimentícios e perecíveis, não são alcançadas pelo Decreto nº 99.467/90. O interesse particular de trabalhadores e sindicatos não se sobrepõe à necessidade da população. Nesse mesmo contexto, interpretam-se a Lei nº 10.101/00, que se refere ao ‘comércio varejista em geral’, e a Lei nº 11.603/07, que se refere ao ‘comércio em geral’, condicionando o funcionamento, aos domingos e feriados, à autorização por meio de negociação coletiva.

O dispositivo na Lei nº 10.101/00 destina-se ao ‘comércio varejista em geral’ e não àquelas atividades cujo funcionamento é autorizado pelo Decreto nº 27.048/1949. Trata-se de norma geral, que sequer tangencia as normas autorizadas do trabalho em atividades especiais durante os feriados, como o comércio varejista de gêneros alimentícios, inclusive perecíveis. Inaplicável ao caso a exigência da Lei nº 11.603/07, a lide deve ser solucionada com base na Lei nº 605/1949 e seu decreto regulamentador, que autoriza o funcionamento da reclamada aos domingos e feriados, sem exigir norma coletiva a esse respeito.

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso, para absolver a reclamada da condenação imposta na origem.” (fls. 332v/333)

Nas razões de recurso de revista, o sindicato alega que a Lei nº 10.101/00, com a redação conferida pela Lei nº 11.603/07, permite o labor em feriados somente se houver Convenção Coletiva de Trabalho expressa e prévia, autorizando o funcionamento do comércio nesses dias, de acordo com a

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

legislação municipal vigente. Sustenta que restou demonstrado nos autos a inexistência de norma coletiva autorizadora do labor em feriados. Sustenta, ainda, que há lei municipal vedando o funcionamento do comércio nestes dias. Indica violação de art. 6º-A da Lei nº 10.101/00, inserido pela Lei nº 11.603/07. Traz arestos ao cotejo de teses. Por fim, requer a condenação da recorrida em honorários advocatícios.

A v. decisão do Tribunal *a quo* foi no sentido de que a lide deve ser solucionada com base na Lei nº 605/1949 e seu decreto regulamentador, já que a Lei nº 10.101/00 destina-se ao “comércio varejista em geral” e não àquelas atividades cujo funcionamento é autorizado pelo Decreto nº 27.048/1949, nas quais se inclui a atividade da reclamada, comércio varejista de gêneros alimentícios.

O aresto trazido à fl. 355, oriundo do TRT da 4ª Região, demonstra dissenso jurisprudencial, na medida em que traz tese no sentido de ser aplicável aos supermercados, comércio de gêneros alimentícios, no que se refere aos trabalhos nos feriados, o art. 6º-A da Lei nº 10.101/00, tese como se vê divergente daquela do Eg. TRT.

Assim, conheço do recurso de revista por divergência jurisprudencial, nos termos da alínea *a* do art. 896 da CLT.

MÉRITO

O entendimento desta C. Corte é no sentido de se permitir a prestação de trabalho em feriados, porém não de forma irrestrita, sem que sejam estabelecidos limites a fim de se proteger a dignidade, o lazer e o descanso dos empregados.

A Lei nº 11.603/07, em seu art. 2º, se encontra em perfeita harmonia com o disposto no art. 7º, XXVI, da CF/88, ao permitir o labor nos domingos e feriados, desde que autorizado previamente em Convenção Coletiva de Trabalho.

Especificamente para o comércio em geral, vige a Lei nº 10.101/00, com as alterações da Lei nº 11.603/07. *In verbis*:

“Art. 6º Fica autorizado o trabalho aos domingos nas atividades do comércio em geral, observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição.

Parágrafo único. O repouso semanal remunerado deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de três semanas, com o domingo,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras a serem estipuladas em negociação coletiva.

Art. 6º-A. É permitido o trabalho em feriados nas atividades do comércio em geral, desde que autorizado em Convenção Coletiva de Trabalho e observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição.

Art. 6º-B. As infrações ao disposto nos arts. 6º e 6º-A desta lei serão punidas com a multa prevista no art. 75 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Parágrafo único. O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas rege-se pelo disposto no Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho.”

Infere-se dos artigos acima transcritos que, no comércio em geral, o trabalho em domingos e em feriados encontra respaldo em lei. Para os domingos, condiciona-se à observância da lei municipal, devendo o repouso semanal remunerado coincidir com o domingo pelo menos uma vez no período máximo de três semanas e respeitar as demais normas de proteção ao trabalho, sem prejuízo de outras estipuladas em negociação coletiva.

Para o trabalho nos feriados, a par da observância da legislação municipal, exige-se autorização em Convenção Coletiva de Trabalho.

A importância da negociação coletiva sobressai ante a medida provisória convertida na mencionada Lei nº 11.603/07, onde a preocupação em garantir o funcionamento do comércio aos domingos e feriados é apenas mediante negociação coletiva.

