

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL E SOCIEDADE

**O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO
SUBSIDIÁRIO DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL: DA AUTONOMIA
NEGOCIAL COLETIVA À EFETIVIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS**

CAROLINE FERREIRA FERRARI

Brasília - DF

2014

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL E SOCIEDADE**

**O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO
SUBSIDIÁRIO DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL: DA AUTONOMIA
NEGOCIAL COLETIVA À EFETIVIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS**

CAROLINE FERREIRA FERRARI

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre.

Orientadora: Professora Doutora Julia Maurmann Ximenes.

Coorientador: Professor Doutor Roberto Freitas Filho.

Palavra-Chave: Direitos Sociais.

Brasília - DF

2014

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL E SOCIEDADE**

**O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO
SUBSIDIÁRIO DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL: DA AUTONOMIA
NEGOCIAL COLETIVA À EFETIVIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS**

CAROLINE FERREIRA FERRARI

Orientadora: PROFESSORA DOUTORA JÚLIA MAURMANN XIMENES

Data de defesa: _____.

Resultado: _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Professor Doutor _____.

Membro: Professor Doutor _____.

Membro: Professor Doutor _____.

"A verdadeira paz não é apenas a ausência de tensão, mas a presença de justiça."

"True peace is not merely the absence of tension, it is the presence of justice."

Martin Luther King Junior.

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelas palavras de incentivo, em especial à minha avó Lucia, ao meu avô Perazzo e ao meu esposo Paulo.

Ao professor Doutor Roberto Freitas, pela atenção.

À professora Doutora Julia Maurmann Ximenes, por me ter estimulado a questionar o meu objeto de pesquisa com um olhar mais crítico.

Aos colegas de mestrado, em especial Francisco Brum, Maria Amélia e Flávia Pollyana, pelo convívio saudável e enriquecedor.

RESUMO

A presente pesquisa teve como enfoque o direito de acesso à justiça em correlação com a efetividade de direitos trabalhistas. Questionou-se acerca da pertinência do poder normativo da Justiça do Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro. Com o fito de responder à indagação proposta, foi apreciada a jurisprudência do TST sobre o papel da Justiça do Trabalho para a implementação dos direitos sociais, demonstrando-se, destarte, a influência das correntes contratualista e institucionalista sobre o pensamento dominante daquele Tribunal, relacionando-se, por conseguinte, três categorias teóricas: autonomia coletiva, poder normativo e justiça social. Para tanto, apoiou-se na técnica de análise de conteúdo, com identificação dos elementos decisórios reunidos num mesmo contexto, conectados pela frequência ou relevância. Por fim, propôs-se a manutenção desta peculiar atribuição de pacificação dos conflitos coletivos.

Palavras-chave: Autonomia Coletiva. Poder Normativo. Acesso à Justiça. Técnica de Análise de Conteúdo. Efetividade. Direitos Sociais.

ABSTRACT

This research centres on the right of access to justice in connection with the effectiveness of labor rights. It asked about the appropriateness of the normative power of the Labor Courts in the Brazilian legal system. With the aim to answer the question proposed, TST's case law on the Labor Justice role in the implementation of social rights was appreciated demonstrating, thus, the influence of contractarian and institutionalist theories on the dominant thought of that Court, relating therefore, three theoretical categories: collective autonomy, normative power and social justice. For this purpose, it leaned on the content analysis technique, identifying the decision-making elements together in one context, connected by the frequency or relevance. Finally, it was proposed to maintain this peculiar jurisdiction to pacify collective conflicts.

Keywords: Collective Autonomy. Normative Power. Access to Justice. Content Analysis Technique. Effectiveness. Social Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIN Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIPO Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
Art. Artigo
Arts. Artigos
CRFB/1988 Constituição da República Federativa do Brasil
CLT Consolidação das Leis do Trabalho
DJ Diário de Justiça
DJe Diário de Justiça Eletrônico
EC Emenda Constitucional
IDP Instituto Brasiliense de Direito Público
Min. Ministro
MI Mandado de Injunção
n. Número
OIT Organização Internacional do Trabalho
OJ Orientação Jurisprudencial
P. Página
Ref. Referência
STF Supremo Tribunal Federal
TRT Tribunal Regional do Trabalho
TST Tribunal Superior do Trabalho
V. Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A ORGANIZAÇÃO SINDICAL NO DIREITO BRASILEIRO	16
1.1 SINDICATOS: CONCEITO	16
1.2 A QUESTÃO DA REPRESENTATIVIDADE DOS SINDICATOS	22
1.3 O DIREITO DE LIBERDADE E AUTONOMIA SINDICAIS	30
2. A NEGOCIAÇÃO COLETIVA	41
2.1 UMA PERSPECTIVA LUHMANNIANA DO PROCEDIMENTO NEGOCIAL COMO MECANISMO DE LEGITIMIDADE E CONTROLE DE DECISÕES	45
2.2 AS FONTES DO DIREITO DO TRABALHO E O PLURALISMO JURÍDICO ----	49
2.3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO HIPOSSUFICIENTE E A HIERARQUIA DAS FONTES NO DIREITO DO TRABALHO	57
2.4 CONTRATUALISTAS X INSTITUCIONALISTAS: A CIZÂNIA ITALIANA ACERCA DA AUTONOMIA COLETIVA	60
2.5 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA E O CONTRATO COLETIVO DE TRABALHO --	67
2.6 A AUTONOMIA COLETIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO TST: TÉCNICA DA ANÁLISE DE CONTEÚDO	72
3. O DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA E O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO	83
3.1 CONCEITO DE PODER NORMATIVO	83
3.2 O DISSÍDIO COLETIVO	87
3.3 ANÁLISE DO ART.114, §2º, DA CRFB/1988 MODIFICADO PELA EC 45/2004: A EXIGÊNCIA DO "COMUM ACORDO"	88
3.4 A SENTENÇA NORMATIVA	93
3.5 O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO STF	96
3.6 A OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL E O PROBLEMA DA INEFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS	101
3.6.1 Espécies de omissão: a inércia total e parcial	105

3.6.2 Mecanismos de controle judicial: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção -----	107
3.6.3 Decisões em controle de constitucionalidade por omissão e o poder normativo da Justiça do Trabalho -----	112
4. O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO SUBSIDIÁRIO DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL -----	119
4.1 A DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO E AS TRÊS ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA -----	121
4.2 JUSTIÇA SOCIAL E PODER NORMATIVO -----	126
4.3 O ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO COMO MECANISMO DE EQUILÍBRIO DAS RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO -----	130
CONCLUSÃO -----	141
REFERÊNCIAS -----	145

INTRODUÇÃO

A presente dissertação busca elucidar o problema da falta de representatividade e de concreta autonomia das organizações sindicais no Brasil, propondo-se, ao final, a construção de um modelo processual que não implique em obstrução da garantia de acesso à justiça substantiva e assegure a efetividade dos direitos sociais.

Não obstante se reconheça a existência inicial de uma concepção do direito público oriunda da teoria privada, quando então o seu papel, desprovido de qualquer conteúdo próprio, refletia "*a legalidade privada, presidida pela troca de equivalentes entre indivíduos livres*"¹, a pesquisa em apreço parte de uma concepção mais atual da vertente publicista, de cunho constitucional e focada na implementação de direitos fundamentais. Concentrar-se-á, assim, na relação articulada entre trabalhadores, sindicatos e poder público - afastada de qualquer espécie de "*ideologia de outorga*"² ou limitativa do movimento operário - para, ao final, propor-se a utilização e reelaboração do poder normativo da Justiça do Trabalho como mecanismo de efetividade de direitos sociais, através da harmonização entre os meios de produção e o trabalho humano, sem que haja a absorção do privado pelo público ou vice-versa.

Neste contexto, a interferência estatal no campo privado pode se operar através de uma postura proativa, com o direcionamento de incentivos para ramos específicos da economia ou até mesmo a "juridicização" das relações sociais³, quanto então a regulamentação das relações de trabalho é trazida ao abrigo do Direito. Mas a adoção de medidas interventivas pelo Estado não cessa com a blindagem jurídica, porquanto a mera previsão formal (leia-se na lei) não é o bastante para que, na prática, tais direitos sejam efetivados, caso em que a tutela judicial se apresentará como instrumento de acesso à justiça social, ou seja: de efetivação de direitos. Isto porque o papel do Estado não se limita à

¹ VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p.37.

² VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p.62.

³ A ideia de "juridicização" aqui empregada representa a regulamentação jurídica das relações sociais, ou seja, a submissão de tais questões ao crivo do Direito. Sobre o tema, vide: XIMENES, Júlia Maurmann. *A judicialização da política e a democracia – o papel do campo jurídico*. RIDB, Ano 1 (2012), nº 11.

proteção contra intervenções abusivas, mas assume também uma função positiva, conhecida pela sua dimensão prestacional e sedimentada por meio da proibição de proteção insuficiente.⁴

No âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, os dissídios se classificam, essencialmente, em duas vertentes: a) dissídio de natureza econômica ou de interesse, através do qual se busca melhores condições de trabalho e a estipulação de um patamar remuneratório que atenda a realidade social das categorias profissional e econômica envolvidas, bem como b) dissídio de natureza jurídica ou de direito, quando se investiga o alcance interpretativo das cláusulas inseridas nos instrumentos normativos celebrados pelos parceiros sociais, função esta primordialmente jurisdicional.⁵

Assim é que, para solução da cizânia coletiva de natureza econômica, criou-se o poder normativo da Justiça do Trabalho. De origem autoritária e com previsão inicial na *Carta del Lavoro* de 1927, o poder normativo foi consagrado pelo ordenamento jurídico italiano um ano antes, em 03 de abril de 1926 pela Lei 563, e tinha por objetivo a contenção de movimentos associativos⁶ e o seu controle pelo Estado.⁷ Ingressou no ordenamento jurídico brasileiro de forma implícita por meio da Constituição Federal de 1937, que previu a competência de um órgão específico para a solução de conflitos trabalhistas, sendo mais tarde incorporado à Consolidação da Leis do Trabalho (Decreto-lei 5.452 de 1943).⁸ Apenas a partir da Constituição de 1946, o poder normativo passou a ter previsão constitucional, a qual, além de elevar a Justiça do Trabalho a órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário, conferiu a esta especializada a possibilidade de "ditar" normas e condições de trabalho - atribuição esta conservada pela Constituição de 1967 e Emenda n.º 1 de 1969.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4. ed. Saraiva, 2012, p.464.

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.1274.

⁶ DOS SANTOS, Ronaldo Lima. *Sindicatos e Ações Coletivas - Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014, p.285.

⁷ A tutela estatal era imposta sobre essa peculiar entidade de interesse dos trabalhadores e empregadores - o sindicato. A pretexto de proteger o polo hipossuficiente da relação, tal controle visava o manifesto domínio das forças de produção pelas classes dominantes. Nesse sentido, observa Werneck Vianna que: "*A ideologia da outorga será, sem dúvida, resultante de um pacto. Porém, não entre o Estado e as classes subalternas, e sim entre as diferentes facções das classes dominantes. Nele, liberais de diferentes procedências, como o fordista da indústria, o legal-formal e livre-cambista no setor agrário-exportador e o puramente tático do catolicismo integral, repelindo-se mutuamente, declinam dos seus postulados para se reencontrarem - eles também - sob controle estatal.*" VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p.62.

⁸ Como cediço, a Justiça do Trabalho somente foi criada pela Constituição de 1934 e instalada alguns anos depois, pelo Decreto-lei 1.237, em 1941, como órgão subordinado ao Ministério do Trabalho e responsável pelo processamento e julgamento de demandas individuais e coletivas.

Além de prever a ação coletiva, a Constituição Federal de 1988, por meio do seu art. 114, § 2º, manteve o poder normativo da Justiça do Trabalho, atribuindo-lhe a função "atípica" de, em sede de dissídio coletivo de natureza econômica, "criar" normas gerais e abstratas incidentes sobre as relações sociais, direcionadas para o aprimoramento das condições de trabalho e remuneração.⁹

Ocorre que a partir da EC n.º 45 de 2004, que modificou o suscitado dispositivo constitucional, privilegiou-se a negociação coletiva de trabalho e a arbitragem como mecanismos de solução de conflitos coletivos, fato este que tem ensejado divergência doutrinária sobre a manutenção e pertinência do poder normativo laboral no ordenamento jurídico brasileiro, que, para alguns, teria sido suprimido.¹⁰ Deste modo, não há consenso doutrinário a respeito da extensão, relevância e legitimidade do poder normativo juslaboral, compreendido pelo movimento contratualista como resíduo de um modelo autoritário de estado, que não mais se justifica no cenário democrático brasileiro.

Diante desta celeuma acerca da legitimidade e pertinência do poder normativo da Justiça do Trabalho, a pesquisa em apreço se propõe a elucidar a sua função e importância para a pacificação dos dissídios coletivos de natureza econômica e equilíbrio das relações sociais, partindo-se do seguinte questionamento: Considerando-se que após a EC n.º 45 de 2004 foi conferida à negociação coletiva contundente primazia, com a exigência de "comum acordo" para ajuizamento do dissídio coletivo e, por conseguinte, redução da intervenção estatal nas questões sociais,¹¹ em que medida a limitação do poder normativo da Justiça do Trabalho contribui para o fortalecimento da autonomia privada coletiva e implementação de um garantismo negociado?¹²

⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10 ed. LTr, 2012, p.1214.

¹⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10 ed. LTr, 2012, p.1214

¹¹ Para o professor Enoque Ribeiro dos Santos: "É nosso entendimento que o poder normativo deva ser aperfeiçoado no sentido de se restringir à interpretação de normas e cláusula dos instrumentos coletivos de trabalho e julgamento de lides eminentemente jurídicas, remetendo aos próprio atores sociais, por meio da negociação coletiva de trabalho, os conflitos de natureza econômica, envolvendo salários, condições de remuneração etc." (In: DOS SANTOS, Enoque Ribeiro. *Dissídio Coletivo de Trabalho*. MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. (Organizadores). Estudos Aprofundados. MPT. Editora Juspodivm. 2. ed. 2013, p.1.426/1.427)

¹² Garantismo negociado deve ser entendido aqui como a qualidade atribuída ao contrato coletivo de trabalho - decorrente da autonomia privada coletiva deferida às partes envolvidas no conflito -, que não implique em retrocesso de direitos trabalhistas ou garantias já conquistadas. (Vide: MASSONI, Túlio de Oliveira. *O Lugar do Sindicalismo no Novo Direito do Trabalho: A Ação Sindical para além da Fábrica*. MANNRICH, Nelson (Coordenador). Reforma do mercado de trabalho: a experiência italiana. São Paulo: LTr, 2010).

Com o fito de responder ao questionamento supra, o presente trabalho se subdividiu em 4 capítulos.

No primeiro capítulo foram abordados os sujeitos e os problemas de representatividade enfrentados pelas entidades sindicais no Brasil. Demonstrou-se, destarte, que a opção pelo modelo da unicidade sindical, em detrimento de um sistema pluralista, tem importado no enfraquecimento do movimento associativo laboral, com ofensa, inclusive, à ideia de liberdade negativa, de onde se infere o direito de livre filiação e desfiliação do trabalhador à organização sindical.¹³

Já no segundo capítulo procurou-se elucidar a negociação coletiva como mecanismo de pacificação dos conflitos sociais e como fato sociológico legitimador da tutela judicial, levando-se em consideração as ideias de Niklas Luhmann a respeito de legitimação pelo procedimento. Ressaltou-se também a autonomia negocial e a contratação coletiva de trabalho à luz da clássica dicotomia entre publicistas e privatistas - autonomia esta de origem italiana e ajustada num contexto de pluralismo jurídico.

No terceiro capítulo tratou-se do conceito de poder normativo e do seu principal produto: a sentença normativa, com enfoque sobre o princípio da reserva legal como obstáculo à criação normativa nos dissídios coletivos, além da exigência, a partir da EC n.º 45 de 2004, do "comum acordo" para a instauração da instância. Destacou-se, de outro modo, a importância de se aproximar a realidade social e a ordem jurídica para a concretização da Constituição.¹⁴

Por fim, no quarto capítulo buscou-se uma resposta ao questionamento acima levantado com supedâneo no movimento das "três ondas renovatórias" de acesso à justiça disseminado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, relacionando-se, para tanto, três categorias teóricas: autonomia coletiva, poder normativo e justiça social¹⁵, as quais foram

¹³ Foram colhidos dados do Projeto CEPAL/PNUD/OIT sobre a percentagem de sindicalização dos trabalhadores; estudos do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos - DIEESE a respeito de prováveis avanços nas negociações coletivas de trabalho no Brasil; relatório da Organização Internacional do Trabalho - OIT acerca do perfil do labor nas unidades da federação brasileira; e informações do site do TST sobre o número de dissídios coletivos ajuizados nos últimos anos.

¹⁴ Vide: HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p.13.

¹⁵ Segundo GRIMM: "[...] a constituição funciona como moldura ou uma base para o exercício do poder legítimo. A submissão dos governantes aos princípios elaborados pelo povo é a função manifesta da constituição. Por essa razão, a constituição enseja pleitos fundados na distinção entre poder legítimo e ilegítimo. Questões tais como se uma pessoa ou grupo de pessoas podem exercer o poder em nome do povo, ou

construídas ao longo da presente investigação científica, e, ao final, conjugadas no intuito de responder ao problema inicial proposto. Dispôs-se, desse modo, do "*embasamento teórico para a solução do problema*"¹⁶ e "*construção do conhecimento científico*".¹⁷

No mais, para obtenção de um resultado conciso, a presente pesquisa se apoiou na técnica de análise de conteúdo, com a aproximação entre os campos teórico e prático por meio do exame de julgados, cujo objetivo foi "*a explicitação e sistematização do conteúdo das mensagens e da expressão deste domínio*".¹⁸ Isto é, foi apreciada a jurisprudência do TST, demonstrando-se, destarte, a influência das correntes contratualista e institucionalista sobre o pensamento dominante daquele Tribunal. Sob esse enfoque, a técnica em questão propôs, assim, a apreciação dos fundamentos decisórios através da coleta de dados, permitindo-se a compreensão crítica do papel do Poder Judiciário, sem desmerecer as demais soluções possíveis. Nesse contexto, identificaram-se os elementos decisórios reunidos num mesmo contexto, conectados pela frequência ou relevância e, ao final, expôs-se os argumentos (ainda que não expressos) do posicionamento uniforme da Corte Trabalhista, conforme julgados selecionados no Capítulo 2.¹⁹

Como se vê, o objeto de estudo em destaque compreende a garantia constitucional de acesso à justiça em correlação com a efetividade dos direitos sociais previstos no Capítulo II, Título II, da Constituição Federal de 1988²⁰, enquadrando-se, por

se determinado ato é válido ou não, têm fundamentado na constituição." GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. Revista de Direito de Estado. Ano 1, n.4, out/dez, 2006, p.7.

¹⁶ XIMENES, Júlia Maurmann; BARROS, Janete Ricken. *O Marco Teórico – articulando as categorias teóricas em uma pesquisa jurídica*, p.15-16. Artigo apresentado no XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em João Pessoa. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a9eb2f1f1004fced>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2015.

¹⁷ XIMENES, Júlia Maurmann; BARROS, Janete Ricken. *O Marco Teórico – articulando as categorias teóricas em uma pesquisa jurídica*, p.15-16. Artigo apresentado no XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em João Pessoa. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a9eb2f1f1004fced>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2015.

¹⁸ XIMENES, Julia Maurmann. *Levantamento de dados na pesquisa em Direito – a técnica da análise de conteúdo*. Trabalho apresentado no XX Congresso Nacional do CONPEDI. Vitória, nov. 2011, p.5. Disponível em: www.idp.edu.br/component/docman/doc_download/145-. Acesso em: 05 de janeiro de 2014.

¹⁹ Para Laurence Bardin: "*A análise de conteúdo (seria melhor falar em análises de conteúdo) é um método muito empírico, dependente do tipo de "fala" a que se dedica e do tipo de interpretação que se pretende como objetivo. Não existe coisa pronta em análise de conteúdo, mas somente algumas regras bases, por vezes dificilmente transponíveis. [...] Não se trata de um instrumento, mas de um legue de apetrechos; ou, com maior rigor, será um único instrumento, mas marcado por uma grande disparidade de formas e adaptável a um campo de aplicação muito vasto: as comunicações.*" (In: BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011, p.36-37.

²⁰ Vide Art.5º, inciso XXXV c/c Art. 7º e 8º, todos da CRFB/1988.

isso, na seguinte linha de pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais. Direitos Coletivos e Difusos -, tema que integra o programa de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP.

Por fim, cumpre-se ressaltar que a temática em apreço se justifica em virtude da constatação de que a opção pelo TST do modelo contratualista, em detrimento da corrente institucionalista, tem importado em negativa de acesso à justiça sob a ótica substantiva, uma vez que, para o TST, a normatização na seara coletiva encontra-se jungida à elaboração legislativa ou à autonomia negocial dos partícipes. Olvida-se de que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o constitucionalismo brasileiro vivenciou um movimento de aclamação pela concretização da Constituição.²¹ É o que se tentará comprovar nos capítulos a seguir.

²¹ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Coordenador Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.125.

1. A ORGANIZAÇÃO SINDICAL NO DIREITO BRASILEIRO

Antes de iniciar o tópico acerca do direito à liberdade sindical e do regramento constitucional aplicável à espécie, cumpre-se esclarecer o objeto de estudo da disciplina Direito do Trabalho, a qual, frisa-se, está direcionada tanto para as relações de índole individual como para aquelas de natureza coletiva, advindas da atuação conjugada de trabalhadores. Assim é que, enquanto o Direito Individual possui o contrato de trabalho como cerne, no qual os interesses são concretos, o Direito coletivo pressupõe uma agremiação cuja natureza econômica e profissional é elementar, conferindo aos sujeitos coletivos autonomia para a contratação coletiva e celebração de ajustes de interesse de toda a categoria, com efeito sobre sindicalizados ou não.²²

Contudo, tendo em vista que o foco da dissertação em apreço²³ diz respeito às relações coletivas de trabalho e à função pacificadora do Poder Judiciário, quando este então, após instado, busca pôr um fim à celeuma apresentada, enfatiza-se que somente as normas voltadas para o ser coletivamente tratado serão abordadas no presente trabalho.

Dentre os tópicos indispensáveis para deslinde do tema, os quais serão aventados no capítulo em apreço, ressaltam-se como relevantes: o conceito de sindicato, representatividade e representação sindical.

1.1 SINDICATOS: CONCEITO

Como cediço, o Direito do Trabalho desenvolveu-se a partir do Século XIX com o desígnio de amenizar as desigualdades sociais, trazendo em seu bojo normas de amparo ao trabalho humano, a exemplo da redução da jornada diária e da proteção ao trabalho do menor e da mulher, considerados “meias-forças”²⁴, “*matizando-o com as premissas que*

²² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.1218/1219.

²³ Vide parte introdutória, a qual estabeleceu o seguinte questionamento: Considerando-se que após a EC n.º 45 de 2004 foi conferida à negociação coletiva contudente primazia, com a exigência de "comum acordo" para ajuizamento do dissídio coletivo e, por conseguinte, redução da intervenção estatal em questões sociais,²³ em que medida a limitação do poder normativo da Justiça do Trabalho contribui para o fortalecimento da autonomia coletiva e implementação de um garantismo negociado?

²⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.59.

informam o direito público."²⁵. Isso porque o Direito Civil, baseado na plena liberdade individual, demonstrou-se insuficiente para regular os contratos de trabalho travados à época, vivenciando-se um sentimento de irrequietude por parte do proletariado e uma consciência de classe germinada na massa²⁶, com o reconhecimento da necessária proteção especial ao labor humano. E foi com base nessa premissa que o Direito do Trabalho desenvolveu o seu princípio protetor, a fim de levar à realidade prática a igualdade substancial daqueles que não se encontravam no mesmo patamar contratual.²⁷

O sindicalismo nasceu, assim, a partir da convergência de ideias²⁸, da identidade da atividade exercida e da afinidade ideológica desenvolvida no seio do proletariado proporcionada pela Primeira Revolução Industrial²⁹, entabulado por meio da luta³⁰ pelo assentimento de direitos mínimos garantidores de uma vida digna para o trabalhador e sua família.³¹ Sob essa ótica, o sindicato profissional passou a ser

²⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Globalização, Neoliberalismo e Direito no Brasil*. Londrina. Ed. Humanidades, 2004, p.83.

²⁶ A propósito, Délio Maranhão adverte que: "*O contrato pressupõe a liberdade de contratar ou não; a igualdade dos contratantes no plano jurídico; e o respeito à palavra empenhada, à fé contratual: dignifica a pessoa humana do trabalhador.*" (In: SÜSSEKIND, Arnaldo, et. al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, p.235).

²⁷ Para Américo Plá Rodríguez: "*Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.*" (In: RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1979, p.28).

²⁸ Destaca-se que, num primeiro momento, o direito de sindicalização foi proibido pelo Estado, a exemplo da Lei *Le Chapelier* de 1791, na França; e do *Combination Act* de 1799, na Inglaterra.

²⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA FILHO, Cláudio Dias. *Pluralidade sindical e democracia*. 2 ed. rev. e ampl. - São Paulo: LTr, 2013, p.23.

³⁰ Sobre o tema, vale a pena a leitura do livro "Luta por Reconhecimento", de Axel Honnet. Vide o seguinte trecho: "*Nesse sentido: o processo de individuação, discorrendo no plano da história da espécie, está ligado ao pressuposto de uma ampliação simultânea das relações de reconhecimento mútuo. A hipótese evolutiva assim traçada, porém, só pode se tornar a pedra angular de uma teoria da sociedade na medida em que ela é remetida de maneira sistemática a processos no interior da práxis da vida social: são as lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa coletiva de estabelecer institucionalmente e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades.*" (In: HONNET, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, p.156).

³¹ Importante a observação de Karl Marx acerca noção de estranhamento gerada pelo modelo capitalista de produção, uma vez que quanto mais o trabalhador produz, mais pobre e debilitado se torna em relação ao capital. E o estranhamento decorre desse aprisionamento do homem ao trabalho, como se, ao final, não fosse dono do produto do seu labor, permanecendo, destarte, acorrentado a um ser "estranho". Daí porque o autor afirma: "*Se vimos que com respeito ao trabalhador que se apropria da natureza através do trabalho a apropriação aparece como estranhamento, a auto-atividade como atividade para um outro e como atividade de um outro, a vitalidade como sacrifício da vida, a produção do objeto como perda do objeto para um poder estranho, para um homem*

gradativamente compreendido como uma organização una e permanente formada pela classe trabalhadora com aptidão para enfrentar o capital e ascender socialmente, cuja coalizão é essencial para atendimento de tal desiderato, encontrando, num primeiro momento de formação, forte resistência do Estado e dos donos das grandes fábricas.³²

Dentre os instrumentos universais que cuidam da natureza associativa dos sindicatos, alavancando o sindicalismo no mundo, pode-se citar o Tratado de Versalhes - primeiro documento de caráter internacional que reconheceu expressamente o direito de associação a empregados e empregadores -, datado de 1919 e responsável pela criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT.³³ Nesse sentido tem-se a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em abril de 1948, na cidade de Bogotá, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, também editada em 1948 e aprovada em Paris pela Assembleia Geral das Nações Unidas, as quais dispõem acerca do direito de liberdade de associação, assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos - *Pacto de San José da Costa Rica*³⁴ -, celebrada em 22 de novembro de 1969³⁵ e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966.

No plano interno, a CRFB/88 contemplou (art. 8º, *caput*, inciso III), de maneira expressa, o direito à liberdade de associação, bem como a competência da respectiva entidade sindical para a defesa dos interesses coletivos e individuais da categoria, determinando, destarte, a obrigatoriedade de participação do sindicato nas negociações coletivas de trabalho, com o fito de manter o equilíbrio entre os parceiros envolvidos na contenda.

Partindo-se de tal premissa, passa-se à análise de um dos principais sujeitos de representação da classe profissional e econômica: o sindicato, o qual possui papel marcante na defesa dos direitos sociais, com atuação administrativa e judicial.

estranho [...]." (In: MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-Filosóficos*. São Paulo: Editorial Boitempo, 2004, p.90)

³² AROUCA, José Carlos. *Organização Sindical no Brasil. Passado - Presente - Futuro (?)*. São Paulo: LTr, 2013, p.49.

³³ Têm-se também outros documentos relevantes a respeito da liberdade de associação, a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos, de 1966; da Declaração da Filadélfia - OIT, de 1944; e da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989, cuja essência foi incorporada ao Tratado de Direitos Fundamentais da União Europeia.

³⁴ Vide Decreto de promulgação n.º 678 de 6 de novembro de 1992 do Governo do Brasil.

³⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA FILHO, Cláudio Dias. *Pluralidade sindical e democracia*. 2 ed. rev. e ampl. - São Paulo: LTr, 2013, p.25-26.

De forma sucinta, pode-se conceituar os sindicatos como:

[...] associações autônomas, constituídas em caráter permanente e sem fins lucrativos, criadas com o objetivo de promover o estudo, a defesa e a coordenação dos interesses econômicos e profissionais daqueles que exerçam a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas. Como qualquer associação, os sindicatos têm natureza jurídica de pessoas jurídicas de direito privado (vide art. 44, I, do Código Civil), e são assim formados a partir da inscrição de seu ato constitutivo num Cartório de Registro Civil, e, posteriormente, no Ministério do Trabalho e Emprego, segundo o procedimento previsto na Portaria MTE, n, 186, de 10 de abril de 2008.³⁶

Assim, os sindicatos possuem a natureza de pessoa jurídica de direito privado, constituindo-se, pois, através da sua inscrição no Registro Civil e, posteriormente, no Ministério do Trabalho e Emprego³⁷, sendo o registro no MTE um resquício do sistema corporativista anterior à Constituição Federal de 1988, exigido a título de observância ao princípio da unicidade sindical. Organizam-se através do que se convencionou denominar

³⁶ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Ed. Saraiva. 2012, p.695.

³⁷ "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONFEDERAÇÃO SINDICAL - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA QUESTÃO DO REGISTRO SINDICAL - SIGNIFICADO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 03/94 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO - AÇÃO DIRETA AJUIZADA EM MOMENTO ANTERIOR AO DA VIGÊNCIA DESSA INSTRUÇÃO NORMATIVA (ART. 9.) - CONFEDERAÇÃO SINDICAL QUE NÃO OBSERVA A REGRA INSCRITA NO ART. 535 DA CLT - NORMA LEGAL QUE FOI RECEBIDA PELA CF/88 - ENTIDADE QUE PODE CONGREGAR PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E OUTRAS INSTITUIÇÕES DE CARÁTER CIVIL - DESCARACTERIZAÇÃO COMO ENTIDADE SINDICAL - AÇÃO NÃO CONHECIDA. REGISTRO SINDICAL E LIBERDADE SINDICAL. - *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a norma inscrita no art. 8., I, da Carta Política - e tendo presentes as várias posições assumidas pelo magistério doutrinário (uma, que sustenta a suficiência do registro da entidade sindical no Registro Civil das Pessoas Jurídicas; outra, que se satisfaz com o registro personificador no Ministério do Trabalho e a última, que exige o duplo registro: no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, para efeito de aquisição da personalidade meramente civil, e no Ministério do Trabalho, para obtenção da personalidade sindical) -, firmou orientação no sentido de que não ofende o texto da Constituição a exigência de registro sindical no Ministério do Trabalho, órgão este que, sem prejuízo de regime diverso passível de instituição pelo legislador comum, ainda continua a ser o órgão estatal incumbido de atribuição normativa para proceder a efetivação do ato registral. Precedente: RTJ 147/868, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. O registro sindical qualifica-se como ato administrativo essencialmente vinculado, devendo ser praticado pelo Ministro do Trabalho, mediante resolução fundamentada, sempre que, respeitado o postulado da unicidade sindical e observada a exigência de regularidade, autenticidade e representação, a entidade sindical interessada preencher, integralmente, os requisitos fixados pelo ordenamento positivo e por este considerados como necessários a formação dos organismos sindicais. CONFEDERAÇÃO SINDICAL - MODELO NORMATIVO. O sistema confederativo, peculiar a organização sindical brasileira, foi mantido em seus lineamentos essenciais e em sua estrutura básica pela Constituição promulgada em 1988. A norma inscrita no art. 535 da CLT - que foi integralmente recepcionada pela nova ordem constitucional - impõe, para efeito de configuração jurídico-legal das Confederações sindicais, que estas se organizem com o mínimo de três (3) Federações sindicais. Precedente: RTJ 137/82, Rel. Min. MOREIRA ALVES. O desatendimento dessa exigência legal mínima por qualquer Confederação importa em descaracterização de sua natureza sindical. Circunstância ocorrente na espécie. Consequente reconhecimento da ilegitimidade ativa ad causam da Autora. (ADI 1121 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/09/1995, DJ 06-10-1995 PP-33127 EMENT VOL-01803-01 PP-00067)". (grifei).*

"categoria", a qual se perfaz pela aglutinação de trabalhadores que compartilham situações em comum e, por isso, possuem mais afinidade.³⁸

Os sindicatos são, portanto, espécies do gênero associação, compondo a base da organização sindical brasileira, sendo que, para o exercício de suas atividades, a CRFB/88 previu prerrogativas específicas voltadas para a referida entidade enquanto sujeito de direitos, bem como para os seus dirigentes, a fim de permitir a sua atuação de maneira límpida e efetiva.

Dentre os direitos e prerrogativas com previsão constitucional direcionados para o livre desempenho da organização sindical e representativos da luta de classes, tem-se: *i*) a possibilidade de instituição de contribuição confederativa como forma de financiamento e manutenção das atividades sociais (art.8º, IV, da CRFB/88); *ii*) a exigência de participação das entidades sindicais nas negociações coletivas (art. 8º, VI, da CRFB/88) com o fito de manter o equilíbrio entre as categorias envolvidas nos processos de conciliação; *iii*) o exercício do direito de greve (art.9º da CRFB/88)³⁹ como instrumento de pressão e barganha; *iv*) além de prerrogativas direcionadas aos seus dirigentes, como a vedação de condutas antissindicais, a exemplo da proibição de dispensa do empregado sindicalizado candidato a cargo de direção ou representação sindical⁴⁰, ainda que suplente, a partir do registro da

³⁸ Essa divisão se dá entre as seguintes categorias: econômica, profissional e diferenciada, a teor do art.511 da CLT. Vide: Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação de seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividade ou profissões similares ou conexas. § 1º A solidariedade de interesses econômico dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se domina categoria econômica. § 2º 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. § 3º Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou função diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares. § 4º Os limites de identidade, similaridade ou conexidade fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural. Art. 512. Somente as associações profissionais constituídas para os fins e na forma do artigo anterior e registradas de acordo com o Art. 588 poderão ser reconhecidas como Sindicatos e investidas nas prerrogativas definidas nesta lei.

³⁹ Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

⁴⁰ Súmula 369 do TST: DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item I alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. I - É assegurada a estabilidade provisória ao empregado dirigente sindical, ainda que a comunicação do registro da candidatura ou da eleição e da posse seja realizada fora do prazo previsto no art. 543, § 5º, da CLT, desde que a ciência ao empregador, por qualquer meio, ocorra na vigência do contrato de trabalho. II - O art. 522 da CLT

candidatura, até um ano após o final do mandato, excepcionado o cometimento de falta grave, nos termos da lei (art.8º, VIII, da CRFB/88)⁴¹; a vedação de dispensa arbitrária ou sem justa causa de integrante de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes do trabalho - CIPA (art.10, II, "a", do ADCT)⁴²; e a proibição de qualquer prática ou conduta que importe em desestímulo à sindicalização.

Tem-se, desse modo, o princípio da liberdade sindical como cerne do associativismo (art.8º, caput, incisos I, II e V, da CRFB/88)⁴³, instituto esse que será desenvolvido mais à frente.

Por outro lado, ainda se inserem no sistema da organização sindical brasileira as associações de grau superior, conhecidas como federações e confederações, responsáveis pela representação da entidade de classe na hipótese de inexistência de sindicatos na respectiva base territorial, com atuação residual ou supletiva. As federações são

foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3.º, da CLT a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes. III - O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente. IV - Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade. V - O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho."

⁴¹ OJ 365 do TST: ESTABILIDADE PROVISÓRIA. MEMBRO DE CONSELHO FISCAL DE SINDICATO. INEXISTÊNCIA (DJ 20, 21 e 23.05.2008). Membro de conselho fiscal de sindicato não tem direito à estabilidade prevista nos arts. 543, § 3º, da CLT e 8º, VIII, da CF/1988, porquanto não representa ou atua na defesa de direitos da categoria respectiva, tendo sua competência limitada à fiscalização da gestão financeira do sindicato (art. 522, § 2º, da CLT). OJ 369 do TST: "ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DELEGADO SINDICAL. INAPLICÁVEL. (DEJT divulgado em 03, 04 e 05.12.2008). O delegado sindical não é beneficiário da estabilidade provisória prevista no art. 8º, VIII, da CF/1988, a qual é dirigida, exclusivamente, àqueles que exerçam ou ocupem cargos de direção nos sindicatos, submetidos a processo eletivo."

⁴² Art. 10 - Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o Art. 7º, I, da Constituição: II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato.

⁴³ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II - 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; III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; IV - a 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; V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato; VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais; VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei. Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

formadas pela união de cinco sindicatos, enquanto as confederações representam a união de três federações, esta última com legitimidade para propositura de ações no campo do controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, IX, da CRFB/88).⁴⁴

Oportuno ressaltar que não se desconhece a existência de outros sujeitos representativos da classe trabalhadora e patronal, a exemplo das associações em sentido *lato* (que não são submetidas ao princípio da unicidade) e das centrais sindicais⁴⁵. Entretanto, como a Constituição prevê prerrogativas e atribuições de exclusiva competência das entidades sindicais, como a legitimidade para o ajuizamento do dissídio coletivo, imposição de contribuições, capacidade exclusiva para celebrar convenções e obrigatória intervenção nas negociações coletivas, apenas esse sujeito será tratado pelo presente estudo.

Destaca-se, ainda, que tal fato não afasta a possibilidade das demais associações de serem ouvidas em processos de interesse geral da categoria como órgão técnico ou consultivo.⁴⁶

1.2 A QUESTÃO DA REPRESENTATIVIDADE DOS SINDICATOS

Um tema que tem sido debatido pelos estudiosos do Direito Coletivo do Trabalho refere-se à questão da representatividade sindical, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o modelo da unicidade em contraposição à noção de pluralidade.

Segundo o sistema da unicidade, é proibida a formação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, na mesma base territorial, a qual não pode ser inferior à área de um município (art.8º, II, da CRFB/88). Logo, existe uma limitação constitucional para a constituição de sindicatos na mesma base territorial, o que reflete, de certo modo, sobre o número de filiados, poder de negociação da entidade, força do

⁴⁴ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Ed. Saraiva. 2012, p.713.

⁴⁵ Segundo Ronaldo Lima dos Santos: "*O reconhecimento legal das centrais sindicais como entidades associativas dos trabalhadores deu-se no âmbito infraconstitucional com a Lei 11.648, de 31.3.2008, dando início à fase jurídico-institucional, no qual as centrais sindicais são reconhecidas infraconstitucionalmente, de forma sistematizada pela nova legislação, não obstante as diversas controvérsias a respeito da constitucionalidade da norma reconhecedora diante do sistema confederativo acolhido pela Constituição Federal de 1988.*" (In: DOS SANTOS, Ronaldo Lima. *Sindicalismo no Brasil: Do Corporativismo ao Neocorporativismo - A questão das Centrais Sindicais*. São Paulo: Revista LTr.77-11, Novembro de 2013, p.1345.

⁴⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.1241.

movimento e, conseqüentemente, interfere na representatividade das entidades sindicais e na autonomia privada coletiva.

Nesse ponto, para escoreita compreensão da controvérsia, cumpre-se distinguir representação do conceito de representatividade. Isso porque, ordinariamente, representatividade "[...] constitui critério quantitativo ou qualificativo de legitimação para o reconhecimento das entidades sindicais de diferentes níveis ou definição do sindicato mais representativo."⁴⁷ Representação, por sua vez, diz respeito à "[...] extensão ou alcance de competência ou poder que assumem."⁴⁸ Portanto, a representatividade sindical manifesta-se através da legitimidade da entidade enquanto ser coletivo para atuar em defesa da categoria profissional ou econômica, sedimentada na ideia de união, aderência, coalizão, enquanto a representação denota o atendimento de critérios elegíveis pelo ordenamento estatal, tendo cunho nitidamente formal.

No direito brasileiro, a representação baseia-se no princípio da anterioridade ou precedência⁴⁹, pelo qual deve prevalecer a representação do sindicato "mais antigo", ou seja, o que primeiro obtiver o registro no Ministério do Trabalho e Emprego - MTE. Não se apreciam, por conseguinte, vícios na sua constituição e elementos de representatividade ou democracia interna.⁵⁰

Para Amauri Mascaro Nascimento:

[...] a representatividade de uma organização sindical é extraída de indicadores circunstanciais ou indiretos para retratar o grau de aceitação dessa entidade pelos seus representados. Variam de um para outro sistema legal e dependem fundamentalmente de uma opção do legislador, tendo como vetor a escolha dos dados mais apropriados para que a entidade sindical possa expressar os interesses profissionais ou econômicos no seu âmbito de atuação, para o efeito de dar, a essa entidade, exclusividade de representação em um dado momento, diante de razões de viabilidade e efetividade, tanto na esfera dos trabalhadores como na empresarial, objetivo

⁴⁷ AROUCA, José Carlos. *Organização Sindical no Brasil. Passado - Presente - Futuro (?)*. São Paulo: LTr, 2013, p.345.

⁴⁸ AROUCA, José Carlos. *Organização Sindical no Brasil. Passado - Presente - Futuro (?)*. São Paulo: LTr, 2013, p.345.

⁴⁹ Assim, afirma-se que: "[...] a representatividade sindical será encontrada quanto mais próxima estiver a entidade sindical da massa amorfa dispersa na ideia de categoria, econômica ou, principalmente, profissional, e daí a noção de vinculação entre a estrutura organizacional e o grupo profissional ou econômico amplo." (In: KAUFMANN, Marcos de Oliveira. *Da Formal Representação à Efetiva Representatividade Sindical. Problemas e Sugestões em Modelo de Unicidade*. Rev. TST, Brasília, vol. 76, n.2, abr/jun, 2010, p.118).

⁵⁰ KAUFMANN, Marcos de Oliveira. *Da Formal Representação à Efetiva Representatividade Sindical. Problemas e Sugestões em Modelo de Unicidade*. Rev. TST, Brasília, vol. 76, n.2, abr/jun, 2010, p.122.

para o qual o melhor critério, embora o mais trabalhoso, seria o eleitoral ou plebiscitário.⁵¹

Tendo em vista que o problema central da presente dissertação parte do pressuposto de que, no Brasil, a autonomia privada coletiva está parcialmente comprometida em virtude da deficiência de representatividade sindical, já que a base do sindicalismo brasileiro se alicerça no princípio da unicidade, entende-se pertinente, além da pesquisa teórica, a reunião de dados que possam imprimir tal constatação, uma vez que as questões atreladas à representatividade não interessam apenas à área jurídica, mas também ao campo econômico e social, despontando-se como item de relevância para aferição do avanço das negociações coletivas de trabalho nos últimos anos.

Para avaliação do grau de representatividade dos sindicatos e demonstração da insubsistência do modelo sindical brasileiro como instrumento de pacificação social, parte-se de alguns critérios utilizados por pesquisas direcionadas à mensuração do déficit do "trabalho decente"⁵² no Brasil.

Tem-se, assim, como elemento fático de levantamento de dados: *i)* o número de sindicalizados; *ii)* a frequência das paralisações; *iii)* a porcentagem de acordos e convenções coletivas de trabalho celebrados; *iv)* e o número de dissídios coletivos ajuizados.⁵³

Dessa forma, utilizar-se-á de tais critérios para comprovar a anêmica representatividade proporcionada pelo padrão sindical brasileiro calcado no princípio da unicidade sindical.

⁵¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.1364.

⁵² Segundo estudos sobre emprego e desenvolvimento humano do Projeto CEPAL/PNUD/OIT, pode-se conceituar o trabalho decente como: "[...] um trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, e que garanta uma vida digna a todas as pessoas que vivem do trabalho e as suas famílias. Permite satisfazer às necessidades pessoais e familiares de alimentação, educação, moradia, saúde e segurança. Também pode ser entendido como emprego de qualidade, seguro e saudável, garanta proteção social quando não pode ser exercido (desemprego, doenças, acidentes, entre outros) e assegure uma renda para aposentadoria. Por seu caráter multidimensional, também engloba o direito à representação e à participação no diálogo social." (In: *Emprego, desenvolvimento humano e trabalho decente: a experiência brasileira recente*. Brasília: CEPAL/ PNUD/OIT, 2008) Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/pub/emprego_desenvolvimento_299.pdf. Acesso em: 01 de Dezembro de 2014.

