



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Paulo Américo Maia de Vasconcelos Filho

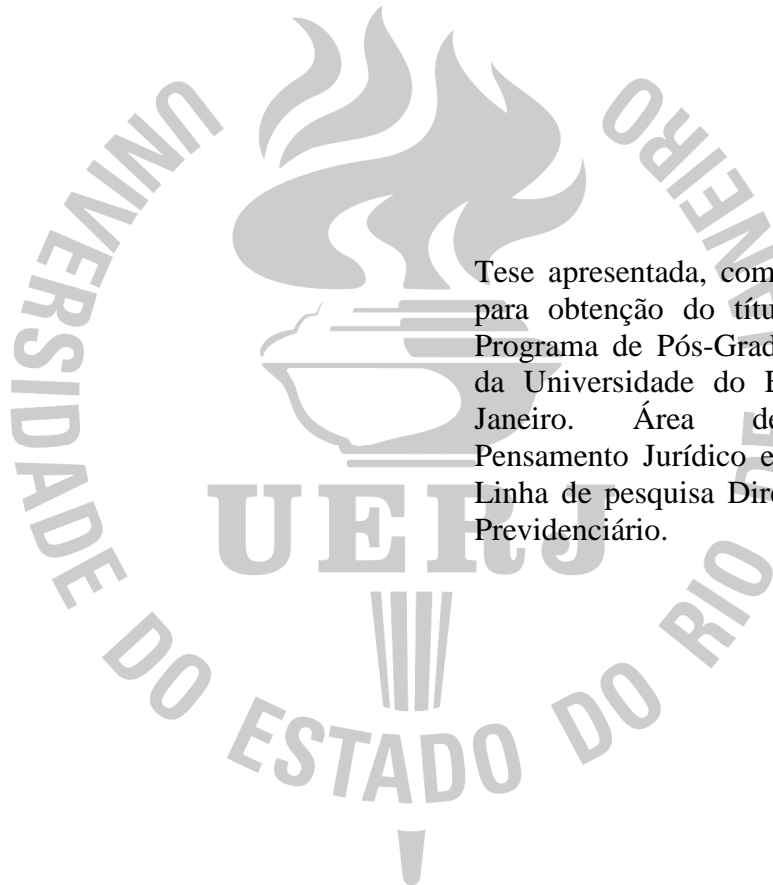
Negociação coletiva, transnacionalização e procedimentalidade

Rio de Janeiro

2017

Paulo Américo Maia de Vasconcelos Filho

Negociação coletiva, transnacionalização e procedimentalidade



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de pesquisa Direito do Trabalho e Previdenciário.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Henrique Von Adamovich

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

V331 Vasconcelos Filho, Paulo Américo Maia de.

Negociação coletiva, transnacionalização e procedimentalidade / Paulo Américo Maia de Vasconcelos Filho. - 2017.

265 f.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Henrique Von Adamovich.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito do trabalho - Teses. 2. Negociação coletiva de trabalho –Teses. 3. Convenção coletiva de trabalho– Teses. I. Adamovich, Eduardo Henrique Von. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 349.2

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Paulo Américo Maia de Vasconcelos Filho

Negociação coletiva, transnacionalização e procedimentalidade

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de pesquisa: Direito do Trabalho e Previdenciário.

Aprovada em 22 de dezembro de 2017.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Eduardo Henrique Von Adamovich (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Ivan Simões Garcia
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst
Universidade Federal da Paraíba

Prof. Dr. Roberto Norris
Universidade Cândido Mendes

Rio de Janeiro

2017

AGRADECIMENTOS

De tudo quanto foi essencial à conclusão deste trabalho, nada teria sido feito sem o apoio das pessoas às quais apresento os meus sinceros agradecimentos.

Aos meus pais, pelo aprendizado que tornou possível a minha formação pessoal e acadêmica. Em especial à memória da minha mãe, que tanto me ajudou nas traduções do francês, mas que o destino fez com que não esteja mais conosco neste momento da conclusão do trabalho.

Às minhas filhas e netas, das quais a generosidade e criatividade são minhas fontes de reflexão.

Aos meus companheiros de judicatura do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região e de magistério da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba, em especial do Departamento de Direito Processual, pela compreensão, confiança e estímulo, sem os quais não teria como desenvolver esta pesquisa.

Ao Professor Doutor Eduardo Von Adamovich, jurista completo, orientador atento e incansável, pelo acolhimento e acompanhamento, desde o primeiro momento, das ideias que se transformaram na tese.

Aos Professores Eduardo Von Adamovich, Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Ivan Simões Garcia, José Gabriel Lopes Pires Assis Almeida e Maurício Jorge Pereira da Mota. Nas pessoas deles, agradeço a oportunidade do convívio no ambiente acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, desde o mestrado e agora no doutorado, fator determinante na formação de qualquer aluno de pós-graduação.

A Mariana Tavares, Glauco Campos, Albanete Sousa e Isabela Maia, firmes na retaguarda, agradeço o apoio que recebi. Sem eles, nada teria sido possível.

RESUMO

VASCONCELOS FILHO, Paulo Américo Maia de. *Negociação coletiva, transnacionalização e procedimentalidade*. 2017. 265 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho e Previdenciário) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

O trabalho, que se situa na área de concentração Pensamento Jurídico e Relações Sociais e na linha de pesquisa Direito do Trabalho e Previdenciário, apresenta uma teoria geral da negociação coletiva, enquanto processo estruturado e mediado de autoprodução normativa e de autocomposição dos conflitos coletivos do trabalho, bem como da convenção coletiva como seu instrumento, com ênfase na autonomia privada coletiva e seus limites. Aponta a revolução tecnológica e a nova morfologia do trabalho como causas da crise da representatividade sindical, propondo uma negociação direta, por empresa, tanto no âmbito interno (subsidiária à sindical), quanto externo, em razão das dificuldades da sindicalização internacional. Teoriza os princípios da negociação e sustenta que esta é instituída, como um sistema de processos, em dois planos distintos: um, pela criação normativa e instituição de obrigações (o processo negocial); outro, pelos efeitos advindos do seu objeto (convenção ou acordo), que instituem vínculos jurídicos vários, os quais se projetam, também processualmente, como “ordem em cooperação”. Em seguida, trata da tipologia da convenção coletiva lato sensu, sua natureza e classificação das suas cláusulas, enfatizando o seu conteúdo prevalente, o normativo, para estabelecer critérios do controle da sua legalidade, seja no contexto do próprio processo negocial, por meio das técnicas da mediação e do conglobamento, seja após concluída a negociação, do conteúdo eficaz do seu objeto, a partir da intervenção judicial mínima na autonomia de vontade dos sujeitos estipulantes, desde que respeitado um núcleo mínimo indisponível de direitos dos trabalhadores. Constituída a base do estudo, aborda o aspecto fenomenológico da internacionalização dos métodos de produção guiada pela tecnologia, os acordos marco globais, a dimensão transnacional da negociação coletiva como fonte do direito do trabalho, contextualizando-a no Mercosul e a sua recepção na ordem jurídica brasileira. A partir daí, adota um enfoque comparativo entre, de um lado, a ilegitimidade das fontes estatais de produção normativa e a heterocomposição, e, de outro, a legitimidade da autoprodução normativa e a autocomposição, para propor a negociação coletiva como instrumento viabilizador do procedimento mediado, discursivo, racional, dialético, dialógico, circular e horizontalizado, como expressão de validade na criação do direito do trabalho em democracia participativa, alçado a método autocompositivo de solução dos conflitos coletivos, a partir do acoplamento estrutural entre a dignidade da pessoa humana do trabalhador e os interesses empresariais.

Palavras-chave: Direito Coletivo do Trabalho. Negociação Coletiva. Transnacionalização. Procedimentalidade.

ABSTRACT

VASCONCELOS FILHO, Paulo Américo Maia de. *Collective bargaining, transnationalization and proceduralism*. 2017. 265 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho e Previdenciário) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

This essay, concentrated on the area of Legal Thought and Social Relations and in the research line of Labor and Social Security law, presents a general theory of collective bargaining, as a structured and mediated process of normative self-production and self-composition of collective labor conflicts, as well as of collective agreement as its instrument, with an emphasis on collective private autonomy and its limits. It points out the technological revolution and the new morphology of labor as causes of the trade union representation crisis, proposing a direct bargaining, by company, both internally (subsidiary to trade union), as well as externally, due to the difficulties of international unionization. It theorizes the principles of bargaining and maintains that it is instituted, as a system of processes, at two distinct levels: one, by the regulatory establishment and institution of obligations: the bargaining process; the other, by the effects arising from its object (convention or agreement), which establish various legal obligations, which are also designed as a “cooperative order”. Next, it deals with the typology of the *lato sensu* collective agreement, its nature and clauses’ classifications, emphasizing its prevalent content: The norms, to establish criteria of review of their legality, either in the context of the bargaining process itself, through the techniques of mediation and comparison of collective bargaining agreements (“conglobamento”), or after the same, the effective content of their object, from the minimum judicial intervention in autonomy of willing subjects, provided that a minimum core of worker’s rights is respected. As the base of the study, it addresses the phenomenological aspect of the internationalization of legislation methods guided by technology, global framework agreements, the transnational dimension of collective bargaining as a source of labor law, framing it in the context of Mercosur and its reception in the Brazilian legal system. From there, it adopts a comparative approach between, on the one hand, the illegitimacy of state sources of legislation and heterocomposition: and, on the other, the legitimacy of normative self-production and self-composition, to propose collective bargaining as a viable instrument of mediated, discursive, rational, dialectical, dialogical, circular and horizontalized procedure as an expression of validity in the creation of the right to work in participatory democracy, elevated to self-regulation of solution of the collective conflicts from the structural coupling between the dignity of the individual worker and the corporate interests

Keywords: Collective Labor Law. Collective bargaining. Transnationalization. Proceduralism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|----------|--|
| AA | Ação Anulatória |
| Ac. | Acórdão |
| ADAG | Ação Declaratória de Abusividade de Greve |
| ADI | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| ACP | Ação Civil Pública |
| AI | Agravo de Instrumento |
| AMATRA | Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho |
| ANAMATRA | Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho |
| CC | Código Civil |
| CC | Conflito de Competência |
| CDC | Código de Defesa do Consumidor |
| CF | Constituição Federal |
| CLT | Consolidação das Leis do Trabalho |
| CONAMAT | Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho |
| CONAMP | Conselho Nacional do Ministério Público |
| CPC | Código de Processo Civil |
| CUT | Central Única dos Trabalhadores |
| DC | Dissídio Coletivo |
| DJ | Diário da Justiça |
| DJU | Diário da Justiça da União |
| DJE | Diário da Justiça Eletrônico |
| EC | Emenda Constitucional |
| ED | Embargos de Declaração |
| EI | Embargos Infringentes |
| FEBEM | Fundação do Bem Estar do Menor |
| IPC | Índices de Preços ao Consumidor |
| LACP | Lei da Ação Civil Pública |
| LAP | Lei da Ação Popular |
| MC | Medida Cautelar |
| MP | Ministério Público |
| MPT | Ministério Público do Trabalho |

| | |
|--------|--|
| OIT | Organização Internacional do Trabalho |
| OJ | Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho |
| ONU | Organização das Nações Unidas |
| PEC | Proposta de Emenda à Constituição |
| RC | Recurso Crime |
| RE | Recurso Extraordinário |
| REsp | Recurso Especial |
| RI | Regimento Interno |
| RITST | Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho |
| RO | Recurso Ordinário |
| ROAA | Recurso Ordinário em Ação Anulatória |
| RODC | Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo |
| RR | Recurso Revista |
| RXOF | Remessa <i>Ex Officio</i> em Recurso Ordinário |
| SDC | Seção Especializada em Dissídios Coletivos |
| SBDI-1 | Seção especializada em Dissídios Individuais – Subseção 1 do Tribunal Superior do Trabalho |
| SBDI-2 | Seção Especializada em Dissídios Individuais – Subseção 2 do Tribunal Superior do Trabalho |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| TJPB | Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba |
| TRT | Tribunal Regional do Trabalho |
| TST | Tribunal Superior do Trabalho |
| URP | Unidade de Referência de Preços |
| UERJ | Universidade do Estado do Rio de Janeiro |
| ZPO | Código de Processo Civil da Alemanha |

SUMÁRIO

| | | |
|-------|--|----|
| | INTRODUÇÃO | 11 |
| 1 | NEGOCIAÇÃO COLETIVA | 19 |
| 1.1 | Terminologia | 19 |
| 1.2 | Acepções | 20 |
| 1.3 | Conceito | 21 |
| 1.4 | Natureza | 23 |
| 1.5 | Autonomia privada coletiva e seus limites | 24 |
| 1.6 | Níveis | 37 |
| 2 | ESTRUTURA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA: SUJEITOS | 40 |
| 2.1 | Aspectos da nova morfologia do trabalho | 40 |
| 2.1.1 | A precarização estruturante do trabalho | 42 |
| 2.1.2 | A imaterialidade do trabalho complexo..... | 45 |
| 2.2 | Sujeitos “estipulantes” da negociação coletiva | 47 |
| 2.2.1 | A crise da representatividade e a desconstrução do “mito” da unicidade sindical...49 | |
| 2.2.2 | A perda da essencialidade e a subjetividade do trabalho..... | 49 |
| 2.2.3 | O trabalho material, o imaterial e a crise de representatividade (profissional) coletiva | 51 |
| 2.2.4 | A fragmentação sindical pela desterritorialização..... | 52 |
| 2.2.5 | A fragmentação sindical pela (maior) especificação | 56 |
| 2.2.6 | O sistema confederativo e a (não) representação por profissão | 59 |
| 2.2.7 | A “fricção” entre o sistema confederativo e as centrais sindicais | 60 |
| 2.3 | A negociação direta | 62 |
| 3 | IDEOLOGIA E NEGOCIAÇÃO COLETIVA | 71 |
| 3.1 | Ideologia e ação sindical | 72 |
| 3.1.1 | Concepções ideológicas do sindicalismo | 73 |
| 3.1.2 | Ideologia e ação sindical no Brasil | 74 |
| 3.2 | (Des)ideologizando a negociação coletiva | 77 |
| 3.3 | Princípios (ideológicos) e garantias da negociação coletiva | 85 |
| 3.3.1 | A boa-fé (objetiva): princípio geral | 87 |
| 3.3.2 | O contraditório..... | 90 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 3.3.3 | A cooperação | 91 |
| 3.3.4 | O devido processo negocial | 93 |
| 3.3.5 | A intervenção mínima na autonomia privada coletiva | 96 |
| 4 | OBJETO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA | 99 |
| 4.1 | Terminologia e conceito: convenção, contrato, acordo, pacto e acordos marco | 99 |
| 4.1.1 | Contrato ou convenção coletiva | 100 |
| 4.1.2 | Convenção e acordo coletivo | 101 |
| 4.1.3 | Pacto e acordo marco | 102 |
| 4.2 | Procedimento versus instrumento | 104 |
| 5 | TIPOLOGIA DAS CONVENÇÕES COLETIVAS | 109 |
| 5.1 | Fatos jurídicos, atos jurídicos e negócios jurídicos | 109 |
| 5.2 | Ato jurídico e ato jurídico-normativo | 112 |
| 5.3 | Natureza | 115 |
| 5.4 | Conteúdo: cláusulas | 118 |
| 5.4.1 | Obrigacionais | 119 |
| 5.4.2 | Normativas ou manipulativas | 121 |
| 5.4.2.1 | Aditivas | 124 |
| 5.4.2.2 | Substitutivas | 124 |
| 5.4.2.2.1 | Derrogatórias | 125 |
| 5.5 | Efeitos | 126 |
| 5.5.1 | Dimensão subjetiva | 127 |
| 5.5.2 | Dimensão objetiva | 130 |
| 5.5.2.1 | Territorial | 130 |
| 5.5.2.2 | Temporal | 131 |
| 6 | O CONTROLE DE LEGALIDADE DAS CONVENÇÕES COLETIVAS | 134 |
| 6.1 | Teorias interpretativas | 135 |
| 6.1.1 | A acumulação, tomista ou atomista | 135 |
| 6.1.2 | O conglobamento ou conjunto | 137 |
| 6.1.3 | O conglobamento mitigado, orgânico ou por instituto | 140 |
| 6.1.4 | A especificidade | 142 |
| 6.2 | Técnica de controle: a mediação | 143 |
| 6.3 | A (des)judicialização: intervenção mínima na autonomia privada coletiva ... | 150 |
| 7 | A NEGOCIAÇÃO COLETIVA TRANSNACIONAL | 162 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 7.1 | A globalização | 162 |
| 7.2 | A dimensão transnacional da negociação coletiva como fonte do direito do trabalho | 164 |
| 7.3 | Os acordos marco globais (<i>international framework agreement</i>) | 166 |
| 7.4 | A transnacionalidade no Mercosul | 171 |
| 7.4.1 | A ausência da legislação supranacional..... | 171 |
| 7.4.2 | A posição das empresas | 173 |
| 7.4.2.1 | Estratégia de trabalho | 173 |
| 7.4.2.2 | A (ausência de) estratégia para a associação | 175 |
| 7.4.3 | A posição dos trabalhadores | 176 |
| 7.4.3.1 | A (inadequada e) extralegal representação coletiva em atuação | 177 |
| 7.4.3.2 | As iniciativas dos trabalhadores para o diálogo com as empresas | 178 |
| 7.4.4 | Rumo à efetivação da negociação coletiva regional no cone sul | 180 |
| 7.5 | A convenção coletiva transnacional e seu enquadramento na ordem jurídica nacional | 184 |
| 8 | A NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO FONTE (DEMOCRÁTICA) DE AUTOPRODUÇÃO NORMATIVA | 187 |
| 8.1 | As fontes estatais do direito e a (i)legitimidade normativa | 188 |
| 8.1.1 | A crise da democracia representativa | 189 |
| 8.1.2 | O deficit de representatividade democrática do judiciário | 191 |
| 8.2 | Autoprodução normativa e legitimidade | 197 |
| 8.3 | A processualização do despedimento coletivo | 200 |
| 8.3.1 | A natureza de precedente do RODC 309/2009 | 200 |
| 8.3.2 | A metamorfose do dissídio coletivo de natureza jurídica..... | 203 |
| 8.3.3 | A estratégia da ação sindical em face do despedimento coletivo. A conformação do direito potestativo do empregador de demitir aos princípios internacionais e constitucionais de proteção ao emprego | 207 |
| 8.3.4 | A negociação coletiva como instrumento de processualização do despedimento coletivo e o disposto no art. 477-A da CLT | 211 |
| 8.4 | A negociação coletiva como fonte (democrática) do direito do trabalho | 218 |
| | CONCLUSÃO | 229 |
| | REFERÊNCIAS | 234 |