No caso, não há Convenção Coletiva de Trabalho que autorize o labor aos feriados, sem o quê proibir-se-á a prestação de qualquer trabalho nesses dias.

Assim, dou provimento ao recurso de revista para, reformando o v. acórdão regional, restabelecer a r. sentença.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por dissenso jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando o v. acórdão regional, restabelecer a r. sentença.

Brasília, 28 de abril de 2010. *Aloysio Corrêa da Veiga*, relator.

Jurisprudência Atual

DANOS MORAIS. ASSÉDIO SEXUAL

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO SEXUAL CONFIGURADO. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. No caso em tela, o quadro fático delineado pelo Tribunal Regional é suficiente para denunciar a presença dos elementos essenciais à configuração do assédio sexual no trabalho. Com efeito, a presença da assediada e do assediador é indiscutível; o comportamento incômodo e repellido, bem como a reiteração da prática do assédio, traduzem-se não nas “cantadas”, mas no fato de o gerente ter abordado a reclamante “pelo menos dez vezes (...) algumas vezes pessoalmente e outras através do interfone”; e a relação de ascendência profissional também é incontestada, tendo em vista o cargo de gerente ostentado pelo assediador, e a prestação de serviços de vigilância bancária, pela reclamante, por meio de contrato de terceirização. Sem contar a divulgação de suposto relacionamento amoroso entre a demandante e outro funcionário do banco, igualmente cometida pelo mesmo gerente e confirmada via testemunha. Nesse contexto, não há dúvida de que a reclamante se viu invadida na intimidade, na vida privada, na imagem, na honra e, em última análise, na dignidade da sua pessoa como trabalhadora. Contrariamente, portanto, a princípios e direitos fundamentais gravados nos arts. 1º, III e IV, e 5º, X, da Constituição da República. Recurso de revista conhecido e provido, no particular, para restabelecer a sentença de origem que condenara os reclamados, de forma subsidiária, ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da configuração de assédio sexual no trabalho.

(Processo nº TST-RR-1900-69.2005.5.12.0006 – Ac. 8ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista nº TST-RR-1900-69.2005.5.12.0006, em que é Recorrente Vanessa de Arruda e são Recorridos Banco do Brasil S.A. e ONDREPSB – Serviço de Guarda e Vigilância Ltda.

A reclamante, com fulcro no art. 896, *a* e *c*, da CLT, interpõe recurso de revista (fls. 935/950). Busca a decretação de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, bem como a reforma do acórdão prolatado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (fls. 882/896 e 914/917), mediante o qual se deu parcial provimento aos recursos ordinários de ambos os reclamados, com o fim de excluir da condenação o pagamento de indenização por dano moral, e se negou provimento ao apelo ordinário adesivo obreiro.

JURISPRUDÊNCIA

O recurso mereceu trâmite normal por meio da decisão monocrática exarada às fls. 953/955, tendo sido contra-arrazoado pelo 2º reclamado (Banco do Brasil; fls. 960/967) e também pela 1ª (ONDREPSB; fls. 968/973).

Dispensada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral do Trabalho, nos termos do art. 83 do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso de revista é tempestivo (fls. 918, 919 – fax, e 935 – original) e encontra-se firmado por advogado habilitado (fl. 8); custas a encargo dos reclamados (fl. 790).

Passo ao exame dos pressupostos intrínsecos da revista.

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

1. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DO JULGADO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A ora recorrente suscita a nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, invocando afronta ao art. 832 da CLT. Sustenta que o Tribunal *a quo*, apesar de instado via embargos declaratórios, deixou de esclarecer aspectos fáticos e jurídicos relacionados à postulação da indenização por dano moral derivado de assédio sexual supostamente cometido pelo gerente da agência bancária em desfavor da reclamante, que prestava serviços terceirizados, na condição de vigilante.

Para o exame da preliminar, impende transcrever os fundamentos desenvolvidos pelo Juízo Regional, primeiramente em sede de recurso ordinário; seguem:

“DANO MORAL (ANÁLISE CONJUNTA DO RECURSO DA PRIMEIRA RÉ (ONDREPSB) E DO SEGUNDO RÉU (BANCO DO BRASIL). Preconizam, os réus, a reforma da sentença por meio da qual