⁵³ Optou-se pela utilização de critérios relacionados ao Direito Coletivo do Trabalho, por se inserir no objeto pesquisado.

Para tanto, foram colhidos dados das seguintes pesquisas empíricas: *i)* Projeto CEPAL/PNUD/OIT⁵⁴ sobre a taxa de sindicalização dos trabalhadores; *ii)* Estudos do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos - DIEESE a respeito de possíveis avanços nas negociações coletivas de trabalho no Brasil; *iii)* Relatório da Organização Internacional do Trabalho - OIT acerca do perfil do labor nas unidades da federação brasileira; e *iv)* informações do site do TST sobre o número de dissídios coletivos ajuizados nos últimos anos, sintetizados a seguir.

Outrossim, cumpre-se esclarecer a correlação entre os estudos do suscitado Projeto CEPAL/PNUD/OIT, o qual aborda o quadro social brasileiro de desenvolvimento humano, e o modelo sindical sufragado pela Constituição Federal de 1988, com destaque para a estreita relação entre o conceito de *Decent Work* e *Trade Union Freedom*. Isto porque verificou-se no conceito de "trabalho decente" o emprego de dois indicadores que se relacionam diretamente com o tema abordado nessa pesquisa e que se encontram atrelados ao princípio da liberdade sindical, quais sejam: direito à representação e à participação no diálogo social, ambos indispensáveis para o exercício da autonomia sindical coletiva e atendimento do que se convencionou denominar de *Decent Work*.⁵⁵

Nesse sentido também é o Relatório da OIT sobre o perfil do trabalho decente no Brasil, destacando-se o item que garante a liberdade sindical como mecanismo de promoção dos direitos sociais, na medida em que:

O diálogo social visa fortalecer os valores democráticos nos processos de construção de políticas que afetam a sociedade como um todo ou atores sociais específicos. Nesses termos, ambientes de interlocução entre os atores interessados e muitas vezes detentores de visões de mundo distintas são institucionalizados com o intuito de dirimir e disciplinar os conflitos, potencializar a cooperação e produzir políticas convergentes com os interesses das partes envolvidas. Com isso, contribui-se para a ampliação da legitimidade social de políticas públicas e de gestão das empresas e, portanto, para o fortalecimento de uma cultura democrática no país. No mundo do trabalho, em particular, o diálogo social requer necessariamente uma efetiva liberdade de organização e associação sindical

⁵⁴ Para aferir a conjuntura do trabalho decente no Brasil, a Organização Internacional do Trabalho -OIT inclui 4 (quatro) áreas de atuação, quais sejam: proteção social, emprego, diálogo social e direitos no trabalho, compreendidas por intermédio de 28 indicadores.

⁵⁵ A ideia de representação deve ser aqui compreendida como de representatividade.

de trabalhadores e empregadores, assim como a garantia de negociações coletivas periódicas.⁵⁶

Interessante notar, ainda, que se inserem no Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3-, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, cujo objetivo é diminuir as desigualdades sociais, promover a democracia e o diálogo entre o Estado e a sociedade civil, duas diretrizes relevantes na luta em defesa do trabalho digno. A primeira, Diretriz 7, visa a "*Garantia dos Direitos Humanos de forma universal, indivisível e interdependente, assegurando a cidadania plena*", por meio da promoção do trabalho decente.⁵⁷ A segunda, Diretriz 17, busca a "*Promoção de sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, para o conhecimento, a garantia e a defesa dos direitos*"⁵⁸, as quais perpassam a temática central do presente trabalho, pois o intuito aqui é propor o exame da atuação judicial como instrumento de efetividade de direitos, de forma que a implementação de tais diretrizes pelo Estado brasileiro não importe em choque ou aniquilamento de uma pela outra, consoante se verá no último capítulo.

Nesse contexto, com o fito de compreender o quadro sindical brasileiro, passa-se à apreciação dos dados coletados.

Portanto, com esteio na realização de pesquisa empírica de coleta de dados, pode-se inferir que, no Brasil, a taxa de sindicalização se manteve relativamente estável entre os anos de 2004 e 2009,⁵⁹ pois pouco oscilou no período, a despeito da externalização da produção e das novas modalidades de labor humano, a exemplo do trabalho parassubordinado e do teletrabalho.

Segundo a PNAD do IBGE, entre 2004 e 2009, verifica-se uma trajetória oscilante dessa taxa no país. Ela cresce entre 2004 e 2006, passando de 18,5% para 19,1%, recuando no entanto para 18,2% em 2007. Em 2008 volta

⁵⁶ Perfil do Trabalho Decente no Brasil. Um olhar sobre as Unidades da Federação. OIT. Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/relatoriotrabalhodecentetotal_876.pdf. p. 315. Acessado em: 27 de Novembro de 2014.

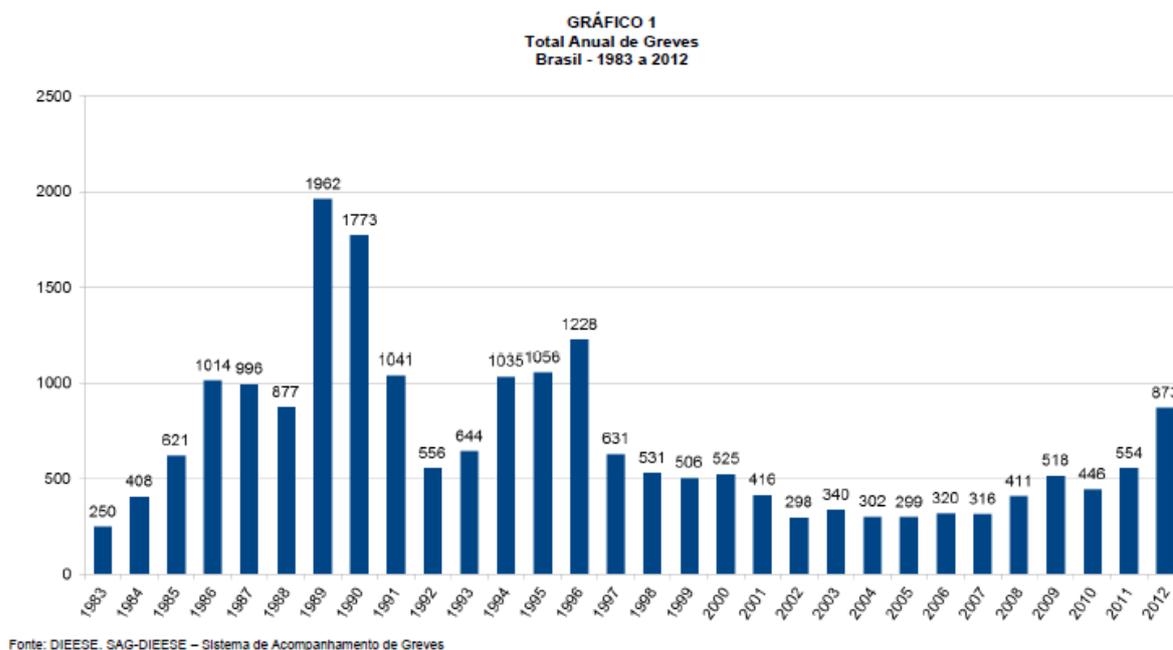
⁵⁷ Programa Nacional de Direito Humanos (PNDH-3)/Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República - ver. e atual. - Brasília: SDH/PR, 2010, p.65.

⁵⁸ Programa Nacional de Direito Humanos (PNDH-3)/Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República - ver. e atual. - Brasília: SDH/PR, 2010, p.173.

⁵⁹ Perfil do Trabalho Decente no Brasil. Um olhar sobre as Unidades da Federação. OIT. Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/relatoriotrabalhodecentetotal_876.pdf. Acessado em: 27 de Novembro de 2014.

a crescer até 18,6%, diminuindo para 18,1% em 2009, patamar inferior ao verificado no início da série.⁶⁰

Embora a externalização da produção seja um fator natural de desagregação do movimento social, pois afasta o convívio direto e diário entre trabalhadores - fato este inerente à revolução tecnológica -, a pesquisa supra demonstrou que o índice de sindicalização no Brasil tem se mantido relativamente estável nos últimos anos. Sem embargo da relativa estabilidade das taxas de sindicalização, os dados também apontam que houve um acréscimo do número de greves a partir de 2008⁶¹, o que pode representar um possível dissenso e intolerância na condução das negociações coletivas. Aqui a atenção volta-se *a priori* para o diálogo social como fator integrante do conceito de "trabalho decente", sobressaindo-se o intuito compositivo. Nesse sentido a seguinte tabela extraída do site do DIEESE:



Vê-se, desse modo, que o escopo conciliatório da EC n.º 45 de 2004 não tem trazido resultados vertiginosos, porquanto a presença do movimento grevista é um

⁶⁰ Perfil do Trabalho Decente no Brasil. Um olhar sobre as Unidades da Federação. OIT. Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/relatoriotrabalhodecentetotal_876.pdf. p.320. Acessado em: 27 de Novembro de 2014.

⁶¹ Disponível em: <http://www.dieese.org.br/balancodasgreves/2012/estPesq66balancogreves2012.pdf>. Acessado em: 27 de Novembro de 2014.

indicativo da falta de diálogo entre os polos profissional e patronal, embora possa ser também um reflexo de problemas econômicos e tão somente temporários de determinado setor da economia. Com isso, acredita-se que, até o momento, não há como se mensurar, pelo menos de forma peremptória, os efeitos da EC n.º 45 de 2004 sobre as relações coletivas de trabalho e sobre o associativismo, mas apenas traçar indícios e perspectivas que dependerão de novas diretrizes e caminhos a serem desenvolvidos.

Noutro giro, a respeito das entidades que celebraram acordos e convenções coletivas nos últimos anos (2008-2014), verificou-se que os reajustes salariais alcançados no primeiro semestre de 2014, por meio do diálogo entre os sujeitos coletivos, permaneceram acima do INPC-IBGE, representando, assim, um aumento real do poder aquisitivo para a respectiva classe trabalhadora, ficando atrás apenas dos reajustes salariais concedidos no ano de 2012, em comparação com os índices do período e, parcialmente, quanto ao ano de 2010.⁶² Destaca-se, por conseguinte, que o menor índice de aumento real foi no setor de serviços, onde a mão de obra é mais dispersa, haja vista a maior incidência de contratos de prestação de serviço autônomo ou terceirizado, quando a ausência ou intermitência do contato direto permite um afrouxamento do movimento profissional.⁶³

Entretanto, cumpre-se esclarecer que a pesquisa retro (sobre os reajustes salariais deferidos nos últimos anos) foi feita com base em negociações realizadas em 340 (trezentos e quarenta) unidades da Indústria, Comércio e Serviços, e não leva em consideração as tratativas fracassadas, mas apenas demonstra a existência de sindicatos representativos, mesmo que em menor número.⁶⁴ Diante desse panorama, é possível se afirmar que o aumento dos índices de reajustes salariais no ano 2014, por meio de negociações diretas, não colide com o acréscimo do número de greves, pelo contrário, vem a calhar com o entendimento de que o recurso à paralisação do trabalho insere-se como mecanismo de pressão dos trabalhadores, sendo, de outro modo, um indicativo da representatividade da classe.

⁶² Estudos e Pesquisas. Balanço das Negociações dos Reajustes Salariais do 1º Semestre de 2014. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/balancodosreajustes/2014/estPesq73balReajustes1sem2014.pdf>. Acessado em: 27 de Novembro de 2014.

⁶³ Estudos e Pesquisas. Balanço das Negociações dos Reajustes Salariais do 1º Semestre de 2014. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/balancodosreajustes/2014/estPesq73balReajustes1sem2014.pdf>. Acessado em: 27 de Novembro de 2014

⁶⁴ Estudos e Pesquisas. Balanço das Negociações dos Reajustes Salariais do 1º Semestre de 2014. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/balancodosreajustes/2014/estPesq73balReajustes1sem2014.pdf>. Acessado em: 27 de Novembro de 2014

Assim é que, para aquelas unidades nas quais a negociação foi infrutífera e que, por isso, não se incluem na pesquisa supra, a opção pela greve e/ou dissídio coletivo deflui-se como único acesso à recomposição do poder aquisitivo, através da concessão de reajustes salariais em sede de sentença normativa⁶⁵ ou eventual acordo, desde que não vinculado a índices de preços, sob pena de vulneração ao art.13 da Lei 10.192 de 2001⁶⁶, e ressalvada a demonstração de critérios objetivos de desenvolvimento econômico, quando então tal reajuste poderá representar um aumento real.⁶⁷

Não obstante as conquistas apresentadas, vale destacar que o aprimoramento do diálogo social no Brasil demanda a adoção de práticas que impliquem em incentivo à negociação coletiva de trabalho, embora também dependa do exercício de uma efetiva liberdade sindical, livre de imposições e condicionalismos. Prima-se, desse modo, pela inserção de cláusulas estatutárias que assegurem maior participação dos associados na gestão sindical e que promovam o debate com outros entes interessados, como a entidade de representação patronal e o próprio Estado, nos casos de interesse da categoria.

Por fim, quanto às estatísticas dos Tribunais, os relatórios também demonstram oscilações do número de dissídios coletivos ajuizados perante as Cortes Regionais do Trabalho, com um considerável aumento nos anos de 2011 e 2012, seguido de uma queda significativa em 2013 e 2014.

⁶⁵ Súmula 375 do TST: REAJUSTES SALARIAIS PREVISTOS EM NORMA COLETIVA. PREVALÊNCIA DA LEGISLAÇÃO DE POLÍTICA SALARIAL (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 69 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 40 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Os reajustes salariais previstos em norma coletiva de trabalho não prevalecem frente à legislação superveniente de política salarial. (ex-OJs nºs 69 da SBDI-1 - inserida em 14.03.1994 - e 40 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

⁶⁶ Lei 10.192 de 2001. Art. 13. No acordo ou convenção e no dissídio, coletivos, é vedada a estipulação ou fixação de cláusula de reajuste ou correção salarial automática vinculada a índice de preços. § 1º Nas revisões salariais na data-base anual, serão deduzidas as antecipações concedidas no período anterior à revisão. § 2º Qualquer concessão de aumento salarial a título de produtividade deverá estar amparada em indicadores objetivos.

⁶⁷ RECURSOS ORDINÁRIOS INTERPOSTOS POR SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DA BAHIA - SINDUSCON/BA (SUSCITANTE) E POR SINTRACOM/BA - SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO E DA MADEIRA DO ESTADO DA BAHIA E OUTROS (SUSCITADOS). IDENTIDADE DE MATÉRIAS. ANÁLISE CONJUNTA. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. REAJUSTE SALARIAL. Manutenção do acórdão normativo recorrido, quanto à concessão de índice de 9,47% (nove vírgula quarenta e sete por cento) para o reajuste salarial, a partir de 1º/01/2011, correspondente à soma da inflação do período (6,47%), acrescida da média de ganho real obtido pela categoria profissional nos anos anteriores (3%), ante a presença de indicadores objetivos do desempenho econômico no segmento de empresas diretamente envolvidas no conflito, não impugnados concretamente pelo sindicato patronal recorrente, a amparar a concessão de ganho real, no patamar estipulado, conforme o §2º do art. 13 da Lei nº 10.192/2001 e a jurisprudência desta Seção Especializada. [...] (RO - 198-91.2011.5.05.0000 , Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, Data de Julgamento: 10/11/2014, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 21/11/2014)

Enquanto em 2004 foram manejados 1.070 (mil e setenta) dissídios coletivos, com um decréscimo e aparente estabilização nos anos seguintes, em 2011 e 2012 a taxa de conflitos é reimpulsionada, atingindo a quantia de 1.043 (mil e quarenta e três) e 1.051 (mil e cinquenta e um) novos conflitos, respectivamente. Tal índice decaiu expressivamente em 2013, alcançando apenas 290 (duzentos e noventa) novas ações, segundo a Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST, chegando a 382 (trezentos e oitenta e duas) demandas coletivas em 2014.⁶⁸

A partir do que foi visto aqui, percebe-se que a alteração promovida pela EC n.º 45 de 2004, sedimentada na exigência do "comum acordo" para o ajuizamento do dissídio coletivo, não acarretou significativa mudança sobre o quadro sindical brasileiro, pois as taxas de sindicalização pouco oscilaram no período.⁶⁹

Dentre os fatores que podem contribuir para a manutenção da baixa representatividade dos sindicatos no Brasil, tem-se a opção pelo poder constituinte de um modelo sindical assentado no princípio da unicidade - tema que será abordado no próximo tópico ao se discorrer sobre o princípio da liberdade sindical e suas dimensões. Outrossim, com o fito de fomentar o debate, analisar-se-á a ideia de pluralidade sindical que, apesar de criticada por parte da doutrina, possui previsão na Convenção 87 da OIT, ainda não ratificada pelo Brasil, podendo se constituir num vertiginoso instrumento de agregação social, por ampliar os espaços de diálogo e participação democrática entre as entidades sindicais.

1.3 O DIREITO DE LIBERDADE E AUTONOMIA SINDICAIS

Por entender que o princípio da autonomia sindical decorre da ideia de liberdade inserta na Constituição Federal de 1988, tratar-se-á em conjunto, no presente tópico, do princípio da liberdade e da autonomia sindical, mesmo porque, por vezes, os referidos institutos se confundem. Entretanto, iniciar-se-á pelo princípio mais amplo, qual seja: o da liberdade sindical.

⁶⁸ Disponível em: <http://www.tst.jus.br/tribunais-regionais-do-trabalho-dissidios>. Acessado em: 27 de Novembro de 2014.

⁶⁹ Estudos da Fundação Perseu Abramo - Partidos dos Trabalhadores apontam nesse sentido. Vide a publicação FPA Comunica 3. Densidade Sindical e recomposição da classe trabalhadora no Brasil, São Paulo, Julho de 2013. Disponível em: http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/fpa_comunica_3.pdf. Acessado em: 02 de Dezembro de 2014.

Segundo Maurício Godinho Delgado, o princípio da liberdade sindical inserto no art.8º, caput, incisos III e V, da CRFB/1988, preconiza a ampla garantia trabalhista de organização social, abrangendo, assim, a ideia de sindicalização, pois os sindicatos são espécies do gênero associação.⁷⁰

Assim afirma o referido autor:

O princípio da liberdade de associação pode ser desdobrado em dois: *liberdade de associação*, mais abrangente; e *liberdade sindical*. O princípio da liberdade de associação assegura consequência jurídico-institucional a qualquer iniciativa de agregação estável e pacífica entre pessoas, independente de seu segmento social ou dos temas causadores da aproximação. Não se restringe, portanto, à área e temáticas econômico-profissionais (onde se situa a ideia de liberdade sindical). [...] Direcionado ao universo do sindicalismo, o princípio mais amplo especifica-se no princípio da liberdade sindical (ou da liberdade associativa e sindical).⁷¹ (grifei)

Acerca do direito à liberdade sindical inserto na Constituição Federal de 1988, pode-se asseverar que: "[...] além de previsto nos arts.8º, 9º, 10, 37, VII e VIII, da referida Carta e de mencionado obliquamente em outros tantos dispositivos, tem conteúdo que fortemente se relacionada com os direitos naturais da pessoa humana."⁷²

Portanto, no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, a noção de liberdade pode se operar sob o enfoque positivo ou negativo, bem como individual ou coletivo.

A doutrina brasileira aponta para a existência de um conceito de liberdade sob a ótica individual, quando o trabalhador possui o livre arbítrio de escolha da entidade a que pretende se filiar, podendo, por conseguinte, a qualquer tempo, desligar-se da respectiva entidade, em contraposição com um conceito de liberdade coletiva, cuja noção encontra-se relacionada à inexistência de controle estatal sobre os sindicatos, dando ensejo ao que se convencionou chamar de autonomia sindical.⁷³

Nessa senda, o direito à liberdade sindical sob a perspectiva individual engloba prerrogativas relacionadas à constituição dos sindicatos, ao direito de filiar-se ou não

⁷⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013, p.127.

⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013, p.127-128.

⁷² MARTINEZ, Luciano. *Condutas Antissindicais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.101.

⁷³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA FILHO, Cláudio Dias. *Pluralidade sindical e democracia*. 2. ed. rev. e ampl. - São Paulo: LTr, 2013, p.68.

(aspecto positivo e negativo), bem como a possibilidade de influir nas decisões da entidade através da participação social.

Destrinchando-se o aspecto positivo, a liberdade sindical garante ao trabalhador o direito de se associar ao sindicato que lhe aprouver, ou seja, que melhor atenda aos seus interesses. Já sob o viés negativo, essa prerrogativa se constitui na possibilidade de refutar a sindicalização que esteja em descompasso com as suas convicções.⁷⁴ Quanto ao ponto, vale destacar a proibição de inserção nos contratos coletivos de trabalho de cláusulas de sindicalização forçada, tendo em vista a sua incompatibilidade com o princípio da liberdade sindical, a exemplo da *closed shop*; *union shop*; *preferencial shop* e, por fim, *maintenance of membership*⁷⁵, bem como a prática de condutas antissindicais que tenham por objetivo alijar a coalizão associativa.

Já a dimensão coletiva do direito à liberdade sindical diz respeito aos mecanismos de defesa indispensáveis para sua existência enquanto ser coletivo, direcionado para a representação de classe, como o direito à auto-organização e ao livre exercício da atividade sindical.⁷⁶

Portanto, com supedâneo num enfoque mais amplo, a liberdade sindical compreende: "[...] a liberdade de criação de sindicatos e de sua autoextinção (com a garantia de extinção externa somente através de sentença judicial regularmente formulada."⁷⁷ E ainda, "a prerrogativa de livre vinculação a um sindicato, assim, como a livre desfiliação de seus quadros [...]"⁷⁸

⁷⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA FILHO, Cláudio Dias. *Pluralidade sindical e democracia*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2013, p.64-65.

⁷⁵ Nessa perspectiva, segundo Maurício Godinho Delgado, pela *closed chop* ou empresa fechada, a tomadora se compromete perante o sindicato profissional a contratar exclusivamente trabalhadores que lhes sejam filiados. Segundo a *union shop* ou empresa sindicalizada, o empregador se obriga a manter somente trabalhadores que, após determinado prazo, tenham se filiado ao sindicato profissional. Há ainda a denominada *preferencial shop* ou empresa preferencial, que beneficia a contratação de trabalhadores filiados ao sindicato. Ressalta-se também aa *maintenance of membership* ou cláusula de manutenção de filiação, quando o empregado é obrigado a conservar sua filiação durante o prazo de vigência do contrato coletivo, sob pena de dispensa do emprego. Em razão de representarem ofensa ao princípio da liberdade sindical, tais cláusulas não têm prevalecido no Brasil. (In: DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013, p.128-130).

⁷⁶ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Ed. Saraiva. 2012, p.667-668.

⁷⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013, p.128.

⁷⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013, p.128.

Não obstante a existência de um conceito geral acerca do que se convencionou denominar de liberdade sindical, é preciso reconhecer que este conceito genérico não é suficiente para garantir a efetiva proposta desse instituto. Genérico porque não há como se assegurar liberdade sem autonomia. E aqui não se está a afirmar que a liberdade é um direito absoluto, mas apenas que merece algumas considerações. Para tanto, faz-se necessária a análise do alcance da expressão "liberdade". Isto é, cumpre-se averiguar se a garantia de liberdade sindical é passível de convivência harmônica com o princípio da unicidade, utilizando-se para esse fim a dignidade⁷⁹ como veículo de definição e alcance da própria ideia de liberdade.

Nessa perspectiva, faz-se o seguinte questionamento: Será que o direito à liberdade associativa não engloba, necessariamente, o direito à pluralidade sindical? Existe justificativa plausível para a adoção do princípio da unicidade pelo ordenamento jurídico brasileiro?

Segundo Dworkin, a noção de liberdade possui um viés interpretativo, o qual, por vezes, conflita com a noção geral de democracia, sendo que apenas quando se associa a liberdade à ideia de dignidade é que se tem a liberdade enquanto valor, razão pela qual é possível que liberdade e democracia se rechacem enquanto conceitos valorativos.⁸⁰

Para uma melhor compreensão do tema, o mencionado autor também classifica a liberdade sob duas vertentes: positiva e negativa.

A teoria da liberdade positiva representa a garantia de participação dos indivíduos na tomada de decisões coletivas e políticas bem como a aceitação dessas decisões como coercitivas. Sobressai-se, neste ponto, o aspecto participativo como elemento de promoção do diálogo social, sendo, por isso, item integrante do conceito de "trabalho decente".

⁷⁹ Segundo ENRIQUE DUSSEL, a dignidade somente é conclamada quando se é negada. Logo, há um aspecto negativo da dignidade, na medida em que a sua percepção está relacionada diretamente com a sua negação/ausência. Nesse sentido afirma DUSSEL: "*La <dignidad> se descubre desde la negatividad; supone el haber sido previamente <negada>. El <senõr libre> que tiene esclavos, el <senõr feudal>, el ciudadano metropolitano o el colono, el <macho>, el propietario del capital no necesitan aformar si dignidad, la presuponen, nadie la pone en cuestión: es una dimensión obvia, <dada> como punto de partida. Sólo se clama por la <dignidad> cuando ha sido previamente <negada>; cuando el sujeto grita por una <dignidad> que le ha sido arrebatada; que nunca le ha sido asignada, atribuida.*" (In: DUSSEL, Henrique. *Materiales para una política de la liberación*. Madrid: PyV, 2007, p. 137).

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p.376-377.

Já a noção de liberdade negativa relaciona-se com a seara individual, referindo-se à isenção de interferência externa ou coletiva quanto aos posicionamentos e escolhas de determinado indivíduo, tendo em vista a presença de questões éticas ligadas a convicções pessoais e ideologias que não permitem uma intervenção sem ofensa à dignidade.⁸¹

Sob esse prisma, não se desconhece a opção constitucional pelo modelo da unicidade sindical, - previsto no art.8º, II, da CRFB/88 e mantido desde a Constituição de 1937, bem como os debates sobre os efeitos negativos daí advindos ao ordenamento jurídico interno e à democracia, uma vez que, ao se estabelecer a obrigatoriedade de existência de apenas um sindicato representativo da categoria em determinada base territorial, a qual, diga-se, não pode ser inferior a área de um município, opta-se por restringir a liberdade de associação - restrição esta que se dá tanto na seara individual quanto coletiva.⁸²

Nota-se que os autores que defendem o princípio da unicidade sindical sustentam a ideia de que só por meio de tal limitação ter-se-á a constituição de sindicatos fortes, porquanto tal restrição lhes confere maior autonomia financeira para que assim possam atuar em defesa da categoria (autonomia esta decorrente da arrecadação exclusiva da contribuição sindical). Segundo essa corrente, a união de trabalhadores - num mesmo sindicato - supõe a representatividade da entidade; enquanto a pluralidade configuraria a fragmentação do movimento sindical. Olvida-se, desse modo, de que a obrigatoriedade de sindicato único, em determinada base territorial, tem o condão de ignorar as antinomias, as diferenças éticas e ideológicas, desprezando-se o direito à liberdade negativa. Outrossim, a previsão do pagamento de contribuição compulsória, seja para associados ou não associados, tem colaborado para o desinteresse da cúpula quanto à arregimentação de trabalhadores, enfraquecendo o movimento sindical.

E, como dito, os prejuízos daí emanados não são poucos. A título ilustrativo, tem-se como reflexo decorrente do princípio da unicidade a deficiência de representatividade sindical, ausência de afinidade entre os associados, a constituição de sindicatos de "fachada"⁸³, discórdia pelo poder e direção da entidade e, conseqüentemente, o

⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p.374.

⁸² Tal entendimento está em descompasso com a Convenção n. 87 da OIT.

⁸³ Expressão utilizada por Ricardo José Macedo de Britto Pereira (In: PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Novas Perspectivas do Direito Coletivo do Trabalho no Brasil*. Estudos Aprofundados. MPT. Organizadores: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique. Editora Juspodivm. 2. ed. 2013).

enfraquecimento da organização. Nessa perspectiva, "a unicidade, como um dos componentes da estrutura sindical, não pode ser a referência interpretativa de todo o sistema para dar cobertura a sindicatos fechados em si mesmos [...]".⁸⁴ É preciso reconhecer que o Brasil é um país marcado pela diversidade, sendo pertinente, pois, a constituição de espaços políticos para atendimento da multiplicidade de exigências democráticas, mesmo porque democracia e liberdade não são conceitos necessariamente antagônicos.⁸⁵ A própria noção de democracia liberal compreende uma forma específica de organizar politicamente a coexistência humana, que se produz como resultado das articulações entre tradições diferentes.⁸⁶ Nesse sentido:

Por el contrario, considerado desde una perspectiva teórica antiesencialista, el pluralismo no es meramente un hecho, algo que debemos soportar a regañadientes o tratar de reducir, sino un principio axiológico. Se juzga constitutivo, en el plano conceptual, de la naturaleza misma de la democracia moderna, y es concebido como algo que deberíamos festejar y promover. Esta es la razón por la que el tipo de pluralismo que voy a invocar proporciona un estatuto positivo a las diferencias e cuestiona, en cambio, el objetivo de unanimidad y homogeneidad, que siempre se revela ficticio y basado en actos de exclusión.⁸⁷

Tendo em vista que numa tradição democrática e liberal o exercício da soberania pelo povo encontra restrições⁸⁸, há de se reconhecer como legítima a instituição de limites à vontade popular em nome da própria ideia de liberdade. E isso não será objeto de discussão,⁸⁹ mesmo porque a eventual escolha do pluralismo sindical em detrimento da unicidade não significa a eliminação de decisões⁹⁰ que sejam deliberadas coletivamente e que

⁸⁴ PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Novas Perspectivas do Direito Coletivo do Trabalho no Brasil*. Estudos Aprofundados. MPT. Organizadores: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. Editora Juspodivm. 2. ed. 2013, p.973.

⁸⁵ MOUFFE, Chantal. *La paradoja democrática*. Barcelona: Gedisa. 2003, p.36-37.

⁸⁶ A diferença entre a democracia antiga e a moderna não é de tamanho, mas sim de natureza. Assim, a autora parte da noção de pluralismo para se chegar ao conceito de democracia moderna, o que não significa a adoção de um pluralismo ao extremo. Negar o caráter inafastável do antagonismo e propor a obtenção de um consenso racional, segundo Chantal, é uma autêntica ameaça à democracia (In: MOUFFE, Chantal. *La paradoja democrática*. Barcelona: Gedisa. 2003, p.36-37).

⁸⁷ MOUFFE, Chantal. *La paradoja democrática*. Barcelona: Gedisa. 2003, p.37.

⁸⁸ MOUFFE, Chantal. *La paradoja democrática*. Barcelona: Gedisa. 2003, p.22.

⁸⁹ Vide: "De hecho, debido a que dependen del modo en que se definan e interpreten los <derechos humanos> en un momento dado, son la expresión de una hegemonía prevaleciente y, por consiguiente, objeto de debate. Lo que no puede ser objeto de discusión en una democracia liberal es la idea de que es legítimo establecer límites para la soberanía popular en nombre de la libertad. De ahí su naturaleza paradójica." (In: MOUFFE, Chantal. *La paradoja democrática*. Barcelona: Gedisa. 2003, p.22).

⁹⁰ É o que se verifica do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho acerca da obrigatoriedade de negociação coletiva para dispensa em massa de empregados, pois, ao se extrair do texto constitucional a

se justifiquem em temas que envolvam a moral e a justiça.⁹¹ Contudo, não se vislumbra a presença de opções morais ou justas legitimadoras da adoção do princípio da unicidade pelo constituinte pátrio, na medida em que a filiação sindical já representa um limite à liberdade em sua vertente mais ampla, pois, uma vez integrado, o indivíduo se submete às decisões da maioria. Não obstante, a maioria só terá autoridade moral para decidir se, efetivamente, representativa, ou seja, institucionalmente legítima.⁹²

Logo, para ser legítima, a delimitação constitucional de criação de sindicatos na mesma base territorial (aqui entendida como unicidade) deveria se fundamentar na ideia de reciprocidade, ou seja, através de "renúncias recíprocas à liberdade"⁹³, e, conseqüentemente, numa postura abraçada pelo Poder Público mais vantajosa sob o aspecto geral, o que não se constata na hipótese, já que a representatividade da entidade sindical, nesses casos, encontra-se prejudicada.⁹⁴ Outrossim, *"a dignidade requer independência em relação ao governo em questões de escolha ética e este requisito está na base de qualquer teoria plausível da liberdade negativa."*⁹⁵

Nesse sentido, assevera Dworkin:

A autonomia (*freedom*) total de uma pessoa é a sua capacidade de agir como quiser, livre de condicionalismos ou ameaças impostas por outros ou por uma comunidade política. A sua liberdade negativa é a área da sua autonomia que uma comunidade não lhe pode retirar sem a ofender de algum modo especial, comprometendo a sua dignidade, ao negar-lhe a preocupação igual ou uma característica essencial da responsabilidade pela sua própria vida."⁹⁶

necessária participação sindical para o desligamento coletivo de empregados, inibe-se o direito potestativo do empregador bem como a sua liberdade patronal. Outrossim, não parece justo o empregador dispensá-los sem antes tentar minimizar os efeitos do desligamento coletivo, tendo em vista que conta com a colaboração do trabalhador para o desempenho do empreendimento. O acatamento de entendimento contrário afetaria a própria ideia de reciprocidade que deve existir nas relações trabalhistas.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p.387.

⁹² DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p.393.

⁹³ HÖFFE, Otfried. *Justiça Política - fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.389.

⁹⁴ HÖFFE, Otfried. *Justiça Política - fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.389.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p.387.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p.375.

Sob esse prisma, a autonomia sindical⁹⁷ está consagrada na Constituição Federal (art.8, inciso I,) por meio da proibição de autorização do Estado para criação ou extinção de sindicatos (exceção à exigência de registro), vedação de intromissão estatal na sua organização, a exemplo de qualquer tipo de ingerência ou controle, deferindo-se, por conseguinte, o direito de autorregulação sindical.

Autonomia é independência, faculdade de se governar por si mesmo, de se reger por suas próprias normas de conduta, autogoverno. Não se trata de autonomia plena, de soberania, mas relativa, subordinada ao comando da lei. [...] A autonomia da organização sindical revela-se de múltiplas formas, destacando-se a autonomia coletiva privada como competência e legitimidade para disciplinar a atuação interna do grupo obrigando todos os envolvidos nas negociações e seus representados, associados ou não, seja para beneficiá-los, seja para comprometê-los. Muitas vezes confundem-se autonomia e liberdade sindical. Autonomia, porém, é a independência que tem o sindicato e *liberdade a que tem o trabalhador diante da organização sindical*. Autonomia não é apenas liberdade em relação ao Estado, mas também em face dos partidos políticos, das seitas religiosas, das organizações paralelas, parassindicais, e também dos empregadores e suas associações de classe.⁹⁸ (grifei)

É o que também observa Amauri Mascaro Nascimento:

A administração do sindicato não pode mais sofrer intervenção ou interferência do Poder Público, por força da modificação constitucional de 1988, passando-se a observar o princípio da autonomia administrativa, em razão do qual foi afastada a possibilidade da tutela dos sindicatos pelo Ministério do Trabalho e Emprego, com o que, nas relações com o Estado, a organização sindical tem uma liberdade que, durante a maior parte da sua história, não conheceu. Porém, a mesma democratização não se observa na relação dos sindicatos entre si, com a manutenção, pela maioria deles desejada, da unicidade sindical, aparentemente contraditória com a autonomia organizativa.⁹⁹

Nota-se que a autonomia traduz-se na garantia que tem a organização sindical de estabelecer seu estatuto e demais normas administrativas, de escolher seus

⁹⁷ Nessa linha, é vedado o financiamento de sindicatos de trabalhadores por empregadores, conhecidos na Itália como sindicatos *di comodo* (Convenção 98 da OIT ratificada pelo Brasil), sob pena de ofensa ao princípio da liberdade sindical, porquanto implica em prejuízos à atividade e aniquilamento da representatividade de classe. (In: SCHMITZ, Fernanda Maria Francischini; GANEM, Luciane Ricci. *Sindicatos - uma verificação histórica da liberdade sindical no mundo e na Itália*. Mannrich, Nelson (Coordenador). *Reforma do mercado de trabalho: a experiência italiana*. São Paulo: LTr, 2010, p.71.

⁹⁸ AROUCA, José Carlos. *Organização Sindical no Brasil. Passado - Presente - Futuro (?)*. São Paulo: LTr, 2013, p.37.

⁹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.1372.

representantes, de ordenar sua gestão e seu plano de ação. A autonomia sindical é, deste modo, o direito que os sindicatos têm de autodeterminação e de direção.¹⁰⁰

Nessa perspectiva, entende-se que a autonomia sindical pode ser vista sob uma ótica individual e coletiva. E quando se cuida do prisma individual, constata-se que o juízo que se forma acerca do conceito de autonomia está compreendido na ideia de liberdade negativa defendida por Ronald Dworkin, espaço este infenso a negociações, tendo em vista que eventual restrição à liberdade, nesse caso, importa em vulneração à própria dignidade do trabalhador enquanto sujeito titular do direito fundamental à livre organização, manifestação e pensamento, ausente de condicionalismo, afetando-se, também, a própria noção de autonomia coletiva - esta decorrente da restrição estatal imposta para criação de sindicatos. Autonomia e liberdade, nesse caso, se confundem, acarretando, por conseguinte, vulneração a dimensões distintas do que se convencionou denominar liberdade.

Logo, a ofensa aqui não se dá apenas quanto ao aspecto coletivo e positivo, o primeiro no sentido de "autogoverno" ou "autodeterminação" e o segundo de livre criação e organização de sindicatos (pois o princípio da unicidade atua através da proibição de constituição de mais de um sindicato na mesma base territorial), mas também viola o aspecto negativo do instituto, uma vez que imprime um sentimento repressivo ao trabalhador, que, por ausência de afinidade, prefere se desfiliar a permanecer vinculado a um sindicato que não representa a sua posição ideológica e construtiva.

Sob outro ângulo, o respeito à liberdade negativa reforça o aspecto positivo do princípio da liberdade, na medida em que induz legitimidade à instituição e às formas de coerção, viabilizando e estimulando a participação dos trabalhadores na tomada de decisões e reduzindo a assimetria entre os partícipes.¹⁰¹

¹⁰⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.1240.

¹⁰¹ E a quebra da unicidade decorre do reconhecimento da assimetria, a qual pode se operar dentro da própria organização sindical, como explicita JOSÉ MARIA CASELAS ao tratar da ética da libertação, de ENRIGUE DUSSEL. Vide: *"A utopia possível necessita, assim, da autoconsciência das vítimas excluídas da comunicação hegemônica (onde não são chamadas a participar nas discussões) e, em um segundo momento, da organização de uma comunidade de dissidentes que lutam pelo reconhecimento."* (In: CASELAS, José Maria Santana. *A utopia possível de Enrique Dussel - a arquitetura da ética da Libertação*. Cadernos de Ética e Filosofia Política 15, 2/2009, p.72.73).

Como visto, o direito à pluralidade sindical se relaciona com a teoria da liberdade negativa exposta acima, razão pela qual não se justifica¹⁰² a adoção do princípio da unicidade pelo poder constituinte atual, uma vez que a própria opção pela livre filiação e criação de organizações sindicais integra a vertente ética da liberdade, pois abarca a exigência de convicções e ideologias comuns para sua formação, com a composição de organizações íntegras e de efetiva representatividade, porquanto uma Constituição democrática certamente não quer sindicatos de "fachada".¹⁰³

A própria noção moderna de democracia reconhece a existência de antagonismos e mecanismos democráticos de respeito mútuo¹⁰⁴. É preciso que haja reciprocidade e afinidade para a constituição de sindicatos representativos.¹⁰⁵

As concepções de pluralidade sindical e democracia guardam diversos pontos em comum, sendo os principais a amplitude de participação, que refuta qualquer providência tendente a restringir as possibilidades de tomada decisões por parte dos indivíduos afetados por elas, e a titularidade compartilhada dos poderes e prerrogativas, de modo a não se compatibilizar com essas noções a concentração/restrrição das escolhas a cargo de um ou de alguns indivíduos. Em outras palavras: pluralidade sindical e democracia refutam a arbitrariedade, que supõe a tomada de decisões impostas unilateralmente sem motivação/justificação, e também o autoritarismo, que pressupõe a concentração decisória num círculo restrito de grupos e/ou indivíduos.

[...]

¹⁰² Sobre a apreciação do tema, vide a seguinte observação do professor OTFRIED HÖFFE: "*Contra o positivismo jurídico fala o fato de que uma ordem de coerção somente não é um poder despido de tudo se ela se orienta por deveres jurídicos, isto é, por exigências de justiça como liberdades fundamentais. Contra o anarquismo e ao mesmo tempo contra a liberdade de dominação como princípio da sociedade fala o fato de que existem normas sociais vantajosas para todos e pelo fato de que esta vantagem coletiva é somente eficaz se - graças a um poder de coerção público - não explorar esta vantagem como parasita, em detrimento dos outros.*" (In: HÖFFE, Otfried. *Justiça Política* - fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. Tradução Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.391).

¹⁰³ Expressão utilizada por Ricardo José Macedo de Britto Pereira (In: PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Novas Perspectivas do Direito Coletivo do Trabalho no Brasil*. Estudos Aprofundados. MPT. Organizadores: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. Editora Juspodivm. 2. ed. 2013).

¹⁰⁴ Sobre a reciprocidade, vale destacar o seu caráter universal, na medida em que não se aplica apenas a um segmento, mas serve como causa explicativa de acontecimentos científicos, econômicos e sociais, a exemplo, respectivamente, da regra da física segundo a qual para toda ação há uma reação, da lei da oferta e da procura que rege as relações mercadológicas, e por fim, da relação que se forma do "eu" com o "outro". Oportuno frisar que, nessa relação intersubjetiva, a dissimetria entre o "eu" e o "outro" é imposta pelo caráter originário de autossuficiência do "eu" num regime de redução de qualquer transcendência natural a uma consciência transcendental. É o que se infere do seguinte texto: RICOEUR, Paul. *Caminos del Reconocimiento* – Tres Estudios. Trad. Augustin Neira. México: FCE, 2006, p. 197-206.

¹⁰⁵ Vide: "*Sobre esta disimetria, a la vez superada e preservada, se constituyen, alternativamente, un mundo natural común y comunidades históricas que comparten valores comunes. Estos dos nuevos grados de constitución se presuponen por la relacion de reciprocidad.*" (In: RICOEUR, Paul. *Caminos del Reconocimiento* – Tres Estudios. Trad. Augustin Neira. México: FCE, 2006, p. 200).

O que quer demonstrar é que apenas a pluralidade sindical é compatível com a democracia moderna, não o sendo a unicidade sindical.¹⁰⁶

Desse modo, conclui-se que a liberdade sindical consiste num direito indispensável para a consecução das finalidades da entidade, na medida em que é vista como instrumento de preservação de sua própria estrutura e representatividade, cuja coalizão facilita a negociação entre trabalhadores e empregadores em patamar de igualdade, encontrando amparo na Constituição Federal de 1988, em seu art.8º, incisos III e V, bem como em outros instrumentos normativos de índole internacional, a exemplo da Convenção n. 87 da OIT.¹⁰⁷

Por fim, entende-se que o modelo sindical brasileiro, ao optar pela unicidade, não tem atendido as expectativas sociais, porquanto ausente o efetivo diálogo social e o aprimoramento das relações coletivas, passando, por isso, ao largo do conceito de "trabalho decente".

¹⁰⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA FILHO, Cláudio Dias. *Pluralidade sindical e democracia*. 2. ed. rev. e ampl. - São Paulo: LTr, 2013, p.158.

¹⁰⁷ Convenção 87 - Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização: Art.2º. Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organização de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas.

2. A NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Com previsão no art.7º, inciso XXVI e art. 8º, inciso VI, ambos da Constituição Federal¹⁰⁸, a negociação coletiva é o mecanismo através do qual as entidades sindicais da respectiva categorial profissional e econômica estabelecem o diálogo, a comunicação, por meio de contemporizações¹⁰⁹, sem interferência da jurisdição estatal e com um objetivo comum: o consenso.¹¹⁰ É, assim, uma *"modalidade de autocomposição de conflitos advinda do entendimento entre os interlocutores sociais."*¹¹¹

Nesse sentido, explana o professor Enoque Ribeiro dos Santos, para quem a negociação coletiva se cuida de um processo dialético através do qual os atores sociais discutem uma pauta de direitos e obrigações *"de forma democrática e transparente, envolvendo as matérias pertinentes às relações entre trabalho e capital, na busca de um acordo que possibilite o alcance de uma convivência pacífica, em que impere o equilíbrio, a boa-fé e a solidariedade."*¹¹²

Dentre os instrumentos internacionais que tratam do assunto, citam-se as Convenções 98, 151 e 154, todas da Organização Internacional do Trabalho (OIT). A primeira, de natureza principiológica, tem como cerne a proteção contra atos atentatórios à liberdade sindical; a segunda, que é voltada para organização de trabalhadores no âmbito da Administração Pública, prega a independência sindical em face das autoridades públicas bem

¹⁰⁸ Entretanto, muito embora o texto constitucional refira-se a terminologia "sindicatos" ao tratar da obrigatoriedade de participação das entidades sindicais nas negociações coletivas de trabalho, é cediço que tal exigência aplica-se somente à categoria profissional, ou seja, à classe obreira, uma vez que, nas hipóteses de celebração de acordo coletivo de trabalho, dispensa-se a atuação sindical patronal. (In: BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.1255).