INTRODUÇÃO

As transformações econômicas e políticas da civilização, atreladas à nova revolução, a tecnológica – que nos causa perplexidade no dia a dia, sem que tenhamos o menor sinal de onde vai dar –, trouxe, para o direito do trabalho, grande impacto, hoje em busca da construção de um modelo que contemple e entenda a nova realidade. Se o *ludismo*, como técnica de ação sindical violenta¹ voltada contra a mecanização, é um dos marcos de conquistas dos trabalhadores na Inglaterra industrial, hoje, nada daquilo iria mais funcionar, pois a exponencialmente crescente inovação tecnológica não nos permite imaginar quando e se poderemos dela nos libertar.

Se há um diagnóstico no sentido da supremacia das forças transnacionais do capital que oprimem e precarizam estruturalmente o trabalhador, não são apontados claramente os caminhos e as saídas para um novo modelo de direito social, que permita um reequilíbrio das relações trabalhistas para, ao fim e ao cabo, deferir ao trabalhador dignidade como pessoa humana; tampouco como e onde se possa proteger o trabalho contra a automação e o avanço avassalador da tecnologia em todos os campos.² Caminha-se praticamente no escuro.

Fazendo-se uma pequena retrospectiva histórica, vê-se que se o fordismo era um regime de acumulação com base no desenvolvimento autocentrado na oferta nacional, mas o segundo choque do petróleo, aplicado pelos grandes produtores no final da década de 1970, transformou esse cenário. As empresas passaram às políticas de austeridade competitiva, na tentativa de reverter o quadro de estrangulamento dos lucros, tanto pela minimização de todas as despesas de produção, a partir do custo do salário, quanto por meio da conquista de mercados externos.³

A partir de 1974, os impactos decorrentes da alta do petróleo projetaram os primeiros sinais de colapso da economia brasileira, com reflexos na significativa e gradual ampliação do aviltamento de salários, responsável pelo aumento da concentração de renda, cada vez mais excessiva, e que tem como uma de suas causas, apontada em vários estudos,⁴ a inefetividade das instituições estatais. O próprio modelo de produção do direito, liberal-individual-

¹ HOBBSBAWN, Eric J. *A era das revoluções*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2015, pp. 284.

² Embora esse seja um direito fundamental previsto na Constituição: art. 7º, XXVII.

³ LUCENA, Carlos. *A transnacionalização do capital*. Disponível em: <<https://portaltrabalho.wordpress.com>>. Acesso em: 28 set. 2015.

⁴ ZALUAR, Alba. Para não dizer que não falei de samba: os enigmas da violência no Brasil. In: NOVAES, Fernando (Org.), *História da Vida Privada no Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 2006, vol. 4, pp. 251-257.

normativista, apresenta sinais de esgotamento, ante os reclamos de uma crescente complexidade social, clamando por direitos transindividuais.⁵

Já em 1979, o capital internacional, conduzido pelos Estados Unidos e pela Inglaterra, começa a dismantelar as instituições por meio de políticas de liberação, desregulamentação e privatização, que surgiram como alternativa para que o capital reconquistasse a liberdade que havia perdido a partir de 1914, instituindo-se um regime de “*acumulação com dominação financeira transnacional*”.⁶

É nesse cenário da internacionalização do capital que o Estado e o seu próprio conceito passam por profundas transformações. O capital transnacionalizado provoca um profundo divórcio entre o espaço econômico e o político, pois, ao mesmo tempo em que o capital se globaliza, o Estado permanece essencialmente nacional, eis que continua com o seu papel na reprodução interna do capital nos níveis sociais, sobretudo, políticos, e, também, com o dever de garantir as políticas de dominação nos limites de sua circunscrição territorial⁷ – mas, agora, já sem a força suficiente, seja ela tecnológica, financeira, comercial ou militar, para reconstruir uma nova ordem sob a sua própria e exclusiva égide, pois a sociedade que a internacionalização do capital produz é extremamente complexa para ser dominada e gerida por um único Estado.⁸

A liberdade da qual o capital se utiliza para se deslocar de um país ou continente a outro, internacionalizando os métodos de produção, impôs, à classe operária dos países mais desenvolvidos, as condições de exploração que já existiam nos não avançados, transnacionalizando a miséria.⁹ E tem na tecnologia uma grande aliada, pois esta permite uma exploração à distância, v. g., de trabalhadores residentes em países pobres prestando serviços

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 17.

⁶ CHESNASIS, François. *A teoria do regime de acumulação financeirizado: conteúdo, alcance e interrogações*. Disponível em: <<http://www.puro.uff.br>>. Acesso em: 28 set. 2015, p. 2.

⁷ BIHR, Alain. (1998). *Da grande noite à alternativa: o movimento operário europeu em crise*. São Paulo: Xamã, 1998, p. 114.

⁸ Loc. cit.

⁹ LUCENA, Carlos. *A transnacionalização do capital. Op. cit., passim*. De acordo com Boaventura Sousa Santos, “[...] dados fornecidos pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) informam a existência de 160 milhões de desempregados no mundo em 2000, sendo 50 milhões nos países desenvolvidos. Por outro lado, 500 milhões de trabalhadores dispunham de um rendimento inferior a um dólar por dia”. SOUSA SANTOS, Boaventura. Introdução: para ampliar o cânone do internacionalismo operário. In: SOUSA SANTOS, Boaventura [Et. al.]. *Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 21.

e sendo explorados em países ricos;¹⁰ ou que unidades produtoras inteiras sejam transferidas facilmente: os deslocamentos empresariais (*offshore factories*).

Portanto, a transnacionalização do capital e dos métodos de produção, aliada à revolução tecnológica, que modificou a morfologia do trabalho,¹¹ faz morta a lógica distributiva jungida à ordem westfaliana da concepção territorial-estatal.¹² As “forças que perpetraram as injustiças” não pertencem mais ao “espaço dos lugares”, mas ao “espaço dos fluxos”: localizadas numa jurisdição irreal ou imaginária,¹³ e, nesse contexto, as reivindicações sociais e trabalhistas não podem mais ser respondidas dentro da lógica do princípio territorial-estatal.¹⁴

Se o marco westfaliano-kaynesiano¹⁵ se projetou na arquitetura de um sistema estatal compartimentalizado como espaço para o exercício de uma cidadania que ele próprio institucionaliza, impedindo que se adotem, de maneira eficaz, decisões democráticas em questões de justiça,¹⁶ a transnacionalidade aponta para uma autorregulamentação muito próxima do ideal de Hayeck, ao conceber a sua teoria da “ordem espontânea”, em repulsa ao intervencionismo estatal.¹⁷

¹⁰ Fazendo criar até mesmo a *netslavização*: escravidão por meio da internet? Sobre o tema: BELMONTE, Alexandre Agra. *Problemas jurídicos do teletrabalho no Brasil*. Disponível em: <www.dialnet.unirioja.es>. Acesso em: 06 ago. 2013.

¹¹ ANTUNES, Ricardo. A nova morfologia do trabalho no Brasil. Reestruturação e precariedade. *Revista Nueva Sociedad*. Junho de 2012. Disponível em: < http://nuso.org/articulo/a-nova-morfologia-do-trabalho-no-brasil-reestruturacao-e-precariedade/>. Acesso em: 14 out. 2014.

¹² Sem ter a pretensão de suscitar um debate historiográfico, alude-se à formação do chamado sistema Westfaliano, como aquele criado a partir de uma série de tratados resultantes de guerras envolvendo a Espanha, Holanda, França, Inglaterra, Alemanha e Suécia, tendo a dinastia dos Habsburgo como centro que serviu de referência para guiar as relações internacionais europeias, sobretudo, durante o período compreendido entre 1648 e 1789 ou, até o Congresso de Viena, em 1815. Ordem westfaliana, aqui como sendo aquela desigual e parcial, baseada exclusivamente no Estado-Nação, com soberania territorial inquestionável. Em sentido análogo: FRASIER, Nancy. *Escalas de justicia*. Traducción de Antoni Martínez Riu. Barcelona: Herder, 2012, p. 22.

¹³ *Ibid.*, p. 19.

¹⁴ Um dos exemplos eloquentes desse fenômeno são os *offshore factories*. *Id.*, p. 20.

¹⁵ Alude-se à teoria econômica consolidada pelo economista inglês John Maynard Keynes, que consiste numa organização político-econômica, oposta às concepções liberais e libertárias, fundamentada na afirmação do Estado como agente indispensável de controle da economia, com objetivo de conduzir a um sistema de pleno emprego, reformulando a política de livre mercado. O fundamento é o de que o ciclo econômico não é autorregulado uma vez que é determinado pelo “espírito animal” (*animal spirit*) dos empresários. É por esse motivo, e pela incapacidade de o sistema capitalista conseguir empregar todos os que querem trabalhar, que Keynes defende a intervenção do Estado na economia. Cf. KAYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Saraiva, 2012, *passim*.

¹⁶ FRASIER, Nancy. *Escalas de justicia*. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁷ Em oposição ao utilitarismo e ao intervencionismo estatal defendido pelo economista britânico John Maynard Keynes. HAYEK, Friedrich. El ativismo de la justicia social. Conferência proferida em 6 de outubro de 1976 na Universidade de Sydney. Publicado: *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*. Chicago: University of Chicago Press, 1978. Para Hayek, as “regularidades” efetivadas para a satisfação das necessidades dos membros de uma sociedade, que formam a “ordem social”, não são

A dimensão dessa tendência progressiva à autorregulamentação e à transnacionalização do poder de produção normativo, atribuído aos grandes conglomerados multinacionais,¹⁸ pode ser avaliada nas tratativas, desde julho de 2013, a portas fechadas, entre os Estados Unidos da América do Norte e a União Europeia, para um livre comércio – o *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)* –, por meio do qual as entidades privadas envolvidas nas transações poderiam estabelecer regras que se sobreporiam às das leis cogentes dos Estados-membros, quando estas tiverem efeito restritivo a determinada exploração comercial.¹⁹

O mesmo se diz do Acordo Transpacífico – *Trans-Pacific Partnership (TPP)* –, celebrado entre os Estados Unidos da América do Norte, o Japão e outros dez países, de livre comércio, e que tem a pretensão de unir 40% da economia global, produzindo uma nova regulamentação supranacional, notadamente no que trata da proteção à propriedade industrial²⁰ e que teria a capacidade, v. g., de suprimir dezoito mil impostos.²¹

Muito se tem dito que “*com o declínio do legicentrismo e a saída de cena do Estado-gendarme, sob a influência de processos contemporâneos de autonomia individual e democratização do espaço público, o ordenamento imposto cede cada vez mais um lugar de destaque para uma ordem jurídica negociada*”.²²

Por outro lado, o quadro de uma economia transnacional levou a um fenômeno aparentemente antagônico: a regionalização. É que, embora os movimentos constitutivos da transnacionalização da economia atravessassem diferentes economias nacionais, emancipando-se dos limites do Estado, estes remanesçam social e politicamente. “*Daí o caráter contraditório*

nem naturais, pois resultam da “ação humana”; nem artificiais, pois, a despeito de resultarem da “ação humana”, não resultam da “intenção humana”. Por isso são “espontâneas”. HAYEK, Friedrich. *Direito, legislação e liberdade*. São Paulo: Visão, 1985, p. 45-48.

¹⁸ WALLACH, Lori. Um tratado para estabelecer o governo das multinacionais. *Le monde diplomatique Brasil*. Ano 7, novembro-2013, p. 4-6.

¹⁹ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Eficiência econômica e a salvaguarda de direitos dos trabalhadores em tempos de domínio do mercado global: uma questão de equilíbrio. *Revista LTr*, São Paulo, ago. 2014, p. 979.

²⁰ Disponível em: <<http://brasil.elpais.com/bra>>. Acesso em: 06 out. 2015. Para Julian Assange – editor-chefe da Wikileaks – afirma que o TPP seria uma grande transgressão às liberdades individuais e favoreceria a contenção de direitos sobre propriedades intelectuais e a liberdade de expressão. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com>>. Acesso em: 06 out. 2015.

²¹ Segundo o portal G-1: “O governo dos Estados Unidos saiu nesta quarta-feira (8) em defesa do Tratado de Associação Transpacífico (TPP), ao assegurar que o mesmo será responsável pela eliminação de até 18 mil impostos que outros países aplicam atualmente sobre as exportações americanas e fortalecerá a marca ‘Made in USA’. O representante de Comércio dos Estados Unidos, Michael Froman, que liderou a delegação de seu país nas negociações, garantiu que ‘os trabalhadores, os agricultores e as empresas ganharão’ com a eliminação de 18 mil impostos que incidem sobre as exportações em forma de tarifas.” Disponível em: <<http://g1.globo.com>>. Acesso em: 10 out. 2015.