JURISPRUDÊNCIA

foram condenados ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 50.000,00. Sustentam, em seu arrazoado, que nenhuma prova cabal foi produzida nos autos que pudesse demandar a condenação em apreço. Destarte, a responsabilidade do agente pela indenização do ato por ele praticado ou a que deu causa tem suporte no art. 186 do Código Civil. Estabelece, outrossim, prefalado dispositivo legal, requisitos próprios para a caracterização idônea do dano extrapatrimonial sofrido, como também a conduta imputável ao empregador, na modalidade culposa ou dolosa, e o nexo de causalidade. Ausentes esses supostos, não há cogitar-se de responsabilizar o empregador pelo dano causado à obreira. Isto porque o fundamento do instituto repousa na teoria da responsabilidade aquiliana e afigura-se necessária à caracterização da prática de ato ilícito decorrente da inobservância dos requisitos retromencionados. Para determinar, portanto, se o ato do empregador enseja reparação por dano moral, necessário se faz analisar o fato em si, enquadrando-o em um dos bens tutelados constitucionalmente. A hipótese dos autos, entretanto, demonstra a total inexistência de prova que possa socorrer a tese defendida pela autora, no que tange ao fato de haver o empregador concorrido para o evento danoso, ainda que na modalidade culposa. Todos os atos ditos lesivos à honra, que pudessem ensejar o reconhecimento da prática de assédio moral e/ou sexual, não foram praticados pelo empregador da autora, nem tampouco por seu preposto. Os elementos dos autos apontam para esta conclusão. Em seu depoimento (fl. 324), a primeira testemunha inquirida por indicação da autora informa que o gerente do banco em que trabalhavam (segundo reclamado) assediava a autora com ‘cantadas’. Informou, outrossim, que, em uma ocasião, chamou a autora para o ‘banheiro, que ficava na mesma sala do monitoramento, e a autora voltou correndo dizendo que o mesmo tentou beijá-la’. *As demais testemunhas foram unânimes em dizer que o gerente do segundo réu (Banco do Brasil) ‘cantava’ a autora, ou mesmo que a assediava, sem, todavia, relatar quais os atos praticados pelo dito ofensor.* A autora, em seu depoimento, relatou ao Juízo que o relacionamento do gerente com os vigilantes era hostil. Disse ter sido ‘abordada pelo menos dez vezes pelo citado gerente’; algumas vezes pessoalmente e outras através do interfone. *Informou, outrossim, ter relatado ao fiscal de sua empregadora o assédio, e este teria solicitado que ela redigisse um relatório expondo a situação, aconselhando-a, inclusive, a registrar a ocorrência, ao que teria respondido ter ‘medo das consequências’.* Ressaltou, outrossim, ter o gerente em questão divulgado um suposto relacionamento amoroso entre a depoente e outro

JURISPRUDÊNCIA

funcionário do banco (fato confirmado pela terceira testemunha da autora)’ (fl. 326). *Feitas essas considerações, entendo que a prova oral não ampara a tese da autora, na medida em que todas as informações prestadas não indicam ter sido o alegado ‘assédio sexual’ praticado pelo seu empregador ou por seu preposto.* Para que alguém seja responsabilizado civilmente por um dano, é preciso que algum ato tenha sido praticado ou omitido, seja pelo próprio agente ou por pessoa pela qual ele seja responsável. Em que pese o procedimento do gerente do banco (tomador), não há prova nos autos de que a reclamada ou seus prepostos tenham praticado alguma ação ou omissão capaz de provocar dano à esfera da personalidade da reclamante. Não há, pois, como se responsabilizar civilmente uma pessoa sem a prova real e concreta (nem mesmo sob a forma de omissão) de uma lesão certa a determinado bem ou interesse jurídico. Assim, não estando evidenciado qualquer ato discriminatório por parte do empregador direcionado a prejudicar moralmente a empregada ou capaz de afrontar sua dignidade, honra ou imagem, tem-se descartada a hipótese de dano moral. Portanto, há de ser reformada a decisão em que restou deferido o pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00. Dou, pois, provimento no tocante a este item, para excluir da condenação a indenização por dano moral.” (fls. 890/893 – grifos apostos)

Nos embargos de declaração que se seguiram (fls. 898/910), a demandante voltou a defender a caracterização do assédio sexual e da unicidade contratual. Veiculou a ocorrência de contradição e de omissões de natureza fática quanto ao dano moral, reportando-se inclusive à sentença primitiva. Mencionou, ainda, os arts. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal e 186 do Código Civil.

O Regional, então, assim se pronunciou:

“DANOS MORAIS. Diz a embargante haver contradição no julgado, consistente no fato de a prova produzida no caderno processual ter sido unânime quanto ao reconhecimento do assédio sexual de que foi vítima a embargante, e o acórdão embargado ter se manifestado no sentido de inexistência de prova que pudesse ensejar a indenização pretendida. Sem razão, contudo. Em verdade, as razões dos embargos demonstram apenas o propósito da reavaliação do convencimento do Juízo, porquanto entende ser contrário às provas apresentadas. Todavia, a contradição que enseja a oposição de embargos deve ser encontrada textualmente na sentença ou acórdão embargados, não podendo ser relativa aos elementos de convicção do julgador quanto à análise das

JURISPRUDÊNCIA

provas testemunhais produzidas. Ademais, não são os embargos de declaração instrumentos hábeis a uma reavaliação do conjunto probatório, visto que qualquer pronunciamento adicional que vise à reapreciação da prova e sua respectiva valoração deve ser objeto de recurso próprio. Rejeito.” (fls. 915/916)

Não existe nulidade a declarar.