¹⁰⁹ A questão do consenso desemboca na necessidade de informações precisas entre sujeitos esclarecidos, o que nem sempre é alcançável¹⁰⁹, uma vez que, à medida que a sociedade se desenvolve, as relações ficam mais complexas e se torna difícil a circulação do conhecimento e o seu acesso, tornando as relações sociais suscetíveis à dominação política, razão pela qual a intervenção do Estado, através do Poder Judiciário, se faz indispensável para manutenção de um ambiente democrático. Assim, o ponto nodal encontra-se, destarte, na absorção do conhecimento e na compatibilidade entre os papéis dos sistemas informante e informado, sendo que, por vezes, a interferência do judiciário visa, justamente, garantir o fluxo dessas informações, razão pela qual, não existindo acordo entre os parceiros sociais, a instauração da instância é o mecanismo constitucional apto a promover a pacificação do conflito. Vide: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1985, p.71-73.

¹¹⁰ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Ed. Saraiva. 2012, p.725.

¹¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.1254.

¹¹² DOS SANTOS, Enoque Ribeiro; FARINA, Bernardo Cunha. *A inevitabilidade da negociação coletiva no setor público*. Revista LTr.77-06. Junho de 2013, p.657.

como a instituição de garantias aos seus representantes, a fim de que cumpram as suas funções de forma autônoma, sem que haja ingerência administrativa no seu funcionamento; e a terceira, representativa da valorização da autonomia privada coletiva, formaliza a necessidade de se incentivar a negociação e o amplo diálogo entre as classes nas relações de trabalho.

Portanto, definiu-se no plano internacional que tal modalidade de solução autocompositiva visa estipular condições de trabalho e regular as relações entre empregadores e trabalhadores, ou entre estes e suas organizações¹¹³, muito embora a redação do art.2º da Convenção 154 da OIT tenha sido alvo de críticas ao argumento de falta de explicitação do alcance da expressão "negociação".¹¹⁴ Isto porque a negociação coletiva não pode ser equiparada à renúncia ou submissão¹¹⁵, mas sim a uma espécie de ajuste originário entre sujeitos que se encontra num patamar de igualdade, razão pela qual Maurício Godinho Delgado prefere denominá-la de *transação coletiva negociada*¹¹⁶, pois o ato de renúncia só se desvelará legítimo quando houver reciprocidade.

É o que também entende José Carlos Arouca, segundo o qual "[...] a negociação coletiva nada mais é do que o processo de defesa dos interesses de grupos ou de apenas uma parcela e até setores econômicos ou de empresas mediante concessões recíprocas com vista a uma solução amistosa e direta"¹¹⁷, aquiescida, portanto, à luz da sua própria dimensão terminológica, por meio de avanços e recuos bem como propostas e contrapropostas.¹¹⁸

¹¹³ Art. 2 — Para efeito da presente Convenção, a expressão ‘negociação coletiva’ compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez. (Convenção 154 da OIT).

¹¹⁴ Nesse sentido José Cláudio Monteiro de Brito Filho. DE BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. *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*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.148-150.

¹¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.123.

¹¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.123.

¹¹⁷ AROUCA, José Carlos. *Organização Sindical no Brasil. Passado - Presente - Futuro (?)*. São Paulo: LTr, 2013, p.197.

¹¹⁸ AROUCA, José Carlos. *Organização Sindical no Brasil. Passado - Presente - Futuro (?)*. São Paulo: LTr, 2013, p.197.

Entretanto, é cediço que nem sempre é possível se chegar a um consenso ou acordo, pois a liberdade de negociar abarcar a possibilidade de recusas e discordâncias naturais do processo transacional, consoante se infere do art.8º da Convenção 154 da OIT, ao assentar que: "*As medidas previstas com o fito de estimular a negociação coletiva não deverão ser concebidas ou aplicadas de modo a obstruir a liberdade de negociação coletiva.*" Liberdade aqui entendida no seu sentido amplo -positivo e negativo -, ou seja, de libertação para aceitação ou recusa de propostas infrutíferas e lacônicas.

Nessa perspectiva, restando frustrada a tentativa conciliatória, a Justiça do Trabalho é, por vezes, conclamada a atuar através do processo coletivo respectivo, numa função nitidamente secundária¹¹⁹, por meio da qual prolata uma decisão de cunho obrigatório e com características legislativas, consubstanciada na sentença normativa.

Acerca do poder normativo da Justiça do Trabalho, pode-se afirmar que o mesmo encontra respaldo no art.114, §2º, da CRFB/1988¹²⁰ (texto com alteração promovida pela EC n.º 45 de 2004). Quanto a tal ponto, retornar-se-á no próximo capítulo. Entretanto, como se verá adiante, é possível se afirmar que, a despeito do papel do poder normativo para a pacificação dos conflitos coletivos e equilíbrio da relações sociais, a jurisprudência do TST tem adotado uma interpretação restritiva do seu alcance, remetendo, sempre que possível, os atores sociais à negociação coletiva, de caráter obrigatório e prévio ao ajuizamento do dissídio.

Vale destacar ainda que após a EC n.º 45 de 2004 foi dada à negociação coletiva contundente primazia, muito embora a função normativa da justiça laboral esteja assentada num cenário deficitário de representatividade sindical, como demonstrado no primeiro capítulo do presente trabalho.¹²¹ Assim, apenas após o esgotamento das tratativas e com o insucesso da negociação é que o dissídio coletivo visando a estipulação de cláusulas

¹¹⁹ SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradutor Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey. 2007, p.211.

¹²⁰ Art. 114 - Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; [...] § 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. (grifei)

¹²¹ CONTRATO DE TRABALHO – ROMPIMENTO – NEGOCIAÇÃO COLETIVA – EXIGÊNCIA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL VERIFICADA. (ARE 647651 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 21/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30-04-2013 PUBLIC 02-05-2013)

normativas será instaurado.¹²² O procedimento aqui é indispensável para a atuação do judiciário trabalhista¹²³, mesmo porque "a negociação coletiva levada a sério é um procedimento que coloca o trabalho e o capital num plano de igualdade".¹²⁴ Não obstante se reconheça que nem sempre isso ocorra, porquanto as classes profissional e econômica são essencialmente antagônicas.¹²⁵

Nesse panorama, com o intuito de demonstrar que a exigência de negociação coletiva prévia é indispensável para a consecução de resultados legítimos, uma vez que permeia a redução da complexidade social através de uma atuação contrafactual, analisar-se-á a seguir o pensamento de Niklas Luhmann a respeito do conceito de legitimação

¹²² Sobre a dispensa em massa de empregados e a obrigatoriedade de negociação coletiva prévia, o Tribunal Superior do Trabalho tem se posicionado no seguinte sentido: "*Um ponto relevante a destacar é que a dispensa coletiva é questão grupal, massiva, comunitária, inerente aos poderes da negociação coletiva trabalhista, a qual exige, pela Constituição Federal, em seu art. 8º, III e VI, a necessária participação do sindicato. Trata-se de princípio e regra constitucionais trabalhistas, e, portanto, critério normativo integrante do Direito do Trabalho (art. 8º, III e VI, CF). Por ser matéria afeta ao direito coletivo trabalhista, a atuação obreira na questão está fundamentalmente restrita às entidades sindicais, que devem representar os trabalhadores, defendendo os seus interesses perante a empresa, de modo que a situação se resolva de maneira menos gravosa para os trabalhadores, que são, claramente, a parte menos privilegiada da relação trabalhista. Nesse sentido, até que surja negociação coletiva trabalhista regular ou, alternativamente, o processo judicial trabalhista correspondente (dissídio coletivo), o ato potestativo e unilateral empresarial de dispensa coletiva seria inábil a produzir efeitos jurídicos, por não haver no direito coletivo trabalhista semelhante ato coletivo sem a participação do sindicato. Em síntese: as dispensas coletivas de trabalhadores, substantiva e proporcionalmente distintas das dispensas individuais, não podem ser exercitadas de modo unilateral e potestativo pelo empregador, sendo matéria de Direito Coletivo do Trabalho, devendo ser submetidas à prévia negociação coletiva trabalhista ou, sendo inviável, ao processo judicial de dissídio coletivo, que irá lhe regular os termos e efeitos pertinentes.*" Trecho extraído do julgamento do Recurso Ordinário nº TST-RO-173-02.2011.5.15.0000 (Acessível em: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>). Portanto, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho assentou que há evidente distinção entre a despedida individual e coletiva, uma vez que o efeito da atuação patronal, nesse último caso, projeta-se sobre outros campos (social, comunitário e econômico), estando, por isso, afeta à negociação coletiva, como determina o próprio texto constitucional. A autonomia patronal seria, então, relativizada.

¹²³ Entretanto, verificou-se nos últimos anos um aumento da rotatividade de trabalhadores sujeitos ao regime celetista, conforme se infere do Anuário do DIEESE sobre políticas públicas, publicado recentemente pelo Governo Federal. Vide: Rotatividade e políticas públicas para o mercado de trabalho/Departamento Intersindical de Estatística Estudos Socioeconômicos. São Paulo: DIEESE, 2014 (Acessível em: <http://www.dieese.org.br/livro/2014/livroRotatividade.pdf>).

¹²⁴ AROUCA, José Carlos. *Organização Sindical no Brasil. Passado - Presente - Futuro (?)*. São Paulo: LTr, 2013, p.200.

¹²⁵ Sobre os mecanismos de acesso à justiça, no qual se insere a ideia de negociação coletivo, Mauro Cappelletti e Bryant Garth pontuam que: "*Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de "efetividade" é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa "igualdade de armas" - a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo.*" (In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.15).

pelo procedimento, ressaltando-se, por conseguinte, como a negociação coletiva pode atuar de maneira a minimizar as contingências e permitir a variação estrutural da expectativa.

Passa-se ao seu exame.

2.1 UMA PERSPECTIVA LUHMANNIANA DO PROCEDIMENTO NEGOCIAL COMO MECANISMO DE LEGITIMIDADE E CONTROLE DE DECISÕES

O presente tópico se propõe a apreciar a negociação coletiva sob o prisma da teoria dos sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann, demonstrando-se, destarte, através de uma análise sociológica, a importância da comunicação para a redução da complexidade e favorecimento de uma decisão legítima. Isto porque, segundo o suscitado autor, *"o critério não está na fonte do direito, no ato individual da decisão, mas sim na experimentação constante e atual do direito."*¹²⁶

Para tanto, Luhmann parte da ideia de que a sociedade é formada por sistemas, colocando o homem individualizado fora desse aparelho, o que seria, segundo sua própria expressão, "mundo circundante".¹²⁷

Como subsistema, o direito é visto como estrutura que impõe limites à sociedade e, enquanto ferramenta de desenvolvimento social, se especifica funcionalmente em relação às demais estruturas sociais, embora isto não importe na afirmação de que o direito nasce a partir de si mesmo, *"mas sim que só se torna direito aquilo que passa pelo filtro de um processo e através dele possa ser reconhecido."*¹²⁸

Luhmann distingue, de outro modo, o conceito de *atribuição* da noção de *causalidade*, pois afirma que o papel do legislador e do juiz não pode levar à conclusão de que o processo decisório é algo criativo ou causal. Essa função do legislador e do juiz é apenas atributiva de vigência do direito. Já a causalidade decorre de um emaranhado de

¹²⁶ Vide: *"O direito vige enquanto direito positivo não apenas pela lembrança de um ato legislativo histórico - historicidade essa que para o pensamento jurídico tradicional constituiu o símbolo da irrevogabilidade - mas só quando sua própria vigência é referida a essa decisão enquanto escolha entre outras possibilidades sendo, portanto, revogável e modificável. O fator historicamente novo da positividade do direito é a legalização de mudanças legislativas, com todos os riscos que isso acarreta."*(In: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1985, p.9.

¹²⁷ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p.1-5.

¹²⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1985, p.19.

expectativas que irá desembocar nessa estrutura sistêmica do direito.¹²⁹ A importância estrutural disso "resulta em que a vigência do direito, por mais rigorosa que seja a cadeia causal, estará referida a um fator variável: uma decisão."¹³⁰

Portanto, a teoria dos sistemas desenvolvida com primazia por Niklas Luhmann coloca o direito como um aparelho unitário, o qual, para efeito de oxigenação e sobrevivência da sua própria estrutura, estabelece comunicação com outros subsistemas, a exemplo da política, religião, cultura e economia.¹³¹

Com base nessa perspectiva, Ronaldo Lima dos Santos afirma que:

Na teoria luhmanniana, no âmbito social, novos e específicos códigos comunicativos vão se desenvolvendo, sendo que, ao atingirem um determinado grau de complexidade e proficiência na sua própria auto-organização auto-reprodutiva, autonomizam-se do sistema social geral, tal como o direito, que se tornou um subsistema social funcionalmente diferenciado, com código binário próprio, que opera como centro de gravidade de uma rede circular e fechada de operações sistêmicas, auto-reprodutivas a partir dos seus próprios elementos, e com autonomia em relação aos demais subsistemas sociais.¹³²

Assim é que, sob o aspecto sistêmico, o procedimento negocial de aproximação entre capital e trabalho desvela-se como mecanismo encorajador da comunicação intersubjetiva e da própria positivação do direito através da generalização de condutas, na medida em que comporta a análise contrafactual da ação, que irá desembocar na elaboração normativa.¹³³ A norma coletiva se legitima, portanto, por meio de contingências e expectativas generalizadas. Outrossim, o estabelecimento de prévia e obrigatória fase negocial reduz a complexidade social e permite, por meio da conferência de autonomia relativa aos

¹²⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1985, p.1-9.

¹³⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1985, p.1-9.

¹³¹ PINTO, Roberto Parahyba de Arruda. *O poder normativo da justiça do trabalho sob o enfoque da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Ano 4, n. 8, julho-dezembro, 2001, p.140-141.

¹³² DOS SANTOS, Ronaldo de Lima. *Teoria das Normas Coletivas*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2009, p.66.

¹³³ FERRARI, Caroline Ferreira. *A negociação coletiva como pressuposto da dispensa em massa de trabalhadores: uma perspectiva luhmanniana do procedimento como mecanismo de legitimidade e controle*. Revista Trabalhista Direito e Processo. Ano 13. n. 50. São Paulo: LTr, Dezembro, 2014.

partícipes, a generalização social do resultado.¹³⁴ Desta forma, conclui-se que o direito não é só estatuído (ou seja escolhido) através de decisões, mas também vige por força de decisões (sendo então contingente e modificável).¹³⁵ Sob esse enfoque, é possível se afirmar então que:

O direito positivo surge quando um sistema parcial da sociedade usurpa a decisão sobre o direito e então torna-se capaz de lidar com o sistema social como um todo enquanto seu ambiente e enquanto fonte de informações, pressões, sugestões de normatizações, em resumo: como um campo extremamente complexo para o exercício da seletividade. Com isso, a grande complexidade do sistema social pode ser tratada através dos embates sistema/ambiente intrínsecos à própria sociedade. A sociedade só pode dinamizar-se por meio da reprodução interna de diferenciação em termos de sistema/ambiente.¹³⁶

Deste modo, a institucionalização de um determinado procedimento, seja o judicial por meio dos trâmites processuais, seja o administrativo através da negociação, é vista como mecanismo de controle e de racionalização do tempo, o que se dá através da própria diferenciação funcional - progressiva em sociedades complexas -, trazendo, por conseguinte, segurança ao sistema. Sob esse prisma, o procedimento institucionalizado fornece legitimidade à decisão, não apenas por decorrer do transcurso de um *iter* procedimental, mas, principalmente, em virtude de permitir a transformação estrutural da expectativa.

Como se vê, a obrigatoriedade de realização da negociação coletiva inserta no art.114, §2º, da CRFB/1988 permite a comunicação entre as categorias envolvidas, constituindo-se, pois, em procedimento necessário e prévio ao ajuizamento do dissídio coletivo, por meio do estabelecimento de uma pauta de reivindicações¹³⁷, enfatizando-se, assim, a existência de eventuais pontos discordantes.

¹³⁴ Nesse sentido: "[...] tal como típico para todos os sistemas de interação elementar, os conceitos de normas, que funcionam concretamente em cada caso, estão sujeitas a uma revisão permanente; e quanto a isso, pode estabelecer-se em relação à exequibilidade e clareza do sistema, um consenso relativamente rápido, na medida em que os participantes, enquanto colegas, não fujam ao assunto e permaneçam capazes de negociar." (In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p.44-45).

¹³⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1985, p.7-15.

¹³⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1985, p.44.

¹³⁷ Vide OJ 08 DA SDC/TST. DISSÍDIO COLETIVO. PAUTA REIVINDICATÓRIA NÃO REGISTRADA EM ATA. CAUSA DE EXTINÇÃO. (inserida em 27.03.1998). A ata da assembleia de trabalhadores que legitima a atuação da entidade sindical respectiva em favor de seus interesses deve registrar, obrigatoriamente, a pauta reivindicatória, produto da vontade expressa da categoria.

Destarte, a institucionalização obrigatória de prévia negociação coletiva - que, diga-se, possui assento constitucional (8º, inciso VI, da Constituição Federal)-,¹³⁸ à luz da vertente sociológica, legitima e viabiliza os possíveis ajustes, os quais poderão se operar via acordo ou convenção coletiva de trabalho ou, no âmbito judicial, por intermédio da própria conciliação, razão pela qual concorda-se com *Luhmann* a respeito de que:

A legitimação pelo procedimento não é como que a justificação pelo direito processual, ainda que os processos legais pressuponham um regulamento jurídico; trata-se, antes, da transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos; trata-se, portanto, do acontecimento real e não duma relação mental normativa. Não existe um conceito sociológico de procedimento que exprima esse dado empírico.¹³⁹

Nessa senda, sob uma perspectiva sistêmica¹⁴⁰, a negociação coletiva oportunizará um aprendizado mais consistente decorrente do papel exercido pelos partícipes enquanto requerentes/requeridos, e não como empregados hipossuficientes ou empregadores descompromissados, uma vez que incide à espécie princípios condutores do procedimento negocial, como o princípio da boa-fé, transparência, razoabilidade, pacificação e informação¹⁴¹, sem os quais não se pode falar em negociação propriamente dita¹⁴², mas apenas em autoritarismo e arbitrariedade, já que o ato de "negociar" importa na manutenção das relações sociais, seladas tão somente com a paz social.

De outro modo, a necessária participação do sindicato é exigida de maneira expressa pelo texto constitucional (art. 8º, VI, da CRFB/88) como pressuposto de validade do instrumento negociado, na medida em que pressupõe ser esse o mecanismo de garantia da equivalência entre os contratantes, pois parte da premissa de que o trabalhador isoladamente considerado encontra-se em situação de desvantagem para discutir as cláusulas do seu

¹³⁸ Art. 8º - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

¹³⁹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p.35.

¹⁴⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1985, p.1-9).

¹⁴¹ AROUCA, José Carlos. *Organização Sindical no Brasil. Passado - Presente - Futuro (?)*. São Paulo: LTr, 2013, p.201.

¹⁴² Vide OJ 11 da SDC/TST. GREVE. IMPRESCINDIBILIDADE DE TENTATIVA DIRETA E PACÍFICA DA SOLUÇÃO DO CONFLITO. ETAPA NEGOCIAL PRÉVIA. (inserida em 27.03.1998). É abusiva a greve levada a efeito sem que as partes hajam tentado, direta e pacificamente, solucionar o conflito que lhe constitui o objeto.

contrato de trabalho, premido pela necessidade do salário para o seu sustento e de sua família.¹⁴³

Importante ressaltar, por fim, que num momento reconstrutivo a proposta crítica deve partir de instituições e formas de pensar concretas que consagrem valores de solidariedade e inclusão social e que possam efetivamente firmar a interdisciplinaridade de temas relacionados ao direito, suplantando, assim, o formalismo jurídico¹⁴⁴ - tema este que será abordado no último capítulo.

Não obstante a relevância da atividade negocial para a seara coletiva, ressalta-se que o exercício regulamentador e limitativo da autonomia dos participantes na relação laboral não é sempre fator satisfatório à efetiva proteção dos valores sociais do trabalho, já que, por vezes, a burla à legislação se subtrai numa atuação aparentemente consentânea com a Constituição. É preciso, por isso, que o órgão jurisdicional esteja atento.

Ademais, tendo em vista a negociação coletiva busca o consenso materializado através do contrato coletivo de trabalho - principal instrumento normativo na seara grupal -, passa-se à apreciação das fontes do Direito do Trabalho brasileiro.

2.2 AS FONTES DO DIREITO DO TRABALHO E O PLURALISMO JURÍDICO

A questão acerca da teoria das fontes do ordenamento jurídico é tema que se relaciona com alguns ramos científicos, a exemplo da Filosofia Jurídica, Sociologia e do próprio Direito. Para a Filosofia Jurídica, o estudo das fontes visa revelar os fundamentos remotos e atuais da conformação do Direito¹⁴⁵, uma vez que, sob o prisma filosófico amplo, *"o Direito tem sua fonte essencial na natureza humana."*¹⁴⁶ Por outro lado, para a Ciência

¹⁴³ Excepciona-se da hipótese os alto-empregados, que mesmo assim estão subordinados ao quanto acordado coletivamente.

¹⁴⁴ Como se vê do seguinte trecho da obra de MAURICIO GARCIA VILLEGAS e CÉSAR A. RODRIGUES: *"De otro lado, en un momento reconstructivo, los estudios críticos deben ir más allá de la demolición de la tradición con el fin de proponer prácticas, instituciones y formas de pensar concretas que encarnen valores de solidaridad e inclusión social y que representen alternativas viables y creíbles al estado de cosas existente. Es en esta dialéctica entre deconstrucción donde se encuentra el desafío para los estudios interdisciplinarios críticos sobre el derecho."* (VILLEGAS, Mauricio García; RODRIGUEZ, César A. *Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos*. (In: www.idp.edu.br/.../536-villegas-mauricio-garcia).

¹⁴⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.127.

¹⁴⁶ MOTORO FILHO, André Franco. *O problema das fontes do Direito: fontes formais e materiais: perspectiva filosófica, sociológica e jurídica*. Revista de informação legislativa, v. 8, n. 32, p. 7-12, out./dez. 1971, p.9.

Jurídica, o foco é o fenômeno da exteriorização do Direito¹⁴⁷, estando, por isso, centrada na ideia de positividade.

À luz da ótica positivista pura, a norma fundamental é a fonte elementar do Direito, sendo que *"toda norma jurídica é 'fonte' de outra norma cuja criação ele regula ao determinar o processo de criação e o conteúdo da norma a ser criada."*¹⁴⁸

Já o conceito de positividade do direito como sendo algo que foi estatuído (posto, deliberado, determinado) não serve à sociologia. Para a sociologia este caráter é secundário, uma vez que há um arcabouço complexo de fundamentos para a constituição normativa.¹⁴⁹

Isso porque, enquanto para a vertente sociológica a apreciação das fontes do direito se dá sob uma ótica incongruente de ações e expectativas, não estando esta última presa, por isso, à exegese judicial, para a dogmática jurídica as normas são interpretadas com supedâneo num senso suposto.¹⁵⁰

Porém, a despeito da existência de diferentes pensamentos acerca da teoria das fontes do direito, o trabalho em apreço apreciará o tema apenas sob o viés jurídico.

Nessa perspectiva, sabe-se que não há pensamento uniforme acerca do que se convencionou denominar "fontes do direito", sendo que o estudo das distintas formas de

Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180464/000340719.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13.11.2014.

¹⁴⁷ Assim como a linguagem que o sustenta, o conceito de direito é controvertido. Com base nessa cizânia, correntes jusfilosóficas tentaram (e tentam) definir o conceito de direito, seja defendendo a total independência entre o direito e a moral, seja reconhecendo a associação inevitável entre os institutos, a qual pode se operar através de uma leitura moral do direito ou por meio da inclusão de valores e critérios de justiça no ordenamento jurídico. Num primeiro momento, sobressaíram correntes jusnaturalistas e positivistas sobre o tema. A primeira fundamentada em princípios morais e critérios de justiça universalmente válidos e passíveis de compreensão racional pelo homem, exigindo-se, necessariamente, a observância de valores éticos para a normatização jurídica.¹⁴⁷ A segunda centrada na fórmula subsuntiva de preenchimento do pressuposto fático e da subsequente incidência legal, tendo como um dos seus precursores Hans Kelsen. A norma aparece aqui como resultado de um ato de vontade, sintetizada num comando autorizado pelo ordenamento jurídico. (Vide: NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 1. ed., 2010, p.31-32).

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.192

¹⁴⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1985, p.7-9.

¹⁵⁰ Nesse sentido: *"Le modalità di osservazione della dogmatica e dalla sociologia si differenziano, inoltre, in misura notevole, dal momento che la prima interpreta le norme e i diritti nel loro senso supposto, cioè chiarisce come deve intenderli l'attore; La seconda misura, invece, azioni e aspettative su <prospettive incongruenti>, con strutture dell'ordine sociale non necessariamente prese in considerazione dall'attore, assume, cioè, maggiore distanza rispetto all'esperienza di quest'ultimo."* LUHMANN, Niklas. *I Diritti Fondamentali come istituzione*. Trad. p. Italiano Stefano Magnolo. Bari: Dedalo, 2002, p.276.

concepção das normas jurídicas é realizado não só em razão da sua estrutura ou conteúdo, mas também à luz de sua origem.¹⁵¹

A doutrina jusfilosófica subdivide as concepções de direito em duas correntes basilares: monista e pluralista.¹⁵² Muito embora se admita a existência de variáveis a respeito das correntes suscitadas, o tópico em questão apreciará o tema apenas com supedâneo na teoria pluralista do direito,¹⁵³ ressaltando-se, em linhas gerais, o pluralismo como teoria refratária à ideia de que o Estado seja fonte exclusiva de produção normativa. Admite-se, nessa linha, a existência de uma pluralidade de fontes, razão pela qual não há como se identificar todas as normas que compõem um determinado ordenamento jurídico, na medida em que não há única e singular fonte para tanto, principalmente em sociedades complexas.

É o que relembra Norberto Bobbio, para quem mesmo numa ordem limitada e pouco regulamentada, como um grupo familiar, é possível constatar que a autoridade paterna não é a exclusiva fonte de regras de conduta¹⁵⁴, uma vez que a *"complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta em qualquer sociedade é tão grande que não existe poder (ou órgão) capaz de satisfazê-la sozinho."*¹⁵⁵

Desse modo, sem se filiar a qualquer corrente, pode-se afirmar que o conceito de pluralismo jurídico varia de acordo com a concepção de estado e direito adotada,

¹⁵¹ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 1. ed., 2010, p.173.

¹⁵² Sobre a crise do Juspositivismo, ressalta-se que: *"A interdependência crescente dos países, do ponto de vista econômico e financeiro, assim como a complexidade dos problemas novos e a rapidez das mudanças, levaram o Direito à impossibilidade da sequência desse modo de produção e de aplicação das regras jurídicas, bem como a um estado de crise que reflete na dificuldade que tem o Estado para aplicar seus programas legislativos, e no reconhecimento da existência de um pluralismo jurídico."* (In: FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e Juspositivismo: A exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p.46).

¹⁵³ Sabe-se que o monismo jurídico acolhe duas principais vertentes. A primeira, intitulada de monismo jurídico universal, fundamenta-se na razão humana e na dimensão jusnaturalista do direito. Já segunda, denominada de monismo jurídico estatal, encontra-se sedimentada na ideia de estatalidade absoluta do direito, quando há a centralização da produção jurídica num único ente: o Estado, não obstante a noção de estatalidade não seja exclusiva de correntes monistas, uma vez que *"nem toda tese da estatalidade jurídica deve ser tida como monista, pois monismo se confunde com a concepção do estatismo absoluto do direito"* (In: DOS SANTOS, Ronaldo de Lima. *Teoria das Normas Coletivas*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2009, p.36).

¹⁵⁴ Como sói na delegação de poderes do pai para a figura materna. (In: BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes. 3. ed. 2010, p.202).

¹⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes. 3. ed. 2010, p.202.

ora centrada na anterioridade do direito em relação ao estado, ora no reconhecimento da precedência do estado em relação ao direito.¹⁵⁶

Sobre as modalidades de criação do direito, há quem identifique, numa perspectiva geral, duas principais vertentes: a primeira intitulada por Carlos Santiago Nino de "*criação deliberada*"¹⁵⁷, referindo-se com isso à legislação, às sentenças judiciais e aos contratos celebrados entre particulares, quando então a intenção previamente autorizada de regulamentar é o fundamento primevo para sua concepção no ordenamento jurídico, em comparação com uma segunda espécie, intitulada de "*criação espontânea*"¹⁵⁸ do direito, que, mesmo sem o intuito de constituir normas, dá início a produção desse efeito, consoante sucede com os costumes, a jurisprudência e os precedentes judiciais¹⁵⁹, cultivados em países que adotam o sistema do *Common Law*, a exemplo dos Estados Unidos e Inglaterra, nos quais a força do precedente se sobressai através da *ratio decidendi* e do *stare decisis*.

Sem embargo das espécies acima levantadas, ressaltam-se exclusivamente para o presente trabalho duas formas peculiares de "*criação deliberada*"¹⁶⁰ do direito, quais sejam: a sentença judicial e os contratos celebrados entre particulares decorrentes da autonomia privada¹⁶¹ - esta última entendida como "*[...] poder atribuído aos particulares de regular, mediante atos voluntários, os próprios interesses*"¹⁶², quando então serão considerados "*como partes de um ordenamento jurídico menor absorvido pelo ordenamento*

¹⁵⁶ DOS SANTOS, Ronaldo de Lima. *Teoria das Normas Coletivas*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2009, p.27.

¹⁵⁷ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 1. ed., 2010, p.173.

¹⁵⁸ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 1. ed., 2010, p.173-175.

¹⁵⁹ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 1. ed., 2010, p.175.

¹⁶⁰ Expressão utilizada por Carlos Santiago Nino. (In: NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 1. ed., 2010, p.173).

¹⁶¹ Há também quem identifique a mencionada atividade negocial "*como poder delegado pelo Estado aos particulares para regularem seus próprios interesses num campo estranho ao interesse público*". Segundo Bobbio, "*trata-se de se decidir se a autonomia privada deve ser considerada um resíduo de um poder normativo natural ou privado, anterior ao Estado, ou um produto do poder originário do Estado*", podendo ser vista, assim, sob a ótica de uma espécie de poder derivado ou originário. (Vide: BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes. 3. ed. 2010, p.204).

¹⁶² BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes. 3. ed. 2010, p.204.

estatal"¹⁶³ e, com isso, produtor "independente de regras de conduta que são adotadas pelo Estado."¹⁶⁴

Não obstante a classificação empregada por *Bobbio*, é possível se afirmar que a autonomia privada é o gérmen do que se passou denominar de pluralismo jurídico ou, como prefere Amauri Mascaro Nascimento: *plurinormativismo*.¹⁶⁵ Neste ponto, vale destacar que o desenvolvimento da doutrina institucionalista assim como da normativista¹⁶⁶ importaram no reconhecimento de uma multiplicidade de ordenamentos legais, pregando-se, destarte, a ideia de pluralismo jurídico em contraposição à teoria estadista pura que preconizava a centralização do poder normativo na figura do Estado e, por conseguinte, a "monopolização da produção jurídica".¹⁶⁷

Nesse prisma, segundo a compreensão pluralista positivista, "[...] o Estado instaura e reconhece modelos jurídicos. Portanto, há modelos jurídicos criados pelo Estado (instaurações), como, também, elaborados pelos grupos sociais (reconhecimento)."¹⁶⁸

Apesar da presença de variáveis positivistas (fontes reconhecidas e delegadas), fincou-se como ponto comum o reconhecimento de que o Estado não é o único instrumento de exteriorização do direito, desvelando-se a presença de um pluralismo jurídico, o qual floresce no Direito Coletivo do Trabalho em virtude da autonomia que é conferida aos partícipes da relação social, como se observa dos acordos e convenções coletivas celebrados, estando a noção de "pluralismo" assentada, justamente, nessa convivência *a priori* harmônica dos suscitados instrumentos normativos, vistos assim como fontes de produção jurídica.¹⁶⁹

¹⁶³ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes. 3. ed. 2010, p.204.

¹⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes. 3. ed. 2010, p.204.

¹⁶⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes. 3. ed. 2010, p.23.

¹⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes. 3. ed. 2010, p.23.

¹⁶⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.1357.

¹⁶⁹ Noutra classificação doutrinária preliminar, as fontes do direito também podem se apresentar como: a) diretas, primárias ou imediatas, a exemplo da lei e do costume, a primeira por constituir o cerne do ordenamento jurídico, a segunda por ser o elemento nuclear de ordenamentos consuetudinários; e b) indiretas, secundárias ou mediatas, a exemplo da analogia, dos princípios gerais do Direito, da Jurisprudência, da doutrina e da equidade, as quais teriam, para parte da doutrina, somente função interpretativa. (In: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.11).

Com base nessas premissas, passa-se à clássica bifurcação empregada pela doutrina trabalhista, a qual privilegia a divisão das fontes do direito em: fontes materiais e fontes formais.

As fontes materiais compreendem os fatos culturais, políticos e econômicos, constituindo-se na base social que importará fundamento à norma - esta conformada na seara juslaboral a partir de movimentos sociais, como protestos e paralisações de trabalhadores, sedimentada, assim, na ideia de luta de classes.¹⁷⁰

Uma fonte material pode se transformar numa fonte formal, quando, por exemplo, um fato social passa a ser regulamentado por lei, mas nem sempre isso acontece.¹⁷¹

Já as fontes formais representam a "*exteriorização dos fatos por meio da regra jurídica*"¹⁷², de caráter geral, abstrato, impessoal e imperativo.¹⁷³ Subdividem-se, ainda, em fontes autônomas e heterônomas.

Enquanto as fontes formais heterônomas decorrem da estrutura estatal, as fontes autônomas originam-se da autonomia privada.¹⁷⁴

No Direito do Trabalho, têm-se como exemplo de fonte heterônoma: a Constituição e alterações constitucionais, a Lei Complementar, Ordinária, Delegada, Medidas Provisórias, Decretos, sentenças normativas e Convenções ratificadas pelo Brasil.¹⁷⁵ Há quem enquadre também a Jurisprudência e, conseqüentemente, as Súmulas, como fontes formais

¹⁷⁰ Importante aqui elucidar o pensamento de Kelsen a respeito do conceito de "Fontes do Direito", para quem: "*Fontes do Direito é uma expressão figurativa que tem mais do que uma significação. [...] Num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser Direito. Mas a expressão é também empregada num sentido não jurídico quando com ela designamos todas as representações que, de fato, influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito, tais como, especialmente, os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros. Estas fontes devem, no entanto, ser claramente distinguidas das fontes de Direito positivo. A distinção reside em que estas são juridicamente vinculantes e aquelas o não são enquanto uma norma jurídica positiva não delegue nelas como fonte de Direito, isto é, as torne vinculantes.*" (In: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes. 8. ed. 2009, p.259).

¹⁷¹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p.52.

¹⁷² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.103.

¹⁷³ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p.53.

¹⁷⁴ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Ed. Saraiva. 2012, p.63.

¹⁷⁵ Vide a redação da CLT: Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

heterônomas - por derivar da ordem estatal e possuir aplicação uniforme e abstrata - com previsão expressa no Direito do Trabalho, consoante se extrai da redação do art.8º da CLT.¹⁷⁶ Tal posicionamento foi reforçado a partir da introdução no ordenamento jurídico interno da edição, pelo STF, da chamada Súmula Vinculante, de aplicação obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública Direta e Indireta, a teor do art.103-A da CRFB/88.

Mas a referida disciplina jurídica também é rica em fontes autônomas, como o costume, o regulamento interno da empresa, os acordos e convenções coletivas de trabalho, decorrentes da autonomia privada dos partícipes da relação social.¹⁷⁷ Frise-se aqui que, para o positivismo, o costume somente constituirá item integrante do sistema normativo quando por este autorizado, *"e sua aplicação terá que obedecer ao critério de gradação estabelecido previamente."*¹⁷⁸

A despeito da índole contratualista da atividade negocial, a sua natureza jurídica normativa desvela-se presente na medida em que importa não apenas na inserção de cláusulas obrigacionais nos contratos coletivos de trabalho, regentes das relações intersubjetivas, mas também dirige-se a regulamentar de maneira isonômica a esfera individual de cada trabalhador, com efeitos para o futuro e *erga omnes*, assumindo, assim, um papel econômico, político, social, pacificador e pedagógico, relevante na comunidade.¹⁷⁹ É o que relembram Enoque Ribeiro dos Santos e Bernardo Cunha Farina:

Neste sentido, em oposição aos contratualistas, os normativistas sustentam que os instrumentos resultantes da negociação coletiva não são contratos, mas fontes criadoras de normas jurídicas, que estabelecem uma delimitação convencional da liberdade de contratar porque traça limites para os futuros contratos, o que lhe dá um caráter predominantemente normativo.¹⁸⁰

Oportuno destacar que as garantias conquistadas pelos trabalhadores não podem ser relegadas pelo decurso do tempo, incidindo, para a escorreita aplicação das normas

¹⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.159.

¹⁷⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.133.

¹⁷⁸ DE ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes. *Direito do Trabalho e Pós-Modernidade*. São Paulo: LTr, 2005, p.204.

¹⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.125.

¹⁸⁰ DOS SANTOS, Enoque Ribeiro; FARINA, Bernardo Cunha. *A Inevitabilidade da Negociação Coletiva no Setor Público*. MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. (Organizadores). *Estudos Aprofundados. MPT*. Editora Juspodivm. 2. ed. 2013, p.1167.

juslaborais, a ideia de proibição de retrocesso social¹⁸¹. Isto porque o Direito do Trabalho tem como sustentáculo o princípio da proteção ao hipossuficiente, e, em regra, havendo conflito entre normas laborais, prevalece o princípio da norma mais benéfica, muito embora se reconheça que no âmbito do Direito Coletivo a mencionada hipossuficiência tenha sido abstratamente afastada.

No mais, em casos de crise econômica a Constituição Federal permite a flexibilização¹⁸² de alguns direitos trabalhistas, garantindo-se a possibilidade de redução salarial, compensação/redução da jornada ou ainda o alargamento da carga máxima de trabalho em regime de turno de revezamentos, de 6 (seis) para 8 (oito) horas diárias, desde que por meio de negociação coletiva, conforme se extrai do art.7º, incisos VI, XIII e XIV, todos da CRFB/88¹⁸³, razão pela qual convivem o legislado e o negociado.

Por fim, destaca-se que, no Direito Europeu, essa dinâmica - intitulada pela professora Luisa Galantino de "flexicurity" - representa a *"busca de um melhor equilíbrio entre a manutenção dos níveis de seguridade social presentes nos contextos nacionais e as novas exigências de alocação dos recursos econômicos disponíveis."*¹⁸⁴ Assim, a noção de "flexiseguridade" ou "flexicurity" permite o equilíbrio do mercado à luz das vicissitudes econômicas e das diversidades culturais, desde que respeitado um patamar mínimo infenso a discussões. Admite-se a adoção de algumas medidas por parte dos parceiros sociais, como a instituição do labor a tempo parcial (*part time*), a celebração de contratos temporários ou até

¹⁸¹ Sobre o conceito de vedação ao retrocesso social: *"Sendo os direitos fundamentais o resultado de um processo evolutivo, marcado por lutas e conquistas em prol da afirmação de posições jurídicas concretizadoras da dignidade da pessoa humana, uma vez reconhecidos, não podem ser suprimidos, ou abolidos, ou enfraquecidos. Milita em seu favor a proteção da proibição de retrocesso."* (In: DA CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Editora Juspodivm, 2008, p.589).

¹⁸² Süsssekind traz a distinção entre desregulamentação e flexibilização para o Direito do Trabalho: *"A nosso entender, portanto, a desregulamentação do Direito do Trabalho, que alguns autores consideram uma das formas de flexibilização, com esta não se confunde. A desregulamentação retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva, regule as condições de trabalho e os direitos advindos da relação de emprego. Já a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, ainda que básica, com normais gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade. Precisamente porque há leis é que determinados preceitos devem ser flexibilizados ou estabelecer fórmulas alternativas para sua aplicação."* (In: SÜSSEKIND, Arnaldo, et. al. *Instituições de Direito do Trabalho*. v.I. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, p.206-207).

¹⁸³ Súmula 423 do TST: TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. FIXAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 169 da SBDI-1) Res. 139/2006 – DJ 10, 11 e 13.10.2006) Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento da 7ª e 8ª horas como extras.

¹⁸⁴ GALANTINO, Luisa. *Direito ao Trabalho e Direito do Trabalho no Modelo Comunitário*. (In: Mannrich, Nelson (Coordenador). *Reforma do mercado de trabalho: a experiência italiana*. São Paulo: LTr, 2010, p.49).

mesmo o congelamento de salários como medida paliativa, a fim de propiciar a estabilização empresarial e evitar a dispensa em massa de trabalhadores.

2.3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO HIPOSSUFICIENTE E A HIERARQUIA DAS FONTES NO DIREITO DO TRABALHO

Com base no pensamento positivista, assevera-se que o ordenamento jurídico pode se estabelecer à luz de um sistema escalonado de normas. Esse aparelho organizacional permite a análise da validade das normas jurídicas através da sua hierarquia.¹⁸⁵ No entanto, para o Direito do Trabalho essa temática ganha realce diferenciado e decisivo, uma vez que a autonomia privada conferida aos partícipes das relações sociais permite uma convivência harmônica entre instrumentos coletivos negociados e a positivação estatal, estabelecendo-se uma hierarquia normativa diferenciada.

No âmbito juslaboral, *"a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira [...]".*¹⁸⁶ É o que explana Pinho Pedreira, para quem: *"havendo pluralidade de normas, com vigência simultânea, aplicáveis à mesma situação jurídica, deve-se optar pela mais favorável ao trabalhador."*¹⁸⁷

Portanto, o princípio da proteção ao hipossuficiente¹⁸⁸ importa numa análise distinguida da teoria das fontes na seara trabalhista, pois nem sempre a norma hierarquicamente superior irá prevalecer no caso concreto.

¹⁸⁵ Importante ressaltar a seguinte observação: *'Se aceitarmos que para uma norma pertencer ao sistema deve ou ser uma norma primitiva ou ter sido determinada de acordo com outra norma do sistema, uma lei inconstitucional não é uma norma do sistema jurídico por mais que sua obediência seja obrigatória de acordo com o sistema jurídico. Se falarmos de "validade" ou "existência" com sentido descritivo de pertinência a um sistema, uma lei inconstitucional é inválida ou inexistente. Se, em contrapartida, usarmos essas palavras com o significado também descritivo de obrigatoriedade segundo normas de certo sistema, uma lei inconstitucional é válida ou existente até que venha a ser anulada.'* (In: NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 1. ed., 2010, p.182).

¹⁸⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1979, p.28.

¹⁸⁷ DA SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p.65.

¹⁸⁸ Esclarece-se a preferência pela utilização no presente trabalho do princípio mais amplo da proteção do hipossuficiente, apreciado à luz do subprincípio da norma mais favorável, muito embora se reconheça a existência de outros dois subprincípios: da condição mais benéfica e do *in dubio pro operario*. Assim, a referência acima sobre o princípio da proteção será aplicado em referência à ideia principiológica da norma mais favorável.

Nesse sentido observa Alice Monteiro de Barros, segundo a qual: "*Possui relevância no exame da hierarquia das fontes a prevalência da norma mais favorável ao empregado, a qual torna maleável a hierarquia apresentada,*"¹⁸⁹ sendo que tanto o contrato coletivo de trabalho como a sentença normativa são exemplos de fonte formal do Direito do Trabalho - autônoma e heterônoma, respectivamente -, integrando, por isso, essa estrutura escalonada.