²² CADIET, Loïc. Prefácio In: PASSO CABRAL, Antônio. *Convenções processuais*. Salvador: Podivm, 2016, p. 10.

*do espaço mundial atual, feito ao mesmo tempo de homogeneização, através dos fluxos de mercadorias, de capitais, de mão de obra, de tecnologias, de informações, e de fragmentação, devido à persistência dos Estados-Nação, e de hierarquização, imposta pelos desenvolvimentos desiguais sobre os quais repousa a DIT (Divisão Internacional do Trabalho)”.*²³

A regionalização, portanto, atenua (limita) a transnacionalização e, embora possa levar a “*fricções comerciais e ao aumento das barreiras entre os blocos regionais*”²⁴, a eliminação dos impedimentos dentro do sistema comunitário muda o comportamento empresarial transnacionalizado, na perspectiva de “*mercado ampliado*”, apesar das limitações objetivas em virtude da agregação regional.²⁵

Assim, a partir da premissa inicial de que o processo reivindicativo trabalhista não pode mais se circunscrever ao marco territorial-estatal, examinar-se-á a negociação coletiva, exemplo eloquente da autorregulamentação,²⁶ como via de acesso de trabalhadores e empregadores para a autoprodução normativa e transnacionalizada do direito do trabalho, ainda que regionalizada, no caso do Brasil, no âmbito MERCOSUL.

Mesmo no âmbito interno, desde antes da década de oitenta, “*vozes autorizadas preconizavam a ampliação do espaço dedicado à manifestação autônoma dos interlocutores sociais, com redução da presença sufocante do paternalismo estatal*”.²⁷ Na Comissão de Estudos Constitucionais de 1986, Evaristo de Moraes Filho já dizia que a negociação coletiva deveria ser fomentada e exercitada “*como o processo mais representativo e autêntico da autonomia coletiva privada, à margem dos organismos estatais e alheia ao seu paternalismo*”.²⁸

Por outro lado, muito mais do que uma análise das teorias informadoras da natureza jurídica da negociação coletiva, o que se pretende é a difícil tarefa de apresentar uma tipologia das convenções coletivas a partir do seu posicionamento no contexto da teoria dos fatos jurídicos, passando pelos atos jurídicos (*lato sensu*), como ponto de partida para uma

²³ BIHR, Alain. (1998). *Da grande noite à alternativa: o movimento operário europeu em crise. Op. cit.*, p. 109.

²⁴ KRUEGER, Anne. *Problems with Overlapping Free Trade Areas. Regionalism versus Multilateral Trade Arrangements*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, *passim*.

²⁵ MACHADO, João Bosco M. *Mercosul: processo de integração*. São Paulo: Aduaneiras, 2000, p. 52.

²⁶ ALMEIDA, Renato Rua de. Negociação coletiva e boa-fé objetiva. *Revista LTr*, São Paulo abr. 2010, p. 393; e CARNEIRO FILHO, Roberto. Dos fundamentos de validade das normas jurídicas trabalhistas negociadas coletivamente. *Revista LTr*, São Paulo nov. 2009, p. 1333.

²⁷ ROMITA, Arião Sayão. *Direito do trabalho: temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998, p. 551.

²⁸ MORAIS FILHO, Evaristo de. *A ordem social num novo texto constitucional*. São Paulo: LTr, 1986, p. 25.

classificação fundada no seu campo de atuação criativo, mais especificamente, na técnica utilizada para a construção normativa e, da mesma forma, para o estabelecimento de uma conexão entre a legitimidade para a criação da norma autoproduzida em sede de negociação coletiva e a falta de legitimidade para a sua desconstituição, mediante a fixação de limites objetivos para o controle judicial de sua legalidade.

Também se lança no desafio do difícil empreendimento de se esboçar um modelo de negociação autopoietico,²⁹ para além dos seus próprios limites, especificamente no sentido da instituição de mecanismos de aprendizado recíprocos para os sujeitos estipulantes, não se atendo apenas à formação e a teorização estrutural ínsita ao modelo tradicional de negociação. É nessa perspectiva que a tese aponta a negociação coletiva na feição de instrumento paradigmático na construção de “saídas estruturantes” e legítimas para as crises de institucionalidade do direito do trabalho, para a autoprodução normativa e, em particular, para o despedimento coletivo, levando à construção de uma justa, compartilhada e legítima decisão autocompositiva, como expressão de validade na criação do direito e na solução de litígios em democracia participativa: uma proposta de democracia deliberativa processualmente demarcada em relação triádica: discurso-inclusão-processo.

É exatamente nessa relação entre o problema, identificação do problema e solução do problema que se pretende viabilizar o esboço de um modelo de negociação coletiva transnacionalizada e procedimentalizada.

Quanto ao objeto do trabalho, como se demonstrará, o primeiro problema a ser identificado como fator de projeção dessa nova negociação coletiva contemporânea é o emergencial: a emergência clamada por forças antagônicas, trabalhadores e empresários, pedindo mudanças urgentes na ordem jurídica em uma sociedade multicultural complexa sistemicamente;³⁰ outro problema, consiste na metamorfose orgânica das relações de poder privado e público no contexto interno e transnacional, notadamente seus limites e controles mediante a participação direta dos seus atores principais, trabalhadores e empresários nos procedimentos.

Embora na literatura do direito coletivo do trabalho sejam encontrados muitos estudos inteiramente dedicados à organização e ao funcionamento interno da negociação coletiva,

²⁹ Aqui, no sentido etimológico da palavra *autopoiesis*, derivada do grego, sendo que *autos* significa “por si próprio” e *poiesis* estaria relacionada com um sentido de “criação” ou “produção”, não se confundindo com *praxis*. MATURANA, H.; VARELA, F. *A árvore do conhecimento*. São Paulo: Palas Athena. 2005, *passim*.

³⁰ A tão conclamada urgência na reforma trabalhista é o exemplo mais eloquente.

inclusive enquanto método alternativo de solução dos conflitos coletivos³¹, chama a atenção que não se encontra o que a enfoca, da forma como se propõe, como instrumento de autoprodução normativa processualizada em democracia participativa. A causa, certamente relacionada a fatores objetivos, pode também ser atribuída ao fato de encontrar-se a negociação coletiva em uma zona de transição entre a ciência processual, enquanto método autocompositivo de solução dos conflitos, e o direito material, como instituto do direito coletivo do trabalho.³²

A tese que ora se propõe pretende mergulhar no estudo da negociação coletiva nas vertentes acima assinaladas e, nesta perspectiva, encontra-se estruturada, basicamente, em três partes:

Na primeira, busca-se o alicerce da teoria geral da negociação coletiva.

³¹ *Alternative Dispute Resolution* (Métodos Alternativos de Solução dos Conflitos). Indicado não como a método “alternativo”, mas como o “principal” para a solução dos conflitos coletivos de trabalho pelo próprio texto constitucional; a subsidiariedade aqui seria para uma solução jurisdicional. Nesse sentido: MAIA FILHO, Paulo Américo. *A ação civil pública como via alternativa ao dissídio coletivo*. São Paulo: LTr, 2011, pp. 141-144. Seria a manifestação de um fenômeno expresso na perspectiva de se diminuir a intervenção estatal na solução dos conflitos, potencializando, exageradamente, os métodos privados e alternativos de autocomposição ou de arbitragem impropriamente denominado de “privatização” do processo. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Privatização do processo? In: *Temas de direito processual*, sétima série, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 8-10. Taruffo aponta esse fenômeno como típico sinal de patologia ideológica do sistema processual como um todo e reflexo do seu crescente descrédito como instrumento de solução dos conflitos; para ele: “Sin embargo, no hay que olvidar que ellas representan de todas maneras soluciones ‘de reserva’, o ‘de serie B’ con respecto a la tutela jurisdiccional de los derechos, y que sucede no raramente que ellas producen soluciones malas o injustas de las controversias.” TARUFFO, Michele, *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*, tradução para o espanhol de Beatriz H. Quintero de Prieto, Bogotá, Temis, 2006, p. 51. Do mesmo autor: “Anche in Italia è però giunta, in questi ultimi anni, la moda dell’ADR. in parte si tratta di um fenômeno di mera imitazione culturale dei modelli nordamericani, scoperti com qualche decennio di ritardo rispetto al momento della loro miglior fortuna. [...] in favore del ricorso ai metodi di ADR vengono fatti anche discorsi di carattere ideológico, in base ai quali ogni forma di giustizia ‘privata’ sarebbe preferibile Allá giustizia ‘pubblica’, ma rimane il fatto che la ragione principale per cui lo stesso legislatore spinge i cittadini all’uso di questi metodi consiste nella incapacita, dello stesso legislatore, di assicurare um processo giudiziario rápido ed efficiente.” TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milão, Giuffrè, marzo de 2009, p. 86-87. Nessa tendência veio a Lei nº 9.958/2000, que determina, no Brasil, a prévia submissão de trabalhadores e empregadores às Comissões de Conciliação Prévia, quando elas estejam constituídas e em funcionamento, no âmbito de suas categorias profissional e econômica, como pressuposto processual à propositura da demanda trabalhista. Na Itália, v. g., a ideia é muito antiga, como se vê da legislação de 1959, que já contemplava a prévia submissão à tentativa de conciliação em sede sindical, como pressuposto processual. Cf. a respeito: TARZIA, Giuseppe. Rassegna di legislazione: legge 5 novembre 1959, n. 940 (controversie di lavoro). *Rivista di Diritto Processuale*, ano XV, nº 1, Padova, Cedam, janeiro-março de 1960, p. 74. A chamada repulsa à cultura da sentença para a cultura da pacificação. WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de. (Org.) *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005, p. 687.

³² Sempre tratada como instituto do direito material (coletivo) do trabalho. Em sentido análogo: NAPOLI, Mario [Et. al.]. La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forme di tutela. In: BARBIERI, Marco (Coord.). *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*. Milão: Giuffrè, 2004, pp. 49-56.

Essa parte inicia pela sua identificação terminológica, acepções, conceito, natureza, níveis e sua gênese fundada na autonomia privada coletiva. Segue pela identificação da tipologia da negociação coletiva e sua inserção na teoria dos atos e negócios jurídicos – como ponto de partida para, dentre outras, identificar pontualmente cláusulas fundadas na *ratio* do seu campo de atuação criativo – e, ainda, pela distinção, no contexto do direito substantivo, entre a negociação coletiva, enquanto procedimento, e a convenção coletiva, como instrumento, para, a partir da supremacia daquele sobre este, demonstrar sua estrutura, qual seja: (a) os sujeitos da negociação coletiva, com ênfase na nova morfologia do trabalho, na imaterialidade do trabalho complexo e seus reflexos na crise da representação sindical; e (b) a conexão entre a ideologia e a ação sindical e seus nexos com o sindicalismo de resultados nos planos nacional e transnacional. Nesse capítulo, enfatiza a importância dos princípios e garantias da negociação, como forma de lhe conferir legitimidade. Conclui pela análise do objeto da convenção coletiva a partir do trabalho e sua dimensão cognitiva.

Tendo por constituída a base do estudo, passa-se, na segunda parte, a demonstrar a difícil equação entre a legitimidade na construção das normas, a partir da autonomia privada coletiva, e a falta dela no seu controle de legalidade, e segue pela abordagem pontual da sua dimensão transnacional como fonte do direito do trabalho, a partir da internacionalização dos métodos de produção, com ênfase nos acordos marco globais (*international framework agreement*) e no MERCOSUL.

Na terceira parte, como ponto de chegada, propõe-se a negociação coletiva como modelo autopoietico de produção normativa em democracia participativa.

O presente estudo, portanto, além de propor um esboço da teoria geral da negociação coletiva, tenta abrir um espaço novo no propósito de que pode contribuir na definição de critérios objetivos para o hoje universo movediço do seu correspondente controle de legalidade; e, além disso, para defender uma visão procedimentalista para a legitimidade na produção normativa do Direito do Trabalho, nacional e transnacional, pelos seus próprios destinatários.

1 NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Neste primeiro capítulo, não se tem a pretensão de se fazer uma digressão histórica para reconstruir o caminho que a negociação coletiva percorreu nas Constituições e legislações dos países que hoje a consagram.

Nossa análise iniciará pela sua identificação terminológica, acepções, conceito e breve prospecção da sua gênese: a autonomia privada coletiva, no desiderato de marcar, mais na frente, uma posição a respeito da existência dos seus limites, tanto como ponto de partida para o percurso que desenvolveu o instituto ao longo da sua trajetória existencial, quanto como ponto de chegada para as conclusões do trabalho.

Nessa trajetória, identificaremos os seus sujeitos coletivos à luz da nova morfologia do trabalho contemporâneo e os seus influxos ideológicos que construíram o cenário que apresentaremos, como estrutura para os rumos que devemos apontar nas conclusões da tese.

Esta, portanto, será a base para o estudo de seu objeto, a convenção coletiva, que inicia nas conclusões do capítulo e será retomada enfaticamente no capítulo seguinte.

1.1 Terminologia

Não há uma absoluta precisão técnica quanto ao uso da terminologia relacionada com a negociação coletiva, convenção coletiva, acordo coletivo, contrato coletivo e outros afins.³³ Em vários trabalhos doutrinários e até na legislação, são utilizadas a mesma terminologia para os vários institutos do direito coletivo de trabalho indistintamente: negociação, contrato, convenção, tratado, pacto normativo.³⁴

A própria Constituição se utiliza, com o mesmo sentido, tanto da expressão negociação coletiva (art. 7º, XIV), quanto da convenção coletiva ou acordos coletivos (art. 7º, VI, XIII e XXVI). A CLT, além de tratar, em vários dispositivos, da convenção coletiva (v. g. Título VI, arts. 611 ao 615), dedica apenas um à negociação (art. 616); e, no contexto do que seria o resultado da negociação, utiliza-se, em vários dispositivos (arts. 59, § 1º; 71, 462 e

³³ Identificando, v. g., a negociação coletiva como o “início” da convenção e do acordo coletivo quando, de fato, estes são o produto final daquela quando exitosa. PRADO, Roberto Barretto. *Curso de direito coletivo de trabalho*. São Paulo: LTr, 1986, p. 124.

³⁴ Sobre o tema: GOMES, Orlando. *A convenção coletiva de trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, pp. 19-25.

513, “b”), do termo “contrato coletivo”, de inspiração corporativa fascista italiana,³⁵ abolido dos demais e sendo substituído por convenção ou acordo coletivo, que vem a ser a terminologia usada constitucionalmente.³⁶

O que se vê é que “[...] muito embora ao disciplinar a convenção, a CLT está disciplinando mesmo a negociação coletiva, o que se percebe de uma rápida leitura dos artigos citados”.³⁷

Embora as noções desses institutos do direito coletivo de trabalho se aproximem, a precisão na identificação terminológica de cada um deles é indispensável, pois cada qual recebe, diferenciadamente, um tratamento constitucional – e infraconstitucional – pela legislação brasileira, e uma significação específica quando seus efeitos ultrapassam os limites geográficos das fronteiras dos estados.

Portanto, a terminologia adotada na Constituição, negociação coletiva (art. 7º, XIV), amplamente consagrada na doutrina, será por nós utilizada ao longo do trabalho e das suas conclusões.

1.2 Acepções

Dentre as várias acepções para a negociação coletiva, duas vão nos interessar: a social e a jurídica.

Em uma acepção social, a negociação coletiva tem o significado de ser o conjunto de atividades sequenciais de comunicação, pressão, persuasão e negociação entre grupos sociais contrapostos,³⁸ que produz toda a sua “química” na sociedade. Aqui, negociação enquanto “realidade fenomenológica”.

Já na acepção jurídica, é, “[...] na essência, um procedimento de adoção de regras e decisões entre sujeitos que representam grupos ou categorias com interesses distintos”,³⁹ com o objetivo da autocomposição, mediante a autoprodução do direito. Nesta, temos a

³⁵ CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa; MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 17ª ed., 1993, p. 329.