Em primeiro plano, tem-se que o prequestionamento ficto preconizado na Súmula nº 297, III, do TST ampara a discussão da matéria pelo prisma do disposto nos arts. 186 do NCC e 5º, V e X, da Constituição da República.

E, sobre o rechaço do assédio sexual propriamente dito, infere-se que a decisão proclamada pelo Juízo Regional tem suporte no princípio do livre convencimento do juiz, gravado no art. 131 do CPC, encontrando-se legitimamente fundamentada na prova e no próprio art. 186 do NCC. Não se pode supor que o TRT, soberano na fixação do quadro fático, tenha incorrido em omissão simplesmente por ter alterado a conclusão do Juízo de origem no que tange ao assédio sexual e aos danos morais alegados.

Nesse contexto, reafirma-se que a oposição dos embargos declaratórios objetivou infirmar a valoração da prova procedida pela Corte Regional, que resultou na reforma da sentença de origem, a qual acolhera o pleito de indenização por danos morais decorrentes de suposto assédio sexual.

Houve, assim, tão somente a proclamação de veredicto contrário aos interesses da parte, o que não se confunde com a recusa ao dever da plena outorga jurisdicional, constitucionalmente previsto.

Devidamente integralizada a jurisdição, permanece incólume o art. 832 da CLT.

Não conheço do recurso pela arguição de nulidade do acórdão recorrido por negativa de prestação jurisdicional.

2. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO SEXUAL CONFIGURADO. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

Voltemos aos fundamentos consignados pelo Tribunal *a quo* para refugar o assédio sexual e excluir a correspondente indenização por danos morais, acolhida na instância de origem:

“(…) a responsabilidade do agente pela indenização do ato por ele praticado ou a que deu causa tem suporte no art. 186 do Código Civil.

JURISPRUDÊNCIA

Estabelece, outrossim, prefalado dispositivo legal, requisitos próprios para a caracterização idônea do dano extrapatrimonial sofrido, como também a conduta imputável ao empregador, na modalidade culposa ou dolosa, e o nexo de causalidade. Ausentes esses supostos, não há cogitar-se de responsabilizar o empregador pelo dano causado à obreira. Isto porque o fundamento do instituto repousa na teoria da responsabilidade aquiliana e afigura-se necessária à caracterização da prática de ato ilícito decorrente da inobservância dos requisitos retromencionados. Para determinar, portanto, se o ato do empregador enseja reparação por dano moral, necessário se faz analisar o fato em si, enquadrando-o em um dos bens tutelados constitucionalmente. A hipótese dos autos, entretanto, demonstra a total inexistência de prova que possa socorrer a tese defendida pela autora, no que tange ao fato de haver o empregador concorrido para o evento danoso, ainda que na modalidade culposa. Todos os atos ditos lesivos à honra, que pudessem ensejar o reconhecimento da prática de assédio moral e/ou sexual, não foram praticados pelo empregador da autora, nem tampouco por seu preposto. Os elementos dos autos apontam para esta conclusão. *Em seu depoimento (fl. 324), a primeira testemunha inquirida por indicação da autora informa que o gerente do banco em que trabalhavam (segundo reclamado) assediava a autora com 'cantadas'. Informou, outrossim, que, em uma ocasião, chamou a autora para o 'banheiro, que ficava na mesma sala do monitoramento, e a autora voltou correndo dizendo que o mesmo tentou beijá-la'. As demais testemunhas foram unânimes em dizer que o gerente do segundo réu (Banco do Brasil) 'cantava' a autora, ou mesmo que a assediava, sem, todavia, relatar quais os atos praticados pelo dito ofensor. A autora, em seu depoimento, relatou ao Juízo que o relacionamento do gerente com os vigilantes era hostil. Disse ter sido 'abordada pelo menos dez vezes pelo citado gerente; algumas vezes pessoalmente e outras através do interfone. Informou, outrossim, ter relatado ao fiscal de sua empregadora o assédio, e este teria solicitado que ela redigisse um relatório expondo a situação, aconselhando-a, inclusive, a registrar a ocorrência, ao que teria respondido 'ter medo das consequências'. Ressaltou, outrossim, ter o gerente em questão divulgado um suposto relacionamento amoroso entre a depoente e outro funcionário do banco (fato confirmado pela terceira testemunha da autora)' (fl. 326). Feitas essas considerações, entendo que a prova oral não ampara a tese da autora, na medida em que todas as informações prestadas não indicam ter sido o alegado 'assédio sexual' praticado pelo seu empregador ou por seu preposto. Para que alguém seja responsabilizado civilmente por um dano, é*