Assim também entende Vólia Bomfim, porquanto "*apesar de existir uma hierarquia formal das fontes, o Direito do Trabalho, de forma peculiar, confere a esta classificação hierárquica uma maleabilidade, de forma que a lei atua como mínimo superável que pode ser aprimorado em prol do trabalhador.*"¹⁹⁰

No que concerne ao tema, existem três relevantes teorias que procuram alinhar a aplicação das normas trabalhistas com vigência simultânea no tempo e no espaço. A primeira intitulada de teoria da acumulação ou atomística, segundo a qual, havendo conflito de normas, deve-se buscar aquela mais favorável ao empregado, mesclando-se, portanto, os instrumentos normativos. A segunda teoria, denominada de conglobamento por institutos ou mitigado, é conhecida por permitir a análise em conjunto das regras que se refiram ao mesmo tema, como jornada e intervalo; salário e utilidades não salariais; dentre outros, razão pela qual também favorece a combinação de acordos e convenções coletivas de trabalho, sem que prevaleça o negociado como um todo. E, por fim, a teoria do conglobamento puro¹⁹¹, que preconiza a apreciação do instrumento normativo em sua totalidade, evitando-se, destarte, a cisão do negociado e o enfraquecimento do movimento social. Observa-se que a jurisprudência brasileira abraçou a teoria do conglobamento puro, prestigiando, assim, a negociação coletiva de trabalho e a autonomia que lhe é deferida.¹⁹²

¹⁸⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.130.

¹⁹⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p.92.

¹⁹¹ Ementa: REGULAMENTO DE EMPRESA. TEORIA DO CONGLOBAMENTO. A norma mais favorável deve ser aferida mediante o critério do conglobamento, em que é mantida a integridade da norma analisada. Ou seja, deve prevalecer a norma que, no seu todo, for a mais benéfica. Processo 0008700-48.2009.5.05.0013 Rec.Ord, ac. nº 208370/2014, Redator Desembargador EDILTON MEIRELES, 1ª. TURMA, DJ 26/08/2014.

¹⁹² MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Ed. Saraiva. 2012, p.65.

Porém, tendo em vista a deficiência da liberdade laboral sob o aspecto substancial,¹⁹³ o Direito do Trabalho não se limita a assegurar standards mínimos de tratamento, mas também busca corrigir "*le cause di quel difetto*"¹⁹⁴ quando presente a assimetria entre os partícipes dessa peculiar relação - assimetria essa também verificada em outros vínculos jurídicos, como nas relações de consumo.

Nesse panorama, ao tratar da gênese do labor subordinado, Scognamiglio enfatiza que o mesmo caminha em direção à liberdade¹⁹⁵, pois, no sistema capitalista, a "*atividade para um outro e como atividade de um outro, a vitalidade como sacrifício da vida, a produção do objeto como perda do objeto para um poder estranho, para um homem estranho [...]*"¹⁹⁶ aprisiona o ser, escraviza o homem.¹⁹⁷

É preciso observar que, no âmbito do Direito Sindical do Trabalho, o pressuposto da hipossuficiência (fundamentador da prevalência da norma mais favorável ao empregado e corriqueiramente presente nas relações individuais) resta abstratamente afastado a partir do momento em que o empregado passa a ser representado coletivamente pelo sindicato da categoria profissional, seja judicial ou extrajudicialmente, por se entender que, nesse caso, a união operada através da sindicalização é preceito fortalecedor da classe, que estaria, assim, substancialmente em igualdade com a camada patronal. Muito embora nem todos concordem com tal afirmativa, porquanto a falta de representatividade interfere diretamente no grau de autonomia da entidade sindical.

Com base nesse panorama e buscando definir um "meio termo" entre o legislado e o negociado, tratar-se-á no próximo tópico da origem italiana da autonomia coletiva, já que por lá o movimento contratualista encontrou na corrente institucionalista

¹⁹³ Sabe-se que a debilidade acerca da liberdade de contratar não é exclusiva ou inerente ao labor subordinado, sendo também perceptível em algumas espécies de trabalho autônomo e outras relações obrigacionais, como na representação comercial.

¹⁹⁴ ICHINO, Pietro. *Il Percorso Tortuoso del Diritto del Lavoro tra Emancipazione dal Diritto Civile e Ritorno al Diritto Civile*. Relazione di Pietro Ichino al convegno dell'Associazione dei Civilisti Italiani su Il diritto civile e "gli altri" Università "la Sapienza" di Roma - 2 dicembre 2011, p.2 Disponível em: archivio.pietroichino.it/attachment.asp?IDArticle... Acesso em: 03 de Novembro de 2014.

¹⁹⁵ SCOGNAMIGLIO, Renato *apud* ICHINO, Pietro. *Il Percorso Tortuoso del Diritto del Lavoro tra Emancipazione dal Diritto Civile e Ritorno al Diritto Civile*. Relazione di Pietro Ichino al convegno dell'Associazione dei Civilisti Italiani su Il diritto civile e "gli altri" Università "la Sapienza" di Roma - 2 dicembre 2011, p.1-2 Disponível em: archivio.pietroichino.it/attachment.asp?IDArticle... Acesso em: 03 de Novembro de 2014

¹⁹⁶ MARX, Karl. *Manuscritos Económico-Filosóficos*. São Paulo: Editorial Boitempo, 2004, p.90.

¹⁹⁷ Logo, o que se busca é a libertação do homem por meio da sua emancipação.

obstáculos à plena emancipação social da classe operária. Aqui a análise histórica, econômica e social assim como o comportamento dos sujeitos coletivos são fundamentais para formação e também ajustamento do Direito do Trabalho, alimentado pela cultura de um novo modelo sindical italiano que surgiu a partir dos anos 50, e que viria, posteriormente, a influenciar fortemente o modelo jurídico brasileiro.¹⁹⁸

2.4 CONTRATUALISTAS X INSTITUCIONALISTAS: A CIZÂNIA ITALIANA ACERCA DA AUTONOMIA COLETIVA

Partindo-se de tais premissas, passa-se à análise do conceito italiano de autonomia coletiva, elucidando-se, destarte, a natureza da atividade negocial realizada pelos particulares na seara trabalhista, seus limites e possível reaproximação com o Direito Civil à luz das correntes publicista e privatista. Isto porque a independência disciplinar do Direito do Trabalho originou-se do reconhecimento da assimetria entre os partícipes da relação social e da união do proletariado proporcionada pela Primeira Revolução Industrial, com o desenvolvimento de dois movimentos contrapostos sobre o tema. De um lado, publicistas, de outro, privatistas. Os primeiros enxergavam a empresa como instrumento de utilidade social, na qual a vontade do titular não se confundia com o objetivo do empreendimento, funcionalmente empenhado para o interesse superior da nação. Enquanto os segundos pregavam a liberdade de contratar, sem que houvesse a imposição de limites ao poder do tomador dos serviços, sedimentada, pois, numa visão liberal do capital.¹⁹⁹

Entretanto, para entender o instituto da autonomia privada coletiva faz-se relevante traçar a sua origem histórica, desenvolvida no âmbito laboral com primazia na Itália a partir dos anos 50, país no qual se contrapunham correntes de direita e de esquerda. De um lado, a política laboral de direita defendida pela Confederação das Indústrias (*Confindustria*), de feição contratualista e privatista, de outro, o movimento

¹⁹⁸ NAPOLI, Mario. *I Paradigmi del Diritto del Lavoro*. In: Diritti e Lavoro nell'Italia Repubblicana. Materiali dall'incontro di Studio. Ferrara, 24 Ottobre 2008. Milano: Giuffrè Editore, p.271-272. Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/085/volume.pdf>. Acesso em: 01 de Dezembro de 2014.

¹⁹⁹ ICHINO, Pietro. *Il Percorso Tortuoso del Diritto del Lavoro tra Emancipazione dal Diritto Civile e Ritorno al Diritto Civile*. Relazione di Pietro Ichino al convegno dell'Associazione dei Civilisti Italiani su Il diritto civile e "gli altri" Università "la Sapienza" di Roma - 2 dicembre 2011, p.10 Disponível em: archivio.pietroichino.it/attachment.asp?IDArticle... Acesso em: 03 de Novembro de 2014.

neoinstitucionalista ou publicista, que mais se aproximava do pensamento abrigado pela Confederação Geral Italiana do Trabalho (CGIL).²⁰⁰

Assim é que, dentre os movimentos sindicais do período pós-guerra, desvelou-se um novo modelo sindical, de abrangência nacional e, por isso, mais representativo, com amplo número de inscritos e presente em diversos setores da economia, formado pela organização de trabalhadores, como a sobredita CGIL (Confederação Geral Italiana do Trabalho), bem como a UIL (União Italiana do Trabalho) e a CISL (Confederação Italiana de Sindicatos do Trabalhadores).

Desse modo, passou-se a vivenciar na Itália o desenvolvimento de sindicatos fortes e centralizadores, com efetivo poder de barganha nas negociações intersindicais, na medida em que concentravam setores diferenciados da economia, de alcance nacional.²⁰¹

É o que observa Gino Giugni, pois:

No ano imediatamente seguinte à queda do regime corporativo, a contratação coletiva foi caracterizada sobretudo pelos acordos que tinham como âmbito de aplicação inteiro setor da economia (indústria, comércio ou agricultura). Esses acordos são chamados interconfederais, enquanto estipulados entre as confederações gerais de trabalhadores e de empresários.²⁰²

Nota-se que houve um momento inicial de centralização da atividade sindical, que aos poucos foi cedendo espaço à diversidade dos fatores sociais e econômicos promovida pela ampliação do mercado, com o surgimento de negociações informais e descentralizadas, cujas entidades confederativas não reconheciam a título de contrato coletivo.²⁰³

²⁰⁰ ICHINO, Pietro. *Il Percorso Tortuoso del Diritto del Lavoro tra Emancipazione dal Diritto Civile e Ritorno al Diritto Civile*. Relazione di Pietro Ichino al convegno dell'Associazione dei Civilisti Italiani su Il diritto civile e "gli altri" Università "la Sapienza" di Roma - 2 dicembre 2011, p.14 Disponível em: archivio.pietroichino.it/attachment.asp?IDArticle... Acesso em: 03 de Novembro de 2014.

²⁰¹ DA FONSECA, Fábio Prates. *A Contratação Coletiva no Direito do Trabalho Italiano*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n.33, 2008, p.202-203. Disponível em: http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125445/Rev33_art8.pdf/9bc95ec4-fc74-4dcc-bb4f-0d7df539d12b. Acesso em: 10.11.2014.

²⁰² GINO, Giugni. *Direito Sindical*. Com colaboração de Pietro Curzio e Mario Giovanni. Tradução e notas de Eiko Lúcia Itioka. São Paulo: LTr, 1991, p.133

²⁰³ Segundo Walney Quadros: *"Os sindicatos italianos afastaram-se definitivamente da mera organização corporativa em assuntos trabalhistas para assumirem um papel de representatividade integral frente ao Estado, frente às empresas, frente a outras organizações sindicais, frente à União Europeia. Tal representatividade, a*

Nesse aspecto, cumpre-se destacar o papel exercido pela CISL na década de 60, que, neste período, propugnava pela contratação coletiva e redução da intervenção legislativa, do qual doutrinadores de escol como Gino Giugni e Federico Mancine eram alinhados, com relevo para a apresentação da obra *"sull'autonomia collettiva come fonte di un ordinamento intersindicale originario, capace, cioè di reggersi anche senza il fondamento offerto dall'ordinamento statale"*²⁰⁴, defendida pela professor Gino Giugni. Isto é, um ordenamento original e autônomo em relação ao Estado.²⁰⁵

A monografia de Giugni partia da autonomia coletiva como expressão "[...] de complexa trama de relações, cuja dinâmica se alicerça sobre realidade de força e de poder que se colocam em equilíbrio ativo"²⁰⁶, apesar de parcela da doutrina refutar a existência de paridade ou balanceamento entre as entidades sindicais de trabalhadores e tomadores ao argumento de que não seria a suscitada coalizão fator exclusivo de estabilização das relações sociais²⁰⁷.

O fato é que, muito embora o professor Gino Giugni fosse mais próximo da política de esquerda e socialista, desenvolveu em sua monografia importante contributo para um novo contratualismo laboral, de maneira que a visão publicista não obstasse as tratativas negociais, mesmo porque esse não era o intuito da CISL naquele período.²⁰⁸

nosso sentir, tem seu fundamento na autonomia conquistada pelos sindicatos, tanto financeira, pela expressiva adesão de trabalhadores, quanto político-partidária, pela derrocada do corporativismo estatal após a Segunda Grande Guerra e pela força da Constituição de 1948, que criou as condições para eclosão de um autêntico sindicalismo." (In: COSTA, Walney Quadros. Sindicalismo e formação da cidadania na Itália e no Brasil: Análise Comparativa e Propostas. p.2. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125416/Rev21Art13.pdf/8295ab07-db79-4cf1-be1e-88a8820826f0>. Acesso em: 06 de Janeiro de 2015).

²⁰⁴ A obra em questão trata *"sobre a autonomia coletiva como fonte de um ordenamento intersindical originário, capaz, isto é, de se reger sem o fundamento oferecido pelo ordenamento estatal."* Tradução livre. (In: ICHINO, Pietro. *Il Percorso Tortuoso del Diritto del Lavoro tra Emancipazione dal Diritto Civile e Ritorno al Diritto Civile*. Relazione di Pietro Ichino al convegno dell'Associazione dei Civilisti Italiani su Il diritto civile e "gli altri" Università "la Sapienza" di Roma - 2 dicembre 2011, p.14). Disponível em: archivio.pietroichino.it/attachment.asp?IDArticle... Acesso em: 03 de Novembro de 2014.

²⁰⁵ GINO, Giugni. *Direito Sindical*. Com colaboração de Pietro Curzio e Mario Giovanni. Tradução e notas de Eiko Lúcia Itioka. São Paulo: LTr, 1991, p.19.

²⁰⁶ GINO, Giugni. *Direito Sindical*. Com colaboração de Pietro Curzio e Mario Giovanni. Tradução e notas de Eiko Lúcia Itioka. São Paulo: LTr, 1991, p.18.

²⁰⁷ ICHINO, Pietro. *L'enigma del Tracollo del Contrattualismo CISL negli Anni Sessanta*. In: *Diritti e Lavoro nell'Italia Repubblicana*. Materiali dall'incontro di Studio. Ferrara, 24 Ottobre 2008. Milano: Giuffrè Editore, p.264-265. Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/085/volume.pdf>. Acesso em: 01 de Dezembro de 2014.

²⁰⁸ Sobre o ponto, Pietro Ichino relembra o posicionamento de Marco Vais (M. V.), advogado interno da CGIL nacional, o qual criticou incisivamente a monografia de Gino a respeito da autonomia coletiva ao argumento de

A autonomia do ordenamento sindical italiano, elaborada por Gino Giugni, fundamentou-se, desse modo, através da relação contratual estabelecida entre os sujeitos coletivos, dotada de representatividade e legitimidade para conformar-se enquanto instrumento de regulação dos conflitos sociais. Embora mantida internamente ao sistema jurídico do Estado, tal autonomia não estava restrita à disciplina das relações individuais, uma vez que conglomerava a administração do próprio contrato e das relações intersindicais, aquiescendo-se, mais tarde, à dimensão mais ampla do conceito de liberdade.²⁰⁹

Assim é que, a partir da década de 50, a contratação coletiva de trabalho na Itália se afastou gradativamente do movimento publicista e se fortaleceu por meio da inserção de princípios do Direito Civil, a exemplo da obrigação de respeito mútuo, presteza na execução da tarefa, observância da dignidade da pessoa humana, solidariedade e boa-fé, exigências estas que poderiam se enquadrar em qualquer relação obrigacional, seja trabalhista ou civilista, seja de labor subordinado ou autônomo.

Portanto, propugnou-se, nesse período na Itália, pela concessão de mais autonomia aos atores coletivos - autonomia esta compreendida à luz de um poder originário, e não derivado da ordem estatal, com interferência direta nas obrigações sociais.

É o que observa Ronaldo Lima dos Santos:

Foi exatamente a passagem do pluralismo orgânico para o conflitivo que encimou a concepção da autonomia privada coletiva no regime italiano do pós-guerra, trazendo como consequência o entendimento predominante da sua natureza de fonte jurídica reconhecida.

No Direito Comparado, especificamente no que respeita à Itália, berço da concepção de autonomia privada coletiva, a doutrina defende de modo consensual a sua natureza de poder originário. Com a substituição do modelo corporativista pelo democrático, os doutrinadores passaram a negar que a atuação normativa dos trabalhadores e dos empregadores coletivamente organizados se desse pela via da delegação do poder normativo pelo Estado, como era apregoado pela doutrina sustentada no período fascista.²¹⁰

que o desequilíbrio entre as partes da relação de trabalho não pode ser removido pela simples coalizão de trabalhadores, na medida em que tal desigualdade se verifica também sobre o plano coletivo. Vide: ICHINO, Pietro. *L'enigma del Tracollo del Contrattualismo CISL negli Anni Sessanta*. In: *Diritti e Lavoro nell'Italia Repubblicana. Materiali dall'incontro di Studio*. Ferrara, 24 Ottobre 2008. Milano: Giuffrè Editore, p.264-265. Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/085/volume.pdf>. Acesso em: 01 de Dezembro de 2014.

²⁰⁹ MINOLFI, Federica. *La Contrattazione Collettiva Aziendale in Europa*. Law. Universit_e d'Avignon; Universit_a degli studi G. D'Annunzio (Chieti, Italie), 2013. Italian. <NNT : 2013AVIG2034>. <tel-00980975> Disponível em: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00980975/document>. Acesso em: 10.11.2014.

²¹⁰ DOS SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das Normas Coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.142.

Passando-a à análise da década seguinte, segundo Silvana Sciarra, juíza da Corte Constitucional italiana, os anos sessenta são significativos porque revelam outra qualidade do sistema italiano de relação industrial, tido por original num panorama comparativo, uma vez que, na Itália, criou-se uma coincidência insólita, provavelmente devido a matriz cultural comum, qual seja, a presença de dirigentes prevalentemente ativos na gestão empresarial, a exemplo dos componentes da CISL.²¹¹

Contudo, o intervencionismo estatal se manteve por meio da edição posterior de leis que não se limitavam a garantir a contratação coletiva, mas se imiscuíam e restringiam a zona deferida à autonomia sindical em nome de valores e princípios constitucionais²¹², movimento no qual, assim como Mancini, Giugni passou a anuir, em contradição com a cultura jurídico-sindical da própria CISL, que era fortemente contrária à intervenção legislativa e da qual Giugni era simpatizante.²¹³

Tal paradoxo é perceptível no seguinte questionamento elaborado por Pedro Ichino numa coletânea de artigos jurídicos publicada pela *Giuffrè Editore*: "*Ecco la questione: che cosa è successo, che cosa ha fatto sì che in quel momento sia Gino Giugni sia Federico Mancini abbiano sposato in modo così drastico la soluzione legislativa, contro la tradizione, la cultura e anche la volontà della CISL, inequivocamente espressa in quegli anni?*"²¹⁴

Na sua visão, a mudança de posição de Giugni representou uma postura incompreensível se comparada com aquela que ele havia revelado anteriormente, tanto que

²¹¹ SCIARRA, Silvana. *Diritti e Lavoro nell'Italia Repubblicana*. In: *Diritti e Lavoro nell'Italia Repubblicana*. Materiali dall'incontro di Studio. Ferrara, 24 Ottobre 2008. Milano: Giuffrè Editore, p.252. Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/085/volume.pdf>. Acesso em: 01 de Dezembro de 2014.

²¹² ICHINO, Pietro. *Il Percorso Tortuoso del Diritto del Lavoro tra Emancipazione dal Diritto Civile e Ritorno al Diritto Civile*. Relazione di Pietro Ichino al convegno dell'Associazione dei Civilisti Italiani su Il diritto civile e "gli altri" Università "la Sapienza" di Roma - 2 dicembre 2011, p.21 Disponível em: archivio.pietroichino.it/attachment.asp?IDArticle... Acesso em: 03 de Novembro de 2014.

²¹³ ICHINO, Pietro. *L'enigma del Tracollo del Contrattualismo CISL negli Anni Sessanta*. In: *Diritti e Lavoro nell'Italia Repubblicana*. Materiali dall'incontro di Studio. Ferrara, 24 Ottobre 2008. Milano: Giuffrè Editore, p.265. Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/085/volume.pdf>. Acesso em: 01 de Dezembro de 2014.

²¹⁴ Veja-se o questionamento: "*O que aconteceu, o que foi feito naquela época para que tanto Gino Giugni como Federico Mancini terem acatado de modo drástico a solução legislativa, contra a tradição, a cultura e também a vontade da CISL inequivocadamente expressa naquele ano?*" Tradução livre. (In: ICHINO, Pietro. *L'enigma del Tracollo del Contrattualismo CISL negli Anni Sessanta*. In: *Diritti e Lavoro nell'Italia Repubblicana*. Materiali dall'incontro di Studio. Ferrara, 24 Ottobre 2008. Milano: Giuffrè Editore, p.265). Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/085/volume.pdf>. Acesso em: 10 de Novembro de 2014.

intitulou seu artigo como "*L'enigma del Tracollo del Contrattualismo CISL negli Anni Sessanta.*"²¹⁵

Daí por que, de forma inesperada e por intermédio de Gino Giugni - que era membro da comissão incumbida para a elaboração de um código sobre normas de proteção e valorização do trabalho humano -, surgiu, assim, em 1970, o *Statuto dei Lavoratori*²¹⁶, documento responsável pela proteção da tutela e liberdade sindical naquele país, fomentado pelos preceitos da Constituição direcionados à proteção da dignidade da pessoa humana, estatuto do qual Giugni adquiriu a alcunha de "padre", apresentando-se em sua gênese o movimento de constitucionalização do Direito.²¹⁷ A constitucionalização aqui objetivou a proteção dos chamados direitos fundamentais, desassistidos durante a Segunda Guerra Mundial.

Afirma-se que, nesse período, a Constituição²¹⁸ passa a se apresentar como fonte condutora de interpretação dos instrumentos negociais.²¹⁹ É o que o relembra Luís Roberto Barroso:

²¹⁵ Traduzido pela autora nesses termos: "*O enigma do colapso do Contrattualismo da CISL nos Anos 60.*" (tradução livre)

²¹⁶ A Lei 300 de 1970 institui o Estatuto do Trabalhador na Itália.

²¹⁷ Vide o art.39 da Constituição italiana: "*L'organizzazione sindacale è libera. Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge. E' condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica. I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce.*" A organização sindical é livre. Aos sindicatos não pode ser imposto outra obrigação senão o seu registro a níveis local e central, segundo a lei. É condição para sua inscrição que os estatutos dos sindicatos estabeleçam um ordenamento interno de base democrática. Os sindicatos registrados possuem personalidade jurídica. Podem, através de uma representação unificada na proporção da sua filiação, celebrar acordos coletivos de trabalho com cobertura obrigatória para todas as pessoas pertencentes às categorias a que se refere o contrato. (Tradução livre).

²¹⁸ Porém, segundo entendimento de parte da doutrina italiana, a exemplo de Mario Napoli, a ideia de constitucionalizar todo o Direito do Trabalho não é aprazível, porquanto as soluções no ramo juslaboral devem ser dadas de acordo com o tempo, mutáveis, portanto, à luz das vicissitudes sociais, muito embora o mesmo reconheça que "*il diritto del lavoro è un diritto che vuole aggiungere, passo dopo passo, progresso nella condizione materiale e spirituale dell'uomo. Perciò è fondamentale il ruolo della Costituzione nell'interpretazione.*" Tradução: "*O direito do trabalho é um direito que pretende acrescentar, passo a passo, progresso na condição material e espiritual do homem. Por isso é fundamental a regra da Constituição na sua interpretação.*" Tradução livre. (In: NAPOLI, Mario. *I Paradigmi del Diritto del Lavoro*. In: Diritti e Lavoro nell'Italia Repubblicana. Materiali dall'incontro di Studio. Ferrara, 24 Ottobre 2008. Milano: Giuffrè Editore, p.276). Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/085/volume.pdf>. Acesso em 10 de Novembro de 2014.

²¹⁹ NAPOLI, Mario. *I Paradigmi del Diritto del Lavoro*. In: Diritti e Lavoro nell'Italia Repubblicana. Materiali dall'incontro di Studio. Ferrara, 24 Ottobre 2008. Milano: Giuffrè Editore, p.274-276. Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/085/volume.pdf>. Acesso em: 10 de Novembro de 2014.

Na Itália, a Constituição entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948. O processo de constitucionalização do Direito, todavia, iniciou-se apenas na década de 60, consumando-se nos anos 70. Relembre-se que a Corte Constitucional italiana somente veio a se instalar em 1956. Antes disso, o controle de constitucionalidade foi exercido, por força da disposição constitucional transitória VII, pela jurisdição ordinária, que não lhe deu vitalidade. Pelo contrário, remonta a esse período a formulação, pela Corte de Cassação, da distinção entre normas *preceptivas*, de caráter vinculante e aplicáveis pelos tribunais, e normas de *princípio* ou *programáticas*, dirigidas apenas ao legislador e não aplicáveis diretamente pelo Judiciário. Assim, pelos nove primeiros anos de vigência, a Constituição e os direitos fundamentais nela previstos não repercutiram sobre a aplicação do direito ordinário.²²⁰

Vê-se, assim, que as correntes contratualista e institucionalista mantiveram e ainda mantêm uma relação simbiótica favorável ao aprimoramento do Direito Sindical, mesmo que essa não tenha sido a intenção elementar desses movimentos.

Sem embargo das vicissitudes históricas, faz-se pertinente a discussão sobre a necessidade de reformulação do modelo sindical, a fim de se direcionar a tutela social para as particularidades das novas formas de trabalho, a exemplo do labor parassubordinado²²¹ e do teletrabalho, tendo em vista a dispersão que a revolução tecnológica proporcionou nos últimos anos, com a externalização da produção.

O intuito é incentivar a contratação sob o prisma coletivo a fim de que essas novas relações, que não estão centradas na figura do trabalho subordinado, possam

²²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: *A constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Editora *Lumen Juris*: Rio de Janeiro, 2007, p.221-222.

²²¹ O conceito de parassubordinação foi construído pela doutrina italiana com o fito de definir as emergentes formas de relações laborais decorrentes da reengenharia produtiva, da qual se extrai da ideia de colaboração, coordenação e cooperação (*cococo*). Pinho Pedreira, discorrendo sobre o tema, conceitua a parassubordinação como “*uma categoria intermediária entre a autonomia e a subordinação, sendo uma área que representa, como a muitos parece, verdadeiro tertium genus*”. (In: PEDREIRA, Pinho. *Um novo critério de aplicação do Direito do Trabalho: A parassubordinação*. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_abril2005/convidados/com_3.doc>. Acesso em: 5 jan. 2006, p.3). Sob o ponto de vista etimológico, a palavra “para” pode ensejar a idéia de “contra”; “junto”, “ao lado de”; “defeito”, “vício”; do grego παρά, “perto”, “junto de”; “em direção a”; “paralelamente a”; “além de”; “contra”, conforme se revele em cada caso. (In: MACHADO, José Pedro. *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*. v.II. Lisboa: Confluência, 1959, p.1.672-1.673). Sobre o conceito de parassubordinação, transcreve-se a lição doutrinária de Oscar Ermida Uriarte: “*La existencia de personas que, sin estar sujetas a una relación de trabajo subordinado, prestan una colaboración continua y coordinada a la empresa y que, por razones fácticas y de desnivel económico, contratan sus servicios con ésta en condiciones de inferioridad, há suscitado, desde tiempo atrás, el interés de los estudiosos del tema e, incluso, de algunas legislaciones*.” (In: URIARTE, Oscar Ermida; ALVAREZ, Oscar Hernández. *Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación*. Revista de Direito do Trabalho, v.27, n.103, p.201-217, jul/set, 2001, p.213).

gozar de uma tutela digna de proteção laboral. Fala-se, assim, numa gradativa transição de "uma heteronomia estatal para um garantismo negociado"²²², não obstante se admita a necessidade de fortalecimento do movimento sindical. E esse é o desafio do Direito do Coletivo do Trabalho.

A despeito de pensamentos privatistas ou publicistas, a questão central aqui é, justamente, encontrar um ponto de equilíbrio entre essas duas correntes, em que se possa fincar a base de um sindicalismo seguro e não vinculado a ideologias estritamente políticas ou econômicas, mas sim produtivo do ponto de vista social. É o que se busca no presente trabalho: uma resposta *pari passu* com a autonomia *in concreto* do sindicalismo brasileiro, mesmo porque não há tamanha peculiaridade " *no ramo juscoletivo e na negociação coletiva via sindicatos que lhes permitam romper, drasticamente, com o núcleo basilar de princípios do Direito do Trabalho e com o patamar civilizatório mínimo fixado pela ordem jurídica heterônoma estatal.*"²²³

2.5 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA E O CONTRATO COLETIVO DE TRABALHO

Como visto, a negociação coletiva é o procedimento através do qual a(s) entidade(s) sindical(s) de trabalhadores e a tomadora ou respectivo sindicato(s) de natureza econômica, envolvidos no dissenso, dialogam, com o fito de, ao final, estabelecerem o regramento aplicável às relações sociais, tendo em vista que a Constituição Federal lhe confere tal atribuição por meio do que se convencionou denominar de autonomia negocial coletiva (art.7º, XXVI c/c art.8º)²²⁴, esta última consistente no poder de regulamentar o comportamento interno do grupo organizado e "instituir normas e condições de trabalho que serão aplicáveis no âmbito da relação de emprego, obrigando todos os envolvidos nas

²²² MASSONI, Túlio de Oliveira. *O Lugar do Sindicalismo no Novo Direito do Trabalho: A Ação Sindical para além da Fábrica*. MANNRICH, Nelson (Coordenador). Reforma do mercado de trabalho: a experiência italiana. São Paulo: LTr, 2010, p.151.

²²³ DELGADO, Maurício Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.130.

²²⁴ A Constituição Federal de 1988 previu (art.8º, inciso VI) a participação obrigatória das entidades sindicais na negociação coletiva. Tal exigência é restrita ao sindicato dos trabalhadores, na medida em que a empresa já é encarada como um ser coletivo, pois se trata de pessoa jurídica.

negociações e seus representados, associados ou não, seja para beneficiá-los, seja para comprometê-los."²²⁵

O conceito de autonomia coletiva originou-se a partir da ideia de autonomia da vontade difundida durante a Revolução Francesa de 1789, tendo em sua gênese a compreensão jurídica de "autonomia privada"²²⁶, a qual centrava-se na concepção de igualdade meramente formal entre as partes.²²⁷ Sob essa ótica, a autonomia privada decorre da percepção "*da não onisciência do ordenamento jurídico estatal*".²²⁸

Segundo Ronaldo Lima dos Santos:

[...] reconhece-se uma esfera de iniciativa jurídica individual que permita aos particulares, em suas relações recíprocas, prover a satisfação interpessoal de suas necessidades.

Seu conceito constrói-se sobre o fenômeno do pluralismo jurídico, ou seja, da descentralização normativa resultante do reconhecimento ou da atribuição a certos indivíduos ou entidades da capacidade de emitir regras de conduta no seu círculo de fins e interesses.²²⁹

E prossegue o mencionado autor:

A autonomia privada coletiva consiste, assim, 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 sociedade.²³⁰

Para Amauri Mascaro Nascimento, se trata de uma espécie de autonomia normativa, o que "*não significa soberania perante o Estado, nem sobreposição de uma*

²²⁵ AROUCA, José Carlos. *Organização Sindical no Brasil. Passado - Presente - Futuro (?)*. São Paulo: LTr, 2013, p.37.

²²⁶ Parte da doutrina diferencia o conceito de autonomia da vontade e autonomia privada. Enquanto a primeira relaciona-se com o fator psicológico do indivíduo, a segunda possui características objetivas, pois representa a cientificidade jurídica que lhe é atribuída. Há quem as trate como expressões sinônimas.

²²⁷ DOS SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das Normas Coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.110-111.

²²⁸ DOS SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das Normas Coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.113.

²²⁹ DOS SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das Normas Coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.113.

²³⁰ DOS SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das Normas Coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.127.

ordem jurídica paralela e à margem da ordem jurídica estatal"²³¹, mas item integrante desta, usualmente previsto na Constituição de países de origem democrática.

Nessa senda, a autonomia coletiva²³² se diferencia da autonomia pública por se referir a um grupo determinado de sujeitos, e não ao interesse de toda a sociedade.²³³ Outrossim, também não se confunde com a autonomia privada individual, pois esta busca satisfazer interesses de uma pessoa particularmente considerada, seja uma pessoa física ou jurídica, referindo-se à seara concreta e divisível dos sujeitos envolvidos. E aqui cumpre-se ressaltar que, muito embora os trabalhadores possam agir conjuntamente, isso não implica numa imperiosa relação coletiva, uma vez que esta "*supõe um elo que unifica as pessoas por uma só e comum reivindicação.*"²³⁴ Logo, autonomia coletiva e interesse individual plúrimo são conceitos jurídicos diversos.

Ademais, a autonomia coletiva abrange não só a capacidade de se organizar, consubstanciada por meio da criação dos estatutos, mas também a capacidade administrativa, da qual se infere o procedimento de escolha da direção da entidade sindical, por meio do respectivo processo eleitoral, além da autonomia para administração do seu patrimônio; engloba ainda a autotutela e a capacidade negocial, esta última materializada no contrato coletivo de trabalho²³⁵ - gênero do qual são espécies a Convenção Coletiva de Trabalho e o Acordo Coletivo.

Já o contrato, como o próprio termo sugere, representa o resultado da atividade negocial decorrente da autonomia da vontade.

²³¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.1351.

²³² A jurisprudência espanhola reconhece o papel da jurisdição constitucional para uma efetiva proteção da parte hipossuficiente da relação - o trabalhador -, que se perfaz pela limitação de sua autonomia contratual. Nesse sentido: "*Sin embargo, en los casos en los que la regulamentación legal no ha realizado esta publicación de las relaciones laborales, la propia jurisprudencia constitucional se ha encargado de limitar el alcance de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo en beneficio del trabajador, para hacer valer la eficacia de sus derechos fundamentales no específicamente propios de la relación laboral (intimidad, propia imagen, libertad ideológica, libertad de expresión, etc.) frente a los poderes de dirección y organización del empresario.*" (In: BATISTA, Francisco J; VILLAVERDE, Ignacio; REQUEJO, Paloma; PRESNO, Miguel Angel; ALÁEZ, Benito; SARASOLA, Ignacio F. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A), 2012, p.194).

²³³ DA SILVA, Walküre Lopes. *Autonomia Privada Coletiva*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.102, p.135-159, jan./dez. 2007, p142.

²³⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.1352.

²³⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.1359.

Acerca da natureza jurídica da contratação coletiva²³⁶, adota-se a classificação empregada por Amauri Mascaro Nascimento, o qual traz três concepções sobre o tema: contratual, regulamentar e mista. A primeira, como dito, estritamente contratualista, defende a aplicação do instrumento negociado exclusivamente aos sujeitos contratantes, tendo como corolário o princípio da autonomia da vontade. A segunda, de feição regulamentar, enquadra a convenção celebrada entre as partes como lei em sentido amplo, com repercussão, portanto, nos contratos individuais de trabalho. E, por fim, a terceira concepção, intitulada de mista, reconhece a presença do aspecto contratual na sua elaboração e da característica regulamentar sobre os seus efeitos. Amauri Mascaro Nascimento filiou-se a esta última.²³⁷

Por acordo de caráter normativo só se poderá entender todo aquele que, a exemplo da lei, for eficaz, mesmo ultraestipulante. Portanto, aplicam-se as convenções coletivas a todos, empregados e empregadores, desde que pertençam ao âmbito da representação profissional ou econômica dos sindicatos convenientes. Assim, o direito brasileiro filia-se à corrente normativista. As convenções coletivas são normas jurídicas. Aproximam-se mais das leis do que dos contratos. Os seus efeitos, inconfundíveis, impedem que a posição contratualista mantenha-se entre nós.²³⁸

Note-se ainda que negociação, autonomia e contrato coletivo²³⁹ são institutos jurídicos distintos, mas que se encontram umbilicalmente relacionados, pois

²³⁶ Da dicção do artigo 611 da CLT, extrai-se que a atuação das Federações e Confederações se dá de forma subsidiária, apenas quando a categoria representada não seja organizada em sindicato. Vide: Art. 611. Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. § 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho. § 2º As Federações e, na falta desta, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em Sindicatos, no âmbito de suas representações.

²³⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.1475.

²³⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.1477.

²³⁹ A Recomendação 91 de 1951 do OIT traz em seu bojo o conceito de contrato coletivo. Vide: "(1) A los efectos de la presente Recomendación, la expresión contrato colectivo comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional. (2) Ninguno de los términos de la presente definición debería interpretarse de suerte que implique el reconocimiento de una organización de trabajadores creada, dominada o sostenida económicamente por empleadores o sus representantes."

somente haverá negociação entre sujeitos que detenham um certo grau de autonomia para transacionar e, assim quem sabe, galgar uma melhoria salarial.²⁴⁰

Enquanto o contrato coletivo é o resultado material dessa faculdade conferida pelo constituinte pátrio aos interlocutores sociais²⁴¹, o negócio jurídico é um dos instrumentos de objetivação da suscitada autonomia privada.²⁴²

²⁴⁰ Não obstante a CRFB/1988 tenha proibido para os militares o direito à sindicalização e à greve (art.142, §3º, IV), assegurou tais direitos aos servidores públicos civis (art.37, VI e VII, da CRFB/88), inclusive como mecanismo de alcance de melhores condições de trabalho. Sem embargo da dessemelhança entre negociação, autonomia e contratação coletiva, o Supremo tem se posicionado pela impossibilidade de realização de negociação coletiva no setor público ao argumento de que o regime jurídico de tais servidores impõe a necessidade de edição de lei específica (art.37 c/c art.39, caput, §3º, art.61, §1º, II, "a", todos da CRFB/88), sendo, pois, inviável a negociação ou a celebração de acordos coletivos de trabalho pela Administração Pública, mesmo porque os sujeitos coletivos nessa seara detêm autonomia sindical relativizada, restrita à capacidade sindical de se organizar e administrar. Para José Cláudio Monteiro de Brito Filho, tal entendimento decorre da errônea associação que se faz em torno do conceito de negociação e acordo coletivo, pois, enquanto a primeira refere-se ao procedimento de diálogo entre as partes, o segundo diz respeito ao ajuste em si entabulado, que pode vir a ocorrer ou não, tendo em vista que negociação não significa necessariamente contratação. Portanto, a vedação constitucional de contratação coletiva em virtude da incidência do princípio da legalidade no âmbito da Administração Pública não deve ser empecilho para que o Estado, após o respectivo diálogo, internalize unilateralmente as tratativas outrora firmadas por intermédio de ato normativo competente, ou até mesmo como simples orientação para as partes. Sob outro aspecto, acredita-se que a ratificação da Convenção n. 151 da OIT, em 2010, representou importante passo para a permissão da negociação coletiva no setor público, descortinada com a edição do Decreto Federal n.7.674 de 2012, que dispôs acerca do processo de diálogo no âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, primando-se por uma gestão pública mais transparente e democrática. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 272, § 2º, DA LEI COMPLEMENTAR N. 4 DO ESTADO DO MATO GROSSO. SERVIDORES PÚBLICOS. ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO. VIOLAÇÃO DO ART. 61, § 1º, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A celebração de convenções e acordos coletivos de trabalho consubstancia direito reservado exclusivamente aos trabalhadores da iniciativa privada. A negociação coletiva demanda a existência de partes formalmente detentoras de ampla autonomia negocial, o que não se realiza no plano da relação estatutária. 2. A Administração Pública é vinculada pelo princípio da legalidade. A atribuição de vantagens aos servidores somente pode ser concedida a partir de projeto de lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, consoante dispõe o art. 61, § 1º, inciso II, alíneas "a" e "c", da Constituição, desde que supervenientemente aprovado pelo Poder Legislativo. Precedentes. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucional o § 2º, do artigo 272, da Lei Complementar n. 4, de 15 de outubro de 1990, do Estado do Mato Grosso. (ADI 554, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/2006, DJ 05-05-2006 PP-00003 EMENT VOL-02231-01 PP-00017 LEXSTF v. 28, n. 330, 2006, p. 40-49). Súmula 679. A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva. Vide: DE BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. *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*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.207-210. Também sobre o tema: DOS SANTOS, Enoque Ribeiro; FARINA, Bernardo Cunha. *A Inevitabilidade da Negociação Coletiva no Setor Público*. MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. (Organizadores). Estudos Aprofundados. MPT. Editora Juspodivm. 2. ed. 2013, p.1190. Nesse sentido, segue a nova redação da Orientação Jurisprudencial n. 05 da SDC/TST. 05.DISSÍDIO COLETIVO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. CLÁUSULA DE NATUREZA SOCIAL (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Em face de pessoa jurídica de direito público que mantenha empregados, cabe dissídio coletivo exclusivamente para apreciação de cláusulas de natureza social. Inteligência da Convenção nº 151 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 206/2010.

²⁴¹ Art. 617. Os empregados de uma ou mais empresas que decidirem celebrar Acordo Coletivo de Trabalho com as respectivas empresas darão ciência de sua resolução, por escrito, ao Sindicato representativo da categoria profissional, que terá o prazo de 8 (oito) dias para assumir a direção dos entendimentos entre os interessados,

Outrossim, uma vez verificada a relação entre o modelo sindical brasileiro e o problema da falta de representatividade sindical, buscar-se-á demonstrar, no item subsequente, por meio da técnica de análise de conteúdo, se a postura sufragada pelo TST²⁴³ acerca da dimensão e alcance da autonomia negocial coletiva se amolda à teoria contratualista ou institucionalista.

2.6 A AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA E A JURISPRUDÊNCIA DO TST: TÉCNICA DA ANÁLISE DE CONTEÚDO

Com o intuito de estreitar a relação existente entre o campo teórico e prático, analisar-se-á, no presente tópico, a influência das correntes contratualista e institucionalista sobre a jurisprudência do TST, a fim de se demonstrar a sua colaboração para a efetividade dos direitos trabalhistas. Isto porque as respostas prontas e padronizadas são insuficientes para a solução de demandas complexas e dinâmicas. Assim, a pesquisa empírica através da técnica de análise de conteúdo²⁴⁴ permitirá captar valores e ideologias diferentes daqueles previstos estritamente no campo jurídico²⁴⁵, uma vez que "[...] o exercício da interpretação dos significados do discurso depende das posições e do campo de poder em que

devendo igual procedimento ser observado pelas empresas interessadas com relação ao Sindicato da respectiva categoria econômica. § 1º Expirado o prazo de 8 (oito) dias sem que o Sindicato tenha-se desincumbido do encargo recebido, poderão os interessados dar conhecimento do fato à Federação a que estiver vinculado o Sindicato e, em falta dessa, à correspondente Confederação, para que, assuma a direção dos entendimentos. Esgotado esse prazo, poderão os interessados prosseguir diretamente na negociação coletiva até o final. § 2º Para o fim de deliberar sobre o Acordo, a entidade sindical convocará Assembleia dos diretamente interessados, sindicalizados ou não, nos termos do Art. 612. Sobre o citado dispositivo, José Cláudio Monteiro de Brito Filho entende que o mesmo não se amolda à Constituição Federal, a qual exige obrigatoriamente a participação da entidade sindical, a teor do art.8º, VI, da CRFB/88. (In: DE BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. *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*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.179).

²⁴² DOS SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das Normas Coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.123.

²⁴³ Refere-se a acórdãos prolatados durante o interstício do mês de fevereiro a outubro do ano de 2014, decorrentes de processos julgados pela Seção Especializada em Dissídios Coletivo do TST (SDC) e originários dos Tribunais Regionais do Trabalho via Recurso Ordinário.

²⁴⁴ Nessa linha assevera a professora Júlia Ximenes, para quem: "*A técnica de conteúdo permite um novo olhar na pesquisa empírica efetuada na pesquisa em Direito, vislumbrando-se reflexões mais profundas sobre as decisões judiciais, inferindo como os diferentes atores jurídicos, principalmente o Poder Judiciário, percebem questões importantes na sua relação com a Sociedade e os demais Poderes do Estado.*" (In: XIMENES, Julia Maurmann. *Levantamento de dados na pesquisa em Direito – a técnica da análise de conteúdo*. Trabalho apresentado no XX Congresso Nacional do CONPEDI. Vitória, nov 2011, 13).

²⁴⁵ KANT DE LIMA, Roberto; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *O desafio de realizar pesquisa empírica no Direito: uma contribuição antropológica*. Trabalho apresentado no 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, Recife, 2010, p.3.

*estão inseridos todos os autores, tanto quem fala (pesquisador) quanto de quem se fala (pesquisado)."*²⁴⁶

Tal fato justificou a necessidade de estudo do comportamento da jurisprudência brasileira nas diferentes fases do processo, com o escopo de revelar que o TST tende a adotar, nos dissídios coletivos, uma postura contida em matéria de "direitos sociais trabalhistas", muito embora tais garantias estejam expressamente previstas no Capítulo II da CRFB/88.