³⁶ A antiga redação dos art. 618, 619 e 620 utilizava a terminologia “contrato coletivo de trabalho”.

³⁷ OLIVEIRA, Marcelo Salaroli. Da obrigatoriedade da participação dos sindicatos econômicos na negociação coletiva de trabalho. *Direito coletivo moderno*. SANTOS, Enoque Ribeiro dos. (Org.) São Paulo: LTr, 2006, p. 73.

³⁸ Assim, expressamente: LIMA FILHO, Francisco das C. Negociação e conflito. A conformação da autonomia coletiva e a concertação social no modelo espanhol. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 71, n. 3. Brasília, set/dez. 2005, p. 97.

³⁹ *Ibid.*, p. 98.

negociação como “processo ou método autocompositivo e de autoprodução normativa”, regido por princípios e normas, ao lado de outros institutos jurídicos. Seu estudo, portanto, tem como objeto o “modelo” de regência em cada país, ou em nível transnacional, e o “método” (técnica) a ser concretamente adotado pelas partes e pelo mediador.⁴⁰

Ambas as acepções interessam e completam-se, revelando, juntas, a sua gênese procedimentalista, autônoma, bilateral ou multilateral e transacional, enquanto acordo mediante concessões recíprocas.

1.3 Conceito

Posta a pequena introdução, fixadas as suas principais acepções e ultrapassada a celeuma a respeito da terminologia da negociação coletiva, impõe-se que se conecte o objeto do trabalho com os principais conceitos que serão empregados na trajetória do seu desenvolvimento.

Para os fins da Resolução 154 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (art. 2º), cujo título é o “Fomento à Negociação Coletiva”, 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 [...]”.⁴¹

Em desdobramento a essa diretriz, pode-se dizer que a negociação coletiva vem a ser um “processo de ação recíproca”,⁴² ou um “processo democrático de autocomposição de interesses”⁴³ que, por sua vez, envolve “[...] processos de confronto entre grupos sociais e, de outra perspectiva, processos de criação do próprio direito objetivo”⁴⁴, podendo culminar

⁴⁰ Expressamente no sentido de que: “a negociação coletiva, além de meio de produção de normas reguladoras de condições de trabalho, é, também, um mecanismo ou técnica de solução dos conflitos ou interesses coletivos[...]”. *Id.*, p. 99.

⁴¹ Aprovada na 67ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, em 1981 e internalizada pelo Decreto Legislativo nº 22/92, do Congresso Nacional; ratificada em 10.07.1992; promulgada pelo Decreto nº 1.256/94 e em vigência no Brasil a partir de 10.07.1993. Ver: DEL CLARO, Maria Ângela Marques [Et. al.]. A autonomia privada coletiva como fonte de normas trabalhistas no Brasil durante os últimos seis anos do Século XX. In: DELLEGRAVE NETO, José Afonso (Coordenador). *Direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003, p. 452.

⁴² Expressamente: KELTNER, El servicio federal de mediación y conciliación de Estados Unidos como catalizador de la negociación colectiva. *Revista Internacional de Trabajo*, Ginebra, 1963, vol. LXVIII, n. 5, p. 549-550.

⁴³ TEIXEIRA FILHO, João Lima. *Instituições de direito do trabalho*. v. 2. São Paulo: LTr, 1996, p. 1.131.

⁴⁴ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 71. Porto Alegre: Síntese, setembro-dezembro, 2005, p. 90.

em um “complexo de entendimentos”,⁴⁵ desenvolvido por sujeitos coletivos em dois polos distintos: de um lado, os empresários, a categoria econômica; e, de outro, os trabalhadores, a categoria profissional. É modalidade autocompositiva de solução dos conflitos coletivos, pode e deve ser mediada, e surgiu, nas palavras de La Cueva, “[...] *para democratizar a economia e romper a farsa do contrato individual*”.⁴⁶

Tem-se que a comunicação vem a ser o *iter* procedimental⁴⁷ da negociação coletiva, por meio da qual as partes invocam e defendem interesses distintos, influenciam-se de maneira recíproca⁴⁸ e circular e, se exitosa, como processo apto ao debate, o resultado é a convenção ou o acordo coletivo, que vem a ser o instrumento consensual das partes,⁴⁹ em verdadeira emancipação da disciplina da lei. Traduz “[...] *nítida tendência, em clima de democracia, no sentido de superar a pressão legislativa sobre as relações de trabalho e no sentido de procurar acercar-se das reais necessidades dos trabalhadores e das possibilidades concretas das empresas, em um clima a que são totalmente estranhos os conflitos ideológicos*”.⁵⁰ (*infra*, 3).

Embora o processo negocial ínsito à negociação coletiva não possa eliminar completamente “[...] *o aspecto conflitivo das relações trabalhistas, já que o conflito baseia-se na existência de objetivos, necessidades e aspirações diferentes [...]*”⁵¹, o seu aspecto procedimentalista (*infra*, 8.3.4) é observado na doutrina clássica do direito do trabalho há décadas, pois “[...] *oferece a cada parte a possibilidade de trocar informações que permitem a cada uma compenetrar-se mais dos problemas e objetivos da outra e, embora não havendo a garantia de que chegarão a um acordo, cada parte acerca-se das pretensões da outra e a ajuda mútua pode conduzir a fins comuns*”.⁵²

Em síntese, pode-se dizer, em um conceito preliminar, que a negociação coletiva vem a ser um processo autocompositivo de solução dos conflitos coletivos e de autoprodução normativa do direito do trabalho. O seu aspecto procedimentalista vai ser enfrentado adiante e nas conclusões da tese.

⁴⁵ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, pág. 168.

⁴⁶ LA CUEVA, Mário. *Derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1949, Vol. 2, pág. 490.

⁴⁷ Identificando-a como “procedimento”. RUPRECT, Alfredo J. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 926.

⁴⁸ HARTMAN, Frederik H. *Las relaciones internacionales*. Buenos Aires: Instituto de Publicaciones Navales, 1998, pág. 106.

⁴⁹ ETALA, Carlos Alberto. *Derecho coletivo del trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 289.

⁵⁰ BATALHA, Wilson de Souza Campos; Sílvia Marina Labete. *Sindicatos e sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1994, p. 158.

⁵¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Conflitos coletivos de trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 159.

⁵² *Loc. cit.*

1.4 Natureza

É pertinente estabelecer, do ponto de vista da tese, o que vem a ser a gênese, ou a natureza da negociação coletiva, para uma melhor compreensão do instituto e como elemento facilitador do seu exame.

Várias correntes propõem-se à sua identificação:

A primeira, apresenta-a enquanto expressão máxima da autonomia privada, como “direito ao contrato coletivo”. Na Itália, entende-se ser “direito” subjetivo público de liberdade, previsto no art. 39 da Constituição italiana.⁵³

Enfocando-a enquanto oposição à liberdade de contratação, a segunda a tem como “dever” de negociação e de contratação: contrato coativo.⁵⁴ Esta, encontra respaldo na legislação, visto que não pode haver recusa à negociação: CLT, art. 616, §§ 1º e 2º. Embora não haja dever de contratação (firmando-se convenção ou acordo coletivo), a negociação é compulsória.

Quanto à terceira, enfoca a negociação como fase de um contrato complexo, ou uma pré-contratação da convenção ou acordo coletivo. A convenção ou acordos coletivos seriam atos jurídicos negociais complexos, integrados por várias fases, uma das quais, a primeira, seria exatamente a negociação coletiva.⁵⁵

A quarta corrente tende a focar-lhe o aspecto procedimental, como direito ao devido processo legal negocial, justo e adequado.⁵⁶

Para uma quinta e última, a negociação seria a expressão de um “poder” jurídico das partes, que se convola em uma “[...] instituição em que o processo negocial colocar-se-ia como uma técnica, sendo obrigatória a observância de um código de conduta permeado por valores éticos e pela boa fé”.⁵⁷

De todas essas correntes, portanto, extraem-se os elementos que lhe identificam a natureza, pois é um direito dos sujeitos coletivos que é exercido em face do outro,

⁵³ MAGNANI, Mariela. *Lezioni di diritto sindacale: soggetti, contratto, conflitto collettivo*. Pavia: Ed. Faculdade de Direito de Pavia, 2011-2012, p. 24.

⁵⁴ Criticando-a: MAISTRO JR, Gilberto Carlos. *O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva*. São Paulo: LTr, 2012, p. 231.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 232.

⁵⁶ MEIRELLES, Davi Furtado. *Negociação coletiva no local de trabalho: a experiência dos metalúrgicos do ABC*. São Paulo: LTr, 2008, p. 38.

⁵⁷ MAISTRO JR, Gilberto Carlos. O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva. *Op. cit.*, pp. 232-233.

deflagrador, em via de mão dupla, do dever recíproco de negociar em procedimento a se pautar pelo devido processo legal, ético e de boa fé, mediante técnicas, em contraditório, que se inserem no contexto de uma pré-contratação.

Desse modo, o contraditório deve ser entendido como ofertas de situações jurídicas ativas e passivas, franqueadas aos participantes com vistas à autocomposição. A disciplina ou a liberdade do processo negocial é o reflexo do princípio constitucional da autonomia privada coletiva, que instrumentaliza, no plano jurídico e social, faculdades procedimentais aos negociantes,⁵⁸ como reflexo da garantia política de que os sujeitos coletivos de trabalho possam obter a autocomposição e a autorregulação.

Parece-nos que todas as correntes apontam para a natureza da negociação coletiva. Somadas e harmonizadas, caminham para identificar-lhe como relação jurídica procedimental em contraditório participativo.⁵⁹

Essa identificação da negociação coletiva como relação jurídica instrumentalizada pelo procedimento em contraditório revela a consciência do modo como interagem e se relacionam os conceitos de relação jurídica procedimental e contraditório, que são, na essência, dois aspectos de uma só realidade.

1.5 Autonomia privada coletiva e seus limites

Se, a partir do Século XX, a negociação coletiva, enquanto expressão do fenômeno sindical, foi “tolerada” no período liberal; “absorvida”, em termos formais, no período corporativo (italiano e brasileiro); e “valorizada” no período pós-constitucionalização, mostra-se, hoje, como “indispensável” na globalização, por se apresentar como único instrumento técnico-jurídico com aptidão à normatização concreta e detalhada capaz de atender às especificidades de cada setor produtivo e de cada categoria profissional, algo só possível mediante a autorregulamentação pelos próprios protagonistas.⁶⁰

⁵⁸ Como os direitos negociados são “disponíveis”, têm as partes um *iter* comunicativo e negocial pautado pelas faculdades, em liberdade limitada pelo “dever” de negociação.

⁵⁹ Não basta a participação ou a discussão. O dever negocial advém da “informação” para que as partes possam se posicionar no processo; e, em segundo lugar, pela “reação”, revelada pelo movimento procedimental da parte pautado pela liberdade. Cf. em sentido análogo: FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, pp. 53 e ss.

⁶⁰ Expressamente: RUSCIANO, Mario. La metamorfosi del contratto collettivo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milão, 2009, pp. 32-33.

No Brasil, a autonomia privada coletiva e o seu veículo, a negociação coletiva, encontram-se amplamente consagrados na Constituição: artigos 7º, incisos VI, XIII, XIV, XXVI, e 8º, VI.

Essa concepção de autoprodução normativa é o pressuposto metodológico do estudo da autonomia privada coletiva, pois o que se propõe é um exame da atuação normativa dos particulares, diretamente, ou por meio de suas organizações representativas, na esfera das relações coletivas de trabalho; mas isto, no contexto de um ordenamento que se apresenta como um sistema de normas oriundas de uma pluralidade de fontes, estatais e não-estatais, e que passa por um controle jurisdicional específico. O debate sobre a problematização da atuação e alcance do poder normativo dos particulares, portanto, verte da análise da relação dialética entre o Estado e a autonomia privada coletiva para a processualização da tutela de trabalho⁶¹ e, também, fora do Estado, na transnacionalização.

Por uma questão de metodologia, não se cuidará de descrever-se o desenvolvimento histórico do problema, como já se disse (*supra*, 1) ou de entrar-se na discussão de ser esse poder originário ou derivado.⁶² Partir-se-á de uma premissa inicial na diretriz de que, embora na América Latina os ordenamentos jurídicos nacionais sejam marcados por forte intervencionismo estatal,⁶³ notadamente no Brasil⁶⁴ adota-se a posição de Mário de la Cueva, de que essa forte posição intervencionista fez o Estado jungido a reconhecer a atividade negocial dos particulares, até então *contra legem*, de modo que trabalhadores e empregadores ou suas organizações representativas produzem normas “*sem intervenção e mesmo contra a vontade do Estado*”.⁶⁵

Antes de tudo, no contexto da transcendência subjetiva individual, impõe-se distinguir o “interesse coletivo” do interesse resultante da “autonomia privada coletiva”.

O primeiro é fruto da transposição qualitativa do interesse meramente individual para uma outra dimensão, na qual aquele (elemento individual) fica em segundo plano, pela presença e unificação em bem comum à coletividade e indivisível.⁶⁶ Assim, esse “interesse

⁶¹ Ibid., p. 31.

⁶² Sobre a discussão entre ser um poder originário ou derivado: SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v. 102, jan/dez. 2007, pp. 137-138.

⁶³ Na América Latina, o primeiro país que regulou a negociação coletiva foi o Chile, somente em 1924. Expressamente: ETALA, Carlos Alberto. *Derecho colectivo del trabajo*. *Op. cit.*, pág. 291.

⁶⁴ Para uma reflexão histórica do percurso da negociação coletiva no Brasil LEONARDO DA SILVA, Sayonara Grillo Coutinho. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008, pp. 129-491.

⁶⁵ LA CUEVA, Mário. *Derecho mexicano del trabajo*. Cidade do México: Porrúa, 1949, p. 230.

⁶⁶ GIUSSANI, Andrea. *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*. Bologna, Mulino, 2008, pp. 186-190.

coletivo” é atrelado a uma coletividade perene e identificada – ou, ao menos, identificável –, com personalidade jurídica centralizada num ente representativo, e sua violação ou acolhimento produz, indistintamente, efeitos comuns a todos os componentes do grupo ou da classe representada.⁶⁷ O “interesse coletivo” é impessoal,⁶⁸ como o que decorre do dano moral coletivo.

Já a “autonomia privada coletiva” não é fruto da agregação e integração absoluta da vontade posta no plano individual, não tendo esse caráter homogêneo, visto que o processo de deliberação coletiva vai resultar, muitas vezes, do interesse médio, sendo possível que trabalhadores deliberantes tenham sido parcialmente vencidos em sua perspectiva individual.⁶⁹ Os dissidentes (votos vencidos) concorrem na formação da vontade coletiva sindical.⁷⁰ O interesse coletivo tutelado como expressão da autonomia privada coletiva é síntese, e não soma, dos interesses meramente individuais.⁷¹ Não se pode dizer, portanto, que a vontade da maioria obriga a minoria, mas que os interesses comuns estão representados no concurso de vontade da maioria, respeitados os valores de todos, diante da impossibilidade de uma unanimidade consensual.⁷² O que o caracteriza é a vontade do grupo, organicamente apurada na assembleia e expressada na celebração do contrato coletivo.⁷³

Sendo assim, o identificador reside na busca da normatização do clausulamento derivado da autorregulamentação, a se projetar nas relações individuais de trabalho.⁷⁴ A convenção coletiva ou o acordo coletivo, resultantes da “autonomia privada coletiva”, “[...]”

⁶⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. *Revista de processo*. v. 7, n. 28. São Paulo: RT, out/dez. 1982, p. 8. Como está hoje no art. 81, parágrafo único, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor.