JURISPRUDÊNCIA

preciso que algum ato tenha sido praticado ou omitido, seja pelo próprio agente ou por pessoa pela qual ele seja responsável. Em que pese o procedimento do gerente do banco (tomador), não há prova nos autos de que a reclamada ou seus prepostos tenham praticado alguma ação ou omissão capaz de provocar dano à esfera da personalidade da reclamante. Não há, pois, como se responsabilizar civilmente uma pessoa sem a prova real e concreta (nem mesmo sob a forma de omissão) de uma lesão certa a determinado bem ou interesse jurídico. Assim, não estando evidenciado qualquer ato discriminatório por parte do empregador direcionado a prejudicar moralmente a empregada ou capaz de afrontar sua dignidade, honra ou imagem, tem-se descartada a hipótese de dano moral. Portanto, há de ser reformada a decisão em que restou deferido o pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00. Dou, pois, provimento no tocante a este item, para excluir da condenação a indenização por dano moral.” (fls. 890/893 – grifos apostos)

Opostos embargos de declaração, o Regional reafirmou tal entendimento, sem nada acrescentar de relevante (fls. 915/916).

A ora recorrente articula violação dos arts. 1º, III, e 5º, III, V e X, ambos da Constituição Federal, e 186, 927 e 932, III, do NCC, além de acostar isolado aresto à instauração de divergência jurisprudencial. Ressalta não pretender a reapreciação da prova e, centrada em alegações de cunho estritamente fático, busca a admissibilidade do apelo sob a óptica da violação direta aos referidos preceitos, bem como da dissensão pretoriana. Eis um excerto das resumidas razões operárias: “O gerente do SERET, a quem estava subordinada a recorrente, configura ou não a situação de empregador prevista no art. 932, inciso III, do Código Civil? E os superiores da empresa prestadora de serviços que contrataram a reclamante e a colocaram a trabalhar no banco, omissos quanto ao assédio sexual e moral sofridos pela mesma? Possuir um companheiro, com quem vive maritalmente, e ser ‘cantada’ por seu superior hierárquico, com propostas de deixar seu companheiro pobre para viver com um gerente rico; ter suas pernas focadas por câmera, resistir ao assédio e passar por humilhação, (...) e difamada por manter relação com outro funcionário do banco, viola ou não a honra e a imagem de uma mulher; caracteriza ou não tratamento desumano e degradante; assegura ou não indenização por dano moral, a prática de ato ilícito?” (fls. 943/947).

À análise.

O assédio sexual encerra temática que gera desdobramentos e consequências nos planos criminal, civil, trabalhista e administrativo.

JURISPRUDÊNCIA

Sem, portanto, perder de vista a complexidade do assunto, cumpre transpor a sua macroimportância para a especificidade do caso ora sob exame, a fim de juridicamente demonstrar a efetiva ocorrência de assédio sexual e de danos morais decorrentes, bem assim o direito da reclamante à indenização reparatória postulada.

A “insistência impertinente em relação a alguém”, acepção atribuída ao verbete “assédio”, no *Dicionário Eletrônico Houaiss*, foi agregada à intenção com fins sexuais e tipificada como crime no Brasil mediante a edição da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001, que acresceu ao Código Penal (DL 2.848/1940) o art. 216-A, redigido nos seguintes termos:

“Assédio sexual

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.”

O texto, apesar de inserido no Capítulo I, “Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual”, refere-se somente à superioridade hierárquica ou ascendência em razão do exercício de emprego, cargo ou função, o que torna o assédio sexual, no Brasil, típico das relações de trabalho.

É certo que a maioria das nações inclui tal conduta na legislação de natureza civil ou trabalhista. Tanto assim que a Organização Internacional do Trabalho – OIT, sensível à problemática, enumera algumas das consequências do assédio nas relações de trabalho (“Documento sobre a Violência contra a Mulher”) e assim conceitua este tipo de desvio de comportamento:

“Assédio sexual – insinuações, contatos físicos forçados, convites ou pedidos impertinentes, por exemplo – deve apresentar pelo menos uma das seguintes características: (1) ser claramente uma condição para dar ou manter o emprego; (2) influir nas promoções ou na carreira do assediado; (3) prejudicar o rendimento profissional, humilhar, insultar ou intimidar a vítima.”

Segundo a OIT, portanto, o assédio sexual necessariamente envolve insinuações, contatos físicos forçados, que devem se caracterizar como condição para conceder ou manter emprego, influir na vida profissional do assediado e prejudicá-lo nas esferas da sua individualidade e perante o meio social em que vive.

JURISPRUDÊNCIA

O Novo Código Civil, ao tratar “Da Responsabilidade Civil”, Título IX, no Capítulo I, “Da Obrigação de Indenizar”, preceitua que:

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.”