A seleção de acórdãos²⁴⁷ foi feita no site do TST com base nas seguintes palavras-chave: poder normativo; sentença normativa; dissídio coletivo²⁴⁸; inseridas, portanto, numa mesma unidade de contexto, concebidas à luz das correntes contratualista e institucionalista.

A partir de tais expressões defluiu-se as codificações atreladas à unidade de registro.²⁴⁹ Isto é, ao se avaliar a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho verificou-se o predomínio do pensamento privatista/contratualista em detrimento do pensamento publicista/institucionalista, pela utilização de expressões como: consenso, obrigatoriedade de negociação coletiva prévia, autonomia da vontade e limitação do poder normativo da Justiça do Trabalho, repetidas em diversas passagens do texto.

No mais, informa-se que foram colacionadas apenas decisões do TST proferidas durante o seguinte período: de fevereiro a outubro do ano de 2014; decorrentes de processos julgados pela Seção Especializada em Dissídios Coletivo do TST (SDC) e originários dos Tribunais Regionais do Trabalho via Recurso Ordinário, atualmente com Recurso Extraordinário pendente.

Contudo, antes de sintetizar as "unidades de registro" e o "referencial teórico" em tabela logo abaixo, far-se-á a análise das decisões proferidas pelo TST reunindo-as em três grupos: GRUPO 1. Recursos providos para extinguir o processo sem resolução do

²⁴⁶ DE OLIVEIRA, Fabiana Luci; DA SILVA, Virgínia Ferreira. *Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação*. Sociologias, Porto Alegre, ano 7, n. 13, jan/jun 2005, p.257.

²⁴⁷ Dos 77 processos apresentados pela pesquisa, optou-se pela análise daqueles em que houve a interposição de Recurso Extraordinário até o dia 03 de novembro de 2014 - data na qual se finalizou a coleta de dados -, resultando-se, portanto, num total de 16 processos selecionados.

²⁴⁸ Pesquisa feita nesses termos: poder adj2 normativo e sentença adj2 normativa e dissídio adj2 coletivo.

²⁴⁹ XIMENES, Julia Maurmann. *Levantamento de dados na pesquisa em Direito – a técnica da análise de conteúdo*. Trabalho apresentado no XX Congresso Nacional do CONPEDI. Vitória, nov 2011, p.9.

mérito; GRUPO 2. Recursos providos para extinguir o processo, parcialmente, apenas em relação a determinados suscitados, prosseguindo-se quanto aos demais no exame de cláusulas sociais e/ou econômicas; e GRUPO 3. Recursos providos para excluir cláusulas que tenham importado invasão ao princípio da reserva legal, porquanto não observados os limites do poder normativo da Justiça do Trabalho.

Com efeito, acomodaram-se no GRUPO 1 os seguintes julgados: RO 3039-43.2011.5.02.0000; RO 2304-73.2012.5.02.0000; RO 2379-49.2011.5.02.0000; RO 2022100-21.2009.5.02.0000²⁵⁰; RO 9193-77.2011.5.02.0000; RO 8734-41.2012.5.02.0000; RO 51740-98.2012.5.02.0000; nos quais os respectivos dissídios foram extintos sem resolução do mérito (art.267, IV, do CPC). Nesses processos, constatou-se que a ausência do "mútuo acordo" foi alçada a pressuposto elementar de extinção processual, concluindo-se pela imprescindibilidade do consenso, ao menos tácito, para ajuizamento do dissídio coletivo.

No GRUPO 2, aglomeraram-se os seguintes arestos: RO 6956-70.2011.5.02.0000; RO 8311-52.2010.5.02.0000; RO 212500-06.2008.5.04.0000; RO 51552-08.2012.5.02.0000; nos quais houve a extinção parcial do feito em virtude da falta de consenso para o ajuizamento da demanda coletiva. Em especial, destaca-se o RO 6956-70.2011.5.02.0000, por assentar expressamente que o intuito da EC n.º 45 de 2004 foi, justamente, reduzir a intervenção judicial em questões dessa natureza. Destacou-se também que, num Estado Democrático de Direito, não compete ao Poder Judiciário a criação de normas, ressaltando-se, por outro lado, a autonomia privada coletiva como instrumento de constituição de cláusulas que possam representar encargo financeiro ao empregador.

Por fim, no GRUPO 3, reuniram-se os acórdãos: RO 2280-79.2011.5.02.0000; RO 7052-85.2011.5.02.0000; RO 8301-17.2011.5.04.0000; RO 2403-77.2011.5.02.0000; RO 560-64.2012.5.12.0000. Frise-se que, nesses processos, houve a manutenção das garantias já conquistadas por meio de anterior negociação coletiva de trabalho, à luz do princípio da ultratividade dos acordos e convenções de trabalho (Súmula 277 do TST). Não obstante, novas cláusulas que tenham importado encargo financeiro ao empregador foram excluídas, a exemplo de reajustes salariais acima dos índices da inflação medidos pelo IBGE. Excluíram-se também das respectivas sentenças normativas as cláusulas invasivas ao princípio da reserva legal, como aquelas que tratam de adicional de risco, sem

²⁵⁰ O Recurso Extraordinário interposto nesse processo não foi admitido por ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral.

prejuízo do art.7º, XXIII, da CRFB/88, e estabilidade no emprego (art.7º, XXII, da CRFB/88), as quais estariam sujeitas à negociação coletiva. Observou-se, outrossim, que não houve provimento de recursos interpostos pelo sindical profissional, mas apenas de recursos manejados pelo sindicato de classe econômica (patronal).

Com efeito, a análise da Jurisprudência tem demonstrado que à medida que o dissídio é submetido a um Tribunal *ad quem* através do processo recursal (TRT's, TST, STF), há uma tendência à valorização do princípio da reserva legal, com a exclusão de cláusulas da sentença normativa outrora proferida, em contraposição, inclusive, ao próprio comportamento do STF no que concerne a assuntos relacionados a direitos fundamentais, força normativa da Constituição e omissão inconstitucional.

Portanto, a pesquisa empírica demonstrou que, dos 16 (dezesesseis) processos selecionados, 7 (sete) foram totalmente extintos sem resolução do mérito (GRUPO 1) e 4 (quatro) parcialmente extintos em relação a determinados suscitados (GRUPO 2), todos com base no art.267, inciso IV, do CPC c/c art.114, §2º, da CRFB/88, por ausência de "mútuo acordo" para ajuizamento do dissídio coletivo. Desse modo, o consenso, ao menos tácito, passou a ser exigido pela jurisprudência do TST após a alteração do art. 114, §2º, da CRFB/88, proporcionada pela EC n.º 45 de 2004.

No mais, dos 5 (cinco) processos em que houve o provimento do recurso do sindicato da classe econômica (GRUPO 3), verificou-se o entendimento do TST no sentido de que a atuação do Poder Judiciário se limita a estipular condições de trabalho, sem adentrar em questões atreladas ao princípio da reserva legal ou relacionadas à autonomia negocial coletiva, inclusive nos casos de negociação fracassada.

Por outro lado, nos processos em que não sobreveio o preenchimento do "mútuo acordo", houve a interposição de Recurso Extraordinário pelo sindicato profissional ao fundamento de afronta ao art.114, §2º c/c art. 5º, XXXVI, ambos da CRFB/88.

Ocorre que, por decisão da Presidência do TST, tais processos foram enquadrados na controvérsia do item C-TST-50002, reforçado pelo ajuizamento das ADI's 3392, 3423, 3431, 3432, 3520, as quais discutem a constitucionalidade da alteração do suscitado dispositivo constitucional, à luz do princípio da inafastabilidade de acesso à

jurisdição (art. 5º, XXXVI c/c art.8º, III, ambos da CRFB/88), estando, por isso, sobrestados.²⁵¹

A temática acerca da exigência de negociação coletiva prévia foi levantada em todos os acórdãos.

Identificou-se, por conseguinte, um caráter pedagógico na jurisprudência do TST com o fito de fortalecer a autonomia coletiva e implementar um garantismo negociado, em detrimento do poder normativo da Justiça do Trabalho e da garantia de acesso à justiça. Não obstante, sem eficácia para reformular o quadro brasileiro de desagregação sindical.²⁵²

Entende-se, destarte, que tal comportamento decorre de uma insatisfação com o modelo sindical no Brasil, já que presentes no ordenamento jurídico interno resquícios de um sistema autoritário e corporativista, a exemplo de institutos como a unicidade sindical e a contribuição compulsória, que em nada contribuem para legitimidade da representação sindical.

No mais, cumpre-se registrar que os processos apreciados (conforme quadro a seguir) aguardam, até o momento, um desfecho judicial. Enquanto isso os sindicatos da classe profissional suportam o ritmo lento da prestação jurisdicional e as incessantes discussões parlamentares acerca da necessidade de reformulação do sistema sindical brasileiro.

Já o trabalhador sofre as consequências da "ausência de consenso", porquanto não pode usufruir - a contento - de alguns direitos que dependem de regulamentação infraconstitucional como: adicional de penosidade; indenização compensatória prevista em lei complementar para a dispensa arbitrária ou sem justa causa²⁵³;

²⁵¹ Ressalvam-se aqui os casos de não conhecimento do Recurso Extraordinário por ausência formal da preliminar de repercussão geral.

²⁵² Vide Capítulo 1, Item 1.2, do presente trabalho.

²⁵³ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966; II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. (Vide Lei Complementar nº 146, de 2014) § 1º - Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias. § 2º - Até ulterior disposição legal, a cobrança das contribuições para o custeio das atividades dos sindicatos rurais será feita juntamente com a do imposto territorial rural, pelo mesmo órgão arrecadador. § 3º - Na primeira comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador rural, na forma do art.

e até pouco tempo atrás não poderia gozar de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, pois o proporcional, que, diga-se, é superior ao mínimo (30 dias), somente poderia se concedido por livre e espontânea vontade patronal.

Logo, o escopo conscientizador e instrutivo da jurisprudência do TST não tem contribuído para efetividade dos direitos trabalhistas, muito embora tenha por objetivo firmar a autonomia negocial na seara coletiva. Tanto é assim que em 93,75% dos processos analisados houve a interposição de recurso extraordinário direcionado para o STF pela entidade representante da categoria profissional - parte que saiu efetivamente prejudicada pela negociação fracassada -, pois só recorre quem sucumbe.

Nota-se, outrossim, que não se pode esperar autonomia de sindicatos pouco representativos, que não refletem a ideologia dos seus representados. E não se quer aqui desestimular a negociação coletiva, mas somente enfatizar que negociação e autonomia estão atrelados a tal ponto que não se pode falar na primeira sem que exista a segunda, mesmo porque, segundo José Macedo de Britto Pereira:

A autonomia sindical como reconhecimento significa que se trata de garantia e espaços conquistados. A efetividade da autonomia sindical mais do que pressuposto escrito no texto constitucional, condiciona-se a novas atitudes por parte dos atores sociais e dos agentes públicos; baseia-se na conscientização, por todos os envolvidos, de sua importância para o aprimoramento da democracia e melhoria de condições de vida de todos os trabalhadores.²⁵⁴

Como se vê, a autonomia que se pretende não pode ser imposta, e sim conquistada. Olvida-se o TST, desse modo, que problemas precedentes à própria instauração da instância não podem ser resolvidos por meio de uma jurisprudência defensiva daquele Tribunal, pela exigência de um ficto "comum acordo" e delimitação do poder normativo a questões estritamente subsuntivas, uma vez que, se há previsão na lei, significa que o pleito já foi abstratamente garantido. Sob esta ótica, Mauro Cappelletti enfatiza que a referida atitude negativa tem *"a consequência prática de excluir do judiciário a possibilidade de exercer*

233, após a promulgação da Constituição, será certificada perante a Justiça do Trabalho a regularidade do contrato e das atualizações das obrigações trabalhistas de todo o período.

²⁵⁴ PEREIRA, Ricardo José Macedo Britto. *Novas Perspectivas do Direito Coletivo do Trabalho no Brasil*. MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. (Organizadores). Estudos Aprofundados. MPT. Editora Juspodivm. 2. ed. 2013, p.1.4

influência e controle justamente naqueles conflitos, que se tornaram de importância sempre mais capital nas sociedades modernas."²⁵⁵

Portanto, tal entendimento tem gerado a exclusão de cláusulas normativas pelo TST ao argumento de incidência do princípio da reserva legal. Segue-se a lei como "mínimo" ou o negociado. E se não houver acordo? Neste caso, aplica-se a nova redação da Súmula 277 do TST, que trata da ultratividade das normas trabalhistas, ou seja, uma vez conquistada a melhoria social, mantém-se, caso contrário, aguarda-se.

Nesse sentido, a nova redação da Súmula 277 do TST, que passou a prever a ultratividade dos acordos e convenções coletivas de trabalho mesmo após exaurido o prazo de sua vigência:

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

Para Ricardo José Macedo de Britto Pereira, a modificação da Súmula 277 do TST trouxe aspectos positivos, incentivando a liberdade sindical e a negociação coletiva, muito embora assinale que *"a fragilidade dos sindicatos como argumento para o exercício do poder normativo seja falacioso, pois reproduz a situação, uma vez que o Estado substitui o sindicato.*"²⁵⁶

Sem embargo, acredita-se que a deficiência de representatividade das entidades sindicais e a falta de concreta autonomia negocial exigem uma reformulação do modelo sindical, reformulação essa que não pode "começar pelo fim". Outrossim, a dispensa da intervenção judicial demanda um processo causal e natural menos impositivo, originária da conquista gradual de uma efetiva autonomia coletiva.

Por meio da técnica de análise de conteúdo, constatou-se que a Justiça do Trabalho, através do TST e em alguns poucos casos, estipula condições de trabalho com o fito

²⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.59.

²⁵⁶ PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *A Nova Súmula N.277 do Tribunal Superior do Trabalho - Reflexos na Negociação Coletiva e no Poder Normativo da Justiça do Trabalho*. Revista LTr. Vol.77, n.04, Abril de 2013, p.400.

de apaziguar o conflito (consoante se infere do GRUPO 3) e noutros (GRUPO 1 e 2) permanece inerte ao argumento de possível violação ao princípio da reserva legal e prevalência da autonomia negocial coletiva, quando então olvida-se da sua competência judicial para o controle constitucional das omissões legislativas e efetividade dos direitos sociais.

Diante do exposto e com o fito de sintetizar a abordagem jurisprudencial supra, veja-se o quadro abaixo, cujos acórdãos acima examinados estão alinhados em ordem cronológica:

RECURSO ORDINÁRIO	UNIDADE DE REGISTRO	REFERENCIAL TEÓRICO/HIPÓTESE
1. RO 6956-70.2011.5.02.0000 DEJT 21.02.2014 Rel. Ministro Maurício Godinho Delgado <u>GRUPO 2</u>	- Mútuo consenso como pressuposto processual intransponível para o ajuizamento do dissídio sob pena de extinção sem resolução do mérito - Prevalência da autonomia negocial coletiva - Excessiva intervenção do Estado. - Princípio da inafastabilidade De jurisdição	- A Justiça do Trabalho tem papel subsidiário - Constata-se, assim, a influência da Teoria Contratualista sobre a prática judicial do TST, bem como uma insatisfação com o modelo sindical brasileiro
2. RO 7052-85.2011.5.02.0000 DEJT 21.02.2014 Rel. Ministro Walmir Oliveira da Costa <u>GRUPO 3</u>	- Teoria do Conglobamento - Livre negociação - Prevalência da autonomia negocial coletiva - Análise do ponto de vista Social e Político	- A Justiça do Trabalho tem papel subsidiário - Constata-se, assim, a influência da Teoria Contratualista sobre a prática judicial do TST, bem como uma insatisfação com o modelo sindical brasileiro
3. RO 2022100-21.2009.5.02.0000 DEJT 21.03.2014 Rel. Ministra Kátia Magalhães Arruda <u>GRUPO 1</u>	- Mútuo consenso como pressuposto processual intransponível para o ajuizamento do dissídio sob pena de extinção sem resolução do mérito - No caso de negociação Fracassada a atuação estatal se traduz na criação de normas jurídicas para pacificação do conflito - Prevalência da autonomia Negocial coletiva	- A Justiça do Trabalho tem papel subsidiário - Constata-se, assim, a influência da Teoria Contratualista sobre a prática judicial do TST, bem como uma insatisfação com o modelo sindical brasileiro
4. RO 9193-77.2011.5.02.0000 DEJT 15.04.2014 Rel. Ministro Walmir Oliveira da Costa <u>GRUPO 1</u>	- Prevalência da autonomia negocial coletiva. Extinção sem julgamento do mérito - Adaptações promovidas no acordo oferecido pelas partes à homologação	- A Justiça do Trabalho tem papel subsidiário - Constata-se, assim, a influência da Teoria Contratualista sobre a prática judicial do TST, bem como uma insatisfação com o

	<p>se inserem no exercício do Poder Normativo pela Justiça do Trabalho</p> <ul style="list-style-type: none"> - Justa composição do conflito 	<p>modelo sindical brasileiro</p>
<p>5. RO 3039-43.2011.5.02.0000 DEJT 15.04.2014 Rel. Ministro Maurício Godinho Delgado</p> <p><u>GRUPO 1</u></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Possibilidade de análise da ultratividade de cláusulas sociais e econômicas em dissídio individual, mas não em dissídio coletivo, tendo em vista a sua extinção sem resolução do mérito - Prevalência da autonomia negocial coletiva 	<ul style="list-style-type: none"> - A Justiça do Trabalho tem papel subsidiário - Constata-se, assim, a influência da Teoria Contratualista sobre a prática judicial do TST, bem como uma insatisfação com o modelo sindical brasileiro
<p>6. RO 2304-73.2012.5.02.0000 DEJT 15.04.2014 Rel. Ministra Maria de Assis Calsing</p> <p><u>GRUPO 1</u></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Deve-se fomentar a negociação coletiva como meio de pacificação do conflito. Extinção sem resolução do mérito - Prevalência da autonomia negocial coletiva - Ultratividade do ACT, CCT e sentença normativa homologatória de acordo 	<ul style="list-style-type: none"> - A Justiça do Trabalho tem papel subsidiário - Constata-se, assim, a influência da Teoria Contratualista sobre a prática judicial do TST, bem como uma insatisfação com o modelo sindical brasileiro
<p>7. RO 2379-49.2011.5.02.0000 DEJT 15.04.2014 Rel. Ministra Maria de Assis Calsing</p> <p><u>GRUPO 1</u></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Deve-se fomentar a negociação coletiva como meio de pacificação do conflito (prevalência da autonomia negocial coletiva) - O comum acordo é Pressuposto processual para instauração da instância sob pena de extinção sem resolução do mérito 	<ul style="list-style-type: none"> - A Justiça do Trabalho tem papel subsidiário. - Constata-se, assim, a influência da Teoria Contratualista sobre a prática judicial do TST, bem como uma insatisfação com o modelo sindical brasileiro
<p>8. RO 2280-79.2011.5.02.0000 DEJT 16.05.2014 Rel. Ministra Maria de Assis Calsing</p> <p><u>GRUPO 3</u></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Intransigência do Sindicato Patronal (Negociação Fracassada) - Consenso. Princípio da autonomia da vontade - Princípio juscoletivo da equivalência entre os contratantes - Princípio da boa-fé 	<ul style="list-style-type: none"> - A Justiça do Trabalho tem papel subsidiário. - Constata-se, assim, a influência da Teoria Contratualista sobre a prática judicial do TST, bem como uma insatisfação com o modelo sindical brasileiro
<p>9. RO 8301-17.2011.5.04.0000 DEJT 16.05.2014 Rel. Ministra Kátia Magalhães Arruda</p> <p><u>GRUPO 3</u></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Concordância tácita instauração da instância - Prevalência da autonomia coletiva - Consideração do Quadro Econômico no Brasil 	<ul style="list-style-type: none"> - A Justiça do Trabalho tem papel subsidiário. - Constata-se, assim, a influência da Teoria Contratualista sobre a prática judicial do TST, bem como uma insatisfação com o modelo sindical brasileiro
<p>10. RO 2403-77.2011.5.02.0000 DEJT 20.06.2014 Rel. Ministro Waldir Oliveira da</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Pauta Patronal - Limites do Poder Normativo da Justiça do Trabalho 	<ul style="list-style-type: none"> - A Justiça do Trabalho tem papel subsidiário. - Constata-se, assim, a influência

<p>Costa</p> <p><u>GRUPO 3</u></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Livre negociação coletiva - Art.7º, XXIII, da CRFB/88 - Provimento parcial para excluir determinadas cláusulas 	<p>da Teoria Contratualista sobre a prática judicial do TST, bem como uma insatisfação com o modelo sindical brasileiro</p>
<p>11. RO 8734-41.2012.5.02.0000 DEJT 22.08.2014 Rel. Ministra Dora Maria da Costa</p> <p><u>GRUPO 1</u></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Não cabe a Justiça Especializada o exercício espontâneo e abusivo da Jurisdição contra a vontade manifesta da parte - Extinção sem julgamento mérito. - Ausência de comum acordo 	<ul style="list-style-type: none"> - A Justiça do Trabalho tem papel subsidiário. - Constata-se, assim, a influência da Teoria Contratualista sobre a prática judicial do TST, bem como uma insatisfação com o modelo sindical brasileiro
<p>12. RO 51740-98.2012.5.02.0000 DEJT 12.09.2014 Rel. Ministra Kátia Magalhães Arruda</p> <p><u>GRUPO 1</u></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Ausência de comum acordo - Extinção sem resolução do mérito - Recusa expressa - Ausência de violação ao art.5º, XXXV, da CRFB/88 que trata do direito à manifestação jurisdicional 	<ul style="list-style-type: none"> - A Justiça do Trabalho tem papel subsidiário. - Constata-se, assim, a influência da Teoria Contratualista sobre a prática judicial do TST, bem como uma insatisfação com o modelo sindical brasileiro
<p>13. RO 8311-52.2010.5.02.0000 DEJT 12.09.2014 Rel. Ministra Dora Maria da Costa</p> <p><u>GRUPO 2</u></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Ausência de comum acordo - Extinção parcial sem resolução do mérito - Não se insere no Poder Normativo a fixação de piso salarial 	<ul style="list-style-type: none"> - A Justiça do Trabalho tem papel subsidiário. - Constata-se, assim, a influência da Teoria Contratualista sobre a prática judicial do TST, bem como uma insatisfação com o modelo sindical brasileiro
<p>14. RO 51552-08.2012.5.02.0000 DEJT 12.09.2014 Rel. Ministra Kátia Magalhães Arruda</p> <p><u>GRUPO 2</u></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Extinção sem julgamento de mérito. - Ausência de comum acordo - Pressuposto processual intransponível para a instauração da instância coletiva - Ausência de violação ao art.5º, XXXV, da CRFB/88 que trata do direito à manifestação jurisdicional 	<ul style="list-style-type: none"> - A Justiça do Trabalho tem papel subsidiário. - Constata-se, assim, a influência da Teoria Contratualista sobre a prática judicial do TST, bem como uma insatisfação com o modelo sindical brasileiro
<p>15. RO 212500-06.2008.5.04.0000 DEJT 12.09.2014 Rel. Ministro Maurício Godinho Delgado</p> <p><u>GRUPO 2</u></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Excessiva intervenção estatal em matéria própria à criação de normas - Estado Democrático de Direito Instituído pela Constituição (de modo a preservar com os sindicatos, pela via da negociação coletiva, a geração de novos institutos e regras trabalhistas, e não o Judiciário) 	<ul style="list-style-type: none"> - A Justiça do Trabalho tem papel subsidiário. - Constata-se, assim, a influência da Teoria Contratualista sobre a prática judicial do TST, bem como uma insatisfação com o modelo sindical brasileiro
<p>16. RO 560-64.2012.5.12.0000 DEJT 19.09.2014 Rel. Ministro Waldir Oliveira da Costa</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Patamar mínimo observado - Ampliação dos direitos trabalhistas depende de negociação coletiva 	<ul style="list-style-type: none"> - A Justiça do Trabalho tem papel subsidiário. - Constata-se, assim, a influência da Teoria Contratualista sobre a prática judicial do TST, bem

<u>GRUPO 3</u>		como uma insatisfação com o modelo sindical brasileiro
-----------------------	--	--

Por fim, vale ressaltar que não se desconhece o intuito compositivo que deve pairar nas relações coletivas de trabalho, na medida em que o diálogo direto e habitual traz legitimidade ao ajuste, reduz a complexidade social, além de atender aos anseios democráticos.

Com base nesses dados, passa-se à análise do poder normativo da Justiça do Trabalho, a fim de se perquirir acerca da sua pertinência no sistema jurídico brasileiro enquanto instrumento de pacificação dos conflitos e de justiça social.

3. O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

No capítulo em apreço serão abordados os principais pontos acerca do poder normativo da Justiça do Trabalho, bem como os reflexos decorrentes da Emenda Constitucional n.º 45/2004 sobre a mencionada atribuição conferida ao Poder Judiciário para pacificação dos dissídios coletivos de natureza econômica.

Porém, antes de tratar dos efeitos da alteração constitucional proporcionada pela respectiva emenda, elucidando-se, por conseguinte, os motivos que levaram à suscitada modificação no texto constitucional, faz-se necessário conceituar o poder normativo juslaboral sob uma perspectiva temporal. Isto porque, muito embora se reconheça que o mesmo tenha surgido no Brasil por forte influência da *Carta Del Lavoro*²⁵⁷ da Itália, o seu papel contemporâneo possui orientação direcionada para a valorização da autonomia negocial coletiva, sem se descurar - nos casos de negociação fracassada - da sua função subsidiária de pacificação dos dissídios coletivos e equilíbrio das relações sociais, primando-se, destarte, por um "constitucionalismo de efetividade" - tema que será retomado mais à frente.

3.1 CONCEITO DE PODER NORMATIVO

Historicamente, a função estatal de pacificação de conflitos coletivos teve como gérmen a edição dos Decretos Federais 21.396/32 e 22.132/32 - elaborados com base na atuação administrativa do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio²⁵⁸, o qual dispunha de competência para constituir Comissões Mistas de Conciliação, com o fito de solucionar os dissídios entre empregados e empregadores, ou, em não havendo acordo, de submeter consensualmente o conflito ao juízo arbitral.²⁵⁹ Nesse período, portanto, a solução da cizânia trabalhista pelo Estado se operava na seara administrativa, nos termos da legislação infraconstitucional vigente à época.

²⁵⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.1.214.

²⁵⁸ O Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio foi criado em 1930 pelo Decreto 23.259/30. Com a Lei 3.782 de 1960, tal Ministério passou a denominar-se "Ministério do Trabalho e Previdência Social". Por outro lado, criou-se o Ministério da Indústria e Comércio.

²⁵⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p.1274.

Como cediço, a Justiça do Trabalho somente foi criada pela Constituição de 1934 e instalada alguns anos depois, em 1941,²⁶⁰ como órgão subordinado ao Ministério do Trabalho e responsável pelo processamento e julgamento de demandas individuais e coletivas, cuja atividade na seara grupal albergou a "estipulação de normas e condições de trabalho." Daí a afirmação no sentido de que a Justiça do Trabalho, quando criada, detinha feição nitidamente administrativa,²⁶¹ pois não integrava a estrutura do Poder Judiciário.²⁶²

Apenas a partir da Constituição de 1946, o poder normativo passou a ter previsão constitucional, pois, além de elevar a Justiça do Trabalho a órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário, conferiu a esta especializada a possibilidade de "ditar" normas e condições de trabalho, consoante se infere do seguinte dispositivo: "*Art. 123 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, e, as demais controvérsias oriundas de relações do trabalho regidas por legislação especial.*"

Contudo, a Carta de 1946 trouxe uma restrição ao exercício desse poder, estabelecendo a necessidade de autorização legal, ou seja, somente nos casos em que houvesse permissão legislativa infraconstitucional poderia o Judiciário criar normas e condições de trabalho. Nesse sentido a redação do §2º do art.123 da CF/1946: "*A lei especificará os casos em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho*"; restrição essa mantida pela CF/1967.²⁶³

Nessa perspectiva, oportuna a observação de Arion Sayão Romita sobre a natureza do poder normativo previsto na CF/1946 e conservado pela CF/1967, atentando-se para a sua nítida função legislativa, pois:

²⁶⁰ O Decreto-Lei 1.237 de 1939 foi responsável pela Organização da Justiça do Trabalho.

²⁶¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p.1053.

²⁶² A competência judicial para editar normas nos conflitos coletivos foi inicialmente acolhida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452 de 1943), a qual estipulou que, nos dissídios sobre a fixação de salários, as condições instituídas deverão assegurar uma justa retribuição aos trabalhadores e empregadores (art.766 da CLT), exercendo-se, desse modo, um verdadeiro juízo de equidade no exercício do seu mister normativo. Segundo José Carlos Arouca, diante da edição da Lei 4.725/1965 e Lei 10.192/2001, tal dispositivo não tem mais valia. (In: AROUCA, José Carlos. *Organização Sindical no Brasil. Passado - Presente - Futuro (?)*. São Paulo: LTr, 2013, p.302). Razão assiste ao mencionado autor, tendo em vista o posicionamento do TST sobre as cláusulas que dispõe sobre reajustes salariais.

²⁶³ AROUCA, José Carlos. *Organização Sindical no Brasil. Passado - Presente - Futuro (?)*. São Paulo: LTr, 2013, p.300.

A essa justiça especializada se atribui a tarefa não só de aplicar o direito, mas também de criar o direito. Na primeira hipótese o juiz do trabalho se vale da equidade, como subsídio para interpretação da lei. Na segunda hipótese (elaboração), a equidade assume o caráter de fonte (material) do direito, pois, nos casos estritos da sentença normativa, o tribunal cria uma norma (fonte formal) que regula as relações individuais de trabalho dali para o futuro - (3) Constituição Federal de 1946, art. 123, § 2º; de 1967, art. 134, § 1º. *Inegável, por isso, que o órgão judiciário, ao editar normas gerais do trabalho, exerce funções materialmente legislativas.*²⁶⁴ (grifei)

Ocorre que, ao inaugurar uma nova ordem constitucional, a CRFB de 1988 não trouxe de forma expressa, como antes, a submissão do poder normativo à legislação infraconstitucional, preconizando, destarte, que: *"recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho"*, dando margem a uma atuação mais ampla do Poder Judiciário.

Sobre a interpretação do art.114, §2º, da CRFB/88 em sua redação pretérita e inaugurada pela ordem constitucional de 1988, é possível perceber que não existia qualquer vinculação do exercício do poder normativo ao dissídio de natureza econômica, mas apenas a determinação de observância das disposições acordadas e legais mínimas de proteção ao trabalho, representando, assim, uma opção constitucional de dirigismo estatal. Não obstante, sempre houve cizânia doutrinária acerca do alcance do poder normativo da Justiça do Trabalho, sendo que, para alguns, tal competência constitucional não estaria circunscrita apenas aos dissídios de natureza econômica ou de interesse, mas também abrangeria os casos envolvendo litígios coletivos de natureza jurídica ou de direito. Em sentido diverso manifestou-se Amauri Mascaro Nascimento, para quem tal poder se restringe aos dissídios de natureza econômica.²⁶⁵

Outrossim, tendo em vista que o cerne da controvérsia refere-se apenas aos dissídios de natureza econômica ou de interesse, despidiendia a análise do exercício (ou não) do poder normativo no âmbito do dissídio de natureza jurídica, o qual não integra o objeto do

²⁶⁴ In: ROMITA, Arion Sayão. *O Poder Normativo da Justiça do Trabalho. Reajustamentos Salariais*. Revista de Direito Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro. Volume 24, p.81 (In: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1083374/DLFE-53720.pdf/REVISTA2480.pdf>)

²⁶⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.920.

estudo em questão, razão pela qual passa-se ao conceito geral de poder normativo encartado no art. 114, § 2º, da CF/88.

Assim, sobre a noção de poder normativo, destaca-se a explanação do professor Enoque Ribeiro dos Santos, segundo o qual o referido poder tem por objetivo dirimir litígios coletivos através da estipulação de "*novas condições de trabalho e de remuneração*"²⁶⁶, sendo que, nessa perspectiva, o "*dissídio coletivo emana desse poder normativo, por meio do qual os tribunais do trabalho prolatam sentenças normativas, em caráter abstrato e genérico, utilizando-se de critérios de conveniência e oportunidade.*"²⁶⁷

É o que também preconiza Vólia Bomfim, para quem: "*[...] até a EC 45/04 o poder normativo era a forma que o judiciário dispunha de fazer, através dos julgamentos por equidade feitos nos dissídios coletivos de natureza econômica, o preenchimento das lacunas normativas, pacificando o conflito coletivo*"²⁶⁸, evidenciando-se, destarte, uma tarefa harmonizadora de interesses tanto da classe profissional como econômica.²⁶⁹

De mais a mais, pode-se conceituar o poder normativo trabalhista como um plexo de atribuições conferido pelo constituinte a um órgão especializado - a Justiça do Trabalho -, consistente num mecanismo de controle estatal, com características legislativa e jurisdicional, direcionado à solução dos impasses gerados pelo insucesso da negociação coletiva, cuja estipulação de normas e condições de trabalho se dá no âmbito dos conflitos de natureza econômica, tendo como parâmetro e limite a Constituição Federal.

Com base nessas premissas, passa-se ao exame das espécies de dissídio coletivo existentes, sendo este o instrumento processual apto à instauração da instância e de submissão do conflito ao crivo do Poder Judiciário, do qual emana a sentença normativa.

²⁶⁶ DOS SANTOS, Enoque Ribeiro. *Dissídio Coletivo de Trabalho*. Estudos Aprofundados. MPT. Organizadores: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. Editora Juspodivm. 2. ed. 2013, p.1.414

²⁶⁷ DOS SANTOS, Enoque Ribeiro. *Dissídio Coletivo de Trabalho*. Estudos Aprofundados. MPT. Organizadores: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. Editora Juspodivm. 2. ed. 2013, p.1.414

²⁶⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p.1275.

²⁶⁹ Muito embora a suscitada autora afirme que tal competência tenha sido suprimida a partir da edição da mencionada emenda. Afirma-se ainda que: "*Esta tarefa não era só importante pelo ponto de vista da função atípica do Judiciário, mas principalmente pelo poder harmonizador e pacificador dos conflitos econômicos e sociais decorrentes das mais diversas reivindicações dos trabalhadores.*" (In: CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p.1275).

3.2 O DISSÍDIO COLETIVO

A noção de dissídio coletivo origina-se do conceito de conflito de interesses, quando se têm sujeitos que se consideram titulares de direitos antagônicos. Esses conflitos podem ser individuais, quando se coloca em questão interesses concretos de sujeitos predeterminados, ou coletivos, quando os direitos em discussão são abstratos, pois pertencentes a um grupo indeterminado de indivíduos.²⁷⁰

Para o professor Carlos Henrique Bezerra Leite:

[...] o dissídio coletivo é uma espécie de ação coletiva conferida a determinados entes coletivos, geralmente os sindicatos, para a defesa de interesses cujos titulares materiais não são pessoas individualmente consideradas, mas sim grupos ou categorias econômicas, profissionais ou diferenciadas, visando à criação ou interpretação de normas que irão incidir no âmbito dessas mesmas categorias.²⁷¹

Já para Ronaldo Lima dos Santos:

O dissídio coletivo é a ação por meio da qual a Justiça do Trabalho aprecia e julga um conflito coletivo de trabalho, primordialmente, com fulcro no poder normativo, isto é, mediante uma atividade legiferante consistente na faculdade de estabelecimento de normas e condições de trabalho para reger as relações individuais de trabalho entre trabalhadores e empregadores representados, também tendo como objeto a resolução de controvérsia sobre a aplicação ou interpretação de determinada norma jurídica de aplicação às coletividades e sujeitos representados, ou uma decisão sobre (sic) das repercussões jurídicos-materiais decorrentes de um movimento grevista.²⁷²

Os dissídios coletivos se classificam²⁷³ em: a) dissídios de natureza econômica ou de interesse, quando visam instituir normas e condições de trabalho,

²⁷⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.1273.

²⁷¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.1212.

²⁷² DOS SANTOS, Ronaldo Lima. *Sindicatos e Ações Coletivas - Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014, p.287.

²⁷³ Ainda há outra classificação empregada pela doutrina que subdivide os dissídios em: dissídio originário, de revisão ou de extensão. Vide a classificação adotada no Regimento Interno do TST: "Art. 220. Os dissídios coletivos podem ser: I - de natureza econômica, para a instituição de normas e condições de trabalho; II - de natureza jurídica, para interpretação de cláusulas de sentenças normativas, de instrumentos de negociação coletiva, acordos e convenções coletivas, de disposições legais particulares de categoria profissional ou econômica e de atos normativos; III - originários, quando inexistentes ou em vigor normas e condições especiais de trabalho, decretadas em sentença normativa; IV - de revisão, quando destinados a reavaliar normas e condições coletivas de trabalho preexistentes, que se hajam tornado injustas ou ineficazes pela modificação das circunstâncias que as ditaram; e V - de declaração sobre a paralisação do trabalho decorrente de greve." (grifei).

decorrendo daí o exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho, por meio da prolação da sentença normativa, sendo, pois, de natureza constitutiva; b) dissídios de natureza jurídica ou de direito, os quais se processam com o fito de elucidar a exegese de cláusulas de sentenças normativas, acordos e convenções coletivas, portanto, com natureza declaratória; e c) dissídios de natureza mista, consoante sucede com o dissídio de greve, nas hipóteses em que há na petição inicial pedidos relacionados à remuneração e demais condições de trabalho, além do pleito de declaração de abusividade da greve.²⁷⁴

Portanto, com o esgotamento das tratativas entre as categorias profissional e econômica, o Poder Judiciário é conclamado a atuar através do ajuizamento da ação coletiva, a qual tem por escopo a criação de normas ou condições de trabalho, com a inserção de cláusulas de natureza econômica, social, sindical e obrigacional, regentes, por isso, das relações sociais.²⁷⁵

Entretanto, tendo em vista que o cerne da presente dissertação diz respeito à pertinência (ou não) do poder normativo da Justiça do Trabalho nos julgamentos dos dissídios de natureza econômica, informa-se que somente essa espécie de ação coletiva será examinada.

Assim, passa-se à análise da nova redação do art.114, §2º, da CRFB/1988, bem como suas implicações sobre a extensão do poder normativo da Justiça do Trabalho.

3.3 ANÁLISE DA REDAÇÃO DO ART.114, §2º, DA CRFB/1988 CONFERIDA PELA EC 45 DE 2004 E A EXIGÊNCIA DO "COMUM ACORDO"

Após a EC n.º 45/2004, o poder normativo da Justiça do Trabalho teve realçado o seu caráter supletivo na solução de dissídios coletivos, uma vez que foi conferida contundente primazia à negociação coletiva, muito embora a função normativa da justiça laboral esteja assentada num cenário deficitário de representatividade sindical.²⁷⁶

²⁷⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.1210-1214.

²⁷⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.1229.

²⁷⁶ CONTRATO DE TRABALHO – ROMPIMENTO – NEGOCIAÇÃO COLETIVA – EXIGÊNCIA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL VERIFICADA. (ARE 647651 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 21/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30-04-2013 PUBLIC 02-05-2013)

Dentre as modificações perpetradas pela referida emenda, houve a ampliação da alçada dessa Justiça Especializada, competindo-lhe a partir daí o julgamento de lides que envolvam representação sindical, ações de indenização por dano moral ou patrimonial derivadas da relação de trabalho e demandas referentes às penalidades aplicadas aos empregadores pelo órgão de fiscalização do trabalho, tendo em vista a nítida afinidade da matéria com as atribuições da Justiça Juslaboral.²⁷⁷ Excluiu-se da interpretação do art.114, caput e inciso I, da CRFB/88 os conflitos decorrentes de qualquer espécie de relação estatutária ou de caráter jurídico-administrativo, conforme assentado no julgamento de medida liminar na ADI 3395-6, bem como o processamento de ações penais (ADI 3684). Desse modo, o critério material²⁷⁸ impôs a adequação do texto constitucional.

Todavia, a referida emenda constitucional também alterou a redação do art. 114, §2º, da CRFB/88, que cuida do poder normativo da Justiça do Trabalho, como se infere do seguinte estudo comparativo. Vide:

Redação anterior à EC 45 de 2004:

§ 2º - Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar *dissídio coletivo*, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho. (grifei)

Nova Redação:

§ 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*. (grifei)

Como se vê, a suscitada modificação constitucional importou na supressão de parte do texto que era expressamente direcionado ao estabelecimento de normas e condições de trabalho. Com supedâneo nessa alteração, levantou-se o discurso acerca do fim do poder normativo, medida esta que supostamente se impunha em razão da necessidade de se conferir maior autonomia às entidades sindicais, as quais enfrentavam (e enfrentam)

²⁷⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p.1055.

²⁷⁸ O critério material aqui ventilado deve ser entendido como afinidade material, seja jurídica ou fática.

problemas de representatividade²⁷⁹ em razão do resquício de institutos como unicidade sindical e contribuição sindical, esta última também conhecida como imposto sindical²⁸⁰, subsídios estes que, ao se atrelarem ao poder normativo, consubstanciam o impasse para o avanço de um sindicalismo efetivo e sem vícios.

Sem embargo de tais argumentos, acredita-se que tal vedação de acesso à via judicial não é o melhor caminho para o fortalecimento da organização sindical. O consenso deve ser estimulado, mas não pode ser obrigado ou imposto. A inativação do poder normativo configura-se como um remédio paliativo para questões estruturais que não se definirão enquanto não reformulada a base do Direito Sindical brasileiro. Num exame comparativo, é como tentar solucionar problemas de violência e segurança pública por meio da imposição de repressões e penalidades, sem atentar para as reais necessidades sociais, como saúde e educação. Transportando-se tal raciocínio para a seara trabalhista, significa desconsiderar as questões atreladas à representatividade sindical. Daí porque, conforme se verá adiante, não há como resolver litígios de representatividade por meio da negativa de direitos, na medida em que o Judiciário possui o poder-dever de agir nas hipóteses de contrariedade à Constituição.

Nessa perspectiva, apesar de doutrinadores de escol defenderem o fim do poder normativo da Justiça do Trabalho ao argumento da necessidade de se privilegiar a autonomia privada em prol da democracia, o fato é que tal poder normativo persiste. Reconhecendo-se a sua permanência no ordenamento jurídico hodierno pela EC n.º 45 de 2004, ainda que de forma reduzida ou mitigada, tem-se doutrinadores como: José Carlos Arouca²⁸¹; Maurício Godinho Delgado²⁸²; Amauri Mascaro Nascimento²⁸³; Ives Gandra da Silva Martins Filho²⁸⁴; Carlos Henrique Bezerra Leite²⁸⁵. E é assim que se tem comportado a

²⁷⁹ Vide Capítulo 1, item 1.2.

²⁸⁰ A crítica que se faz a respeito da contribuição sindical refere-se à sua imposição legal, uma vez que o tal contribuição deveria se originar da coalizão natural de trabalhadores, e não por simples cominação. A sua obrigatoriedade, assim, enfraquece o arregimento de sindicalizados, pois, sob o prisma da entidade sindical, os trabalhadores terão de contribuir independentemente de se associarem ou não ao respectivo sindicato.

²⁸¹ AROUCA, José Carlos. *Organização Sindical no Brasil. Passado - Presente - Futuro (?)*. São Paulo: LTr, 2013, p.301.

²⁸² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.126-127.

²⁸³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.919-920.

²⁸⁴ MARTINS FILHO, Ivis Gandra. *Manual de Direito e Processo do Trabalho*. 19. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p.301.

jurisprudência do TST, primando-se pela sua manutenção no ordenamento jurídico, apesar de reconhecer as limitações impostas pela citada emenda constitucional, remetendo, sempre que cabível, os atores sociais à via negocial autônoma, embora remanesça a polêmica em torno dos limites desse poder no ordenamento constitucional contemporâneo. Isso porque a novidade trazida pela EC 45/2004, que se consubstanciou na exigência do "comum acordo" para ajuizamento do dissídio coletivo, suscitou divergência doutrinária, colocando a via judicial como último recurso conferido às partes para pacificação do conflito. Assim, primou-se pela negociação direta dos partícipes.²⁸⁶

Por outro lado, não se desconhece que o objetivo da referida emenda foi, efetivamente, restringir o poder normativo da Justiça do Trabalho por meio da criação de um filtro processual, ou melhor, barreira de acesso ao Poder Judiciário.

Tal restrição decorreu da necessidade de se diminuir o fluxo de processos judiciais, bem como representou o alcance de um pleito sindical antigo, vocacionado para a primazia da negociação coletiva de trabalho em detrimento da intervenção judicial, na medida em que o poder normativo teria em sua gênese o ideal corporativista e fascista do Direito italiano, que não se justificava mais com o avanço democrático no Brasil.