⁶⁸ MONTI, José L. *Los intereses difusos y su protección jurisdiccional*. Buenos aires: Ad-Hoc, 2005, pp. 55-69.

⁶⁹ MARCHETTI, Paolo. *L'essere collettivo*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 82. GIUGNI, Gino. *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*. Milão: Giuffrè, 1960, p. 103.

⁷⁰ Da mesma forma que no Direito Comercial, “[...] a volontà sociale è essenzialmente diversa dalla somma delle volontà riunite dei soci. E tanto vero che la volontà sociale è diversa essenzialmente dalle volontà riunite dei soci, che per determinare la portata di una deliberazione sociale no si va allia ricerca delle intenzione dei singoli soci, ma della intenzione collettiva della maggioranza, quale risulta da suoi ordini del giorno, e che anche la volontà dei dissidenti concorre a formare la volontà sociale, perchè vi è costretta dalla legge fondamentale.” VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. v. 2. Milão: Appiano, 1912, p. 2.

⁷¹ Como dito por Santoro Passarelli: “[...] l’autonomia dei privati viene presa in considerazione in quanto riferibile anche al gruppo sociale: è l’«autonomia privata collettiva», nella quale l’interesse collettivo del gruppo costituisce sintesi, e non somma, degli interessi individuali, destinati a soccombere di fronte ad esso.” *Autonomia collettiva cit.*; Id., Norme corporative, autonomia collettiva, autonomia individuale, in DE, 1958, p. 1187, *Apud* GAETA, Lorenzo di. *La terza dimensione del diritto: legge e contratto collettivo nel novecento italiano*. Disponível em: <www.aidlass.it/wp-content>, p. 21. Acesso em: 04 abr. 2017.

⁷² Assim, expressamente: CHIRONI, G. P. *Istituzioni di diritto civile italiano*. 2ª ed. Vol. 2, Milão: Fratelli Bocca, 1912, p. 69.

⁷³ SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 50.

⁷⁴ MARCHETTI, Paolo. *L'essere collettivo*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 82. GIUGNI, Gino. *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*. *Op. cit.*, p. 103.

não se apresenta, propriamente, como o interesse coletivo, senão como fruto do exercício da autonomia coletiva assegurada à coletividade como fonte de direito".⁷⁵

O interesse na negociação coletiva frustrada,⁷⁶ fruto da "autonomia privada coletiva", será o tutelado processualmente pelo dissídio coletivo,⁷⁷ ao passo que o "interesse público" é sempre tutelado nas ações civis públicas. Desta conexão entre convenção coletiva tentada e sentença normativa obtida, foi que Piero Calamandrei⁷⁸ afirmou:

Um elemento jurisdicional existe também aqui: a magistratura do trabalho não pode proceder a esta formulação de novas normas jurídicas se antes não adquiriu a certeza da existência de uma controvérsia coletiva, no sentido desejado pela lei, de modo que também aqui a intervenção do juiz representa o sucedâneo da conclusão do contrato que falta.

Tanto é que o *"interesse público pode ser contrário ao interesse coletivo e ao sindicato. Eventualmente pode o Ministério Público defender um interesse coletivo, porém – sempre – pelo prisma do interesse público"*.⁷⁹

Posto isso, verifica-se que, enquanto a autonomia privada individual é a fonte do poder negocial – alçada pela Revolução Francesa à máxima exaltação do indivíduo, e instrumento indispensável para a realização da sua personalidade e condição para sua dignidade como pessoa humana –,⁸⁰ a coletiva encontra nítidas limitações, pois é encarada *"[...] não só a partir do indivíduo, como grupo socioprofissional, mostrando o conflito entre o indivíduo (sujeito de liberdade) com o grupo profissional, já que este, como todo grupo, tende a exercer uma autoridade sobre seus membros, porque é portador de uma 'vontade de imperialismo'"*.⁸¹ Ambas as liberdades, individual e coletiva, encontram-se limitadas pelo Estado, pois *"este, na sociedade contemporânea, é 'árbitro supremo' das liberdades de*

⁷⁵ PEDRASSANI, José Pedro. *Supralegalidade dos convênios coletivos*. Op. cit., p. 126.

⁷⁶ Entendendo-se como sendo aquela que não resultou em acordo ou convenção coletiva.

⁷⁷ Em dissertação de mestrado na UERJ, sustentamos que também pode ser tutelado nas ações civis públicas. MAIA FILHO, Paulo Américo. *A ação civil pública como via alternativa ao dissídio coletivo*. Op. cit., passim.

⁷⁸ CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires: EJEJA, 1962, p. 207, apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Curso de direito processual do trabalho*, op. cit., p. 652.

⁷⁹ O interesse público "[...] é superior aos grupos e às coletividades. São várias as distinções entre interesse público e interesse coletivo. Para nós, ao tratar deste estudo, interessa o fato de que os sindicatos podem negociar e transacionar. Já o Ministério Público não pode negociar, tendo em vista que defende direito indisponível e irrenunciável (o interesse público)." ALEMÃO, Ivan. *Direito das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, p. 369.

⁸⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *O processo de elaboração da norma jurídica trabalhista*. São Paulo: 1973, Hemeron, pp. 178-178.

⁸¹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 57 e ss.

indivíduos e de grupos’”.⁸² Assim, em boa hora a advertência de Eduardo Von Adamovich, no sentido de que “[...] *não se deve confundir a autonomia negocial com que constitucionalmente se colocam as categorias de um lado e de outro na negociação coletiva (Constituição, art. 7º, XXVI), com igualdade entre elas, nem com liberdade contratual absoluta*”.⁸³ E isso, porque a liberdade que traduz a autonomia coletiva “[...] *já nasce condicionada pelos mesmos princípios, valores e normas de ordem pública de que se garante o Direito do Trabalho no âmbito das relações ditas individuais*”.⁸⁴ O interesse que a autonomia coletiva produz é transcendente ao individual dos integrantes do grupo, gerador de um valor ontológico.⁸⁵

Assim, se nas relações do direito civil, ordinariamente, alude-se à liberdade como expressão maior da negociação e da contratação,⁸⁶ nas relações coletivas de trabalho, essa liberdade, além das ponderações já feitas, é significativamente atenuada a partir da própria compulsoriedade da participação sindical profissional (CF, art. 8º, VI) e do processo negocial (CLT, art. 616), para o qual nem trabalhadores nem empregadores podem se recusar. A liberdade aqui, não é a do “*livre-arbítrio*’, que é uma liberdade que se analisa sob o aspecto individual e de modo filosófico”;⁸⁷ mas “a *liberdade política*’, que é uma realidade vista sob o ângulo do contexto das comunidades e sua organização”.⁸⁸

De início, os empregadores não têm a liberdade sindical, como expressão da autonomia privada coletiva, consubstanciada na autotutela que os empregados têm: greve. O “lock-out” é vedado pela CLT⁸⁹ e pela Lei de Greve⁹⁰ e constitui ato antissindical. Também sequer têm liberdade absoluta para a concessão e criação de direitos em negociação coletiva,⁹¹

⁸² Loc. cit.

⁸³ ADAMOVICH, Eduardo Raymundo Von. *Comentários à CLT*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 319.

⁸⁴ Loc. cit.

⁸⁵ SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. *Diritto sindacale*, Roma: Laterza, 2007, p. 17.

⁸⁶ MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civil e commerciale*. Milão: Giuffrè, 1959, p. 568.

⁸⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho como instrumento de justiça social. LTr, São Paulo: 2000, p. 77.

⁸⁸ Loc. cit.

⁸⁹ Art. 722. Os empregadores que, individual ou coletivamente, suspenderem os trabalhos dos seus estabelecimentos, sem prévia autorização do Tribunal competente, ou que violarem, ou se recusarem a cumprir decisão proferida em dissídio coletivo, incorrerão nas seguintes penalidades:; Sobre a “serrata” na Itália: MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civil e commerciale*. V. 4. Milão: Giuffrè, 1954, pp. 263-264.

⁹⁰ Lei 7.783/89 (Lei da Greve): Art. 17. Fica vedada a paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados (lockout). Parágrafo único. A prática referida no caput assegura aos trabalhadores o direito à percepção dos salários durante o período de paralisação.

⁹¹ Contra, entendendo que não há restrição na concessão de vantagens e direitos em negociação coletiva. ROMITA, Arion Sayão. *Sindicalismo, economia, estado democrático*: estudos. São Paulo: LTr, 1993, p. 88.

pois há até mesmo restrição à livre disposição patrimonial. Exemplo expressivo reside no disposto no art. 623 da CLT, que dispõe:

Será nula de pleno direito disposição de Convenção ou Acordo que, direta ou indiretamente, contrarie proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira do Governo ou concernente à política salarial vigente, não produzindo quaisquer efeitos perante autoridades e repartições públicas, inclusive para fins de revisão de preços e tarifas de mercadorias e serviços.

Embora se tenha proclamado na doutrina não ter sido o mencionado dispositivo recepcionado pela Constituição de 1988, “*por estabelecer um limite a direitos fundamentais sem autorização constitucional, limite este, numa proposição tão genérica que permitiria anular indiscriminadamente as cláusulas de convenções e acordos coletivos,*”⁹² a sua *ratio* reside na equação entre a liberdade concernente a trabalhadores e empregadores, notadamente para estes na livre disposição do seu patrimônio, e o poder-dever do Estado em realizar a sua política econômica. Destaca José Rodrigo Rodriguez:

As normas trabalhistas estabelecem direitos mínimos, que podem ser ampliados pela vontade das partes. Em princípio, não há limite máximo para a criação de direitos trabalhistas. O empregador é proprietário ou controlador da empresa, está protegido pelo direito constitucional à propriedade privada, podendo dispor, como bem entender, de seu patrimônio, ressalvados os limites constitucionais estatuídos em nome do princípio da função social de propriedade e, no caso do controlador, o interesse dos acionistas, majoritários e minoritários. Mas esta liberdade de disposição de sua propriedade privada é passível de limitação se entrar em choque com outros direitos ou princípios constitucionalmente garantidos. A regra do art. 623 da CLT expressa a contradição fundamental dos direitos sociais: a dificuldade em fazer o Estado agir no sentido de realizar o programa constitucional para além de sua capacidade econômica. Este é o entrave institucional objetivo para a expansão dos direitos sociais, que garante a permanência do Estado em sua condição de capitalista: é o limite da revolução pela via institucional.⁹³

A propósito, tanto o Supremo Tribunal Federal⁹⁴ quanto o Tribunal Superior do Trabalho⁹⁵ têm proclamado a recepção desse dispositivo pela Constituição de 1988, em norma

⁹² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical*. Rio de Janeiro, 2003, p. 452.

⁹³ Loc. cit.

⁹⁴ Supremo Tribunal Federal, com a seguinte ementa: “[...] editada a lei, norma de caráter imperativo, esta se sobrepõe a todas as demais fontes secundárias de direito – convenção, acordo ou sentença normativa –, sendo nula, de pleno direito, disposição de convenção ou acordo coletivo que contrarie proibição ou norma disciplinadora do Governo ou concernente a política salarial vigente (art. 623, CLT)”. Segunda Turma, AI 138553 AgR, Relator: Min. Maurício Corrêa, julgado em 18/04/1995, DJ 08-09-1995; pp. 28359.

⁹⁵ Tribunal Superior do Trabalho: Terceira Turma: “A previsão, em sentido contrário, constante de norma coletiva deve ser tida como nula, exatamente por contrariar lei de política econômica ou salarial, conforme

limitadora à autonomia coletiva, cassando normas de convenção coletiva ou acordo coletivo que o contrariam.

A dimensão da autonomia privada coletiva reside na equação entre a liberdade individual (filosófica, primeiro estágio) e a coletiva (política, segundo estágio), ante as forças econômicas; ante o capital em sentido estrito; ante o Estado e ante os organismos sindicais.⁹⁶ Portanto, embora se diga que as “[...] entidades sindicais, porque negociam no plano transindividual, não tomam em consideração os direitos subjetivos individuais deste ou daquele trabalhador, mas apenas situações-tipo que procuram regular de forma abstrata e geral”,⁹⁷ é preciso que haja correspondência entre a dimensão cognitiva da negociação coletiva, notadamente para o exercício da chamada potestatividade derogatória, e sua representatividade (legitimidade) advinda de cada manifestação individual, autorizando e ratificando o que foi negociado.⁹⁸ Deve ser observado um procedimento de formação da vontade coletiva a espelhar fielmente a deliberação do grupo, a partir das manifestações de vontade individuais.⁹⁹

Do ponto de vista formal, notadamente para o trabalhador enquanto pessoa humana, a transição da autonomia e liberdade individual para a coletiva, centrada em dois estágios, comporta a seguinte configuração:

a) no primeiro, pelo direito de convocação¹⁰⁰ e participação em assembleia deliberativa sindical (CLT, art. 612)¹⁰¹:

estabelece o artigo 623 da CLT. Precedentes: (TST-RR-650.556/2000. Min. Relator José Simpliciano Fontes de F. Fernandes – DJ 12.11.04; TST-E-RR-630.837/2000 - DJ 22.10.2004, Min. Relator Carlos Alberto Reis de Paula). Recurso de Revista não conhecido.” RR - 669515-67.2000.5.11.5555, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 07/12/2004, Data de Publicação: DJ 18/02/2005. Quarta Turma: “A previsão, em sentido contrário, constante de norma em convenção coletiva deve ser tida como nula, exatamente por contrariar lei de política econômica ou salarial, conforme estabelece o artigo 623 da CLT. A Orientação Jurisprudencial nº 40 da SBDI-2 já estabeleceu que os reajustes salariais previstos em norma coletiva de trabalho não prevalecem frente à legislação superveniente de política salarial. Recurso de revista não conhecido.” RR - 629932-75.2000.5.11.5555, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 20/04/2004, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 14/05/2004.

⁹⁶ Como dito por Mário de La Cueva: “[...] incumbe igualmente al Estado defender al hombre contra el totalitarismo sindical”. LA CUEVA, Mário. *Derecho mexicano del trabajo*. Op. cit. pp. 191-192.

⁹⁷ ADAMOVICH, Eduardo Raymundo Von. *Comentários à CLT*. Op. cit., p. 319.

⁹⁸ A representação sindical pressupõe, nesse caso, autorização legal e delegação expressa dos representados por intermédio de suas manifestações de vontade no plano individual. AVONDOLA, Arianna. La riforma dell' art. 2103 AVONDOLA, Arianna. La riforma dell' art. 2103 C.C. dopo il *Jobs Act*. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. Milão: Giuffrè, 2016, nº 3, p. 381, especial, nota de rodapé nº 30.

⁹⁹ Santoro-Passarelli explica a diferença entre interesse (vontade) comum e do grupo: “As pessoas em uma fila de parada de ônibus têm um interesse comum: pegar o ônibus. Nessa fase é só comum e não coletivo. Mas, se decidem formar um grupo para, reunidos, possam pegar ônibus juntos aí o interesse já se torna coletivo.” SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. *Diritto sindacale*, Roma: Laterza, 2007, p. 17.