Já a Consolidação das Leis do Trabalho, conquanto não disponha especificamente sobre a matéria, traz em seus arts. 482 e 483 a possibilidade de o contrato ser rescindido, direta ou indiretamente, quando se verificar a prática de atos lesivos da honra e da boa fama.

E, como sustentáculo dessa legislação, a Constituição Federal, nos Títulos I e II, “Dos Princípios Fundamentais” e “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e no Capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, arts. 1º, incisos III e IV, e 5º, V e X, textualmente estabelece que:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

(...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

JURISPRUDÊNCIA

A partir desse ligeiro panorama jurídico-legislativo, somado à reiteração das ocorrências de assédio sexual, a doutrina e a jurisprudência trabalhista consagraram elementos essenciais à configuração do assédio sexual no trabalho; mesmo porque necessários para diferenciá-lo do assédio moral propriamente dito (*mobbing*, p. ex.) e de condutas naturais ao cotidiano do bom e saudável ambiente de trabalho, ética e moralmente aceitas. Tais elementos são os seguintes:

- Presença da vítima (assediada) e do agente (assediador);
- Comportamento incômodo e repellido;
- Reiteração da prática de assédio; e
- Relação de emprego ou de hierarquia, ou mesmo de ascendência (“poder de influência”) profissional, quando ausente o vínculo hierárquico direto.

No caso em tela, o quadro fático delineado pelo Tribunal Regional é suficiente para denunciar a presença dessas condicionantes, sem receio de quebra do princípio da intangibilidade da prova em grau recursal extraordinário.

Com efeito, voltemos ao pertinente trecho do acórdão revisado, acima já destacado:

“Em seu depoimento (fl. 324), a primeira testemunha inquirida por indicação da autora informa que o gerente do banco em que trabalhavam (segundo reclamado) assediava a autora com ‘cantadas’. Informou, outrossim, que, em uma ocasião, chamou a autora para o ‘banheiro, que ficava na mesma sala do monitoramento, e a autora voltou correndo dizendo que o mesmo tentou beijá-la’. As demais testemunhas foram unânimes em dizer que o gerente do segundo réu (Banco do Brasil) ‘cantava’ a autora, ou mesmo que a assediava, sem, todavia, relatar quais os atos praticados pelo dito ofensor. A autora, em seu depoimento, relatou ao Juízo que o relacionamento do gerente com os vigilantes era hostil. *Disse ter sido ‘abordada pelo menos dez vezes pelo citado gerente; algumas vezes pessoalmente e outras através do interfone. Informou, outrossim, ter relatado ao fiscal de sua empregadora o assédio, e este teria solicitado que ela redigisse um relatório expondo a situação, aconselhando-a, inclusive, a registrar a ocorrência, ao que teria respondido ‘ter medo das consequências’. Ressaltou, outrossim, ter o gerente em questão divulgado um suposto relacionamento amoroso entre a depoente e outro funcionário do banco (fato confirmado pela terceira testemunha da autora)’* (fl. 326).” (fls. 891/892 – grifos apostos)

JURISPRUDÊNCIA

Ora, a presença da assediada e do assediador é indiscutível; o comportamento incômodo e repellido, bem como a reiteração da prática do assédio, traduzem-se não nas “cantadas”, mas no fato de o gerente ter abordado a reclamante “pelo menos dez vezes (...) algumas vezes pessoalmente e outras através do interfone”, e de haver tentado beijá-la em pleno local de trabalho; e a relação de ascendência profissional também é inconteste, tendo em vista o cargo de gerente ostentado pelo assediador, e a prestação de serviços de vigilância bancária, pela reclamante, por meio de contrato de terceirização. Sem contar a divulgação de suposto relacionamento amoroso entre a demandante e outro funcionário do banco, igualmente cometido pelo mesmo gerente e confirmada via testemunha.

Nesse contexto, não há dúvida de que a reclamante se viu invadida na intimidade, na vida privada, na imagem, na honra e, em última análise, na dignidade da sua pessoa como trabalhadora, refletindo, pois, nos valores sociais do trabalho. Contrariamente, portanto, aos princípios e direitos fundamentais gravados nos arts. 1º, III e IV, e 5º, X, da Constituição da República.

Resta, em prosseguimento, avaliar a postura adotada pelo empregador, observada a terceirização havida na espécie, a fim de aquilatar e fixar a responsabilidade pelo dano causado à reclamante.

Quando se instaura a situação de assédio sexual no ambiente de trabalho, são inegáveis a queda de qualidade nas relações de trabalho e a tendência a que o ambiente laboral se torne perverso, estressante e improdutivo, entre outras eventuais implicações de natureza negativa, com o conseqüente declínio das metas e da qualificação dos serviços prestados.