Portanto, muito se discutiu acerca da exigência do "comum acordo", que, para alguns, seria pressuposto específico de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo - entendimento esse que prevaleceu no TST -,²⁸⁷ enquanto para outros, seria requisito nitidamente inconstitucional, por violar o direito de ação insculpido no art. 5º,

²⁸⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.1214-1215.

²⁸⁶ Vide a Recomendação n. 90 da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

²⁸⁷ RECURSO ORDINÁRIO. DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA. COMUM ACORDO. NOVA REDAÇÃO DO § 2º DO ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO ATUAL APÓS A PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. A Seção Especializada em Dissídios Coletivos deste Tribunal Superior do Trabalho firmou jurisprudência no sentido de que a nova redação do § 2º do artigo 114 da Constituição Federal estabeleceu o *pressuposto processual* intransponível do mútuo consenso das partes para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica. A EC nº 45/2004, incorporando críticas a esse processo especial coletivo, por traduzir excessiva intervenção estatal em matéria própria à criação de normas, o que seria inadequado ao efetivo Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição (de modo a preservar com os sindicatos, pela via da negociação coletiva, a geração de novos institutos e regras trabalhistas, e não com o Judiciário), fixou o pressuposto processual restritivo do § 2º do art. 114, em sua nova redação. Nesse novo quadro jurídico, apenas havendo -mútuo acordo- ou em casos de greve, é que o dissídio de natureza econômica pode ser tramitado na Justiça do Trabalho. Ressalvadas, contudo, as situações fáticas já constituídas, a teor do art. 6º, § 3º, da Lei 4.725/65. Recurso ordinário conhecido e provido. (RO - 1185-50.2012.5.03.0000 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 18/08/2014, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 22/08/2014) (grifei).

XXXV, da CRFB/88,²⁸⁸ o que levou ao ajuizamento de ações diretas no STF, como a ADI 3392/DF e a ADI 3423/DF, as quais se encontram pendentes de julgamento.²⁸⁹

Logo, houve quem sustentasse a inconstitucionalidade da exigência de "comum acordo" ao argumento de que se constitui num grave óbice de acesso ao Judiciário.²⁹⁰ Contudo, é possível se constatar que tal exigência teve como principal objetivo o estímulo à negociação coletiva entre as partes, incentivando-se, assim, a autonomia privada coletiva.²⁹¹

Como se vê, a política legislativa²⁹² teve como foco o desenvolvimento da negociação coletiva e o fortalecimento do movimento sindical através da construção de entidades que possam efetivamente estabelecer um diálogo produtivo - fato este que não afasta a tutela jurisdicional nas hipóteses de deficiência de representação, como bem observa Vólia Bomfim Cassar, para quem: *"nem sempre a composição amigável é possível em face da desigualdade existente entre a força do capital em contrapartida com a necessidade do trabalhador de melhores condições, principalmente nas regiões mais carentes, onde impera o coronelismo [...]".*²⁹³

Embora se concorde com a afirmação de que poder normativo da Justiça do Trabalho não se trata de típica atividade jurisdicional - pois engloba uma função anômala do

²⁸⁸ Vide Amauri Mascaro Nascimento. (In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.931-936).

²⁸⁹ Ainda houve quem o enquadrasse como condição da ação. (In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.1225-1226).

²⁹⁰ Sobre o tema, o Ministério Público Federal emitiu parecer nos autos da ADI 3423/DF no seguinte sentido: *"Ação direta de inconstitucionalidade em face dos §§ 2º e 3º do art.114 da Constituição, com redação dada pelo art.1º da Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004. O poder normativo da Justiça do Trabalho, por não ser atividade substancialmente jurisdicional, não está abrangido pelo âmbito normativo do art.5º, inciso XXXV, da Constituição da República. Assim sendo, sua restrição pode ser levada a efeito por meio de reforma constitucional, sem que seja violada a cláusula pétrea que estabelece o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Parecer pela improcedência da ação."* Parecer emitido nos autos da ADI 3423/DF pela Procuradoria Geral da República.

²⁹¹ Sobre tal ponto, o TST sedimentou o entendimento de que: a) não é necessária a assinatura conjunta da petição inicial; b) é possível o consenso tácito, bastando que a parte suscitada não se insurja contra o ajuizamento do dissídio; c) não cabe alegação extemporânea de ausência de "comum acordo" para instauração da instância (apenas na fase recursal), pois configurado o instituto da preclusão; d) por fim, não se admite o seu conhecimento de ofício pelo Tribunal, é preciso que o suscitado se manifeste de maneira expressa e em momento oportuno, sob pena de preclusão. Vide o julgamento proferido no TST- RO 2021700-41.2008.5.02.0000. DEJT 20.06.2014. Rel. Ministra Dora Maria da Costa.

²⁹² A noção da expressão "política legislativa" aqui empregada deve ser compreendida como acordo entre partidos políticos acerca da alteração constitucional, referindo-se, assim, ao processo de proposição e aprovação das leis pelo Congresso Nacional, independente de refletir a vontade popular ou dos sujeitos diretamente afetados por ela.

²⁹³ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p.1277.

Poder Judiciário com característica legislativa -, não se pode olvidar que tal atribuição constitucionalmente deferida também não desnatura a sua qualificação jurisdicional, principalmente no cenário contemporâneo, em que se concebe uma atividade política do Magistrado por meio do controle concentrado de constitucionalidade das leis e da prolação de sentenças aditivas, tudo com o escopo de implementação dos direitos sociais que ainda carecem de regulamentação, razão pela qual acredita-se que o poder normativo da Justiça do Trabalho ainda encontra eco na atual Constituição Federal (§ 2º do art. 114).²⁹⁴

Entretanto, tal poder não é ilimitado, na medida em que *"as normas legais - inclusive as constitucionais - pertencem a um conjunto e guardam relação entre si"*.²⁹⁵ Isto é interpretação sistemática. Desse modo, *"se uma determinada vantagem foi julgada inconstitucional pelo STF - a quem compete precipuamente a guarda da Constituição [...] - não seria lógico que o TST, no exercício do seu poder normativo, viesse a desrespeitar a posição da mais Alta Corte de Justiça do País."*²⁹⁶

Nessa senda, uma vez que a sentença normativa representa o produto do exercício do poder normativo juslaboral, sendo, pois, um exemplo de fonte formal heterônoma do direito, faz-se pertinente um estudo sobre sua relevância para efetivação dos direitos sociais trabalhistas, partindo-se da premissa de um sistema jurídico pluralista.

3.4 A SENTENÇA NORMATIVA

Com o fito de esclarecer a indagação central do trabalho, faz-se indispensável elucidar a natureza jurídica do poder normativo juslaboral, a fim de verificar se o mesmo teria uma função tipicamente jurisdicional ou um papel anômalo, com característica legislativa, o que somente é possível por meio da prévia análise do seu principal produto: a sentença normativa.

²⁹⁴ Nesse sentido: *"A exigência do "comum acordo" para a instauração dos dissídios coletivos de natureza econômica restringe, sem dúvida, a via de acesso ao exercício do poder normativo, mas não foi intenção do constituinte derivado a extinção desse poder anômalo conferido à Justiça do Trabalho."* (In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.11214-1215).

²⁹⁵ PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. *Súmulas do TST Comentadas*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.185.

²⁹⁶ PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. *Súmulas do TST Comentadas*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.185.

Etimologicamente, a palavra sentença significa: "1. Expressão que encerra um sentido geral ou um princípio moral. 2. Julgamento proferido por juiz, tribunal ou árbitro(s). 3. Qualquer despacho ou decisão. 4. Frase."²⁹⁷

Vê-se, assim, que a palavra sentença pode ser contemplada com supedâneo numa acepção filosófica, jurídica ou gramatical. Entretanto, para o presente trabalho importa apenas o sentido jurídico - a sentença como ato emanado de um juiz, tribunal ou árbitro -, que, em sentido amplo, representa uma decisão judicial.

Nessa perspectiva, numa visão primeva, pode-se afirmar que a:

[...] sentença é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada.²⁹⁸

Porém, numa acepção atual e ampla, sabe-se que a expressão "sentença" se refere não somente à decisão que define a norma jurídica individual, mas também relaciona-se com a decisão proferida pelo Estado-Juiz quando atua fora de um caso concreto e específico, onde não há partes e o efeito do *decisum* é *erga omnes* e vinculante, processando-se, no caso brasileiro, por meio das ações diretas de constitucionalidade, uma vez que também compete ao Poder Judiciário a análise da leis em face do texto constitucional, sendo que esse controle pode se dar pela via incidental ou difusa e de forma abstrata ou principal.

Isto porque a ideia de norma jurídica pode se operar sob perspectivas distintas. A primeira relacionada à criação abstrata dos enunciados normativos - papel esse exercido com primazia pelo Estado através do Poder Legislativo.²⁹⁹ A segunda direcionada para a individualização da regra, caso em que o indivíduo busca a definição da norma singular para a sua demanda concreta através da incitação do Estado-Juiz, quando então não há

²⁹⁷ Mini Aurélio. *O Dicionário da Língua Portuguesa*. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. Coordenação de edição Marina Baird Ferreira. 8. ed. revista, atualizada e ampliada. Curitiba: Positivo, 2012, p.693.

²⁹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2007, p.225.

²⁹⁹ Não obstante, é possível que o Poder Legislativo decida um caso singularmente considerado, quando, por exemplo, um servidor pleiteia administrativamente a concessão de um benefício ou nas hipóteses de instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito pelas Casas Legislativas, uma vez que a própria Constituição Federal prevê tal atribuição atípica. Da mesma forma, o Poder Judiciário possui competência constitucional para elaboração dos seus regimentos internos ou apreciação de requerimento administrativo de servidores a ele vinculado, o que não afasta a possibilidade de acesso judicial posterior por meio da ação adequada.

cumprimento voluntário ou sobrevém discordância sobre a delimitação da norma.³⁰⁰ E a terceira, que também é exercida precipuamente pelo Poder Judiciário, se verifica no exercício do controle de constitucionalidade, quando é possível a apreciação dos atos do Congresso em face do texto constitucional, seja pela via principal ou por exceção - tema esse que tem gerado debates sobre a legitimidade da atividade judicial em conjugação com o postulado democrático, uma vez que a formação de um Tribunal por juízes não se dá pelo voto direto do povo -, controvertendo-se, destarte, a sua legitimidade.

No mais, diante das múltiplas colocações da palavra "sentença", adotar-se-á para o presente trabalho o seu conceito amplo, vista, assim, com um ato emanado de um Juiz ou Tribunal.

Portanto, a decisão normativa prolatada no dissídio de natureza econômica, tendo em vista que decorre de um provimento judicial, deve ser denominada de "sentença". E quanto a tal ponto não há controvérsia. A controvérsia cinge-se, pois, a possibilidade de Magistrados ou Tribunais criarem normas abstratas via decisão judicial. Logo, a celeuma está na sua qualificação, ou seja, na sua eventual "normatividade".

Em face de suas peculiaridades, essa sentença normativa é vista pela doutrina como tendo corpo de sentença e alma de lei, já que se insere, de forma erga omnes, nos contratos individuais de trabalho das categorias profissionais envolvidas no conflito coletivo.³⁰¹

Nesse sentido, o exercício do poder normativo pela Justiça do Trabalho se configura em típica atividade legislativa, na medida em que tais sentenças se configuram em verdadeiras *"fontes heterônomas de direito porque criam normas genéricas, impessoais e abstratas para a categoria a que se destinam. [...] Têm forma de sentença, por se constituírem em ato do Poder Judiciário, entretanto, equiparam-se materialmente à lei."*³⁰²

Entretanto, é preciso de perceber que o caráter abstrato, geral e impessoal decorre, principalmente, da natureza do processo coletivo, sendo, portanto, uma opção constitucional que visa solucionar o impasse de forma isonômica para todos os envolvidos, reduzindo-se o fluxo de demandas individuais.

³⁰⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2007, p.224.

³⁰¹ DOS SANTOS, Enoque Ribeiro. *Dissídio Coletivo de Trabalho*. Estudos Aprofundados. MPT. Organizadores: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. Editora Juspodivm. 2. ed. 2013, p.1.414.

³⁰² CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p.66.

Note-se que a atribuição constitucional deferida ao Poder Judiciário de fixar, no âmbito das relações laborais, regras jurídicas - como ocorre nos processos de dissídios coletivos e respectivas sentenças normativas - não se confunde com a clássica atuação jurisprudencial (que pode resultar na produção de regras jurídicas gerais, abstratas e impessoal - se admitida a jurisprudência como fonte do Direito). Nesta última atuação, a norma derivaria da reiteração, pelos tribunais, de julgados individuais em semelhante ou idêntica direção, no exercício de função típica e tradicional ao Judiciário. Já a sentença normativa insculpe um espectro de normas gerais, abstratas, impessoais e obrigatórias, como resultado de um único e específico processo posto a exame do tribunal trabalhista para aquele preciso e especificado fim, no exercício de função típica e tradicional do Poder Legislativo (e não do Judiciário).³⁰³

Com base nessas premissas, passa-se à apreciação dos limites implícitos perfilhados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas precisamente da incidência do princípio da reserva legal como obstáculo à criação de normativa, propondo-se, assim, uma reformulação do poder normativo através de uma interpretação que lhe confira legitimidade para atuar como instrumento de controle estatal.

3.5 O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Para responder ao problema proposto e compreender um pouco melhor a atuação da justiça do trabalho na prolação da sentença normativa, é preciso de elucidar o papel do judiciário laboral como órgão de controle e equilíbrio das relações sociais, o qual, como dito, possui previsão constitucional e competência devidamente delimitada pela CRFB/88.

Isto porque:

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo.³⁰⁴

³⁰³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.147.

³⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: A constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações

Com base nesse panorama, parte-se, destarte, da guinada linguística e da inserção da linguagem como instrumento de diálogo, a qual traz, implicitamente, pré-compreensões indissociáveis da interpretação e aplicação do texto normativo³⁰⁵, refutando-se, por conseguinte, a existência de respostas padronizadas para solução de dissídios coletivos³⁰⁶ e captação de resultados.

Nesse prisma, segundo o Supremo Tribunal Federal, "[...] não é absoluto o poder normativo da Justiça do Trabalho, pois encontra limitações nas disposições constitucionais e legais pertinentes"³⁰⁷, sendo que o exame de sua compatibilidade com as normas constitucionais e legais importa num juízo interpretativo não integralmente pré-definido.³⁰⁸

Como cediço, no âmbito do dissídio coletivo, com o esgotamento das tratativas entre as categorias profissional e econômica, o Poder Judiciário é conclamado a atuar através do ajuizamento de ação coletiva, a qual tem por escopo a criação de normas ou condições de trabalho.³⁰⁹

Enquanto os acordos e convenções coletivas de trabalho, fruto da autonomia privada coletiva dos atores sociais coletivos, têm prazo de dois anos, a

específicas. Coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Editora *Lumen Juris*: Rio de Janeiro, 2007, p.214-215.

³⁰⁵ SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Editora Vozes Ltda, 2012, p.167 e ss.

³⁰⁶ É o que explana Lawrence Schmidt: "Como nossos preconceitos e nossa tradição são linguísticos, e a compreensão começa a partir de nossos preconceitos herdados, é mais correto dizer que a linguagem nos fala em vez de nós falarmos. A relação entre um texto e sua história efetiva de interpretações diferentes, mas corretas, é especulativa porque cada interpretação apresenta um aspecto daquilo que o texto diz, ou seja, não há um segundo texto sendo criado na interpretação correta. A hermenêutica é universal porque o 'Ser que pode ser compreendido é linguagem'. No evento hermenêutico da verdade, a interpretação correta de um texto, ou seja, o preconceito legítimo (ou preconceitos), brilha no caráter aberto da dialética entre pergunta e resposta, convencendo os interlocutores." (In: SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Editora Vozes Ltda, 2012, p.188).

³⁰⁷ RE 595789 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 17/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 04-11-2013 PUBLIC 05-11-2013.

³⁰⁸ EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Trabalhista. Dissídio coletivo. Poder normativo da Justiça do Trabalho. Limitações. Precedentes. 1. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que o poder normativo da Justiça do Trabalho encontra limites nas disposições constitucionais e legais pertinentes*. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de normas de leis ordinárias, para a constatação de que, houve, no caso, extrapolação do poder normativo da Justiça do Trabalho. 3. Agravo regimental não provido.(RE 595789 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 17/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 04-11-2013 PUBLIC 05-11-2013)

³⁰⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.1.229.

sentença normativa tem prazo de quatro anos, de acordo com a CLT, sendo que não existe hierarquia entre esses instrumentos jurídicos, embora provindos de fontes diferentes, os primeiros da autocomposição entre as partes e o segundo, de um órgão heterônimo estatal.

Esses instrumentos normativos conterão cláusulas normativas e cláusulas obrigacionais. As primeiras serão inseridas automaticamente nos contratos individuais de trabalho e irão regular as condições de trabalho e de remuneração, geralmente, pelos próximos doze meses, ou até a nova data base da categoria. As segundas, as cláusulas obrigacionais, como o próprio nome diz, obrigarão apenas as partes ou sindicatos convenientes, e entre elas encontramos a cláusula da paz social, de solidariedade, bem como a cláusula compromissória, estabelecida na Lei n. 9.307/96 (Lei da Arbitragem).³¹⁰

Porém, como dito, segundo o Supremo Tribunal Federal, há duas limitações implícitas ao poder normativo, a primeira no sentido de que a Justiça do Trabalho não pode "criar" normas contrárias à Constituição; e a segunda decorrente do instituto reserva legal, para o qual determinada matéria somente pode ser regulamentada em lei, e não por ato secundário³¹¹, sendo este o posicionamento do STF em acórdão da lavra do Ministro Octavio Gallotti, Recurso Extraordinário 197911/PE -, sufragado em 2013 pelo Pleno no RE 595789/AgR.³¹²

Interessante notar na hipótese acima relatada que o princípio da reserva legal levou o STF a rechaçar - no RE 197911/PE - a possibilidade de estipulação judicial de aviso prévio superior a 30 dias em sede de dissídio coletivo, uma vez que à época não existia lei disciplinando o art. 7º, XXI, da CF/88 - matéria esta que estaria jungida à elaboração legislativa.³¹³

³¹⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.1.229

³¹¹ Para José Joaquim Gomes Canotilho, tal hipótese se subsume aos casos em que a Constituição prevê, de maneira expressa, a possibilidade de restrição a direitos fundamentais por meio da elaboração legislativa (lei), quando a Constituição então, ao mesmo tempo que garante determinado direito, também autoriza a sua limitação pelo legislador ordinário. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989, p.480-481. Vide: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, II, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DEPÓSITOS JUDICIAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. ÍNDICES. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. Quanto à suposta ofensa ao princípio da legalidade, o que se pode discutir nesta sede, em linha de princípio, é o eventual descumprimento da própria reserva legal, ou seja, da exigência de que determinada matéria seja disciplinada por lei, e não por ato secundário. Não é disso que se trata nos autos. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 750050 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013).

³¹² RE 595789 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 17/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 04-11-2013 PUBLIC 05-11-2013.

³¹³ A Lei 12.506 de 2011 passou a regulamentar o instituto do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Com base no suscitado precedente, Ronaldo Lima dos Santos afirma que:

[...] não podem, por meio do poder normativo, os Tribunais Trabalhistas complementarem legislação preexistente, redefinindo os direitos nela previstos, como também não podem suprir omissão do legislador, quando a Constituição delega à lei infraconstitucional a regulamentação de determinada matéria. Vazio da lei não se confunde com omissão do legislador.³¹⁴

Ocorre que, independentemente da edição legislativa respectiva - que posteriormente se concretizou com a publicação da Lei 12.506 de 2011-, o entendimento adotado no recurso em destaque, proclamado em 1997 e reiterado em 2013, limita a atuação do judiciário trabalhista, seja porque lhe restringe o exercício da jurisdição, seja em razão de atar a sua atividade diante dos casos de excessiva mora legislativa ou até mesmo na hipótese de negociação coletiva frustrada, sobrepondo o princípio da reserva legal a um caráter isolado e quase absoluto de intangibilidade, olvidando da prevalência do pluralismo jurídico na seara juslaboral.

Daí indaga-se: A obediência ao princípio da reserva legal possui caráter absoluto a ponto de permitir apenas a análise da inércia legislativa pela via do mandado de injunção ou ação direta de constitucionalidade por omissão?

Como se vê, a vedação para que o judiciário laboral atue nessa hipótese importa na ratificação da mora legal, muito embora se reconheça a possibilidade do manuseio do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade, essa última com legitimidade restrita.³¹⁵

³¹⁴ DOS SANTOS, Ronaldo Lima. *Sindicatos e Ações Coletivas - Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014, p.321.

³¹⁵ A respeito, veja-se a observação do professor AMAURI MASCARO NASCIMENTO e TÚLIO MASSONI: "Antes da nova lei, a falta de lei regulamentadora, não se tratava de um direito exercitável, ressalvadas algumas categorias de trabalhadores que o disciplinaram em negociações coletivas. Logo, antes da nova lei, não havia direito oponível aos ex-empregadores. Era um direito inexistente, e não um direito cujas condições de implemento e gozo estavam em curso, até porque sequer existiam tais condições, dependentes que eram de lei regulamentadora. Manifestou-se nesse sentido o Pleno do Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. Artigo 7. - XXI da Constituição. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Situação de mora do legislador ordinário na atividade de regulamentar o aviso prévio, como previsto no artigo 7. - XXI da Constituição. Falta de perspectiva de qualquer benefício ao peticionário, visto que dispensado em perfeita sintonia com o direito positivo da época - circunstancia impeditiva de desdobramentos, no caso concreto, em favor de impetrante. Mandado de injunção parcialmente deferido, com o reconhecimento da mora do Congresso Nacional. (STF - MI 369-DF, Relator: Min. Néri da Silveira, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Francisco Rezek, julgamento: 19.08.1992, Tribunal Pleno - DJ 26-02-1993 PP-02354." (In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASSONI, Túlio de Oliveira. *O Aviso Prévio Proporcional*. Revista LTr. 76-01/7. Vol.76, n.01, Janeiro de 2012).

E aqui cumpre-se destacar que a questão acerca da obediência irrestrita ao princípio da reserva legal se sobressai quando se constata que é possível os partícipes da negociação coletiva estipularem condições mais benéficas, inclusive nas hipóteses submetidas à exigência de lei específica, desde que respeitado um patamar mínimo. Isto porque os sindicatos, em virtude da sua própria autonomia coletiva, podem celebrar acordo ou convenção coletiva em benefício dos trabalhadores, prevendo um período maior de aviso prévio, proporcional ao tempo de serviço, desde que observado o prazo mínimo de 30 dias.

Logo, confere-se aos partícipes da negociação coletiva a possibilidade de estipulação de benefícios tecnicamente submetidos ao princípio da reserva legal, desde que observado um núcleo mínimo, infenso à negociação, enquanto tal poder é vedado ao judiciário trabalhista para a solução da contenda. E essa tem sido a interpretação que o Supremo Tribunal Federal tem atribuído ao art. 114, §2º, da CRFB/1988, razão pela qual remanesce o seguinte questionamento: Como proceder nos casos de negociação fracassada? O trabalhador deve permanecer sem a tutela jurisdicional? Em face de todas essas indagações é que se acredita que a negativa de direitos fundamentais decorrente do suposto fim do poder normativo não é a melhor solução para questões atreladas à representatividade sindical.

Ademais, não se desconhece o impacto de uma interpretação ampliativa da competência normativa da Justiça do Trabalho, pois as implicações de eventual declaração incidental de omissão legislativa, bem como a regulamentação temporária pela Justiça do Trabalho via dissídio coletivo podem, efetivamente, suscitar o entendimento de que tal medida importa em verdadeira usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato da inconstitucionalidade das omissões, já que os efeitos da sentença normativa são *erga omnes*. Todavia, não se pode olvidar que a regulamentação via dissídio coletivo dimana de um juízo de conveniência e oportunidade, requisito este apreciado de maneira incidental, cuja competência da Justiça do Trabalho para processamento e julgamento de ações coletivas envolvendo dissídios de natureza econômica decorre diretamente do texto constitucional. Outrossim, a solução da contenda se limita às categorias envolvidas, razão pela qual apenas os trabalhadores integrantes de determinada categoria profissional terão direito ao benefício concedido pela sentença normativa.

Portanto, por entender que há verdadeira inconsistência no entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive se levada em consideração a jurisprudência inaugurada no MI 708/DF e MI 712/PA, em que a Corte Suprema estendeu aos servidores

públicos a aplicação da Lei n. 7.783 de 1989, a qual cuida do exercício do direito de greve no setor privado, tendo em vista a contumácia do parlamento quanto à regulamentação do artigo 37, inciso VII, da CRFB/88, é que se tentará demonstrar a legitimidade do poder normativo da Justiça do Trabalho, ainda que de forma subsidiária.³¹⁶ Para tanto, passa-se a análise do conceito e repercussões da omissão inconstitucional.

3.6 A OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL E O PROBLEMA DA INEFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Em princípio, a ideia de inconstitucionalidade e constitucionalidade representam um juízo de inadequação ou adequação com a Constituição, respectivamente,³¹⁷ perceptível pela apreciação das lei e demais atos normativos editados pelo Poder Público em confronto com o texto Maior.³¹⁸ Não obstante, é possível também que se extraia a inconstitucionalidade de uma conduta omissiva e não apenas comissiva. Nessa perspectiva, o "silêncio legislativo"³¹⁹ se revela por meio de uma postura inerte em face de uma obrigação constitucional. Tais omissões legislativas provêm *"do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da constituição."*³²⁰ A omissão contrária a Constituição deriva, assim, da afronta a dispositivos concretamente impositivos, e não abstratamente impositivos como sucede com as normas de caráter programático, que fixam diretrizes de governo calcada num juízo de oportunidade e conveniência.³²¹

³¹⁶ (MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384).

³¹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p.1096.

³¹⁸ STF Súmula nº 636 - 24/09/2003 - DJ de 9/10/2003, p. 2; DJ de 10/10/2003, p. 2; DJ de 13/10/2003, p. 2. Cabimento - Recurso Extraordinário - Contrariedade ao Princípio da Legalidade - Revisão da Interpretação Dada a Normas Infraconstitucionais pela Decisão Recorrida: Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

³¹⁹ Expressão utilizada por J. J. Canotilho. (In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Livraria Almedina, 2002, p.1023).

³²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Livraria Almedina, 2002, p.1023.

³²¹ A título de exemplo, alguns dispositivos do art.7º da CRFB/88 estabelecem preceitos concretamente impositivos, como a proteção do trabalhador contra despedida arbitrária ou sem justa causa, o direito ao seguro-

Cogita-se, igualmente, da chamada inconstitucionalidade por ação e da inconstitucionalidade por omissão. A inconstitucionalidade por ação pressupõe uma conduta positiva do legislador, que não se compatibiliza com os princípios constitucionais consagrados. Ao revés, a inconstitucionalidade por omissão decorre, fundamentalmente, de uma lacuna inconstitucional (*verfassungswidrige Lucke*), ou do descumprimento da obrigação constitucional de legislar (*Nichterfullung von Gesetzgebungsaufträgen*).³²²

Logo, o conceito de incompatibilidade com a Constituição não é apenas concebido como írrito quando há a edição de um ato ou uma norma contrária ao seu comando, mas também quando sobrevém omissão em face de uma determinação constitucional - omissão esta que pode ter origem legislativa ou administrativa que contribua para a ineficácia da Lei Suprema.

Partindo desse panorama, um primeiro parâmetro para verificação da omissão legislativa ou administrativa é quando o próprio dispositivo constitucional estabelece um prazo para regulamentação da matéria, caso em que, ultrapassado tal termo, configura-se a inércia legiferante.

Ocorre que, por vezes, não basta a simples inexistência de norma regulamentadora de preceito constitucional ou o escoamento do prazo preestabelecido para configuração de uma omissão que esteja em dissonância com a Constituição. Para que o atributo da inconstitucionalidade se acople ao conceito de omissão é necessário que a contumácia seja injustificada e desproporcional, estando, portanto, associada ao fator tempo.

Nesse prisma, se já inaugurada a propositura do projeto legislativo e se o mesmo encontra-se em fase de debates no Congresso Nacional, seja pelas respectivas Casas Legislativas ou na Comissão de Constituição e Justiça, não há que se falar em mora. A mora aqui somente surge quando o vagaroso discurso político estiver em descompasso com os

desemprego na hipótese de desemprego involuntário, o direito ao aviso prévio proporcional, em contraposição àquelas de natureza abstratamente impositivas, como aquele que consagra que a família tem especial proteção do Estado. Segundo Luis Roberto Barroso: *'No primeiro caso, existe um verdadeiro direito, tutelável consoante os fundamentos que pouco mais adiante serão expostos. Há uma prestação positiva a exigir-se eventualmente frustrada pela omissão do legislador ordinário. No segundo caso, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem na "desproteção da família.'*" (In: BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.118).

³²² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p.1107.

anseios sociais,³²³ uma vez que não há justificativa para posturas relaxadas do poder incumbido de providenciar a implementação de direitos fundamentais, razão pela qual *"a inertia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade por omissão"*³²⁴ à luz de um juízo de razoabilidade.

Portanto, é de extrema relevância a análise do espaço temporal cravado pelo legislador para se chegar a conclusão (ou não) de uma efetiva inconstitucionalidade por omissão, considerando-se o transcurso de tempo razoável para a edição legal. Desse modo, a desproporcionalidade do prazo ou excessiva mora se verificará caso a caso.

Sobre o tema, o STF já teve a oportunidade de se manifestar acerca da inconstitucionalidade da inércia legislativa e também deliberativa, por meio da qual o Poder Público se mantém omissos em regulamentar preceito de imposição constitucional por tempo excessivo ou quando, muito embora a iniciativa legislativa tenha sido devidamente exercida, mas, por motivos puramente partidários, que não refletem a vontade social, ou até mesmo por razões estranhas, permanece estagnada em uma das Casas do Congresso, respectivamente.

A título ilustrativo, cita-se a decisão na ADI 3682/MT, que teve seu pedido julgado procedente, sem, contudo, declaração de nulidade, com a fixação de prazo de 18 meses para que o Poder Legislativo cumpra o seu dever constitucional. Nesta ação, em especial, buscava-se a declaração de omissão inconstitucional por ausência de regulamentação do art.18, § 4º, da CRFB/88³²⁵, o qual dispõe sobre a fixação, por Lei

³²³ *"Mora legislativa: exigência e caracterização: critério de razoabilidade. A mora – que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa – é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da Lei Fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar. (...) Mandado de injunção: natureza mandamental (MI 107-QO, M. Alves, RTJ 133/11): descabimento de fixação de prazo para o suprimento da omissão constitucional, quando, por não ser o Estado o sujeito passivo do direito constitucional de exercício obstado pela ausência da norma regulamentadora (v.g., MI 283, Pertence, RTJ 135/882) –, não seja possível cominar consequências à sua continuidade após o termo final da dilação assinada."* (MI 361, Rel. p/ o ac. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 8-4-1994, Plenário, DJ de 17-6-1994.)

³²⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p.1335.

³²⁵ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)

Complementar Federal, de período para criação, fusão, incorporação e desmembramento de município, fato este que sobrepôs alguns municípios brasileiros à situação de irregularidade, sanada, extraordinariamente, pela EC 57 de 2008.³²⁶ Diante da inatividade do legislador por mais de 10 anos, a ação foi julgada procedente.³²⁷

No mais, não é qualquer norma constitucional que propicia o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou do mandado de injunção.³²⁸ Assim, apenas as normas que dependam de regulamentação para se concretizarem propiciam o manejo da ADIPO ou do MI, como sucede com os dispositivos de eficácia limitada - ressalvada as normas de caráter programático-, uma vez que, *"se a norma é autoaplicável,*

³²⁶ Art. 1º - O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 96: Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.

³²⁷ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do §4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, §4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, §4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, §4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (ADI 3682, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-02 PP-00277 RTJ VOL-00202-02 PP-00583) (grifei)

³²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p.892.

não haverá necessidade de ação de inconstitucionalidade por omissão, que consequentemente será descabida."³²⁹

Outrossim, apesar de ser assente na jurisprudência do STF que a omissão legislativa ou administrativa por prazo demasiado é inconstitucional, ainda controverte-se na Corte os limites e efeitos da decisão proferida em sede de ADIPO ou MI, muito embora se tenha constatado, nos últimos anos, uma progressiva postura do Supremo no sentido de efetivação dos direitos fundamentais, como se infere da prolação de sentenças com perfil aditivo, assunto que será debatido no item final do presente capítulo.

3.6.1 Espécies de omissão: a inércia total e parcial

A noção de omissão inconstitucional pode ser total ou parcial.

Como visto, é caso de omissão inconstitucional a contumácia injustificada ou desproporcional do órgão legislativo ou administrativo em face de uma determinação constitucional. Será total se a inércia deliberativa for integral, consubstanciada na "*absoluta falta de ação*".³³⁰ Será parcial quando o silêncio da norma importar numa deficiência que impossibilite o cumprimento do texto constitucional, bem como nos casos em que as vicissitudes fáticas e jurídicas recomendem a adequação à realidade, ou na hipótese em que a regulamentação se dirigir apenas a parcela reduzida de indivíduos, olvidando-se de pessoas que, por determinação da Constituição, deveriam ser abrangidas pelo preceito regulamentador. Nesse último caso, a conduta positiva representa afronta ao princípio da igualdade, motivando também o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei ou ato do poder público em razão de uma desigualação inconstitucional, com a declaração de nulidade da norma, já que "*a declaração de inconstitucionalidade parcial do legislador - mesmos nesses mecanismos especiais, como no mandado de injunção e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão - contém, portanto, a declaração de inconstitucionalidade da lei*"³³¹. Entretanto, em virtude do caráter dúplice das ações diretas, é possível também a

³²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.302.

³³⁰ DA CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Editora Juspodivm, 2008, p.377.

³³¹ Trecho extraído do Acórdão proferido na ADI 875/DF, p.234. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610258>.

declaração da omissão para que o órgão legislativo ou administrativo competente supra a falha.

A doutrina e jurisprudência brasileiras também consideram ser omissão inconstitucional a inércia legislativa derivada da falta de adequação normativa à nova realidade, implicando, por consequência, na ineficácia dos direitos e garantias fundamentais.

Segundo J. J. Canotilho, "[...] a omissão consiste agora não na ausência total ou parcial da lei, mas na falta de adaptação ou aperfeiçoamento das leis existentes."³³² Daí por que esta "[...] carência ou déficit de aperfeiçoamento das leis assumirá particular relevo jurídico constitucional quando, da falta de <melhorias> ou <correções>, resultem consequências gravosas para a efectivação de direitos fundamentais."³³³

Para escoreta compreensão do que se pode denominar de deficiência normativa inconstitucional, quando então o ato ou lei, muito embora editado, careça de efetividade, elenca-se o julgamento proferido pelo STF na ADI 875/DF que, ao analisar a Lei Complementar 62/1989, assentou tratar-se de claro descumprimento do mandamento do art. 161, II, da Constituição - dispositivo este que exige a regulação, por lei complementar, sobre os critérios utilizados para rateio do Fundo de Participação dos Estados -, uma vez que a norma até então editada é incapaz de atender ao desiderato constitucional de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes da federação brasileira, tendo o STF assentado que:

[...] embora de um maior volume de recursos às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste não viole, a priori, a Constituição, tendo em vista que essas regiões são notadamente mais pobres e menos desenvolvidas social e economicamente do que as Regiões Sudeste e Sul, revela-se necessária - em razão do decurso de quase vinte anos desde a edição da Lei Complementar n. 62 - uma revisão crítica dos percentuais fixados em seu art.2, de modo que se possa aferir, por meio da análise de dados fornecidos por instituições oficiais, se a disparidade socioeconômica entre as referidas Regiões ainda é tão grande a ponto de justificar a considerável diferença no tratamento. Trata-se da necessidade de adequação do complexo normativo existente (Nachbesserungspflicht), em virtude de provável mudança nas relações fáticas.³³⁴

³³² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Livraria Almedina, 2002, p.1025.

³³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Livraria Almedina, 2002, p.1025.

³³⁴ Trecho extraído do Acórdão proferido na ADI 875/DF, p.271. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610258>.

Vê-se, assim, das razões expostas no voto condutor do acórdão prolatado na ADI 875/DF, que, por razões de segurança jurídica, também é inconstitucional a norma editada em descompasso com a realidade social ou superada pelo decurso de tempo estimável - fato este que levou ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, por entender que a extirpação abrupta de tal norma do mundo jurídico configuraria prejuízo maior ao interesse social, estabelecendo-se, por outro lado, um prazo para o suprimento do vício.³³⁵

Cravadas tais premissas gerais acerca das espécies de omissão inconstitucional, passa-se ao exame dos mecanismos judiciais de controle.

3.6.2 Mecanismos de controle judicial: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção

Com base nesse panorama, analisar-se-á os instrumentos constitucionais de controle da omissão, destacando-se as vicissitudes de posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do controle dessa espécie de inconstitucionalidade, já que o mandado de injunção e a ação direta foram alçados a instrumentos processuais exclusivos de fiscalização da inércia contrária à Constituição, levando a Corte a julgamentos díspares, pois dependentes da via processual utilizada.

Como cediço, o art.103, §2º, da CRFB/88, assentou que nos casos de declaração de inconstitucionalidade por omissão *"de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias"*.

Não obstante a previsão de controle das omissões inconstitucionais no texto originário da Carta, a disciplina ordinária da ADIPO somente adveio com a edição da Lei

³³⁵ EMENTA: Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.º 875/DF, ADI n.º 1.987/DF, ADI n.º 2.727/DF e ADI n.º 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados - FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar n.º 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012. (ADI 875, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-02 PP-00219 RTJ VOL-00217- PP-00020 RSJADV jul., 2010, p. 28-47)

12.063 de 2009, muito embora já se reconhecesse a aplicação dos dispositivos da Lei 9.868 de 1999 ao controle abstrato das omissões pela jurisprudência do Supremo.³³⁶

Assim, a Constituição de 1988 previu o manejo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADIPO) como ferramenta concentrada para a eliminação dessa espécie de contumácia legislativa ou administrativa, de feição abstrata, a qual tem como legitimados³³⁷ para sua propositura os mesmos órgãos e entidades designados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), nos termos do art.103 da CRFB/88 c/c art.12-A da Lei 9.868 de 1999.³³⁸

Como ferramenta difusa de fiscalização da inconstitucionalidade, o Poder Constituinte também previu um outro mecanismo de controle: o mandado de injunção, asseverando que, *"conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."*³³⁹

³³⁶ Art. 12-A. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). Art. 12-B. A petição indicará: (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). II - o pedido, com suas especificações. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, se for o caso, será apresentada em 2 (duas) vias, devendo conter cópias dos documentos necessários para comprovar a alegação de omissão. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). Art. 12-C. A petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). Art. 12-D. Proposta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se admitirá desistência. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). Art. 12-E. Aplicam-se ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, as disposições constantes da Seção I do Capítulo II desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). § 1º Os demais titulares referidos no art. 2º desta Lei poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). § 2º O relator poderá solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 (quinze) dias. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). § 3º O Procurador-Geral da República, nas ações em que não for autor, terá vista do processo, por 15 (quinze) dias, após o decurso do prazo para informações. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009).

³³⁷ Aqui também se exige a pertinência temática de alguns legitimados para a sua propositura.

³³⁸ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

³³⁹ *"O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em*

Com efeito, o mandado de injunção, com previsão no art.5º, LXXI, da CRFB/88, tem por fim processual característico proporcionar:

[...] o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas diretamente outorgadas pela própria Constituição da República, em ordem a impedir que a inércia do legislador comum frustre a eficácia de situações subjetivas de vantagens reconhecidas pelo próprio texto constitucional.³⁴⁰

Há quem diferencie a suscitada ação direta de inconstitucionalidade por omissão do mandado de injunção, muito embora se admita que tenham por finalidade precípua a efetividade da norma constitucional. É o que entende Lenio Luiz Streck, para quem o mandado de injunção tem por núcleo tornar viável o exercício de um direito fundamental, enquanto a análise concentrada da omissão via ADIPO busca concretizar a norma suprema, ou seja, providenciar a edição legislativa ou administrativa.³⁴¹ Nesse sentido também Marcelo Cattoni, segundo o qual *"a falta de norma regulamentadora, no Mandado de Injunção, é apenas uma preliminar de mérito, e não o objeto principal do processo, a regulamentação para o caso concreto do exercício do direito constitucional [...]"*³⁴²

Desse modo, a principal diferença entre os institutos se refere à forma de controle, pois, enquanto o Magistrado na ação mandamental aprecia a inconstitucionalidade como causa de pedir para, ao final, garantir o exercício de um direito constitucional, na ação direta o escopo processual é a própria declaração da morosidade legislativa ou administrativa, aflorando-se, para alguns, como pedido de natureza nitidamente declaratória³⁴³, e, para outros, como de caráter eminentemente constitutivo, na medida em que constitui em mora o

que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao poder público." (MI 5.926-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 10-4-2014, Plenário, DJE de 2-6-2014.

³⁴⁰ Trecho extraído do Acórdão proferido no MI 3215 AGR-SEGUNDO/DF, p.10. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3951010>.

³⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p.887.

³⁴² DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Mandado de Injunção: suas finalidades, efeitos da decisão concessiva e coisa julgada, partes e procedimento*. In: Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação/organizadores: Gilmar Ferreira Mendes, André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas. São Paulo: Saraiva, 2013, p.412.

³⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p.887.

Poder Público³⁴⁴, ou, ainda, como de natureza condenatória, pois impõe à autoridade omissa a edição legislativa respectiva.³⁴⁵

Não obstante tal celeuma doutrinária, tanto o MI como ADIPO possuem natureza mandamental, pois representam uma verdadeira ordem para a autoridade desidiosa. Todavia, essas não são as únicas distinções entre os institutos. Tem-se, ainda, a legitimidade para manejo, que no mandado de injunção é atribuída a qualquer pessoa física ou jurídica, enquanto na ação direta é restrita aos sujeitos ou órgãos do art.103 da CRFB/88.

Outrossim, o STF exige para configuração da mora legal em sede de *writ* injuncional a causalidade entre a obrigação de legislar decorrente do texto constitucional e o direito subjetivo suscitado pelo impetrante. Sob outro prisma, a ação injuntiva pode ser julgada por qualquer Juízo ou Tribunal, por integrar mecanismo de controle difuso de constitucionalidade, dependendo, entretanto, da competência funcional fixada à luz da autoridade coatora.³⁴⁶ Já a ação direta tem como órgão competente para processamento e

³⁴⁴ É o que se constata do julgamento proferido no MI 689, Rel. Ministro Eros Grau, para quem o mandado de injunção se cuida ação de natureza constitutiva, e não condenatória, uma vez que "*não se presta a condenar o Congresso ao cumprimento de obrigação de fazer. Não cabe a cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa.*" (MI 689, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 7-6-2006, Plenário, DJ de 18-8-2006). Há quem defenda que se cuida de ação com natureza condenatória. (Vide: DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Mandado de Injunção: suas finalidades, efeitos da decisão concessiva e coisa julgada, partes e procedimento.* In: Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação/organizadores: Gilmar Ferreira Mendes, André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas. São Paulo: Saraiva, 2013, p.409).

³⁴⁵ Nesse sentido: "*Dessarte, a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão residiria no fato de que, enquanto o primeiro destina-se à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico concreto, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico. [...] a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, condenando-o a editar a norma requerida.*" (In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p.1418-1419).

³⁴⁶ EMENTA Agravo regimental no mandado de injunção. Omissão legislativa na regulamentação do art. 7º, inciso XXI, da Constituição Federal. Exclusão da Vale S/A do polo passivo da demanda. Recurso não provido. 1. *Apenas a autoridade, órgão ou entidade que tenha o dever de regulamentar a norma constitucional dispõe de legitimidade passiva ad causam no mandado de injunção.* 2. A Vale S/A não possui competência para editar norma que disciplina o aviso prévio proporcional, não estando legitimada para figurar no polo passivo da demanda. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (MI 4142 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2014 PUBLIC 18-02-2014) Nesse sentido também: Agravo regimental em mandado de injunção. 2. Omissão parcial de Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos servidores da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba. 3. Inexistência de omissão legislativa das autoridades previstas no art. 102, I, "q", da Constituição Federal. 4. *Não cabe mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal cujo objeto seja ausência de norma regulamentadora estadual.* 5. Agravo regimental não provido. (MI 6067 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 16-05-2014 PUBLIC 19-05-2014) (grifei)

juízo o Supremo Tribunal Federal³⁴⁷ - ressalvada apenas as ações que tenham como parâmetro de controle a Constituição Estadual, quando então serão processadas no âmbito do Tribunal de Justiça local, por ser esse o órgão responsável pela integridade da Constituição do Estado, mas sempre de forma concentrada e desde que prevista na CE.