¹⁰⁰ Também previsto na Itália pelo art. 20 do Estatuto do Trabalhador, que pode ser individual ou coletivamente. MAGNANI, Mariela. *Lezioni di diritto sindacale: soggetti, contratto, conflitto collettivo*. Op. cit., p. 51;

[...] sob o esteio da autonomia da vontade, no qual o indivíduo-deliberante, mediante uma ponderação-apreciação mental, interior e subjetiva, expressava o seu desejo e intenção de que a coletivamente se constituíssem as regras de conduta atinentes às relações de trabalho dos integrantes dessa coletividade com o empregador.¹⁰²

Nesse nível, tem-se uma “preliminar” das propostas de diretrizes negociais a cargo da associação sindical, do próprio esboço de procedimentalidade da via negocial (estratégia de ação sindical) e até de uma proposta contratual.¹⁰³

b) no segundo estágio, pela assembleia ratificadora (CLT, art. 612), na qual: “[...] o requisito deliberativo encontra-se assentado no traslado desse estágio abstrato-psicológico para o mundo real, concretamente posto na autonomia privada como fenômeno de estabelecimento da disciplina jurídica dessas relações de trabalho”.¹⁰⁴ Na sempre paradigmática Itália, o direito de *referendum* encontra-se previsto no art. 21 do Estatuto do Trabalhador, sendo indispensável para evitar aquilo que se cunhou de “deslocamento” entre o sindicato e sua “base”. Um recurso *ex post* para aprovar o pacto coletivo já concluído, em especial do tipo “derrogativo”.¹⁰⁵ Na França, há a possibilidade de a manifestação de ratificação só ocorrer decorrido um período para reflexão de oito dias.¹⁰⁶

O pressuposto de validade das assembleias é a observância do *quorum* deliberativo, enquanto garantia da “mínima representatividade” das entidades convenientes,¹⁰⁷ como

comentando o direito de assembleia à luz da jurisprudência da Corte de Cassação italiana: GIASANTI, Lorenzo. *Corso di diritto sindacale: compendio di giurisprudenza*. Milão: Ed. Universidade de Milão, 2014-2015, p. 22.

¹⁰¹ Embora se proclame a inconstitucionalidade na imposição de um quorum deliberativo, como parece ter sido a diretriz do TST ao cancelar as OJ 13, 14 e 21 da SDC, a instituição da assembleia não é, pois é nela onde se vai apurar a vontade resultante da autonomia privada coletiva.

¹⁰² PEDRASSANI, José Pedro. *Supralegalidade dos convênios coletivos*. São Paulo: LTr, 2014, p. 124.

¹⁰³ A Corte de Cassação da Itália (Sez. lav. de 03 de maio de 1990, nº 3667) entendendo que a ativação do processo de negociação não determina a conclusão do contrato e que eventuais vícios nos atos formais autorizatórios da sua deflagração não o contamina. LAMBERTUCCI, Pietro. Procedure di collocamento e impegno di rispettare la contrattazione collettiva: u'importante decisione della Corte di Cassazione. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. Milão: Giuffrè, 1991, n. 1, pp. 1-9.

¹⁰⁴ Loc. cit.

¹⁰⁵ Como ocorreu, v. g., com o acordo nacional da FIAT em dezembro de 2010 na Itália. MAGNANI, Mariela. *Lezioni di diritto sindacale: soggetti, contratto, conflitto collettivo*. *Op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁶ MARCHETTI, Paolo. *L'essere collettivo*. *Op. cit.*, p. 85, especialmente nota de rodapé nº 77.

¹⁰⁷ O Tribunal Superior do Trabalho cancelou as OJ da SDC 13 e 21, que tinham, respectivamente, os seguintes enunciados: “LEGITIMAÇÃO DA ENTIDADE SINDICAL. ASSEMBLÉIA DELIBERATIVA. QUORUM DE VALIDADE. ART. 612 DA CLT. Mesmo após a promulgação da CF/1988, subordina-se a validade da assembleia de trabalhadores que legitima a atuação da entidade sindical respectiva em favor de seus interesses a observância do quorum estabelecido no art. 612 da CLT.” e “ILEGITIMIDADE AD CAUSAM DO SINDICATO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO TOTAL DE ASSOCIADOS DA ENTIDADE SINDICAL. INSUFICIÊNCIA DE QUORUM. ART. 612 DA CLT.” Entretanto, mesmo após as revogações,

pressuposto da sua “identidade de contingência,” gênese da própria autonomia coletiva.¹⁰⁸ E, mais, está necessariamente assentada na estrita “[...] *correspondência e segurança da livre e justa autonomia de vontade individual, de índole pessoal do cidadão-trabalhador*”.¹⁰⁹ Não como *uti singuli*, mas como membro do grupo.¹¹⁰

Nesse quadro de cogitações, não havendo a correspondência entre autonomia individual e coletiva, inclusive por intermédio da ingerência antissindical¹¹¹ empresarial – dois distintos estágios simbólicos da “autonomia” –, estaria assegurado “[...] *ao trabalhador expressar o seu direito de oposição e, por consequência, de não incidência da fonte jurídica e da normatização nela elencada*”.¹¹² Assim, se a liberdade como garantia fundamental do associativismo trabalhista, fomentador da capacidade cognitivo-deliberativa, for quebrada, pode-se recorrer ao processo de revisão, denúncia ou revogação total ou parcial daquilo que foi pactuado (CLT, art. 615);¹¹³ ou, em sentido inverso, até mesmo à intervenção do judiciário para homologar uma convenção ou acordo, quando a entidade sindical, em afronta à vontade individual dos seus integrantes, devidamente manifestada em assembleias, recusa-se a fazê-lo.¹¹⁴ Portanto, “*em caso de divergência entre a vontade da categoria, ou de parte dela, e a*

algumas Turmas vêm entendendo pela exigibilidade do *quorum* legal e não aquele previsto em estatuto sindical: 2ª Turma, Relator Min. José Roberto Freire Pimenta, proc. RR 128400-31.2008.05.17.0009, julgado em 17.12.2014, Dje de 30.01.2015; e 8ª Turma, Relatora Min. Dora Maria da Costa, AI-RR 510-65.2012.5.09.0018, julgado em 10.06.2015, Dje de 12.06.2015. Pela exigibilidade do *quorum* legal: GOMES NETO, Idalécio. Modalidades da negociação coletiva. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. n. 64. Brasília: Ed. Nacional, 1994, p. 37; e pela inexigibilidade do *quorum* legal, por inconstitucionalidade: GARCIA, Ivan Simões. *Coleção tópicos de direito*. Direito do trabalho, v. 9. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 301-302.

¹⁰⁸ MAGRINI, Sergio. Comentários à decisão da Corte Constitucional de 07 de fevereiro de 1985, nº 34. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. Milão: Giuffrè, 1985, nº 2, p. 164.

¹⁰⁹ PEDRASSANI, José Pedro. *Supralegalidade dos convênios coletivos*. *Op.cit.*, p. 124.

¹¹⁰ MARCHETTI, Paolo. *L'essere collettivo*. *Op. cit.*, p. 90.

¹¹¹ Rachel Betty de Castro Pimenta cita exemplo eloquente de conduta antissindical-empresarial, consubstanciada em pressão para a ratificação de um acordo coletivo em assembleia de empregados objeto de denúncia perante o Comitê de Liberdade Sindical da OIT, *verbis*: “O depoimento de um sindicalista entrevistado exemplifica um ato de ingerência empresarial nas atividades sindicais, ao relatar um caso de uma empresa que enviou seus empregados para uma assembleia sindical específica para a aprovação de um acordo coletivo que era favorável a seus interesses”. PIMENTA, Rachel Betty de Castro. *Condutas antissindicais praticadas pelo empregador*. São Paulo: LTr, 2014, p. 95.

¹¹² PEDRASSANI, José Pedro. *Supralegalidade dos convênios coletivos*. *Op. cit.*, p. 124.

¹¹³ Na Itália, entretanto, doutrina e jurisprudência (Corte de Cassação, n. 10119, de 28.11.1994) entenderam que o referendo não está expressamente previsto como condição suspensiva ou resolutive da eficácia do acordo e, naquele momento, optaram pela tese de que a não ratificação só produz efeitos políticos e não jurídicos. Cf. MAGNANI, Mariela. *Lezioni di diritto sindacale: soggetti, contratto, conflitto collettivo*. *Op. cit.*, p. 53.

¹¹⁴ Nesse sentido notícia do Consultor Jurídico de 11.06.202: “Pela primeira vez em sua história, o Tribunal Superior do Trabalho supriu judicialmente a ausência de um sindicato e consentiu a homologação de um acordo coletivo. A Seção de Dissídios Coletivos do TST entendeu que houve resistência do sindicato de trabalhadores em firmar um acordo coletivo, apesar da aprovação da matéria pela maioria dos empregados. O caso aconteceu em uma empresa do interior paulista.

“Cuida-se de dissídio coletivo inédito e ‘sui generis’ em que a empresa aciona a Justiça do Trabalho para obter endosso a acordo coletivo de trabalho firmado diretamente com Comissão de Negociação dos Empregados para a implantação de banco de horas, em virtude da alegada recusa do sindicato da categoria profissional à negociação coletiva”, explicou o ministro João Oreste Dalazen ao se manifestar sobre a questão e aderir ao voto do ministro Wagner Pimenta, o relator do processo na SDC.

“O ineditismo repousa na circunstância de tratar-se de dissídio coletivo que, em derradeira análise, tem por escopo (objetivo) um suprimento judicial de consentimento não alcançado da entidade sindical representativa dos empregados visando à adoção de banco de horas na empresa”, esclareceu Dalazen.

A briga trabalhista aconteceu entre a empresa Brascabos Componentes Elétricos e Eletrônicos Ltda. e o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas, de Material Elétrico e Ourives de Limeira e Região. As duas partes não chegaram a um consenso sobre a proposta patronal de implantação do chamado banco de horas na empresa, sistema que adapta a duração da jornada de trabalho às oscilações de mercado, a fim de baratear a produção, e compensa o trabalho extraordinário por meio da concessão de folgas aos empregados.

A proposta sobre o banco de horas, apresentada no final do ano de 1997, foi objeto de uma longa controvérsia entre a empresa e o sindicato profissional. Segundo os autos do processo, logo após a eleição de uma comissão de negociação interna (dezembro de 97), a diretoria da empresa formulou o primeiro convite formal ao sindicato para negociar o banco de horas (janeiro de 98). Diante da recusa reiterada da entidade sindical em promover a assembleia para deliberar sobre o tema, uma consulta direta registrou a concordância de 79,69% dos empregados com a proposta patronal.

Na falta do acordo coletivo necessário, em dezembro de 98 foi pedido o arquivamento, junto à Delegacia Regional do Trabalho, de um acerto diretamente firmado com a comissão de negociação para validar o banco de horas. No mesmo mês, houve fiscalização do Ministério do Trabalho na empresa e foram lavrados três autos de infração uma vez que o acordo firmado diretamente com os empregados não foi reconhecido.

Diante do impasse, a Brascabos ajuizou um pedido de dissídio coletivo junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (sediado em Campinas – SP). Durante a audiência de conciliação e julgamento no TRT ficou combinado que haveria uma assembleia na cidade de Rio Claro (SP), no dia 28 de abril de 1999, para tratar do banco de horas. Entretanto, o sindicato profissional estabeleceu em 95% dos interessados o quórum para a instalação da assembleia e dois terços dos votos para a aprovação do banco de horas. A condição foi estabelecida dois dias antes da assembleia.

De um total de 472 funcionários com interesse direto na proposta, 425 compareceram ao encontro e 57% (241 trabalhadores) votaram pela instituição do banco de horas. Outros 177 empregados optaram pela proposta formulada pelo sindicato de adoção de um instrumento de compensação de horas acrescido de uma proposta de estabilidade provisória.

De acordo com as regras firmadas pelo sindicato, a implantação das mudanças na jornada de trabalho necessitaria de 283 votos. Por isso, o sindicato considerou insuficiente o índice de 57% dos votos favoráveis à aprovação do banco de horas. O TRT da 15ª Região julgou improcedente o pedido de dissídio coletivo formulado pela Brascabos a fim de que a Justiça do Trabalho suprisse o consentimento negado pela entidade sindical à homologação do banco de horas.

A empresa ajuizou um recurso ordinário no TST, onde um dos principais temas discutidos foi o quórum exigido para a assembleia. “A questão central do recurso ordinário em dissídio coletivo prende-se ao exame da validade do quórum deliberativo especial imposto unilateralmente pela diretoria do Sindicato profissional”, afirmou Dalazen durante o julgamento.

O ministro do TST afirmou ainda que o artigo 612 da CLT autoriza celebração de acordo coletivo de trabalho por deliberação de assembleia geral especialmente convocada para esse fim com a presença de um terço dos membros. Outra fonte citada foi o próprio estatuto do sindicato paulista que prevê a maioria simples como o quórum necessário para as deliberações em suas assembleias em oposição às exigências estabelecidas pela entidade sindical em relação à empresa Brascabos.

“Entendo que a elevação unilateral do quórum para deliberação encetada pelo sindicato afigura-se não apenas arbitrária e desprovida de respaldo na lei, como também contrariou o próprio acerto firmado pelo sindicato perante o TRT da 15ª Região”.

O ministro se disse “impressionado” com o comportamento do sindicato, “que sistematicamente recusou-se a consultar os associados interessados e injustificadamente se antepôs à negociação com a empresa, o que, evidentemente, é bem diferente de, negociando, defender uma posição contrária aos interesses do empregador”.

Segundo o ministro, “o sindicato não é a categoria; ele representa a categoria, cuja manifestação é soberana, como vontade última de seus desígnios”. Dalazen disse que “não é concebível, sobretudo, admitir-se que a

vontade do sindicato, é possível discussão jurisdicional”.¹¹⁵ Exemplos eloquentes dessa ruptura entre vontade coletiva e individual são as “cláusulas de paz” ou de “trégua”, que proíbem o exercício individual do direito de greve,¹¹⁶ pois o direito de greve e também o direito de não fazer greve são manifestações de um único direito fundamental: aquele da liberdade e da autonomia privada do trabalhador;¹¹⁷ também as cláusulas que exigem de empregados não sindicalizados a contribuição assistencial, para fazer frente aos custos de processos judiciais ou negociações coletivas que envolvem toda a categoria.¹¹⁸

Acrescente-se que, se a tutela ao princípio da liberdade sindical e à autonomia privada coletiva – traduzida em demandas que, além das pretensões trabalhistas, objetivam o combate à fraude eleitoral sindical, discriminação na participação sindical, violação à liberdade de associação e ingerência em sindicatos de trabalhadores por empregadores ou organização destes, dentre outras, inclusive ligadas a sua atuação administrativa – tem dimensão coletiva reconhecida pela própria Organização Internacional do Trabalho, mais especificamente pelas Convenções 87 (art. 11)¹¹⁹ e 98 (art. 3º),¹²⁰ é de se concluir que o interesse merecedor da tutela nos conflitos coletivos de trabalho não é apenas subjetivo, mas subjacente a ele, socialmente relevante, não só ao grupo ou categoria, mas ao próprio sistema de organização do trabalho.¹²¹

vontade artificial do corpo diretivo do sindicato, por mais respeitável que seja, sobreponha-se à vontade livre e soberanamente manifestada dos empregados consubstanciada em deliberação de assembleia geral especialmente convocada para tal fim”.

Os ministros da SDC que votaram contra a concessão do recurso à empresa Brascabos se apoiaram no dispositivo da Constituição Federal (art. 8º, VI), onde é expressa a participação obrigatória dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2002-jun-11/>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

¹¹⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical*. *Op. cit.*, p. 450.

¹¹⁶ LUDOVICO, Giuseppe. L'astensione dallo sciopero nelle clausule di tregua. Item 8: 'La libertà negoziale delle parti nella definizione delle reciproche posizioni. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. Milão: Giuffrè, n. 2, 2014, pp. 322 e ss.

¹¹⁷ Como dito por Francesco Messineo: “Il diritto di non-scioperare (diritto di essere 'crumiri') è manifestazione della 'libertà del lavoro'”. MESSINEO, Francesco. MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. v. 4. *Op. cit.*, pp. 262-263.

¹¹⁸ O STF reafirmou, em repercussão geral, a inconstitucionalidade de tais taxas ou contribuições assistenciais contempladas em convenção, acordo coletivo ou sentença normativa da Justiça do Trabalho. AER n. 1.018.459, Relator: Ministro Gilmar Mendes, julg. 24.02.2017, maioria, vencido o Min. Marco Aurélio Melo.