Por isso o Judiciário Trabalhista recomenda, com intensidade constante e progressiva, que as empresas adotem, a título de prevenção da ocorrência de quadros de assédio sexual (e também moral), o desenvolvimento de políticas de recursos humanos que privilegiem o esclarecimento, o diálogo e a democratização das decisões, além de buscarem estabelecer um “canal de comunicação” direto com os empregados, a fim de que as vítimas possam transmitir esses quadros para os escalões superiores da empresa, proporcionando que estas possam coibir a configuração de quadros de assédio sexual e moral.

Na hipótese em apreço, soa irrazoável conceber como legítimas e eficazes as atitudes (ou a ausência delas) assumidas tanto pela ONDREPSB, prestadora dos serviços de vigilância bancária, quanto pelo tomador desses serviços, o Banco do Brasil S.A.

Mormente na hipótese de terceirização, não pode a prestadora de serviços restringir-se a apenas sugerir que a assediada relate ou mesmo faça a ocorrência,

JURISPRUDÊNCIA

sem qualquer espécie de contrapartida jurídica ou administrativa interna que efetivamente atenda ao fim maior da preservação da honra, da intimidade, da imagem, da personalidade e da dignidade da assediada.

Nesse passo, igualmente se tem por reprovável a conduta do tomador dos serviços, o Banco do Brasil S.A., que, ciente dos acontecimentos na unidade da qual o assediador era gerente, simplesmente põe-se a resguardar a instituição bancária (exponencial, diga-se), sem, no entanto, procurar extirpar o mal e, com isso, promover a integridade ética e moral no ambiente da agência da qual a reclamante *acabou sendo demitida*, poupando-lhe dos danos de natureza personalíssima aos quais acabou sendo submetida.

Assim é que o Banco do Brasil, na qualidade de empregador direto do gerente assediador, o qual, no exercício dos seus misteres, atua como preposto do banco, ficou omissivo em coibir o quadro de assédio sexual, e, por conseguinte, deve ser responsabilizado, nos termos do art. 932, III, do NCC, ainda que de forma subsidiária.

Pedagogicamente, com a determinação do pagamento de indenização reparatória aos danos morais causados à reclamante, busca-se a adoção de políticas reais de recursos humanos, adequadas à responsabilidade ostentada pelos empregadores enquanto ativos partícipes e fomentadores do contrato social e dos valores sociais do trabalho.

Fundamentos pelos quais conheço do recurso de revista, por violação dos arts. 5º, X, da Constituição Federal e 932, III, do Código Civil.

3. UNICIDADE CONTRATUAL

Relativamente à unicidade contratual, assim decidiu a Corte *a quo*:

“UNICIDADE CONTRATUAL. SUCESSÃO. Em sede recursal, vem a recorrente renovar a tese de sucessão entre a primeira ré e as empresas Metropolitana Catarinense de Segurança Ltda. e Linger – Empresa de Vigilância Ltda., requerendo a sua responsabilização pelas verbas trabalhistas devidas durante toda a contratualidade. Não prospera a pretensão. Inicialmente, cumpre ponderar não ter ocorrido, *in casu*, transferência da titularidade de uma organização, com a continuidade da sua atividade econômica e alteração concreta do contrato de trabalho celebrado. Nessa perspectiva, de plano, não se verifica possível considerar a empresa ONDREPSB como sucessora na relação de emprego, que foi extinta pela despedida com as empresas Metropolitana e Linger. Não se trata, aqui, da hipótese prevista nos arts. 10 e 448 da

JURISPRUDÊNCIA

CLT, pois não houve alteração na estrutura jurídica da empresa ou transferência da sua titularidade. Em verdade, ocorreram contratos de prestação de serviços distintos. O fato de um contrato com determinada empresa prestadora suceder a outro no tempo não implica assunção de responsabilidade para a empresa que lhe seguiu como prestadora de serviços, mediante contratação regular, ainda que seja a mesma atividade empreendida na relação de terceirização. Não ocorreu mudança significativa que pudesse atingir os contratos de trabalho, independentemente da continuidade da prestação de serviços pelos trabalhadores. Sobre o tema, insta ressaltar o entendimento do ilustre jurista Délio Maranhão (In: *Direito do Trabalho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988. p. 78), assim expresso: ‘Para a caracterização de sucessão de empregadores, necessária é a conjugação de dois requisitos: a) que uma unidade econômico-jurídica passe de um para outro titular; b) que não haja solução de continuidade na prestação de serviços. Nessa quadra, tem-se que os elementos de prova produzidos nos autos corroboram a tese sustentada pela empregadora, da inexistência de sucessão, produzindo o convencimento deste Juízo. Nego provimento.’ (fls. 893/895)

E, ao responder os declaratórios obreiros, reiterou o Regional que:

“UNICIDADE CONTRATUAL. Diz a embargante ter o v. acórdão omitido que a prestação laboral da embargante, em favor do Banco do Brasil, não sofreu solução de continuidade, na medida em que as empresas prestadoras de serviço se sucediam na pactuação, permanecendo a autora no mesmo local e na mesma função. Quanto a esta questão, melhor sorte não lhe assiste. Com efeito, este fato resultou inequívoco, também, ao esclarecer o julgado que: ‘(...) não se verifica possível considerar a empresa ONDREPSB como sucessora na relação de emprego, que foi extinta pela despedida com as empresas Metropolitana e Linger. Não se trata, aqui, da hipótese prevista nos arts. 10 e 448 da CLT, pois não houve alteração na estrutura jurídica da empresa ou transferência de sua titularidade. (...) não ocorreu mudança significativa que pudesse atingir os contratos de trabalho, *independentemente da continuidade da prestação de serviços pelos trabalhadores*’ (fl. 894 – grifei). Não há falar, portanto, em omissão no acórdão objurgado. O que busca a embargante, de fato, é a reforma do julgado, não sendo este o meio processual cabível. Assim, diante da inexistência dos requisitos previstos no art. 535 do CPC ou no art. 897-A da CLT, rejeito os presentes embargos.” (fls. 916/917)

JURISPRUDÊNCIA

A recorrente argumenta que essa conclusão implica divergência pretoriana com os três arestos acostados nesse intento. Insiste em defender que “seu contrato de trabalho não sofreu solução de continuidade” (fls. 947/950).

Não vinga o apelo.

O Regional foi transparente em asseverar que:

“Cumpre ponderar não ter ocorrido, *in casu*, transferência da titularidade de uma organização, com a continuidade da sua atividade econômica e alteração concreta do contrato de trabalho celebrado. Nessa perspectiva, de plano, não se verifica possível considerar a empresa ONDREPSB como sucessora na relação de emprego, que foi extinta pela despedida com as empresas Metropolitana e Linger. Não se trata, aqui, da hipótese prevista nos arts. 10 e 448 da CLT, pois não houve alteração na estrutura jurídica da empresa ou transferência da sua titularidade. Em verdade, ocorreram contratos de prestação de serviços distintos.” (fls. 893/894)

Essa foi a fundamentação central e decisiva assumida pela Corte Regional, que, perante a certeza dos pontos de vista fático e jurídico, da inocorrência de alteração na estrutura jurídica da empresa ou de transferência da sua titularidade, tornou secundária a abordagem sob o ângulo da solução de continuidade na prestação dos serviços, justificando a afirmativa no sentido de o deslinde da matéria, exclusivamente por isso, não depender do aspecto da continuidade da prestação de serviços pelos trabalhadores.

Os paradigmas ditos divergentes não infirmam esse panorama fático e jurídico e ainda se revestem de caráter genérico. Padecem, portanto, de especificidade, à luz de jurisprudência sedimentada nas Súmulas ns. 296, I, e 23 do Tribunal Superior do Trabalho.

Em suma, não conheço.

II – MÉRITO

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO SEXUAL CONFIGURADO. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

No mérito, a consequência do conhecimento do recurso com esteio na alínea *c* do permissivo consolidado é o seu provimento, para restabelecer a sentença de origem, no que tange à condenação dos reclamados, de forma subsidiária, ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da

JURISPRUDÊNCIA

configuração de assédio sexual no trabalho (fls. 789/790), todavia, reduzindo o valor a R\$ 30.000,00, suficiente para atender seu caráter compensatório, pedagógico e preventivo.

Restabelece-se o ônus da sucumbência a encargo dos réus.

Isto posto,

Acordam os Ministros da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, no tocante à indenização por danos morais – assédio sexual configurado – terceirização de serviços, por violação dos arts. 5º, X, da Constituição Federal e 932, III, do Código Civil, a fim de, no mérito, dar-lhe provimento, para restabelecer a sentença de origem no que tange à condenação dos reclamados, de forma subsidiária, ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da configuração de assédio sexual no trabalho (fls. 789/790), reduzindo, entretanto, o valor para R\$ 30.000,00; e não conhecer do recurso quanto aos demais títulos, a saber: arguição de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional; e unicidade contratual. Restabelece-se o ônus da sucumbência a encargo dos réus.

Brasília, 24 de março de 2010. *Dora Maria da Costa*, relatora.

Índice Temático

ÍNDICE TEMÁTICO

Ação civil pública. Ministério Público. Intervenção de terceiro	187
Acordo coletivo de trabalho. Prorrogação	192
Cooperativas. Intermediação. Atividade-fim	199
Dissídio coletivo. Garantia de emprego. Doença profissional	215
Enquadramento sindical. Terceirização	230
Estabilidade sindical. Suplente	238
Mandado de segurança. Liminar. Fundação de sindicato	247
Terceirização. Norma coletiva. Validade	251
Trabalho em feriados. Ausência de previsão em convenção coletiva	271