Fincada tais premissas, passa-se à análise do cerne da controvérsia instaurada, qual seja: a via injuncional ou direta como exclusivo meio de fiscalização das omissões. É que tais ações (MI e ADIPO) têm sido elevadas a singular mecanismo de controle das omissões inconstitucionais, como se extrai do julgamento proferido no MI 943/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, que garantiu o direito fundamental ao aviso prévio. Tal posicionamento, se comparado à decisão proferida no RE 595.789/PR, Rel. Min. Dias Toffoli (2013) - que deu provimento ao recurso da classe patronal em sede de dissídio coletivo para excluir da sentença normativa a previsão de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, estipulado em 60 dias, em virtude de ausência de legislação a respeito do tema -, revela a disparidade de entendimento da Corte em casos de efetivação de direitos sociais, muito embora se admita que tanto a ação injuncional como ação coletiva tenham previsão constitucional. A via processual seria apta a suplantar o direito material?

Acredita-se que tal inconsistência jurisprudencial deriva do incipiente estudo acerca dos instrumentos de efetivação da Constituição em conjugação com tal modalidade de inércia legislativa, pois ainda pouco explorado no Brasil, muito embora se reconheça que:

[...] a sistemática conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que

³⁴⁷ EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA ESPECIAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. EXTINÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO. PRECEDENTE DO PLENÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 17.10.2011. *O Governador do Estado não possui legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de injunção sobre previdência dos servidores públicos, ante a necessidade da edição de norma regulamentadora de caráter nacional, cuja competência é da União.* O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou a legitimidade do Presidente da República para figurar no polo passivo de mandado de injunção sobre a matéria (RE 797.905-RG/SE, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, DJe 29.5.2014) Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 685002 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 25/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 18-08-2014 PUBLIC 19-08-2014) (grifei)

não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art. 1º).³⁴⁸

Portanto, nota-se que o controle das omissões inconstitucionais é realizado de maneira diferenciada, pois amarrado ao meio processual empregado, apesar de ser mais que assente a visão instrumental do processo, o qual serve ao direito material ou, pelo menos, deveria servir.

Destaca-se, por fim, que não se quer aqui incentivar uma superatuação do Poder Judiciário ou suscetibilizar ativismos judiciais, mesmo porque este não é o objeto de presente trabalho, mas apenas demonstrar que a função supletiva da Justiça do Trabalho se faz pertinente nos casos de omissão inconstitucional e desde que a negociação coletiva seja fracassada, pois o sindicato não pode ser obrigado a transigir. Nessa senda, a autonomia coletiva não retira o poder normativo da Justiça do Trabalho, mas o coloca como instrumento subsidiário de efetivação dos direitos sociais.

3.6.3 Decisões em controle de constitucionalidade por omissão e o Poder Normativo da Justiça do Trabalho

Como o fito de elucidar a incongruência acima levantada, passa-se à apreciação dos principais aspectos da decisão em sede de MI e ADIPO. Assim, tema que merece realce diz respeito aos efeitos da decisão prolatada em sede de controle de constitucionalidade por omissão, um vez que a jurisprudência do Supremo tem adotado, recentemente, uma postura proativa no sentido de implementação do texto constitucional.

Isto porque o posicionamento inicial sufragado pela alta corte do país, baseado no princípio da separação dos poderes, se qualificava como contido, minimalista ou não concretista³⁴⁹ (*self-restraint*), na medida em que determinava apenas a ciência à autoridade coatora para prática do ato, sem cunho obrigatório para o Poder Legislativo, olvidando-se da natureza mandamental dessas ações.³⁵⁰ E esse era o posicionamento da Corte

³⁴⁸ Trecho extraído do MI 943, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30-04-2013 PUBLIC 02-05-2013.

³⁴⁹ No MI 107/DF, o STF adotou a tese da subsidiariedade, já superada.

³⁵⁰ No MI/DF 107 restou definido pela Corte no julgamento de questão de ordem que a norma constitucional que prevê a ação injuncional é auto executável, aplicando-lhe analogicamente o procedimento previsto para o mandado de segurança.

há 20 anos, consoante se infere do julgamento proferido na ADI 267/MC, na qual restou assentado que, em sede de controle concentrado de omissões, o único resultado político-jurídico possível traduz-se na simples comunicação formal, ao órgão inadimplente, de que encontra-se em situação de inércia inconstitucional, à luz de uma ponto de vista simplório acerca do princípio da separação dos poderes.³⁵¹

Ocorre que esse não é mais o entendimento atual do STF, uma vez que o vácuo legiferante quanto à edição normativa e/ou à regulamentação do tema produz um efeito crucial: a ineficácia do texto constitucional³⁵², razão pela qual vale a pena relembrar o caminho trilhado pelo Supremo acerca do papel do mandado de injunção³⁵³ no ordenamento constitucional, a fim de se demonstrar, *mutatis mutandis*, que a limitação perfilhada e reiterada pelo STF no RE 595789/PR, no sentido de excluir da apreciação a estipulação, via dissídio coletivo, de cláusulas que tratam, a título de exemplo, de estabilidade no emprego e aviso-prévio (art. 7º, I e XXI, da CF/88), em razão da obediência ao princípio da reserva legal, merece ser repensada.

Tal posicionamento do STF tem acarretado a falta de eficácia e/ou a negativa de determinados direitos sociais que dependem de regulamentação do legislador infraconstitucional ao argumento de que o poder normativo da Justiça do Trabalho encontra óbice no princípio da reserva legal. A título de exemplo, pode-se citar o direito à proteção

³⁵¹ ADI 267 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/1990, DJ 19-05-1995 PP-13990 EMENT VOL-01787-01 PP-00182.

³⁵² A expressão ativismo judicial é utilizada usualmente pela doutrina e jurisprudência brasileira com o intuito de qualificar/adjetivar decisões judiciais proferidas com enfoque numa exegese protetora dos direitos fundamentais, mas não tem apenas essa funcionalidade. Qualifica-se também como ativista a decisão judicial que busca efetivar a tutela judicial reclamada nas hipóteses de permanente omissão do Poder Legislativo no que concerne à sua função precípua. Também se considera ativista, segundo Lenio Luiz Streck, a decisão: "[...] que vai além do próprio texto da Constituição, acarretando o que Hesse chama de rompimento constitucional, quando o texto permanece igual, mas a prática é alterada pelas práticas das maiorias." (In: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.53). Entretanto, esclarece-se que não faz parte do objeto do presente trabalho a análise de decisões à luz do que se convencionou denominar ativismo judicial.

³⁵³ Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal: "[...] afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulamentação provisória pelo próprio Judiciário. O Tribunal adotou, portanto, uma moderada sentença de perfil aditivo, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão do mandado de injunção. [...] Interessante ressaltar, ainda, a extensão possível dos efeitos advindos de decisão em mandado de injunção. [...] Assim, em regra, a decisão em mandado de injunção, ainda que dotada de caráter subjetivo, comporta uma dimensão objetiva, com eficácia erga omnes, que serve para tantos quantos forem os casos que demandem a concretização de uma omissão geral do Poder Público, seja em relação a uma determinada conduta, seja em relação a uma determinada lei." (In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p.1.374/1.375)

contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art.7º, I, CRFB/88); remuneração para atividades penosas (art.7º, XXIII, CRFB/88); proteção em razão da automação (art.7º, XXVII, CRFB,88), garantias que estão, portanto, ao desamparo de regulamentação. Olvide-se, assim, de que o Brasil, após a promulgação da CRFB/88, vivenciou "constitucionalismo da efetividade".³⁵⁴

Importante frisar o que sucedeu com a jurisprudência pátria acerca do exercício do controle de constitucionalidade via ação civil pública, como bem relembra Lenio Streck:

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal, em decisão na Reclamação 1.733/SP, decidiu que é legítimo o manejo da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, se qualifique como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.³⁵⁵

E prossegue:

Com efeito, em sede de controle difuso, não há como separar a questão prejudicial daquilo que se poderia denominar de "o próprio objeto da demanda". Sabe-se que, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a inconstitucionalidade da lei é o próprio objeto. Entretanto, em sede de controle difuso, a lei inquinada de inconstitucionalidade será sempre uma questão prejudicial.³⁵⁶

Dentre os mecanismos direcionados para concretização da Constituição, a jurisprudência do Supremo tem adotado três institutos jurídicos: a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ou sem redução do texto; o apelo ao legislador; e a sentença com perfil aditivo.

Entretanto, o ponto que interessa para o presente trabalho diz respeito a esta última espécie de decisão manipulativa de efeitos aditivos, pois representa a passagem de

³⁵⁴ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Coordenador Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009,p.125.

³⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p.568-569.

³⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p.570.

uma visão contida do Poder Judiciário, sustentada na noção de legislador negativo, para um perfil mais atuante, justificado pela necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, de caráter, portanto, positivo.

Sobre as modalidades de decisões manipulativas, têm-se aquelas de efeitos aditivos, nos casos em que o Tribunal amplia o leque de incidência da legislação inquinada de omissão parcial e inconstitucional, por não englobar todos os sujeitos que deveriam fazer parte do seu espeque, e por afronta ao princípio da isonomia, ou, ainda, em virtude da ausência de regulamentação por período desarrazoado, bem como as manipulativas com efeitos substitutivos, nas hipóteses em que há verdadeira substituição da disciplina legal, pela Corte, por outra que esteja de acordo com a Constituição.³⁵⁷

Também a título ilustrativo, cita-se o posicionamento do Supremo no MI 3215, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, que tratou sobre a excessiva mora do Poder Executivo em providenciar a propositura de projeto de lei que regulamente a aposentadoria especial dos servidores públicos portadores de necessidades especiais, inserta no art.40, §4º, I, da Constituição, de iniciativa do Presidente da República. Neste julgado, ficou assentado, além da mora legal, a aplicação, por analogia, do art.57 da Lei 8.213/91, a fim de que esses indivíduos tenham o direito à suscitada aposentadoria apreciado pela autoridade administrativa responsável e nos moldes da legislação do Regime Geral da Previdência Social - decisão esta manipulativa com perfil nitidamente aditivo.³⁵⁸

Dessa maneira, é perceptível que houve uma mudança nos últimos anos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do conceito e extensão das omissões

³⁵⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p.1412.

³⁵⁸ Ementa: mandado de injunção coletivo – legitimidade da utilização, por entidades de classe e/ou organismos sindicais, de referida ação constitucional – doutrina – precedentes (rtj 166/751-752, v.g.) – servidor público portador de necessidades especiais – direito público subjetivo à aposentadoria especial (cf, art. 40, § 4º) – injusta frustração desse direito em decorrência de inconstitucional, prolongada e lesiva omissão imputável a órgãos estatais da união federal – correlação entre a imposição constitucional de legislar e o reconhecimento do direito subjetivo à legislação – descumprimento de imposição constitucional legiferante e desvalorização funcional da constituição escrita – a inércia do poder público como elemento revelador do desrespeito estatal ao dever de legislar imposto pela constituição – omissões normativas inconstitucionais: uma prática governamental que só faz revelar o desprezo das instituições oficiais pela autoridade suprema da lei fundamental do estado – a colmatção jurisdicional de omissões inconstitucionais: um gesto de fidelidade, por parte do poder judiciário, à supremacia hierárquico-normativa da constituição da república – a vocação protetiva do mandado de injunção – legitimidade dos processos de integração normativa (entre eles, o recurso à analogia) como forma de suplementação da “inertia agendi vel deliberandi” – precedentes do supremo tribunal federal – recursos de agravo improvidos. (MI 3215 agr-segundo, relator(a): min. Celso de Mello, tribunal pleno, julgado em 24/04/2013, processo eletrônico dje-108 divulg 07-06-2013 public 10-06-2013)

normativas inconstitucionais e dos efeitos da decisão proferida nas ações que buscam extirpar tal vício de inconstitucionalidade, perpassando-se, destarte, de uma postura não concretista para uma posição asseguradora dos direitos e garantias fundamentais - intitulada de concretista geral -, tendo em vista a *supremacia hierárquico-normativa da Constituição*. Assim, a omissão inconstitucional floresce aqui como expectativa normativa dos parceiros sociais.³⁵⁹

Por outro lado, transportando-se tal posicionamento para a seara do dissídio coletivo, vê-se que a regulamentação efetivada no seu bojo se dá em determinado caso concreto e visa atender aos anseios da classe trabalhadora envolvida no conflito, sem pretensão de regular a matéria de maneira irrestrita para toda e qualquer categoria profissional e econômica, uma vez que os interesses envolvidos se referem a um grupo específico e pode não ter reflexo sobre outros casos marcados por especificidades.

No mais, a apreciação acerca dos limites do poder normativo juslaboral, ou seja, se um grupo de pessoas pode exercer determinado poder em nome do povo e se teria, portanto, legitimidade para tanto, deve partir do texto constitucional³⁶⁰, sendo que, nos últimos anos:

[...] cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. De poder quase "nulo", mera "boca que pronuncia as palavras da lei", como lhe chamaram Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.³⁶¹

Importante realçar, por fim, que a natureza desse poder, deferido pela Constituição a um órgão especializado da estrutura estatal - a Justiça do Trabalho - é claramente heterogênea, na medida em que o exercício da jurisdição não afasta o seu caráter político -, característica esta que, frise-se, não se circunscreve à atuação de um órgão de

³⁵⁹ Como bem observado por LUHMANN, as expectativas normativas generalizadas decorrem de um processo factual extremamente complexo. (In: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1983, p.54-56).

³⁶⁰ GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. Revista de Direito de Estado. Ano 1, n.4, out/dez, 2006, p.7.

³⁶¹ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Coordenador Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p.118.

cúpula (Tribunal Constitucional) ou à própria justiça do trabalho através do poder normativo previsto no art. 114 da CF/88.

Portanto, a função jurisdicional possui também característica política, a qual terá mais evidência de acordo com a via e o órgão que a exercite, partindo-se, destarte, de um sistema integrado de repartição de competências.

Nesse sentido:

O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política - mas não a "verdadeira jurisdição" - é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter "político" que possui - ainda que em maior medida - a legislação.³⁶²

Desse modo, acredita-se que o exercício do poder normativo juslaboral não se encontra limitado incondicionalmente à obediência ao princípio da reserva legal, pois se a omissão legiferante é inconstitucional, não o é exclusivamente para o Supremo Tribunal, sendo esta a solução que se propõe como mecanismo de efetivação dos direitos sociais.³⁶³ Isto porque se a Constituição é uma norma com direitos e obrigações incidentes sobre as relações jurídicas, sua implementação não pode se limitar a existência de um Tribunal Constitucional, cerceando-se a atuação da instância ordinária como instrumento de concretização dos direitos sociais.³⁶⁴

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as formas sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela

³⁶² KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p.251.

³⁶³ Com lembrado por Luis Sanchís: "*De este modo, la llamada ciencia del Derecho, sin dejar de ser ciencia, asume también una función crítica y política consistente en denunciar las antinomias que violan por acción y las lagunas que frustan por omisión el programa constitucional, proponiendo < desde afuera > nuevas formas de garantías idóneas para reforzar los mecanismos de autocorrección.*" (In: SANCHÍS, Luis Prieto. *Sobre el neoconstitucionalismo y sus implaciones*. In: SANCHIS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Trotta, 2003, p. 106.

³⁶⁴ SANCHIS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Trotta, 2003, p. 112.

realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas (sic) e econômicas.³⁶⁵

Como se vê, a análise acerca da necessidade de observância ao princípio da reserva legal não se resolve por um pensamento procusto de limitação do poder normativo juslaboral, ratificando-se situações de inconstitucionalidade, como se já existisse uma moldura pronta e acabada, na qual se encaixa perfeitamente a mencionada atribuição normativa, como se essa competência da jurisdição trabalhista não derivasse diretamente do texto constitucional e a negociação coletiva fosse a única fonte jurídica com legitimidade para atuar na omissão legislativa.

³⁶⁵ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p.15.

4. O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO SUBSIDIÁRIO DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL

Diante do panorama assentado nos capítulos anteriores, tentar-se-á responder, no presente tópico, o problema central proposto, qual seja: Em que medida a limitação do poder normativo da Justiça do Trabalho contribui para o fortalecimento da autonomia coletiva e implementação de um garantismo negociado?

Para tanto, parte-se do atual cenário jurídico e social do Direito Sindical e Coletivo do Trabalho no Brasil, ainda assentado num modelo corporativista herdado do sistema legal românico-germânico, pois mantém no ordenamento interno institutos como unicidade sindical e contribuição compulsória, conquanto se admita que o poder normativo da Justiça do Trabalho também seja um resquício desse modelo autoritário de excessiva intervenção do Estado em questões sociais.

A despeito do papel do poder normativo para a pacificação dos conflitos coletivos e equilíbrio das relações sociais, a jurisprudência do TST, como visto no capítulo 2, tem adotado uma interpretação restritiva do seu alcance, remetendo, sempre que possível, os atores sociais à negociação coletiva, de caráter obrigatório e prévio ao ajuizamento do dissídio.

Nesse prisma, a referida Corte Superior tem restringido o alcance do poder normativo da Justiça do Trabalho ao argumento de que a estipulação de normas submetidas ao princípio da reserva legal, em sede de sentença normativa, não constitui atribuição do Poder Judiciário, muito embora admita que os atores envolvidos no conflito possam criar o regramento aplicável às relações travadas por meio da contratação coletiva de trabalho, uma vez que dotados de autonomia negocial para tanto, desde que respeitado um núcleo mínimo e intangível.

Segundo tal posicionamento, as entidades diretamente envolvidas no conflito possuem competência normativa mais ampla se comparada com as atribuições do Poder Judiciário para pacificação da controvérsia, o qual encontra-se adstrito à estipulação de condições de trabalho e manutenção das cláusulas preexistentes, despindo-se de eventual atribuição normativa que implique em ônus econômico ao empregador.

Admite-se, assim, que as entidades sindicais discutam sobre direitos tecnicamente submetidos ao princípio da reserva legal, sem que o Poder Judiciário possa interferir nessas questões, mesmo nas hipóteses de negociação infrutífera.³⁶⁶

A par disso, a jurisprudência do TST também tem contribuído para a desjudicialização dos conflitos coletivos por meio de uma exegese limitativa do art.114, §2º, da CRFB/88, uma vez que exige o "comum acordo" para o ajuizamento da demanda, ou seja, a consenso das partes, ao menos tácito, quanto à submissão da lide de natureza econômica ao crivo do Poder Judiciário, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito. Tal entendimento visa a estimulação da negociação coletiva de trabalho. É o que se infere da jurisprudência do TST, sedimentado na seguinte ementa:

A) RECURSOS ORDINÁRIOS DE: SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE ERECHIM E SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS DOS VALES DO RIO PARDO E TAQUARI. DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA. COMUM ACORDO. NOVA REDAÇÃO DO § 2º DO ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO ATUAL APÓS A PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. A Seção Especializada em Dissídios Coletivos deste Tribunal Superior do Trabalho firmou jurisprudência no sentido de que a nova redação do § 2º do artigo 114 da Constituição Federal estabeleceu o pressuposto processual intransponível do mútuo consenso das partes para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica. *A EC nº 45/2004, incorporando críticas a esse processo especial coletivo, por traduzir excessiva intervenção estatal em matéria própria à criação de normas, o que seria inadequado ao efetivo Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição (de modo a preservar com os sindicatos, pela via da negociação coletiva, a geração de novos institutos e regras trabalhistas, e não com o Judiciário), fixou o pressuposto processual restritivo do § 2º do art. 114, em sua nova redação. Nesse novo quadro jurídico, apenas havendo -mútuo acordo- ou em casos de greve, é que o dissídio de natureza econômica pode ser tramitado na Justiça do Trabalho.* Ressalvadas, contudo, as situações fáticas já constituídas, a teor do art. 6º, § 3º, da Lei 4.725/65. Recursos ordinários conhecidos e providos.

³⁶⁶ RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANO - CPTM. ACORDO CELEBRADO ENTRE AS PARTES. SUBMISSÃO DA CLÁUSULA 74 - ADICIONAL DE RISCO AO CRIVO DO PODER JUDICIÁRIO. MATÉRIA PRÓPRIA DA VIA NEGOCIAL. A questão da violência, que justificou o deferimento da reivindicação, consubstanciada na concessão do adicional de risco, situa-se no espectro maior, muito mais relacionada à segurança pública do que ao âmbito das atividades desempenhadas pelos empregados destinatários da norma (bilheteiros, agentes operacional I e II, encarregados de estação e chefes gerais de estação). *Assim, conquanto legítima e justificável a reivindicação, tem-se que é indevida a concessão do adicional de risco mediante sentença normativa. Tal direito, inclusive, tem origem apenas na lei e na vontade das partes. No caso, o acordo coletivo de trabalho anterior não contemplou tal ajuste; trata-se, pois, de reivindicação original da categoria, para compor o novo instrumento, e em relação a qual remanesceu o ponto de discórdia entre os Sujeitos Coletivos.* Recurso Ordinário a que se dá provimento. (RO - 2925-70.2012.5.02.0000 , Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 13/10/2014, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 17/10/2014). (grifei)

[...] (RO - 212500-06.2008.5.04.0000 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 08/09/2014, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 12/09/2014) (grifei).

Entretanto, persiste o questionamento acerca da probabilidade fática de obtenção do suscitado "comum acordo" ainda que uma das partes já tenha se manifestado pela recusa da negociação inicial. Isto porque, muito embora seja possível o alcance do mencionado consenso para instauração da instância, a práxis judicial tem demonstrado que o mesmo é casual, ocasional.

Parece improvável que a componente patronal que se recusa a negociar venha a aceitar a submissão da sua demanda e demais reivindicações juslaborais postas em negociação ao crivo de um terceiro, ou seja, da Justiça do Trabalho. Essa constatação ficou clara na análise de conteúdo realizada no Capítulo 2, pois, dos 16 (dezesesseis) processos apreciados, 11 (onze) resultaram em extinção sem julgamento de mérito, seja total ou parcial, em virtude da ausência de "comum acordo" e em detrimento dos interesses da classe profissional.

Assim é que para compreender a função pacificadora do TST, que não se limita a incentivar a negociação coletiva, e deste modo se extrair uma conclusão acerca da pertinência ou não da manutenção do poder normativo da Justiça do Trabalho, entende-se imperioso se perquirir se o pressuposto de acesso ao Judiciário criado pela EC n.º 45 de 2004, ou seja, a exigência de "comum acordo", tem importado em efetivo acesso à justiça.

Para tanto, parte-se dos influxos das três ondas renovatórias propugnadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, e dos seus reflexos sobre a efetividade de direitos trabalhistas. Só assim se poderá se contrapor o problema proposto.

4.1 A DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO E AS TRÊS ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA

Apesar do direito de acesso à Justiça ser garantido pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental previsto no art.5º, inciso XXXV, onde se lê que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*", tal acesso pode e deve representar muito mais. É também direito de acesso à justiça substantiva, a qual, por vezes, não se concretiza em razão de obstáculos derivados tanto do procedimento instituído

para a conformação prática desse acesso, a exemplo da exigência de pagamento de custas, ônus da sucumbência e capacidade postulatória, quanto da estrutura do Poder Judiciário, que é deficiente e morosa.

Os impasses estruturais e legais de acesso à Justiça não são novos e ganharam destaque a partir de 1965 em países do Ocidente, por meio de estudos visando solucioná-los ou, pelo menos, amenizá-los, com abordagem inicial sobre o funcionamento do sistema jurídico em correlação com a efetividade dos direitos. Partiu-se da ideia de que a ineficácia de determinadas garantias estava atrelada diretamente com a estrutura legal e física das instituições jurídicas e procurou-se, assim, estabelecer um modelo apto à efetivação dos direitos dos cidadãos, identificando-se, para tanto, as barreiras de acesso à Justiça.

As soluções foram dadas de forma gradativa e por meio de modificações no sistema jurídico, sintetizadas através de três conhecidos movimentos renovatórios de acesso à justiça. O primeiro designado de "*onda*" da "*assistência judiciária*"; o segundo intitulado "*representação jurídica para os interesses difusos*"; e o terceiro denominado de "*enfoque de acesso à justiça*".³⁶⁷

Como dito, as chamadas "ondas renovatórias" tiveram o intuito de minimizar as barreiras de acesso à justiça - esta compreendida sob o prisma substancial, e não meramente formal. A título de exemplo relativamente recente, tem-se a introdução do §1º no art. 115, da CRFB/88, determinando-se a instalação da chamada justiça itinerante, a fim de tornar acessível a via judicial para aqueles que, por motivos de localização ou locomoção, encontram-se impossibilitados de submeter a sua querela ao crivo do Poder Judiciário e, assim, ter uma efetiva prestação jurisdicional.³⁶⁸ O intuito foi favorecer a população de baixa renda, que, em razão dos possíveis gastos com locomoção, permanecia sem usufruir de seus direitos ou, ao menos, sem ter uma resposta concreta para a sua demanda.

Outras medidas incorporadas ao texto constitucional tiveram como objetivo a desjudicialização de determinadas questões, consoante sucedeu com a alteração propugnada pela EC n.º 45 de 2004 a respeito do dissídio coletivo de natureza econômica (art.114, §2º, da

³⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.31.

³⁶⁸ Art. 115, §1º, da CRFB/88, inserido pela EC 45 de 2004: Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

CRFB/88), a qual, além de supostamente reformular o poder normativo da Justiça do Trabalho, passou a exigir o "comum acordo" para ajuizamento da instância. A ideia foi fomentar a negociação coletiva e restringir o acesso ao Poder Judiciário, o que não significa negativa de promoção de justiça. Isto porque a ideia de acesso à justiça engloba não só o acesso ao Judiciário, mas também outros meios de solução de conflitos, como a conciliação e a arbitragem, relacionando-se, portanto, com a noção de efetividade de direitos e pacificação dos litígios. Logo, a primeira expressão (acesso à justiça) é gênero da qual a segunda (acesso ao Judiciário) é espécie.

Mas essa não foi a primeira medida legislativa que trouxe transformações significativas de acessibilidade para os pobres bem como para a sociedade em geral.

A primeira onda fomentadora do acesso à justiça teve como foco a população carente de recursos, a qual não poderia arcar com os custos de uma ação sem prejuízo do seu sustento ou de sua família. Com isso, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, assentou-se, num primeiro momento, o reconhecimento da assistência judiciária para os pobres, por serem os mais prejudicados com os altos custos de uma demanda, quando então o Estado passou a arcar com os honorários da contratação de advogados particulares, desde que fossem observados os requisitos legais, como a condição de baixa renda do litigante, sendo possível também a contratação de advogados públicos³⁶⁹, a depender do modelo adotado por cada país.³⁷⁰ Verificou-se a presença desse movimento em países como Inglaterra, Alemanha Ocidental, Holanda, França e Áustria, através da implantação inicial de um sistema denominado *judicare*, o qual promovia a assistência judiciária à população carente - sistema este que, num segundo momento, passaria a combinar-se com outros modelos de atendimento jurídico, visando o aprimoramento do aparelho judiciário.³⁷¹ No caso brasileiro, a Lei 1.060 de 1950 trouxe, além da isenção do pagamento de honorários, a dispensa de custas e

³⁶⁹ Para atender a tal desiderato, a CRFB de 1988 também previu a Defensoria Pública como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe a assistência jurídica integral e gratuita aos que demonstrarem escassez de recursos, nos termos do art.5º, inciso LXXIV, constituindo-se uma classe de advogados remunerados pelo Estado, e que atuará em defesa dos necessitados.

³⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.35.

³⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.35.

outras taxas judiciárias para aqueles se encontram em situação de necessidade, fomentando a assistência judiciária aos desamparados.³⁷²

Ocorre que a primeira onda de acesso à justiça não foi suficiente para contornar problemas envolvendo os direitos transindividuais desenvolvidos a partir da década de 60, como os interesses difusos de terceira dimensão, os quais exigiam e ainda exigem uma atuação coletiva, de forma a beneficiar toda a sociedade.

Portanto, a constatação de que a ótica meramente individual é incapaz de promover o acesso à tutela jurisdicional de questões de índole coletiva implicou na construção de um novo movimento, intitulado de "*segunda onda renovatória*", fomentado pelos estudos sobre a instrumentalidade do processo. Isto é, verificou-se a necessidade de uma reformulação no processo civil no sentido de se permitir que representantes legalmente elegíveis possam intervir em nome e a favor de grupos sociais, de direitos transindividuais.

No Brasil, desenvolveram-se ações especiais, como a ação civil pública (Lei 7.347/1985), o mandado de segurança coletivo (art.5º, LXX, da CRFB/88 e Lei 12.016/2009), a ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9.868/1999). Legitimou-se, de outro modo, sujeitos que tenham relação direta com seus representados, além da instituição de órgão públicos com competência específica para a defesa de interesses difusos e coletivos. Logo, a visão individualista do devido processo legal fundiu-se à concepção coletiva.³⁷³

Contudo, segundo Ada Pellegrini Ginover, para que se possa conceber uma dada ordem jurídica como justa é necessário o preenchimento de alguns pressupostos, como:

³⁷² Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho. Parágrafo único. - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções: I - das taxas judiciárias e dos selos; II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados; V - dos honorários de advogado e peritos. VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.(Incluído pela Lei nº 10.317, de 2001) VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009). Parágrafo único. A publicação de edital em jornal encarregado da divulgação de atos oficiais, na forma do inciso III, dispensa a publicação em outro jornal.

³⁷³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.50-51.

a. o direito à informação; b. o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica (sic) do país; c. o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d. o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e. o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características.³⁷⁴

Sem embargo do avanço da implementação de garantias constitucionais³⁷⁵, ocasionado pela segunda onda renovatória de acesso à justiça, é perceptível que o aumento de demandas de massa, a crescente judicialização de temas abrangendo políticas públicas e, por conseguinte, o entrave e acúmulo de processos nas prateleiras do Poder Judiciário (agora no sistema informatizado), fez nascer um terceiro movimento renovatório, vocacionado para a desburocratização do sistema e melhoria da prestação jurisdicional.

Para Mauro Cappellletti e Bryant Garth, sem desmerecer os movimentos anteriores, essa nova abordagem de acesso à justiça, proporcionada pela terceira onda renovatória, implicou na consideração de *"um conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas"*.³⁷⁶ Buscou-se, assim, o aprimoramento do modelo legal até então disposto.

Dentre as medidas adotadas pelo sistema jurídico brasileiro, destaca-se a suscitada introdução da EC n.º 45 de 2004, por ser objeto de investigação do presente trabalho, a qual alterou o art.114 da CRFB/88, trazendo, destarte, significativas mudanças para o aparelho estatal, responsável, por isso, pela conhecida Reforma do Poder Judiciário.

Nessa esteira, com supedâneo no conceito substancial de acesso à justiça, passa-se à apreciação dos entraves e/ou facilidades geradas pela suscitada emenda constitucional. Isto porque criaram-se obstáculos de acesso ao Judiciário, o que não significa, necessariamente, negativa de acesso à justiça. Dentre tais limitações, pode-se citar: a) a exigência de "comum acordo" para o ajuizamento do dissídio coletivo; b) e a reformulação do poder normativo da Justiça do Trabalho no Brasil. A primeira, como visto acima, por exigir o

³⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Modernidade do Direito Processual brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito. USP. v.88.1993, p.283. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/issue/view/5421>. Acesso em: 16 de Dezembro de 2014.

³⁷⁵ A expressão "avanço" aqui deve ser compreendida no sentido de efetivação de direitos, principalmente aqueles de terceira geração, como é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

³⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.67-68.

consentimento, ao menos tácito, da parte contrária para instauração do dissídio coletivo de natureza econômica, enquadrada como pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. A segunda por restringir o alcance do poder normativo juslaboral, garantindo-se apenas o mínimo, a despeito da presença do "mútuo acordo".

Portanto, no próximo tópico tentar-se-á demonstrar até que ponto a alteração do art.114, §2º, da CRFB/88, pela EC n.º 45 de 2004, tem proporcionado a efetividade de direitos trabalhistas, a fim de se averiguar se a mesma oferece, neste aspecto, acesso ao que se convencionou denominar de justiça sob a ótica substantiva. Ao final oferecer-se-á uma solução ao problema apresentado que mais se aproxime do intuito constitucional de efetividade das garantias sociais.

4.2 JUSTIÇA SOCIAL E PODER NORMATIVO

A noção de acesso à justiça sempre esteve sujeita a transformações. De um conceito estritamente formal, calcado na disponibilidade de ingresso para quem pudesse arcar com os custos de um processo judicial, o conceito de acesso à justiça tornou-se expressão de movimentos relacionados com a efetivação de direitos fundamentais, ganhando realce diferenciado a partir do *Welfare State*, quando a realidade social passou a exigir uma postura positiva do Estado, e não mais abstencionista.

Isto porque a ideia de plena liberdade, instaurada pelo modelo de Estado Liberal e não intervencionista do Século XVIII, por ter agravado situações de desigualdade social, colocando a "liberdade de poucos" a serviço da "prisão de muitos", trouxe desequilíbrios estruturais para economia de mercado, até então assentada num padrão de concorrência livre e sem intervenção estatal.³⁷⁷ Com efeito, durante o Século XIX vivenciou-se, principalmente na Europa - berço do sindicalismo -, situações generalizadas de pobreza extrema e desigualdades sociais acirradas, sedimentadas, portanto, nas amarras da submissão do homem pelo homem, o qual, a cada dia, despia-se da sua dignidade.

Tal fato desencadeou um sentimento de união e solidariedade entre os menos favorecidos. As amarras da subordinação tornar-se-iam o elo de luta e resgate da própria dignidade do trabalhador, que encontraria nas grandes fábricas um terreno fértil para suas reivindicações. Assim é que o desprezo pela população carente acarretou o nascimento

³⁷⁷ *Laissez faire - Laissez passer.*

de um movimento social, com repercussão sobre as relações laborais, conclamando-se não só a massa, mas também o Poder Público a atuar no intento de trazer equilíbrio e pacificação aos conflitos. Daí se afirmar que a teoria do Estado Social de Direito foi uma reação global em face dos descompassos da teoria do Estado Liberal, manifestando-se, desse modo, através de colorações axiológica, institucional e democrática.³⁷⁸

Esta filosofia traduziu-se, antes de tudo, num enorme aparato de legislação econômico-social, correspondente às intervenções do Estado em setores cada vez mais numerosos, no passado, abundantemente deixados à iniciativa e à autonomia dos particulares: trabalho, produção, intercâmbios, escola, habitação, higiene, consumo, meio ambiente, etc... etc... Desta maneira os encargos do Estado social estenderam-se enormemente. Ao papel tradicional de mera proteção e repressão das violações dos direitos individuais tradicionais - o Estado como mero gendarme ou *right watchman* da filosofia política do *laissez faire* - agregaram-se as tarefas de promoção e atuação dos novos "direitos sociais" que, tipicamente, implicam num compromisso do Estado, no sentido de fazer, operar e intervir.³⁷⁹

Nessa linha, observa Werneck Vianna, para quem:

Nesse período, operou-se a ampliação dos direitos de cidadania para os não proprietários, processo que compeliu o liberalismo a incorporar o problema da democracia. Sob a pressão do desafio democrático, que não atuava sobre ele apenas na dimensão política, mas sobretudo na social, precedeu-se o conjunto de transformações que induziram a reorientação do papel do Estado, a redefinição do privado diante da ordem pública e a intervenção legal no mercado de trabalho através da paulatina criação de um Direito do Trabalho. No caso desse último, a inovação atingia a zona sensível da ordem liberal - a teoria contratualista - admitindo-se no mercado a figura de um ente coletivo - os sindicatos - em substituição ao contratante individual da ortodoxia.³⁸⁰

Veja-se que esse comportamento interventivo do Estado proveio de um processo gradual e conflituoso, germinado no seio da sociedade industrial e impulsionado pela fragmentação cultural, social e econômica derivada do liberalismo do Século XVIII³⁸¹, com

³⁷⁸ BATISTA, Francisco J; VILLAVARDE, Ignacio; REQUEJO, Paloma; PRESNO, Miguel Angel; ALÁEZ, Benito; SARASOLA, Ignacio F. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madri: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A), 2012, p.75.

³⁷⁹ CAPELLLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Tradução e Notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Fabris, 2008, p.384.

³⁸⁰ VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p.27.

³⁸¹ Como cediço, os ideais liberais da Revolução Francesa eram contrários ao direito de associação. Nesse sentido a Lei Le Chapelier.

interferência direta no campo jurídico. Isso porque: "*Se o Estado está em crise, o Direito também está.*"³⁸²

Portanto, sob a perspectiva do florescimento de um Estado interventor, medida políticas, econômicas e sociais foram adotadas à medida que a restrição da liberdade se justificava em benefício da coletividade. Na seara jurídica, foi a "*juridicização das relações sociais*"³⁸³, ou seja, a legalização de expectativas, o primeiro passo balizador do reconhecimento da desigualdade material e da solidariedade social, que acabou sendo sufragada pelo novo modelo estatal que surgia e que viria a apaziguar as disputas por direitos e dignidade, sintetizado através da conhecida expressão: Estado do Bem Estar Social ou, como prefere alguns, *Welfare State*, ou ainda *État Providence*. Desenvolveu-se, deste modo, a Legislação Social, de cunho protetivo.

Por conseguinte, essa postura prestacional e positiva do Estado foi incorporada mais tarde pelas Constituições Contemporâneas através da inclusão de direitos sociais em seu texto, a exemplo da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimer de 1919.³⁸⁴ A Constituição brasileira de 1934 foi a primeira a tratar de direitos sociais.³⁸⁵

Sem embargo das vicissitudes históricas, com momentos de garantia e outros de retaliação ao direito de associação dos trabalhadores³⁸⁶, a CRFB/88, superando antigos paradigmas e dicotomias³⁸⁷, mas mantendo o intuito pacificador, alimentou a conjugação de interesses conflitantes, como capital e trabalho, público e privado, ressaltando o ideal de "Justiça Social", do qual se pode extrair a intenção do legislador de embutir

³⁸² FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e Juspositivismo: A exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p.46.

³⁸³ XIMENES, Júlia Maurmann. *A judicialização da política e a democracia – o papel do campo jurídico*. RIDB, Ano 1 (2012), nº 11.

³⁸⁴ Vide art.121 da CF/1934.

³⁸⁵ Sobre o ponto, Luiz Werneck Vianna afirma que: "*Estudando as Constituintes de 1934 e 1946, bem como a discussão, em 1966, sobre o FGTS no Congresso, sublinhamos a debilidade constitutiva do liberalismo brasileiro, que, se deseja instituições políticas liberais, é incapaz de admitir livre movimentação - mesmo no plano puramente mercantil - para as classes subalternas. Politizada, a concepção liberal brasileira tem-se mostrado avessa à perspectiva do indivíduo, ao pluralismo e à noção de conflitos legítimos.*" (In: VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p.21).

³⁸⁶ A Constituição brasileira de 1937, em seu artigo 139, vedou expressamente o exercício de greve, ao estabelecer que: "*A greve e o lock-out são declarados recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional*".

³⁸⁷ Dicotomia como aquela entre o público e o privado; o capital e o trabalho; a livre concorrência e a valorização social do trabalho.

harmonia e equilíbrio nas relações sociais, sem que o capital se sobreponha ao trabalho, e vice-versa³⁸⁸, na medida em que:

Diversamente do direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais - como direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho - não podem ser simplesmente "atribuídos" ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas.³⁸⁹

É possível concluir, assim, que o Direito Social parte do pressuposto de que há verdadeira desigualdade material entre os indivíduos, muito embora a mesma não decorra exclusivamente da atuação estatal, ou seja, não resulte apenas de determinados programas estatais ou escolhas políticas -, pois envolve uma série de alternativas e oportunidades abraçadas no decorrer da vida por cada cidadão e pelo próprio Estado. É certo que nem todos terão as mesmas oportunidades, muito embora o Estado possa retalhar ou favorecer o acesso a tais garantias; adotar um ou outro programa de emprego; seguir políticas públicas assistencialistas ou não; desde que sua atuação possa representar, ao final, justiça social, como quer a Constituição. Note-se que a ideologia política é pré-requisito para o desenvolvimento de sistemas jurídicos interventivos ou abstencionistas, porquanto:

As leis e políticas de uma comunidades constituem a sua solução política. [...] A mudança de alguma destas políticas altera a distribuição da riqueza pessoal e da oportunidade na comunidade, dadas as mesmas escolhas, sorte, capacidades e outras variáveis pessoais de cada indivíduo. Assim, não podemos evitar o desafio da preocupação igual, afirmando que os recursos que um indivíduo tem dependem da suas escolhas e não das do governo. Dependem de ambas. [...] É uma evasão desajeitada dizer que uma política de *laissez-faire*, que significa simplesmente, um conjunto de leis em vez de outro, não é uma ação do governo.³⁹⁰

³⁸⁸ O artigo 3^a, inciso I, da CRFB/88 traz, em seu bojo, o conceito de justiça social, arraigado na noção de predominância do social sobre o particular. Assim expõe André Ramos Tavares: "*A justiça social [...] deve ser adotada como um dos princípios expressos da Constituição de 1988 a interferir no contexto da ordem econômica, visando ao implemento das condições de vida de todos até um patamar de dignidade e satisfação, com que o caráter social de justiça é-lhe intrínseco.*" (In: TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003, p.138). Vide o art. 170 da CRFB/88.

³⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.41.

³⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p.361.

Transportando-se tal ideologia para o âmbito do Direito Sindical e com o fito de responder à indagação feita no início deste capítulo, tratar-se-á, a seguir, a respeito dos aspectos positivos e negativos decorrentes da opção pelo modelo contratualista, em detrimento da corrente institucionalista, ou vice-versa, porém não sem antes delimitar o que se pretende do sindicalismo brasileiro, do qual se espera, nessa linha: mais autonomia, mais transparência, entidades sindicais representativas e que possam negociar sem se descuidar dos interesses da classe que representam.

4.3 O ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO COMO MECANISMO DE EQUILÍBRIO DAS RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

Viu-se, nos capítulos anteriores, que o consenso nem sempre é alcançável, seja porque não se pode obrigar alguém a negociar, seja em razão da constatação de um desequilíbrio sobre o plano coletivo. Daí por que se questionou se a sobreposição do consenso a pressuposto de acessibilidade ao Poder Judiciário importa em fortalecimento do movimento sindical brasileiro, permitindo-se, assim, a realização de negociações coletivas vantajosas para as partes. Será que existe algum dado empírico que demonstre isso?³⁹¹

Esta não é, todavia, uma questão simples de ser respondida, pois exige a presença de um elemento naturalmente controvertido: o consenso, razão pela qual, a respeito da facticidade do ajuste³⁹², pensamentos liberais e intervencionistas não se acertam. Há inclusive quem afirme que negar a presença de antagonismos e propor a obtenção de um consenso universal importa em verdadeira ameaça à democracia moderna, quando então evoca-se a neutralidade e mascara-se a desigualdade - postura esta típica de correntes liberais.³⁹³

O fato é que nem sempre a conciliação chega a se concretizar, uma vez que não se pode obrigar alguém a transigir. Veiculando tal pensamento para a ótica da negociação coletiva, pode-se asseverar que o consenso nem sempre vingará, seja por falta de diálogo, seja em razão dos sujeitos envolvidos não se encontrarem num mesmo patamar negocial, pois a ausência ou deficiência de representatividade interfere diretamente nas tratativas. A simples

³⁹¹ Os dados até então angariados não têm demonstrado um resultado positivo.

³⁹² Facticidade aqui entendida enquanto fato social.

³⁹³ MOUFFE, Chantal. *La paradoja democrática*. Barcelona: Gedisa. 2003, p.39.

coalizão de trabalhadores não é garantia exclusiva de criação de sindicatos representativos e com efetiva autonomia sindical, mas apenas pré-requisito.

E aqui vale lembrar, como observa Ronaldo Lima dos Santos³⁹⁴, que a introdução do tão mencionado e discutível "mútuo acordo" representou mais uma *resposta formal* do Estado brasileiro às orientações da OIT a respeito da necessária observância do direito à liberdade sindical, tendo em vista a polêmica internacional gerada pela dispensa de trabalhadores do movimento grevista petroleiro no ano 1995 - quando foram sumariamente desligados do quadro empresarial -, do que uma efetiva reação às ofensas praticadas contra a garantia da liberdade sindical. Diante das recomendações da OIT, o que se viu foi tão somente uma alteração simbólica da Constituição brasileira, na medida em que não há como modificar o comportamento da classe econômica sem lhe impor qualquer ônus em troca.³⁹⁵

Nesse prisma, se a intenção da EC n.º 45 de 2004 era incentivar os mecanismos de diálogo ou instituir a arbitragem para solver esta específica e complexa relação coletiva conflituosa, não foi esse o seu resultado. Pelo contrário, criou-se mais uma barreira de acesso à justiça, conforme comprovado pelo análise de conteúdo desenvolvida no Capítulo 2, porquanto só se tem processado nesse conflitos a reiterada e persistente insurgência da classe profissional em face da recalcitrância empresarial.³⁹⁶

Conquanto se admita que a exigência do "mútuo acordo" para instauração da instância tenha tido como objetivo o incentivo à solução de conflitos, por outro lado, o Direito do Trabalho tem em sua gênese o princípio da proteção ao hipossuficiente, que é corolário do Direito Social. Daí a sua tentativa correcional, baseada na assimetria dos partícipes, pois, se assim não fosse, não se cuidaria de típica disciplina social.