¹¹⁹ Esta não ratificada pelo Brasil, que adota a unicidade sindical, incompatível com o que dispõe o seu art. 2º: “[...] trabalhadores e empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão o direito de constituir, sem prévia autorização, organizações de sua própria escolha e, sob a única condição de observar seus estatutos, a elas se filiarem”.

¹²⁰ Ratificada pelo Brasil: SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994, pp. 204-205.

¹²¹ MAIA FILHO, Paulo Américo. O resgate da competência jurisdicional normativa trabalhista. Quando a ação civil pública é melhor que o dissídio coletivo? *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho?* COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Organizadores). São Paulo: LTr, 2011, pp. 649-652.

É preciso registrar aquilo que pode apresentar-se à primeira vista como um paradoxo, mas que verdadeiramente não é. Enquanto a EC 45/04 aparentemente permite que qualquer das partes possa recusar-se à negociação coletiva e o consectário disso seria a possibilidade de instauração do dissídio coletivo (CLT, art. 616, §§ 1º e 2º), para o qual precisam consentir (CF, art. 114, § 2º), a CLT, complementa o sentido do texto constitucional em direção contrária à aparência, isto é, que a recusa à negociação (e não à celebração do acordo) é prática antissindical: art. 616, §§ 1º e 2º, da CLT, e esta é a posição tanto da doutrina,¹²² quanto da jurisprudência.¹²³ Portanto, se o caminho é a negociação coletiva, dele não podem furtar-se as representações dos trabalhadores ou empregadores;¹²⁴ pois, se a autonomia privada coletiva é o “poder”¹²⁵ das entidades sindicais de auto-organização e autorregulamentação dos conflitos coletivos do trabalho, desse poder resulta um direito subjetivo dos sujeitos coletivos de acesso à negociação coletiva, conforme consta explícito das Convenções 87 e 98 da OIT.¹²⁶

Estabelecida a limitação subjetiva da autonomia privada coletiva, impõe-se uma análise prospectiva preliminar das suas limitações objetivas: se o princípio da reserva constitucional à autonomia privada coletiva sobrepõe-se ao da reserva legal, prevalecendo o negociado – e renunciado – sobre o legislado; e se esse é o caminho da chamada “flexibilização” das relações de trabalho.

¹²² Dentre tantos: VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976, pp. 175-176. Pontua Marcus de Oliveira Kaufmann: “[...] na maior parte dos casos os trabalhadores são considerados os sujeitos passivos das condutas antissindicalistas, ao passo que os empregadores e seus prepostos são considerados sujeitos ativos daqueles atos.” KAUFMANN, Marcus de Oliveira. *Das práticas antissindicalistas às práticas anti-representativas*. São Paulo: LTr, 2005, p. 182. Paulo Américo Maia Filho, tratando da conduta empresarial: “Enquanto que a recusa ao dissídio coletivo tem de ser expressa, a da negociação coletiva sempre é dissimulada, seja pela aceitação insignificante de cláusulas, seja pela invocação da falta de autorização ou ratificação da categoria econômica às propostas e até pela pressão ou coação que possa ser exercida nos trabalhadores para a aceitação da proposta empresarial.” MAIA FILHO, Paulo Américo. *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho?* *Op. cit.*, p. 650.

¹²³ Em prática antissindical, como ocorreu, *v.g.*, na ação civil pública proposta contra a SADIA S/A. TRT da 3ª Região RO 01628-2006-104-03-00-3, Rel. Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal. In: DJ de 27.06.2007.

¹²⁴ Na Espanha, também há o dever de negociar: art. 89.1 do Estatuto do Trabalhador. *Cf.* LIMA FILHO, Francisco das C. *Negociação e conflito. A conformação da autonomia coletiva e a concertação social no modelo espanhol*. *Op. cit.*, p. 100.

¹²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compendio de Direito Sindical*, 5ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 23.

¹²⁶ A primeira não ratificada pelo Brasil em razão da Constituição de 1988 consagrar o princípio da unicidade sindical; a segunda, ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 49/52 do Congresso Nacional. No sentido serem fontes de um direito fundamental de acesso à negociação coletiva: MAGNANI, Mariela. *Lezioni di diritto sindacale: soggetti, contratto, conflitto collettivo*. *Op. cit.*, p. 24.

Como considerações preliminares, é de estabelecer-se como premissa que o termo “flexibilização” não é sinônimo de “precarização”¹²⁷ ou “desregulamentação”. Enquanto a “precarização” é fraude, ato ilícito, e a “desregulamentação”, sem disfarces, é o desmonte do direito do trabalho, a “flexibilização” “[...] significa, antes de mais nada, apenas no conjunto de medidas destinadas a dotar o direito laboral de novos mecanismos capazes de compatibilizá-lo com as mutações decorrentes de fatores de ordem econômica, tecnológica ou de natureza diversa exigentes de pronto ajustamento”.¹²⁸ Trata-se da atribuição de atenuar, modular, adaptar o direito positivo, em normatização do tipo integrativa, às vezes derogativa.¹²⁹ Não é novo no direito brasileiro, sendo “[...] um instituto no mínimo tão antigo quanto a Consolidação das Leis do Trabalho”.¹³⁰

Citando vários exemplos de normas flexibilizadas na própria CLT, inclusive a própria possibilidade de quebra da regra da irredutibilidade de salários (CLT, art. 530), Otávio Brito Lopes conclui que “[...] a Constituição de 1988 não introduziu a flexibilização na ordem jurídica brasileira, mas, inegavelmente, procurou ampliar as suas hipóteses estabelecendo lindes com status constitucional, aptos a limitar a ação do legislador infraconstitucional e a autonomia privada coletiva”.¹³¹

Impõe-se demonstrar, ainda, que “flexibilização” é gênero que comporta várias espécies: a flexibilização de “adequação”; a “econômica”; e a “abusiva”. Alude-se à de adequação, quando se adapta a rigidez da CLT a uma realidade concreta, como, v. g., a convenção coletiva que permite uma jornada do médico de 24 horas, com cinco dias de descanso;¹³² à econômica, nas situações de dificuldades econômicas do empregador, permitindo-se a redução de direitos em favor da empregabilidade; e à abusiva, quando, inobstante a higidez financeira do empregador e nenhuma particularidade para ser adequada

¹²⁷ Criando uma nova classe, a dos “precarizados”: “the new dangerous class”. Assim, STANDING, Guy. *The precariat – The new dangerous class*. Londres: 2011, Bloomsbury, *passim*. Para Giovanni Alves, “[...] precariado diz respeito a uma nova camada da classe social do proletariado constituída especificamente por jovens-adultos altamente escolarizados imersos em relações de trabalho e emprego precário. Portanto, o conceito de precariado implica o cruzamento das determinações de ordem geracional, educacional e salarial.” ALVES, Giovanni. *Dimensões da precarização do trabalho*. Baurú: 2013, Canal 6, p. 241.

¹²⁸ NASSAR, Nazaré Sidrim. *Flexibilização do direito do trabalho*. São Paulo: 1991, p. 20.

¹²⁹ AVONDOLA, Arianna. La riforma dell’ art. 2103 C.C. dopo il *Jobs Act*. In: *Op. cit.*, p. 381, especial, nota de rodapé nº 30.

¹³⁰ BRITO LOPES, Otávio. Limites da flexibilização das normas legais trabalhistas. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa [Et. al.]. *Direito e processo do trabalho em transformação*. Rio de Janeiro: Enselfelder, 2007, 2ª imp., p. 186.

¹³¹ *Ibid.*, p. 187. Da mesma forma sobre o tema: GOMES NETO, Idalécio. Modalidades da negociação coletiva. *Op. cit.*, pp. 41 e ss.

¹³² Nesse sentido Palestra da Professora e Desembargadora Vólia Bonfim Cassar com o tema “Flexibilização” no I Congresso Internacional das Escolas Judiciais da 6ª, 13ª e 19ª Regiões, Recife, 30 de outubro de 2017.

na estrutura de trabalho, há renúncias de direitos trabalhistas na busca da maximização dos lucros empresariais, como é o caso de algumas despedidas em massa à luz da subespécie flexibilização de saída, como se demonstrará adiante (*infra*, 8.3).

Então, o que se pretende é desvelar quais seriam os limites para a autonomia privada coletiva naquilo que se denomina “flexibilização” das relações trabalhistas, entendendo-se esta como a capacidade da sua adaptação normativa ao novo cenário, nacional e transnacional. Não apenas como um “modelo” de adaptação, mas como “método” cognitivo e compositivo da ontologia do metabolismo social ínsito às relações entre o capital e trabalho.

Esse tema será retomado no estudo do controle da legalidade das convenções coletivas e, mais na frente, nas suas conclusões.

1.6 Níveis

Se a negociação é “método” cognitivo e compositivo das relações entre o capital e o trabalho, criador de normas em abstrato atinentes às particularidades de determinado grupo ou categoria, deve adaptar-se à natureza e circunstâncias das várias situações coletivas discutidas.

É da natureza do direito a ser criado e da amplitude do conflito que surgem os critérios para a solução.¹³³ Portanto, a negociação como “realidade fenomenológica” tem a força de projetar a negociação enquanto “método ou modelo” de criação e autocomposição.

Assim, na expectativa de se atingir os resultados desejáveis, a negociação coletiva se apresenta em vários níveis, procurando amoldá-la à dimensão vertical ou horizontal dos conflitos coletivos.

Verticalmente, tem-se o nivelamento da negociação em conformação com a abrangência ou profundidade dos temas tratados: (a) transnacional, com discussões sobre temas internacionais, cujo foro de discussão deve ser a OIT; (b) nacional, com interesses amplos, como o que ocorre no momento de reforma trabalhista em crise social, cujo foro de discussão são os grandes foros públicos a partir do próprio parlamento; (c) por categoria, com um aprofundamento dos temas no âmbito das representações sindicais; e (d) por empresa, quando os temas forem mais superficiais e próximos aos de rotina de trabalho e onde o melhor ambiente é o do interior da empresa ou estabelecimento.¹³⁴

¹³³ É a situação de direito material que molda a sua instrumentalização. PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli, 2006, 5ª ed., p. 6.

¹³⁴ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 776.

A dimensão horizontal do conflito reflete-se em negociações adaptadas territorialmente, se internas, sempre coincidindo com a base territorial das entidades contratantes, que não pode ser inferior à de um município (CF, art. 8º, II), podem ser: (a) transnacionais, cujos conflitos coletivos extravasam as barreiras territoriais dos países, notadamente com empresas multinacionais; (b) comunitárias, como ocorre em termos de Comunidade Europeia e Mercosul; (c) nacionais, incluindo os pactos sociais de “concertação social”, como os tripartites, em que atuam os Estados, trabalhadores e empresários, e servem como um “programa” a ser cumprido pelos seus atores,¹³⁵ ou quando as empresas envolvidas tiverem dimensão nacional; (d) regionais; (e) locais; (f) por empresa; (g) seção de empresa; e (h) até membros específicos de uma empresa.¹³⁶

Quanto ao seu nivelamento por “articulação”, as negociações “articuladas” “[...] como uma pirâmide sindical-negocial, no topo as entidades sindicais de cúpula tratam de temas de maior generalidade, irradiando-se para os níveis menores, formando-se um feixe de acordos em degraus diferentes, autônomos entre si, mas compondo um todo unitário”.¹³⁷ Nas “desarticuladas” a autonomia é plena, ensejando uma negociação completamente autônoma, inexistindo qualquer restrição para instâncias ou sobre o seu conteúdo.¹³⁸

Tem-se, por fim, as “centralizadas” e as “descentralizadas”. Estas, do setor (geral e nacional) para a empresa (local), permitindo-se uma participação mais direta dos empregados.¹³⁹ Aquelas, em “recentralização”, da empresa única, para grupos, redes de empresas.¹⁴⁰

A tendência é a de se achar um ponto de equilíbrio em articulação de todos os níveis da negociação, para que as negociações gerais e centrais tenham mais um caráter de recomendação para as sub-negociações locais e descentralizadas, ou para limitá-las, permitindo-se, inclusive, a abertura para as cláusulas derogatórias, respeitado um núcleo mínimo de garantias,¹⁴¹ como ocorre, v. g., na Alemanha e Itália.¹⁴² E, em sentido oposto, para

¹³⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 5. ed., São Paulo: LTr, 2008, p. 406.

¹³⁶ MAISTRO JÚNIOR, Gilberto Carlos. *O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva*. São Paulo: LTr, 2012, p. 231.

¹³⁷ PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. *A boa fé nas negociações coletivas trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2011, p. 59.

¹³⁸ SCUDELER NETO, Julio Maximiniano. *Negociação coletiva e representatividade sindical*. São Paulo: LTr, 2007, p. 39.

¹³⁹ PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. *A boa fé nas negociações coletivas trabalhistas*. *Op. cit.*, p. 63.

¹⁴⁰ SUPIOT, Alain. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 159-171.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 163.

limitar a aplicação da teoria da especificidade no controle de legalidade dos respectivos conteúdos eficaciais, como se demonstrará (*infra*, 6.3).

¹⁴² BIASI, Marco. Retribuizione di produttività, flessibilità e nuove prospettive partecipative. Especialmente item “3” “El descentramento 'spontaneo' in Germania. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. Milão, n. 2, 2014, pp. 348-349. Também na Itália, *Ibid.*, p. 359.

2 ESTRUTURA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA: SUJEITOS

Lançadas as premissas para o estudo da negociação coletiva, é de serem propostas as bases da sua estrutura, iniciando pelos seus sujeitos em confronto com a verdadeira metamorfose com que o trabalho, enquanto eixo de centralidade social, passa, na regência da sociedade internacional contemporânea, diante do avanço da tecnologia da informação e da internacionalização dos métodos de produção.

Para tanto, estabeleceremos um diálogo entre a nova morfologia do trabalho, a sua precarização estruturante e suas projeções nos sujeitos coletivos de trabalho, refletidas na crise da representação sindical.

2.1 Aspectos da nova morfologia do trabalho

A intensificação da tecnologia nas estruturas de produção estaria colocando o trabalho vivo ou material à margem do contexto contemporâneo de sociabilidade e de referência de valor nas estruturas capitalistas avançadas. E, dessa forma, na perspectiva do debate pós-marxista,¹⁴³ os trabalhadores, como categoria ou classe, estariam sendo superados, enquanto referência de vida em sociedade, por outras entidades extraídas da tecnologia e da comunicação¹⁴⁴.

Portanto, se, de um lado, a autonomia privada coletiva seria o novo centro gravitacional gerador das normas das relações de trabalho, de outro, estaria ela comprometida pela fragilidade da representação dos trabalhadores, fundada nos atuais sujeitos coletivos: a crise da representatividade sindical.

A análise dessas questões, como ponto de partida neste tópico, passa, necessariamente, pelo enfrentamento pontual de alguns fenômenos surgidos após a chamada “globalização”, decorrentes dos impactos que esta provocou nas estruturas dos estados, das empresas e dos sujeitos coletivos de trabalho.

¹⁴³ Instalado por GORZ, André. *Adeus ao proletariado: para além do socialismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982, *passim*; e desenvolvido por HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2002, *passim*.

¹⁴⁴ OFFE, Claus. Trabalho como categoria sociológica fundamental? *Trabalho e sociedade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, Vol. 1, *passim*.