A respeito desse aspecto, François Ewald alerta para o fato de que o Direito Social não define uma ordem em que, apesar das diferenças, o consenso possa ser alcançado,

³⁹⁴ DOS SANTOS, Ronaldo Lima. *Sindicatos e Ações Coletivas - Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014, p.288-289.

³⁹⁵ Outrossim, sobre as repetidas modificações da Constituição ao argumento de necessidade política, relembra Hesse os efeitos negativos daí sobrevindos, uma vez que "[...] a frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição." (In: HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p.22).

³⁹⁶ Apesar da iterativa negativa de acesso judicial às entidades profissionais, pendem ações diretas de inconstitucionalidade no STF a respeito do referida emenda, restando-lhes, de outro modo, a via do Recurso Extraordinário e o apelo a mais alta Corte do país para que possam clamar por Justiça Social. Ademais, a negativa ficou clara no Capítulo 2. Dos 16 processos analisados, apenas 5 foram apreciados. Placar 11 X 5.

pelo contrário, ele chega à dissolução desta ideia, pois pretende ser um instrumento de intervenção, que é servir para compensar e corrigir as desigualdades, para restaurar equilíbrios ameaçados.³⁹⁷ E esta é uma característica marcante do Direito do Trabalho. Leva-se o conflito ao abrigo da lei. Isto é juridicização.

Desse modo, por que negar a gênese protetiva do Direito Social aos casos de litígios coletivos de natureza econômica?³⁹⁸ Certamente, porque a ideologia contratualista concebe a ideia de que a negociação coletiva é a única via adequada para a autêntica solução de tais conflitos, porquanto de cunho nitidamente liberal. Isto significa a mera conversão de questões jurídicas em questões de poder, sem que se atente para os pressupostos constitucionais realizáveis.³⁹⁹

Olvida-se, destarte, que a presença da alteridade nos contratos de trabalho independe da natureza da contratação, se individual ou coletiva, pois essa é uma característica da disciplina trabalhista, que encontra amparo nas legislações sociais, colocando, desse modo, ao abrigo da lei questões que, se assim não fosse, estariam ocasionando acentuada injustiça e descaso social⁴⁰⁰, pois é do reconhecimento dessa peculiar assimetria entre as partes que decorre a própria ideia de *ajenidad*, de onde provém inclusive a concepção de que a assunção dos riscos do empreendimento deve permanecer sob responsabilidade do empregador.⁴⁰¹

Portanto, o que se pretende neste último Capítulo é tão somente demonstrar que a debilidade é a regra, e não o contrário. Qual é o trabalhador que irá se associar ao movimento grevista mesmo sabendo que poderá perder a sua função na empresa, da qual

³⁹⁷ A respeito do conceito de Direito Social: "*Social law, it is important to note, does not define an order on which, despite differences, agreement might be reached. On the contrary, it arrives at the dissolution of this idea: social law seeks to be an instrument of intervention which is to serve to compensate and correct inequalities, to restore threatened equilibria.*" (In: EWALD, François. *A Concept of Social Law*. p.46. In: TEUBNER, Gunther. *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin/New York: Gruyter, 1985, p. 40-75).

³⁹⁸ Restou claro no Capítulo 1 que a simples presença da entidade sindical no polo profissional do conflito não é garantia de equilíbrio entre as partes.

³⁹⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p.25.

⁴⁰⁰ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

⁴⁰¹ Da mesma forma, dispõem Oscar Ermida Uriarte e Oscar Hernández Alvarez: "*Si la riqueza se produce por la conjugación de capital y trabajo, la única justificación ético-jurídica para que el trabajador no tenga su parte en las ganancias, es que tampoco las tenga en las pérdidas. Y esto se alcanza por la asunción total de los riesgos por el empleador, es decir, por la ajenidad.*" (In: URIARTE, Oscar Ermida; ALVAREZ, Oscar Hernández. *Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación*. Revista de Direito do Trabalho, v.27, n.103, p.201-217, jul/set, 2001, p.210).

dependem seus filhos e esposa (independentemente da alegação de ilegalidade da conduta patronal), e, conseqüentemente, passar por um moroso e lento processo de índole individual?⁴⁰² Outrossim, não parece se incluir no conceito de "Justiça Social" tal lógica obstrutiva, retirando-se da classe menos favorecida a garantia de ter sua lide apreciada por um órgão isento e imparcial.

De outro modo, cumpre-se alertar que, apesar do poder normativo ser fruto de uma ideologia autoritária e corporativista inerente ao fascismo italiano, não deve e nem precisa ser lido necessariamente à luz dessa concepção, posto que o Estado também se transformou, se democratizou.

Ainda que se tenha um ideal de plena autonomia negocial coletiva, quando então a sua presença exime o Estado de interferir em tais questões, o fato é que, a despeito da ausência de autonomia e da aclamação da classe profissional para que um órgão ou sujeito capaz intervenha, o Poder Judiciário simplesmente "fecha as suas portas" sob o fundamento de que a Constituição assim preconiza, sem sequer apreciar a pertinência concreta de eventual ingerência ou a própria "vontade normativa"⁴⁰³ da Constituição. E o acesso é negado à medida que o elemento "necessidade" è descartado e a assimetria entre os partícipes é ignorada.

De outro modo, o enfraquecimento dos sindicatos profissionais se sobressai, nesse contexto, com um reflexo decisivo: o aumento das demandas individuais. E quanto a tal desfalecimento, este é puramente dedutível, pois a perda judicial rotineira de uma específica entidade de defesa de classe, como na hipótese (vide Capítulo 2), ocasiona o seu descredenciamento perante a parte adversária: a classe patronal. Este é um fator natural.

Explica-se: Quando alguém se dirige a uma determinada banca de advocacia, a primeira coisa que procura saber é se aquele grupo de advogados tem obtido sucesso em demandas da mesma natureza; ou, quando um indivíduo busca determinado médico para realização de procedimento cirúrgico, questiona aos demais pacientes se o mesmo tem tido êxito nas suas cirurgias, e, a partir daí, conforma-se a sua reputação⁴⁰⁴, seja

⁴⁰² Ademais, fala-se aqui em greve porquanto somente esse dado fático pode levar ao ajuizamento do dissídio coletivo, sem o qual se faz necessária a presença do "mútuo acordo", ou seja, da vontade patronal.

⁴⁰³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p.24.

⁴⁰⁴ Segundo o Dicionário Aurélio: *Reputação: 1. Conceito em que alguém ou algo é tido. 2. Fama, celebridade.* (In: *Mini Aurélio. O Dicionário da Língua Portuguesa*. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. Coordenação de edição Marina Baird Ferreira. 8. ed. revista, atualizada e ampliada. Curitiba: Positivo, 2012, p.659).

do médico ou do advogado, quando então o seu cliente/paciente se sente confortável a contratá-lo ou, caso contrário, opta-se por outro profissional. Ocorre que esse elo de confiança, formado pelo conceito que se tem sobre alguém, tem um resultado provável: o aumento da clientela de um indivíduo em prejuízo daquela ainda não angariada por outro. *Mutatis mutandis*, é exatamente o que vem acontecendo no cenário sindical brasileiro, na medida em que se contribui para o fortalecimento da classe patronal - vitoriosa na demanda -, que se sente motivada a recusar as propostas da entidade contrária.

Desse modo, conclui-se que o desestímulo à ação coletiva da forma como articulada só tem gerado o descrédito da classe profissional perante o detentor do capital, porquanto as investidas judiciais dos trabalhadores coletivamente organizados têm encontrado um grave obstáculo: a exigência do "comum acordo". Assim, pode-se afirmar que a classe profissional não tem logrado êxito em demandas dessa natureza, embora permaneça a via individual.

Além do mais, há um dado empírico que confirma esse efeito reflexo, qual seja: o aumento do número de paralisações desde o ano 2008, sendo que a ausência do "comum acordo" tem corroborado para o descrédito da entidade profissional, pois, se não há consenso, a greve é o único fato social capaz de conceber o acesso à via judicial. Logo, menos consenso significa mais paralisações.

Para que se possa superar esse impasse, faz-se necessária uma concepção mais efetiva e justa do art.114, §2º, da CRFB/88. O acesso à justiça deve ser enfrentado *"como requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos."*⁴⁰⁵ Deste modo, só haverá justiça a partir do momento em que o texto constitucional deixar de ser tão somente uma promessa.

Reconhece-se, por outro lado, que não compete apenas ao Poder Judiciário contribuir para efetivação de direitos, na medida em que nem sempre sua atuação será favorável para que se concretize o que se convencionou chamar de "justiça" sob a ótica substantiva (leia-se, efetivação de garantias). E quanto a tal ponto, é cabível a utilização dos mais variados meios e formas de implementação de direitos.

⁴⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.12.

Isto porque, em regra, se um determinado mecanismo vigente não surte efeitos, nada obsta que seja substituído por outro, desde que ao final possa se garantir o direito tutelado. A forma não pode se sobrepor aos fins. De tal modo, pode-se afirmar que tal postura:

[...] encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.⁴⁰⁶

Assim é que a criação de meios alternativos de pacificação de conflitos deve ser encarada como instrumento de concretização da Lei Suprema, sem a qual a relação custo-benefício resta prejudicada. Portanto, a inserção de procedimentos de conciliação apartados de eventual ingerência judicial, a exemplo da negociação coletiva de trabalho, só se revelará legítima se importar na implementação desses direitos.

Mas não é só. Ainda há um outro problema, pois levando-se em consideração esse terceiro movimento de acesso à justiça, centrado na desburocratização dos procedimentos, resta saber como capacitar sindicatos para a realização de negociações sem interferir na sua autonomia. Seria possível ao Estado exigir a promoção de cursos de mediação e conciliação aos seus dirigentes? Assim é que a institucionalização pelo Poder Público de exigência preparatória, como a obrigatória realização de curso de conciliação para o membro ocupante de cargo de direção, após eleito, ou outro responsável pela condução do procedimento conciliatório, pode representar fator relevante de capacitação da própria entidade, exigível tanto de sindicatos profissionais como patronais, sem que isso importe em ofensa à autonomia sindical de autorregulação.

O que não se deve é retirar a atribuição normativa e de decisão do Poder Judiciário e transferi-la, sob uma nova roupagem, aos particulares, a fim de que, consensualmente, possam decidir o conflito com base na autonomia privada coletiva, selada, ao final, por um acordo, sem equipar seus principais atores de instrumentos e mecanismos para tal desiderato. Isto porque a autonomia coletiva pressupõe independência não só financeira e jurídica, mas também técnica, a qual só se perfaz através da circulação de

⁴⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.71.

informações, de manifestação de conhecimento. Essa perspectiva só demonstra que o ponto de partida para a consecução de respostas a tantas indagações está na compreensão desse complexo sujeito coletivo: o sindicato.

Outrossim, sobre a obrigatoriedade de negociação coletiva prévia e a extinção do processo sem julgamento do mérito, vale alertar que tal tentativa conciliatória pode ser utilizada pelo empregador de maneira abusiva, com o fito de se desviar da via judicial, como se vê dos votos vencidos a seguir transcritos dos Ministros Francisco Fausto e José Luciano de Castilho Pereira, proferidos no julgamento do RODC - 559996-89.1999.5.04.5555 (Data de publicação: DJ 06/04/2001), no qual se questionava acerca do preenchimento, em concreto, do esgotamento de tentativa negocial para instauração do dissídio, tendo-se assentado que:

JUSTIFICATIVA DE VOTO VENCIDO DO EXMO. SENHOR MINISTRO Francisco Fausto: Não somos juízes de elite, somos juízes de trabalhadores. Devemos facilitar o acesso do trabalhador à Justiça. Isso que é fundamental para nós. A nossa Justiça peca porque é formal e tendenciosa. Temos de fazer tudo para facilitar a vida sindical brasileira, porque, sem os sindicatos, só com a Justiça do Trabalho, não se faz justiça social no Brasil. Só se faz com a participação efetiva dos sindicatos. Na hora em que o Sindicato convoca, comparecem quarenta e sete. Não sei quantos têm em Alegrete. Não vou descer para saber caso a caso o que existe. Vou para a lei e, se esta diz que em segunda convocação é com qualquer número, é com qualquer número. Se queremos, de fato, extinguir o poder normativo da Justiça Trabalho está tudo bem; qualquer argumento é bom. Mas, se entendemos que o poder normativo ainda é eficiente, deve ser preservado. Devemos facilitar a vida dos sindicatos. É muito interessante verificar o lado oposto da questão, o que mostra um excesso de congruência no raciocínio que está sendo adotado no caso. E qual é o lado oposto? Se o empregador tivesse comparecido à Delegacia, estava tudo resolvido. Ou seja, tudo depende do empregador. Como este não compareceu, decide-se contra o empregado que compareceu. É uma incongruência no mínimo. O raciocínio não é lógico.

[...]

JUSTIFICATIVA DE VOTO VENCIDO DO EXMO. SR. MINISTRO José Luciano de Castilho Pereira: Com todo respeito, não sei como se possa obrigar alguém a negociar. É o caso destes autos. Nem convocado pela Delegacia Regional do Trabalho o suscitado compareceu para que as negociações tivessem início. Nesta hipótese, portanto, tenho como satisfeita a exigência constitucional de esgotamento da via negocial. Desta forma, não extingo o processo.

A despeito da fundamentação supra, o referido processo foi extinto sem julgamento do mérito, por maioria, com supedâneo na OJ 24 da SDC, que estabelecia ser

insuficiente a realização de mesa redonda perante a DRT para efeito de esgotamento das tratativas.

Oportuno destacar que os argumentos acima expandidos, quando da reapreciação da matéria no RODC 9555700-07.2003.5.01.0900, importaram no cancelamento da OJ 24 da SDC⁴⁰⁷, utilizada como fundamento para extinguir o suscitado processo de dissídio coletivo, consoante se infere do seguinte trecho da ementa do julgado: "*Mister admitir que a mesa-redonda perante a DRT satisfaz o pressuposto constitucional de negociação prévia (art. 114, § 2º), mormente se a entidade suscitada nem ao menos comparece à reunião.*"⁴⁰⁸ Preponderou a lógica desobstrutiva do direito de acesso à justiça, com a aprovação do cancelamento da referida Orientação Jurisprudencial pela Seção de Dissídios Coletivos do TST.

Sobre a tentativa de se desviar da negociação coletiva, Ronaldo Lima dos Santos observa que:

Na hipótese de recusa injustificada ou de má-fé da parte suscitada, a sua manifestação não produzirá efeitos processuais, em virtude do abuso de direito (art.187, CCB), devendo o feito seguir o seu trâmite processual, com o conseqüentemente suprimento judicial da concordância da parte recalcitrante. O suprimento judicial de manifestação de vontade pode ser requerido *ab initio* da suscitação do dissídio coletivo, juntamente com a exordial, quando a recusa injustificada ou abusiva preceder à sua suscitação, ou de forma incidental, mediante peticionamento ao juízo, quando verificada referida recusa no curso do dissídio.⁴⁰⁹

Conseqüentemente, é preciso se alertar que o reconhecimento de direitos impõe a necessidade da consagração de medidas judiciais que possibilitem ao seu titular reivindicar o cumprimento dos deveres legalmente assegurados perante as autoridades competentes, seja pela via judicial ou não, porquanto o sujeito obrigado pode recusar o seu cumprimento voluntário.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ OJ 24 - Negociação prévia insuficiente. Realização de mesa redonda perante a DRT. Art. 114, § 2º, da CF/88. Violação. (Inserida em 25.05.1998. *Cancelada* - DJ 16.04.2004) (grifei)

⁴⁰⁸ RODC - 9555700-07.2003.5.01.0900 , Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 11/12/2003, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DJ 08/03/2004.

⁴⁰⁹ DOS SANTOS, Ronaldo Lima. *Sindicatos e Ações Coletivas - Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014, p.292-293.

⁴¹⁰ Vide: "*El reconocimiento de derechos impone habitualmente la necesidad de establecer medidas judiciales o de otro tipo que permitan al titular del derecho reclamar ante una autoridad judicial u otra con similar independencia, si el sujeto obligado no da cumplimiento a su obligación. Esto quiere decir que el enfoque*

Para tanto, nas Constituições de países democráticos há um arcabouço normativo que visa assegurar, justamente, a independência de entidades sindicais frente ao Estado, bem como em face de outros organismos associativos. Mas, certamente, a gênese dos partícipes envolvidos (trabalhadores e empresários) não pode ser modificada pela lei, na medida em que seus interesses são essencialmente antagônicos. Não obstante possam se avizinhar pela busca do sucesso do empreendimento, quando então tal aproximação importará em melhoria para o capital e trabalho. A tentativa de perfeita igualdade entre sindicatos profissionais e patronais é ilusória.

Se existissem meios precisos de medição da força do movimento sindical, como se faz com uma balança, concluir-se-á que a concentração do domínio está a favor dos sindicatos da classe econômica, posto que a relação entre capital e trabalho é incongruente, colocando "*a auto-atividade como atividade para um outro e como atividade de um outro, a vitalidade como sacrifício da vida, a produção do objeto como perda do objeto para um poder estranho, para um homem estranho [...]*".⁴¹¹

No mais, resta saber até que ponto os obstáculos de acesso à justiça criados pela EC n.º 45 de 2004 e ratificados pela jurisprudência do TST interferem no pêndulo da balança e dificultam a promoção dos direitos sociais, tendo em vista que a simples ausência de "comum acordo" para ajuizamento do dissídio, que não precisa ser motivada, tem contribuído para o descrédito da classe profissional - qualificada, neste contexto, como uma derrotada contumaz.

Destarte, com o fito de minimizar os efeitos da derrota e então estimular o mecanismo conciliatório, entende-se que, após a extinção do dissídio coletivo sem análise do mérito, deveria haver, *de lege ferenda*, uma nova e obrigatória negociação coletiva de trabalho, a ser realizada dentro de um prazo pré-estabelecido por lei específica, sob pena de manejo de nova ação coletiva.

Assim é que, nas hipóteses de extinção sem julgamento do mérito por ausência de consenso, o legislador brasileiro, se efetivamente pretendesse incentivar a solução

basado en derechos establece obligaciones correlativas cuyo incumplimiento activará diferentes mecanismos de responsabilidad o de garantías. Por lo tanto, el reconocimiento de derechos es también el reconocimiento de un ámbito de poder para sus titulares y en ese sentido puede ser una forma de restablecer equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente dispares." (In: ABRAMOVICH, Victor. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. Revista de La Cepal 88, Abril, 2006, p.40-41).

⁴¹¹ MARX, Karl. *Manuscritos Económico-Filosóficos*. São Paulo: Editorial Boitempo, 2004, p.90.

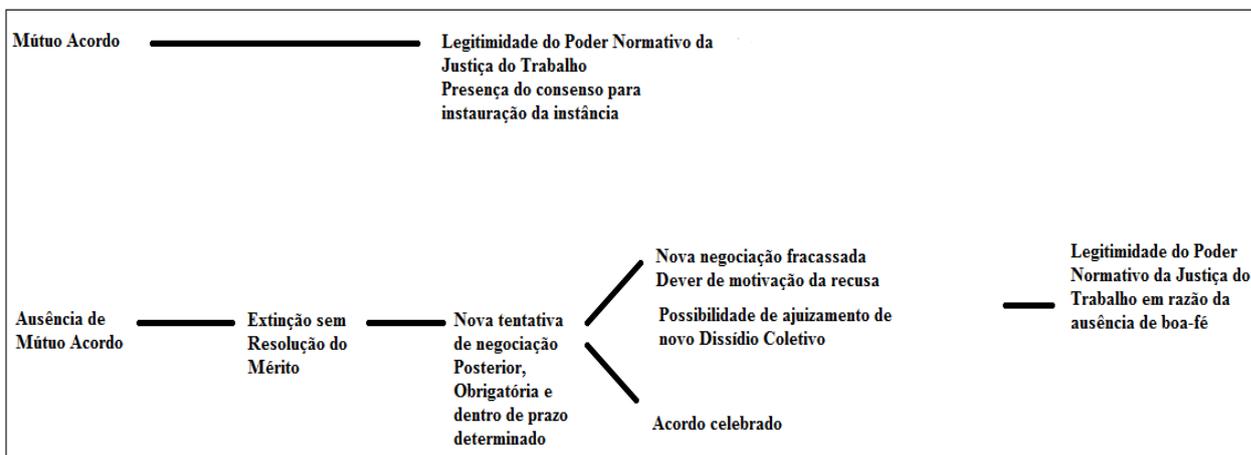
de tais conflitos, deveria prever mecanismos alternativos, a exemplo da obrigatoriedade de nova negociação coletiva logo após a decisão de extinção do processo, legitimando-se, de outro lado, o exercício supletivo do poder normativo na hipótese de fracasso desta nova negociação por recusa imotivada.

Embora pareça um círculo vicioso, a sucessiva tentativa conciliatória pode representar uma nova chance de acordo, mesmo porque não há conquistas sem sacrifícios. A institucionalização de procedimento mais complexo, conquanto demorado, pode trazer avanços para a colocação de temas como este fora da seara judicial, sem se desvencilhar da possibilidade de intervenção do Estado nos casos em que se fizer necessário, pois aqui não se trata de uma simples briga de vizinhos, mas envolve uma gama de direitos pertencentes a uma coletividade naturalmente fragilizada, na medida em que o desequilíbrio das partes também se opera no plano coletivo.

E quanto à submissão do conflito a uma nova tentativa conciliatória, acredita-se que tal fato não implicará no aumento expressivo de processos sob o crivo judicial. Tratar-se-á, pelo contrário, de uma decisão mais próxima da coletividade, porquanto leva-se o amadurecimento do litígio, derivado do *iter* processual, ao crivo judicial.

Portanto, somente com uma leitura real e não simplesmente formal das partes do conflito coletivo, as quais são essencialmente opostas, a exigência do "comum acordo" não representará negativa de acesso à justiça sob o prisma substancial, pois a mera neutralidade do Estado, nesse aspecto, tem colocado a classe profissional em desvantagem frente ao capital.

Nesta linha, segue o quadro explicativo abaixo com possíveis soluções dos impasses decorrentes da inexistência de consenso ou recusa imotivada:



Entende-se, por fim, que a presença do suscitado "comum acordo" é elemento apto à exclusão de eventual concepção autoritária do processo, uma vez que o consenso desenraiza a ideia de ingerência estatal obrigatória, legitimando, por conseguinte, a tutela judicial.

De outro modo, a recusa injustificada, assim a como a prática de condutas antissindicais e de atos de má-fé também legitimam o poder normativo da Justiça do Trabalho, que poderá atuar estabelecendo normas e condições de trabalho, inclusive nos casos de omissão inconstitucional, consoante defendido no Capítulo 3, pois *"a verdadeira paz não é apenas a ausência de tensão, mas a presença de justiça."*⁴¹²

Por fim, por entender que a postura do TST no sentido de limitar o poder normativo da Justiça do Trabalho e obstruir o acesso à justiça representa transgressão à efetividade dos direitos sociais, defende-se a sua manutenção (desta peculiar atribuição) no ordenamento jurídico interno, desde que se opere de forma subsidiária e busque a implementação dos direitos trabalhistas, sendo, pois, um importante instrumento de justiça social.

⁴¹² *"True peace is not merely the abstinence of tension, it is the presence of justice."* Frase dita por Martin Luther King Jr - ativista norte-americano em defesa da desigualdade racial e dos direitos sociais.

CONCLUSÃO

Partindo-se da premissa de que a norma constitucional (art.8º, II, da CRFB/1988) que cuida da unicidade sindical, ao prever a proibição de formação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, na mesma base territorial, representa limitação à liberdade de associação, restrição esta que se dá tanto na seara individual quanto coletiva, pois importa em vulneração à própria dignidade enquanto direito fundamental de livre organização, manifestação e pensamento, conclui-se que:

1. O modelo da unicidade sindical - sufragado pelo ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1937 - tem contribuído para a ausência de afinidade entre os associados, a constituição de sindicatos de "fachada"⁴¹³, discórdia pelo poder e direção da entidade e, conseqüentemente, o enfraquecimento da organização, com interferência direta sobre as relações coletivas de trabalho, na medida em que lhe é ínsita a ideologia corporativista do período fascista. Assentou-se, portanto, no Capítulo 1 que a unicidade sindical não se amolda ao conceito de liberdade negativa delimitado por Ronald Dworkin, pois a presença obrigatória de sindicato único em determinada base territorial permite que antinomias assim como diferenças éticas e ideológicas sejam ignoradas, desprezando-se o direito à liberdade negativa.

2. De outro modo, constatou-se que a negociação coletiva prévia ao ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica é indispensável para a consecução de resultados legítimos, uma vez que permeia a redução da complexidade social através de uma atuação contrafactual, porquanto o diálogo direto e habitual traz legitimidade ao ajuste, reduz a complexidade social, além de atender aos anseios democráticos e as expectativas dos parceiros sociais, devendo, por isso, ser incentivada. Não obstante se reconheça que negociações coletivas proveitosas do ponto de vista social dependam de uma efetiva autonomia coletiva, a qual não pode ser imposta, mas sim conquistada.

3. De todo modo, viu-se que não há como se impor a celebração do ajuste coletivo, mesmo porque o Direito Social não define uma ordem em que, apesar das diferenças, o consenso possa ser alcançado, pelo contrário, ele chega à dissolução desta ideia,

⁴¹³ Expressão utilizada por Ricardo José Macedo de Britto Pereira (In: PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Novas Perspectivas do Direito Coletivo do Trabalho no Brasil*. Estudos Aprofundados. MPT. Organizadores: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. Editora Juspodivm. 2. ed. 2013).

pois pretende ser um instrumento de intervenção, que é servir para compensar e corrigir as desigualdades, para restaurar equilíbrios ameaçados.⁴¹⁴

4. Nesse contexto, demonstrou-se relevante a análise da jurisprudência do TST a respeito do poder normativo da Justiça do Trabalho e seu impacto sobre a efetividade dos direitos trabalhistas. Sob este enfoque, verificou-se que a Justiça do Trabalho (TST) remete, sempre que possível, os atores sociais à negociação coletiva, de caráter obrigatório e prévio ao ajuizamento do dissídio e com o objetivo comum: o consenso, uma vez que após a EC n.º 45 de 2004 foi dada à negociação coletiva contundente primazia, muito embora a função normativa da justiça laboral esteja assentada num cenário deficitário de representatividade sindical, como demonstrado no capítulo 1 do presente trabalho.

5. A respeito da compreensão do posicionamento do TST acerca da nova redação do art.114, §2º, da CRFB/88, alterado pela EC n.º 45 de 2004, fincou-se o juízo no sentido de que há verdadeiro obstáculo de acesso à justiça sob o prisma substancial. Dentre as limitações interpretativas, propugnadas por aquele Tribunal, pode-se citar: a) a suscitada exigência de "comum acordo" para o ajuizamento do dissídio coletivo; b) e a reformulação do poder normativo da Justiça do Trabalho. A primeira por exigir o consentimento, ao menos tácito, da parte contrária para instauração do dissídio coletivo de natureza econômica. A segunda por restringir o poder normativo do Poder Judiciário, garantindo-se apenas o mínimo, a despeito da presença de consenso para manejo do conflito, sem que sequer tenha havido modificação clara e precisa a respeito do alcance do poder normativo pela EC n.º 45 de 2004.⁴¹⁵

6. Nesse panorama, com o fito de responder ao problema apresentado, utilizou-se da técnica de análise de conteúdo por meio da seleção de acórdãos do site do TST, prolatados durante o seguinte período: de fevereiro a outubro do ano de 2014; decorrentes de processos julgados pela Seção Especializada em Dissídios Coletivo (SDC) e originários dos Tribunais Regionais do Trabalho via Recurso Ordinário, atualmente com Recurso Extraordinário pendente, sobrestado ou inadmitido.

⁴¹⁴ EWALD, François. *A Concept of Social Law*. p.46.

⁴¹⁵ Houve, essencialmente, a inserção do referido "mútuo acordo" e a substituição do estabelecimento de "normas e condições" de trabalho pela seguinte expressão: "decidir o conflito".

7. Com efeito, por meio da técnica de análise de conteúdo constatou-se que a Justiça do Trabalho, através do TST e em alguns poucos casos, estipula condições de trabalho com o fito de apaziguar o conflito (consoante se infere do GRUPO 3) e noutros (GRUPO 1 e 2) permanece inerte ao argumento de possível violação ao princípio da reserva legal e prevalência da autonomia negocial coletiva, quando então olvida-se da sua competência judicial para o controle constitucional das omissões legislativas e efetividade dos direitos sociais.

8. Com isso, entendeu-se que a opção do TST pela corrente contratualista tem contribuído para inefetividade de direitos trabalhistas, pois, dos 16 (dezesesseis) processo examinados, 11 (onze) foram extintos sem resolução do mérito, em detrimento dos interesses da classe profissional, a despeito da interposição de Recurso Extraordinário pelo sindicato operário ao fundamento de afronta ao art.114, §2º c/c art. 5º, XXXVI, ambos da CRFB/88. Isto representa 68,75% de chances de perda para a classe profissional em ações judiciais dessa natureza.

9. Verificou-se, de todo modo, a presença de um efeito reflexo acerca da posição assumida pelo TST sobre a nova redação do art.114, §2º, da CRFB/88, qual seja: o descrédito da entidade de representação dos trabalhadores perante à organização patronal, além do aumento do número de paralisações, uma vez que, se não há consenso, a greve é o único fato social capaz de conceber a via judicial.

10. Sustentou-se que a presença do suscitado "comum acordo" é elemento apto à exclusão de eventual concepção autoritária e corporativista do processo, uma vez que o consenso ameniza a ideia de ingerência estatal obrigatória, legitimando, por conseguinte, a tutela judicial.

11. Portanto, apontou-se dois critérios relevantes para aferição da necessidade (ou não) de permanência desta peculiar atribuição normativa conferida pela Constituição de 1988 à Justiça do Trabalho, quais sejam: pertinência e legitimidade.

12. Enfatizou-se que a exigência do consenso para instauração da instância legítima a atuação do poder normativo. De outro modo, a recusa injustificada, assim a como a prática de condutas antissindicais e de atos de má-fé também legitimam o poder normativo da Justiça do Trabalho, que poderá atuar estabelecendo normas e condições de trabalho, inclusive nos casos de omissão inconstitucional.

13. Sobre a pertinência do poder normativo juslaboral no Brasil, constatou-se que a sua presença no ordenamento jurídico interno pode contribuir para a efetivação dos direitos sociais, restaurando o equilíbrio ameaçado em razão da sobreposição natural do capital, pois a mera coalizão de trabalhadores não é fator satisfatório para a estabilização do poder entre partes essencialmente desiguais. Logo, tal atribuição deve perseverar.

14. Noutro prisma, assentou-se que a sua legitimidade decorre do texto constitucional, que o institui sem traçar balizas precisas a respeito da sua dimensão e alcance. Ao final, demonstrou-se que a sua utilização como instrumento de efetivação dos direitos sociais representa a vontade da Constituição, que optou pela repartição de riquezas como compromisso do próprio Estado brasileiro.

15. De todo modo, propôs-se, *de lege ferenda*, nos casos de extinção sem julgamento do mérito, a obrigatoriedade de nova negociação coletiva, a ser realizada em prazo pré-determinado e definido em legislação específica, quando então a sua recusa deverá ser justificada, sob pena da possibilidade de ajuizamento de novo dissídio coletivo, legitimando-se, destarte, o exercício supletivo do poder normativo, que não sucumbirá mais ao "mútuo acordo". Leva-se, assim, o amadurecimento do litígio, derivado do *iter* processual, ao crivo judicial.

REFERÊNCIAS

Emprego, desenvolvimento humano e trabalho decente: a experiência brasileira recente. Brasília: CEPAL/ PNUD/OIT, 2008) Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/pub/emprego_desenvolvimento_299.pdf. Acesso em: 01 de Dezembro de 2014.

Estudos e Pesquisas. Balanço das Negociações dos Reajustes Salariais do 1º Semestre de 2014. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/balancodosreajustes/2014/estPesq73balReajustes1sem2014.pdf>. Acessado em: 27 de Novembro de 2014.

Estudos da Fundação Perseu Abramo - Partidos dos Trabalhadores apontam nesse sentido. Vide a publicação FPA Comunica 3. Densidade Sindical e recomposição da classe trabalhadora no Brasil, São Paulo, Julho de 2013.

Perfil do Trabalho Decente no Brasil. Um olhar sobre as Unidades da Federação. OIT. Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/relatoriotrabalhodecentetotal_876.pdf.

AROUCA, José Carlos. *Organização Sindical no Brasil. Passado - Presente - Futuro (?)*. São Paulo: LTr, 2013.

ASSE, Vilja Marques. *Princípio da Adequação Setorial Negociada: O surgimento de um novo princípio na história da justiça laboral. In: Direito Coletivo Moderno. da LACP e do CPC ao direito de negociação coletiva no setor público.* Coordenador: Enoque Ribeiro dos Santos. São Paulo: LTr, 2006.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo.* Tradução Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho.* 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira.* 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).* In: A constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Editora *Lumen Juris*: Rio de Janeiro, 2007.

BATISTA, Francisco J; VILLAVARDE, Ignacio; REQUEJO, Paloma; PRESNO, Miguel Angel; ALÁEZ, Benito; SARASOLA, Ignacio F. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978.* Madri: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A), 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do direito.* São Paulo: Martins Fontes. 3. ed. 2010.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAPELLLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Tradução e Notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Fabris, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- CASELAS, José Maria Santana. *A utopia possível de Enrique Dussel: a arquitetônica da ética da Libertação*. Cadernos de Ética e Filosofia Política 15, 2/2009.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.
- COSTA, Walney Quadros. *Sindicalismo e formação da cidadania na Itália e no Brasil: Análise Comparativa e Propostas*. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125416/Rev21Art13.pdf/8295ab07-db79-4cf1-be1e-88a8820826f0>. Acesso em: 06 de Janeiro de 2015.
- DA CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Editora Juspodivm, 2008.
- DA FONSECA, Fábio Prates. *A Contratação Coletiva no Direito do Trabalho Italiano*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n.33, 2008, p.202-203. Disponível em: http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125445/Rev33_art8.pdf/9bc95ec4-fc74-4dcc-bb4f-0d7df539d12b. Acesso em: 10.11.2014.
- DA SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.
- DA SILVA, Walküre Lopes. *Autonomia Privada Coletiva*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.102, p.135-159, jan./dez. 2007.
- DE ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes. *Direito do Trabalho e Pós-Modernidade*. São Paulo: LTr, 2005.
- DE BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. *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*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Mandado de Injunção: suas finalidades, efeitos da decisão concessiva e coisa julgada, partes e procedimento*. In: Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação/organizadores: Gilmar Ferreira Mendes, André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DE OLIVEIRA, Fabiana Luci; DA SILVA, Virgínia Ferreira. *Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação*. Sociologias, Porto Alegre, ano 7, n. 13, jan/jun 2005.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2013.

- DELGADO, Maurício Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DE MENEZES, Cláudio Armando Couce. *A Súmula 277 do c. TST e a "Ultratatividade" das Cláusulas Coletivas de Trabalho (Desvendando Mentalidades)*. São Paulo: Revista LTr. 78-04, Abril de 2014.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2007.
- DOS SANTOS, Enoque Ribeiro. *Dissídio Coletivo de Trabalho*. MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. (Organizadores). Estudos Aprofundados. MPT. Editora Juspodivm. 2. ed. 2013.
- DOS SANTOS, Enoque Ribeiro; FARINA, Bernardo Cunha. *A inevitabilidade da negociação coletiva no setor público*. Revista LTr.77-06. Junho de 2013.
- DOS SANTOS, Ronaldo Lima. *Sindicatos e Ações Coletivas - Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- DOS SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das Normas Coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- DOS SANTOS, Ronaldo Lima. *Sindicalismo no Brasil: Do Corporativismo ao Neocorporativismo - A questão das Centrais Sindicais*. São Paulo: Revista LTr.77-11, Novembro de 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.
- EWALD, François. *A Concept of Social Law*. In: TEUBNER, Gunther. *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin/New York: Gruyter, 1985, p. 40-75
- FERRARI, Caroline Ferreira. *A negociação coletiva como pressuposto da dispensa em massa de trabalhadores: uma perspectiva luhmanniana do procedimento como mecanismo de legitimidade e controle*. Revista Trabalhista Direito e Processo. Ano 13. n. 50. São Paulo: LTr, Dezembro, 2014.
- FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e Juspositivismo: A exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos: Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GALANTINO, Luisa. *Direito ao Trabalho e Direito do Trabalho no Modelo Comunitário*. (In: Mannrich, Nelson (Coordenador). *Reforma do mercado de trabalho: a experiência italiana*. São Paulo: LTr, 2010.
- GINO, Giugni. *Direito Sindical*. Com colaboração de Pietro Curzio e Mario Giovanni. Tradução e notas de Eiko Lúcia Itioka. São Paulo: LTr, 1991.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Globalização, Neoliberalismo e Direito no Brasil*. Londrina. Ed. Humanidades, 2004.
- GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. Revista de Direito de Estado. Ano 1, n.4, out/dez, 2006.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Modernidade do Direito Processual brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito. USP. v.88.1993, p.283. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/issue/view/5421>. Acesso em: 16 de Dezembro de 2014.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HONNET, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.
- ICHINO, Pietro. *Il Percorso Tortuoso del Diritto del Lavoro tra Emancipazione dal Diritto Civile e Ritorno al Diritto Civile*. Relazione di Pietro Ichino al convegno dell'Associazione dei Civilisti Italiani su Il diritto civile e "gli altri" Università "la Sapienza" di Roma - 2 dicembre 2011. Disponível em: archivio.pietroichino.it/attachment.asp?IDArticle... Acesso em: 03 de Novembro de 2014.
- ICHINO, Pietro. *L'enigma del Tracollo del Contrattualismo CISL negli Anni Sessanta*. In: Diritti e Lavoro nell'Italia Repubblicana. Materiali dall'incontro di Studio. Ferrara, 24 Ottobre 2008. Milano: Giuffrè Editore. (Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/085/volume.pdf>).
- KANT DE LIMA, Roberto; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *O desafio de realizar pesquisa empírica no Direito: uma contribuição antropológica*. Trabalho apresentado no 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, Recife, 2010.
- KAUFMANN, Marcos de Oliveira. *Da Formal Representação à Efetiva Representatividade Sindical. Problemas e Sugestões em Modelo de Unicidade*. Rev. TST, Brasília, vol. 76, n.2, abr/jun, 2010.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes. 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes. 8. ed. 2009.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10. ed. LTr, 2012.
- LINHARES, José Manuel Aroso; SILVESTRE, Ana Caroline de Faria. *A necessidade de (re)Pensar a Realização do Direito em Tempos de Protagonismo Judicial - Um percurso Possível em Busca de uma Reflexão Refundadora de um Novo Sentido*. Sequência, n. 63, p.213-234, dez, 2011.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1983.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1985.
- LUHMANN, Niklas. *I Diritti Fondamentali come istituzione*. Trad. p. Italiano Stefano Magnolo. Bari: Dedalo, 2002.

- MACHADO, José Pedro. *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*. v.II. Lisboa: Confluência, 1959.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Ed. Saraiva. 2012.
- MARTINEZ, Luciano. *Condutas Antissindicais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado – A operatividade da boa-fé no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000.
- MARTINS FILHO, Ivis Gandra. *Manual de Direito e Processo do Trabalho*. 19. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-Filosóficos*. São Paulo: Editorial Boitempo, 2004.
- MASSONI, Túlio de Oliveira. *O Lugar do Sindicalismo no Novo Direito do Trabalho: A Ação Sindical para além da Fábrica*. MANNRICH, Nelson (Coordenador). *Reforma do mercado de trabalho: a experiência italiana*. São Paulo: LTr, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4. ed. Saraiva, 2012.
- Mini Aurélio. *O Dicionário da Língua Portuguesa*. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. Coordenação de edição Marina Baird Ferreira. 8. ed. revista, atualizada e ampliada. Curitiba: Positivo, 2012.
- MINOLFI, Federica. *La Contrattazione Collettiva Aziendale in Europa*. Law. Universit_e d'Avignon; Universit_a degli studi G. D'Annunzio (Chieti, Italie), 2013. Italian. <NNT : 2013AVIG2034>. <tel-00980975> Disponível em: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00980975/document>. Acesso em: 10.11.2014.
- MOTORO FILHO, André Franco. *O problema das fontes do Direito: fontes formais e materiais: perspectiva filosófica, sociológica e jurídica*. Revista de informação legislativa, v. 8, n. 32, p. 7-12, out./dez. 1971, p.9. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180464/000340719.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13.11.2014.
- MOUFFE, Chantal. *La paradoja democrática*. Barcelona: Gedisa. 2003.
- NAPOLI, Mario. *I Paradigmi del Diritto del Lavoro*. In: *Diritti e Lavoro nell'Italia Repubblicana*. Materiali dall'incontro di Studio. Ferrara, 24 Ottobre 2008. Milano: Giuffrè Editore, p.274-276. Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/085/volume.pdf>. Acesso em: 10 de Novembro de 2014.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASSONI, Túlio de Oliveira. *O Aviso Prévio Proporcional*. Revista LTr. 76-01/7. Vol.76, n.01, Janeiro de 2012.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 1. ed., 2010.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA FILHO, Cláudio Dias. *Pluralidade sindical e democracia*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2013.

PEDREIRA, Pinho. *Um novo critério de aplicação do Direito do Trabalho: A parassubordinação*. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_abril2005/convidados/com_3.doc>. Acesso em: 5 jan. 2006.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Novas Perspectivas do Direito Coletivo do Trabalho no Brasil*. Estudos Aprofundados. MPT. Organizadores: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. Editora Juspodivm. 2. ed. 2013.

PEREIRA, Ricardo José de Macêdo. *A Nova Súmula N.277 do Tribunal Superior do Trabalho - Reflexos na Negociação Coletiva e no Poder Normativo da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr. 77-04, Abril de 2013.

PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. *Súmulas do TST Comentadas*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2012.

Programa Nacional de Direito Humanos (PNDH-3)/Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República - ver. e atual. - Brasília: SDH/PR, 2010.

RICOEUR, Paul. *Caminos del Reconocimiento – Tres Estudios*. Trad. Augustin Neira. México: FCE, 2006.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1979.

ROMITA, Arion Sayão. *O Poder Normativo da Justiça do Trabalho. Reajustamentos Salariais*. Revista de Direito Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro. Volume 24., p.81 (In: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1083374/DLFE-53720.pdf>/REVISTA2480.pdf

SANCHIS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Coordenador Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Editora Vozes Ltda, 2012.

SCHMITT, Carl. *O Guardiã da Constituição*. Tradutor Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

SCHMITZ, Fernanda Maria Francischini; GANEM, Luciane Ricci. *Sindicatos: uma verificação histórica da liberdade sindical no mundo e na Itália*. Mannrich, Nelson (Coordenador). Reforma do mercado de trabalho: a experiência italiana. São Paulo: LTr, 2010.

SCIARRA, Silvana. *Diritti e Lavoro nell'Italia Repubblicana*. In: *Diritti e Lavoro nell'Italia Repubblicana*. Materiali dall'incontro di Studio. Ferrara, 24 Ottobre 2008. Milano: Giuffrè Editore. Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/085/volume.pdf>. Acesso em: 01 de Dezembro de 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo, et. al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005,.

URIARTE, Oscar Ermida; ALVAREZ, Oscar Hernández. *Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación*. Revista de Direito do Trabalho, v.27, n.103, p.201-217, jul/set, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

VILLEGAS, Mauricio García; RODRIGUEZ, César A. *Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos*. (In: www.idp.edu.br/.../536-villegas-mauricio-garcia).

XIMENES, Júlia Maurmann. *A judicialização da política e a democracia – o papel do campo jurídico*. RIDB, Ano 1 (2012), nº 11.

XIMENES, Julia Maurmann. *Levantamento de dados na pesquisa em Direito – a técnica da análise de conteúdo*. Trabalho apresentado no XX Congresso Nacional do CONPEDI. Vitória, nov. 2011. Disponível em: www.idp.edu.br/component/docman/doc_download/145-. Acesso em: 05 de janeiro de 2014.

XIMENES, Júlia Maurmann; BARROS, Janete Ricken. *O Marco Teórico – articulando as categorias teóricas em uma pesquisa jurídica*. Artigo apresentado no XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em João Pessoa. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a9eb2f1f1004fced>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2015.