Um dos mais importantes e da mais alta relevância é o da revolução tecnológica da comunicação, enquanto fenômeno pós globalização, que facilitou, de um lado, o acesso de milhares de pessoas às informações em tempo real; e, de outro, criou um verdadeiro mundo virtual, com a disseminação de redes sociais e outras formas comunicativas, que influenciou uma mudança de posição e do *modus operandi* das empresas e dos trabalhadores. Trata-se do advento da chamada “*sociedade internacional da informação*”, que faz nascer o *cibertariado*, o novo proletariado da era cibernética, de um trabalho (quase) virtual, em um mundo (muito) real, aludindo-se ao sugestivo título do livro de Ursula Huws.¹⁴⁵

E será no contexto desse ambiente social e econômico alterado¹⁴⁶ que se analisará, pontualmente, a nova morfologia do trabalho que, de um lado, se apresenta estruturalmente mais precarizado¹⁴⁷; de outro, mais cognitivo e intelectualizado, produtor de bens imateriais;¹⁴⁸ e, também, os reflexos que disso advém em suas relações com o capital, pela incapacidade, ou deficiência, de uma regulamentação estatal, o que leva à autorregulamentação: a negociação coletiva.

Por enquanto, fica a constatação, que será a base para o desenvolvimento desse tópico, de que várias foram as transformações que a mundialização capitalista da economia introduziu nas relações entre o capital e o trabalho nas últimas décadas, e que isso se projetou e continua a se projetar nos modelos clássicos de representatividade sindical. O trabalho no mundo contemporâneo, por conta de tais conformações, assumiu várias feições: “*ao mesmo tempo, cria e subordina, emancipa e aliena, humaniza e degrada, oferece autonomia, mas gera sujeição, libera e escraviza*”.¹⁴⁹ E, a partir daí, o sindicalismo perde a sua singularidade restrita e o seu valor ontológico, notadamente no que se refere à representatividade dos trabalhadores nos múltiplos e polissêmicos coletivos de trabalho.

Portanto, constituída a premissa inicial, a partir da tese da nova morfologia do trabalho na sociedade capitalista internacional, a dita sociedade internacional da informação, que se propõe à autorregulamentação na negociação coletiva, verificar-se-á, em prospecção fenomenológica: (a) a crise da representatividade sindical, com ênfase na desconstrução do

¹⁴⁵ HUWS, Ursula. *The making of a cybertariat: virtual work in a real world*. New York, Londres: Monthly Review/The Merlin, 2003, *passim*.

¹⁴⁶ Loc. cit.

¹⁴⁷ ANTUNES, Ricardo. Século XXI: nova era da precarização estrutural do trabalho? In: ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy (Orgalizadores). NOGUEIRA, Arnaldo Mazzei (et. al). *Infoproletários*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009, p. 231-238.

¹⁴⁸ GORZ, André. *Imaterial*. São Paulo: Anablume, 2005, pp. 19.

¹⁴⁹ ANTUNES, Ricardo. *Século XXI: nova era da precarização estrutural do trabalho?*, *Op. cit.*, p. 233.

hoje “*mito*” da unicidade; e (b) a iminente (e necessária) migração da negociação por representação (sindical), para a negociação direta.

2.1.1. A precarização estruturante do trabalho

No contexto do grande poder estratégico das empresas transnacionais¹⁵⁰, potencializado pelas megafusões, foram incorporados conceitos e expressões da luta sindical da década de 1960, como “*controle operário*” e “*participação social*”, mas agora com objetivos e conformações totalmente distintos.¹⁵¹ Como dito por Ricardo Antunes, “*o exemplo das cooperativas talvez seja o mais eloquente, uma vez que, em sua origem, elas eram reais instrumentos de luta e defesa dos trabalhadores contra a precarização do trabalho e o desemprego*”.¹⁵²

Portanto, as falsas cooperativas, criadas em escala global, se multiplicaram como instrumentos da estratégia empresarial para minimizar custos da escala produtiva internacional, no sentido do não cumprimento da legislação trabalhista aplicável aos empregados em geral.

Até mesmo a expressão “*empreendedorismo*” foi usurpada como nova forma de precarização do trabalho, na estratégia empresarial de diminuição do ciclo de produção. Luciano Vasapollo¹⁵³, a respeito:

As novas figuras do mercado de trabalho, os novos fenômenos do empreendedorismo, cada vez mais se configuram em formas ocultas de trabalho assalariado, subordinado, precarizado, instável, trabalho ‘autônomo’ de última geração, que mascara a dura realidade da redução do ciclo produtivo. Na verdade, trata-se de uma nova marginalização social e não de um novo empresariado.

Ainda nessa parte sombria da internacionalização dos métodos de produção e no desenfreado objetivo de se diminuir o custo com a atividade laboral, são criados novos mecanismos que encobrem a precarização estruturante do trabalho¹⁵⁴, como os terceirizados,

¹⁵⁰ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta prohibida. Op. cit.*, p. 261.

¹⁵¹ ANTUNES, Ricardo. *Século XXI: nova era da precarização estrutural do trabalho? Op. cit.*, p. 233.

¹⁵² Loc. cit.

¹⁵³ VASAPOLLO, Luciano. *O trabalho atípico e a precariedade*. São Paulo: Expressão Popular, 2005, p. 10.

¹⁵⁴ Reflexo do desemprego estruturante, que faz o trabalhador se submeter às condições precarizadas do trabalho. Como dito por Lauro Monteclaro: “O que é desemprego estrutural ou tecnológico? É o desemprego gerado pela eliminação de postos de trabalho, de forma definitiva, dos métodos de produção. Ele é causado

subcontratados,¹⁵⁵ modalidades exemplificativas da institucionalização da informalidade nas relações entre o capital e o trabalho.

Luciano Vasapollo:

Com o pós-fordismo e a mundialização econômico-produtiva, o trabalho ilegal vem assumindo dimensões gigantescas, também porque países industrializados deslocaram suas produções para além dos limites nacionais e, sobretudo, vêm investindo em países nos quais as garantias trabalhistas são mínimas e é alta a especialização do trabalho, conseguindo, assim, custos fundamentalmente mais baixos e aumentando a competitividade [...]. A globalização neoliberal e a internacionalização dos processos produtivos estão acompanhadas da realidade de centenas e centenas de milhões de trabalhadores desempregados e precarizados no mundo inteiro. O sistema fordista nos havia acostumado ao trabalho pleno e de duração indeterminada. Agora, ao contrário, um grande número de trabalhadores tem um contrato de curta duração ou de meio expediente; os novos trabalhadores podem ser alugados por algumas poucas horas ao dia, por cinco dias na semana ou por poucas horas em dois ou três dias da semana.¹⁵⁶

Exemplo significativo desse fenômeno é a tendência à institucionalização da “uberização” das relações de trabalho, pois “o *Uber* torna evidente a tendência de transformação do trabalhador em microempreendedor e em trabalhador amador produtivo”.¹⁵⁷ Já em curso no Brasil, sob o pálio da Lei n. 13.352/2016, a Lei “Salão parceiro – profissional parceiro”, conforme a explica Ludmila Costek Abílio:

Trata-se de um novo passo nas terceirizações, que, entretanto, ao mesmo tempo que se complementa também pode concorrer com o modelo anterior das redes de subcontratações compostas pelos mais diversos tipos de empresas. A uberização consolida a passagem do estatuto de trabalhador para o de um nanoempresário-de-si permanentemente disponível ao trabalho; retira-lhe garantias mínimas ao mesmo tempo que mantém sua subordinação; ainda, se apropria, de modo administrado e produtivo, de uma perda de formas publicamente estabelecidas e reguladas do trabalho. Entretanto, essa apropriação e subordinação podem operar sob novas lógicas. Podemos entender a uberização como um futuro possível para empresas em geral, que se tornam responsáveis por prover a

essencialmente pela ‘reengenharia’ ou ‘reestruturação’ produtiva das empresas e eventualmente, de órgãos públicos. Ele é muito diferente do desemprego ‘conjuntural’ onde a falta de emprego é causada por um conjunto de fatores negativos e prejudiciais aos negócios. O desemprego conjuntural pode ser combatido por medidas macroeconômicas e políticas de desenvolvimento, por exemplo, o desemprego estrutural não.” MONTECLARO, Lauro. Desemprego estrutural e desemprego disfarçado. **CMI Brasil**, 09 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2004/06/282636.shtml>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

¹⁵⁵ Sobre o tema: PERUZZI, Marco. Il principio di effettività del diritto alle ferie in caso di trasformazione del contratto al part-time. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. Milão: Giuffrè, n° 2, 2014, pp. 263 e ss.

¹⁵⁶ VASAPOLLO, Luciano. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁵⁷ ABÍLIO, Ludmila Costek. *Uberização do trabalho: subsunção real da viração*. Disponível em: <<http://passapalavra.info/2017/02/110685>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

infraestrutura para que seus “parceiros” executem seu trabalho; não é difícil imaginar que hospitais, universidades, empresas dos mais diversos ramos adotem esse modelo, utilizando-se do trabalho de seus “colaboradores just-in-time” de acordo com sua necessidade.¹⁵⁸

Do ponto de vista da desterritorialização da produção, como consequência da reestruturação produtiva e da nova divisão internacional entre empresas e trabalhadores, sempre voltada para a acumulação do capital, a reengenharia empresarial gerou grande impacto em novas conformações do trabalho vivo. A adoção da informatização produtiva no programa cunhado como *just-in-time* instituiu o modelo de trabalhador polivalente, manipulador de máquinas multiúso.¹⁵⁹

Na esteira da implantação de métodos participativos, que buscam o envolvimento do trabalhador nos objetivos empresariais,¹⁶⁰ se perseguia, paradoxalmente, aquilo que se denomina *liofilização organizacional*, consistente em um processo gradual de substituição do trabalho vivo pelo trabalho morto, ou seja, pelo maquinário técnico informacional, criando um novo modelo de trabalhador, aquele cunhado como “*colaborador*”.¹⁶¹

O pior é que, se na era industrial o meio de trabalho era ferramenta, e o homem, mero apêndice da máquina, na fase pós-industrial ou informacional,¹⁶² o homem, no plano virtual, transforma-se em vigia da máquina *informacional* (a “pós-máquina”); se naquela, o que estava posto era o homem trabalhador como força de trabalho, aqui “[...] *o que está posto em questão é o homem como trabalho vivo*”¹⁶³, operando-se “[...] *de modo radical a redução do trabalho vivo à força de trabalho*”.¹⁶⁴ Nessas condições, “*o ‘homem tecnológico’ é o homem rendido à manipulação/‘captura’ da subjetividade pelo capital, cuja disputa íntima o dilacera (o que explica o surto de adoecimentos mentais no mundo do trabalho)*”.¹⁶⁵ E, nesse

¹⁵⁸ Loc. cit.

¹⁵⁹ Também conhecido como método toyota, centrado na busca de redução de custos de estocagens, pela produção somente do necessário, da quantidade necessária e no momento necessário. ANTUNES, Ricardo. A nova morfologia do trabalho no Brasil. Reestruturação e precariedade. *Revista Nueva Sociedad*. Junho de 2012. Disponível em: <www.nuso.org>. Acesso em: 14 out. 2014.

¹⁶⁰ Aqui, por enquanto, sem o sentido de participação efetiva dos trabalhadores na gestão empresarial, mas apenas o seu envolvimento no processo de produção. *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Giovanni Alves identifica a era industrial como a *manifatura* e a pós-industrial ou informacional como *maquinofatura*. ALVES, Giovanni. *Dimensão da precarização do trabalho*. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁶³ Loc. cit.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 27.

¹⁶⁵ *Id.*

contexto, instauram-se “[...] processos ideológicos de dessubjetivação de classe e a corrosão radical do ser genérico do homem (o sociometabolismo da barbárie)”.¹⁶⁶

Essa nova e intensificada fórmula de estruturação produtiva provocou a desverticalização das relações de trabalho, por meio da redução de níveis hierárquicos, aumentando significativamente a subcontratação e a terceirização,¹⁶⁷ ainda que na atividade-fim.

O que se vê, nessa feição da terceirização e da internacionalização da produção, é uma atuação empresarial da qual resulta a modificação, para pior, do padrão que se tinha do trabalho vivo, precarizando-o de forma institucionalizada.

2.1.2 A imaterialidade do trabalho complexo

Se, de um lado, a atuação empresarial influencia negativamente na nova morfologia do trabalho, como se viu (*supra*, 2.1), degradando-o, de outro, a adoção de um modelo mais rico de organização empresarial produtiva, resultante dos avanços tecnológicos, faz gerar a difusão de empregos qualificados, pautados pela autonomia e pela criatividade.

Essa posição pós-industrial¹⁶⁸, hoje, é vista de forma revitalizada, com base em dados estatísticos que apontam na direção de promessas concebidas à luz do tão propalado processo organizacional da informação, que traria consigo a missão de superação do trabalho degradado pela inserção ocupacional nos chamados empregos complexos, criados pelas inovações tecnológicas.¹⁶⁹ Nesse ponto, há de se realçar a necessidade de novas formulações empresariais para lidar com esse tipo de novo empregado, em relação ao qual o elemento subordinativo, hoje necessário para a configuração das relações empregatícias, quase desaparece. É assim que se conclui que “o emprego nas chamadas tecnologias de informação e comunicação foi concebido quase como sinônimo do não trabalho, tal a disjuntiva e mesmo antinomia que opera em relação à modalidade vigente de trabalho assalariado”.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Id.

¹⁶⁷ DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica: um estudo crítico do processo petroquímico*. São Paulo: Boitempo, 1999, *passim*.

¹⁶⁸ BELL, Daniel. *O advento da sociedade pós-industrial: uma tentativa de previsão social*. São Paulo: Cultrix, 1977, p. 23.

¹⁶⁹ Cf. CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 2007, Vol. 1, *passim*.

¹⁷⁰ Apresentação do livro. ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy (Organizadores). NOGUEIRA, Arnaldo Mazzei (et. al). *Infoproletários*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009, p. 8.

Mas não ficam aqui as inquietações quanto à necessidade de adoção de um novo modelo comunicativo entre empresas e trabalhadores, para fins de adaptação à nova morfologia do trabalho.

Alude-se à tese a respeito da imaterialidade do trabalho e da perda de referência quanto ao seu tempo e, em consequência, quanto ao seu valor.¹⁷¹

Essa formulação polêmica representa um novo e forte contraponto à posição marxista, segundo a qual a referência de valor das mercadorias se estabelece pelas correspondentes quantidades ou somas de trabalho investidas, realizadas, plasmadas nelas.¹⁷²

Assim, para André Gorz, “*A heterogeneidade das atividades de trabalho ditas ‘cognitivas’, dos produtos imateriais que elas criam e das capacidades e saberes que elas implicam, torna imensuráveis, tanto o valor das forças de trabalho quanto o de seus produtos*”.¹⁷³

E conclui:

A crise da medição do tempo de trabalho engendra inevitavelmente a crise da medição do valor. Quando o tempo socialmente necessário a uma produção se torna incerto, essa incerteza não pode deixar de repercutir sobre o valor de troca do que é produzido. O caráter cada vez mais qualitativo, progressivamente menos mensurável do trabalho, põe em crise as noções de pertinência de “sobretalho” e “sobrevor”. A crise da medição do valor põe em crise a definição da essência do valor. Ela põe em crise, por consequência, o sistema de equivalências que regula as trocas comerciais.¹⁷⁴

Trata-se, na verdade, da revitalização ou da reiteração da tese de Habermas, segundo a qual a automação e a informatização fizeram com que o trabalho deixasse de ser a principal força produtiva¹⁷⁵.

Essas teses são polêmicas e desafiam várias críticas. Ricardo Antunes, a respeito:

Portanto, em vez da substituição do trabalho pela ciência, ou ainda da substituição da produção de valores pela esfera comunicacional, da substituição da produção pela informação, o que se pode presenciar no mundo contemporâneo é uma maior *inter-relação*, uma maior *interpenetração* entre as

¹⁷¹ GORZ, André. *Imaterial, Op. cit.*, p. 29-30.

¹⁷² MARX, Karl. *Salário, preço e lucro*. Conferência de 1865, perante a Associação Internacional dos Trabalhadores.

¹⁷³ GORZ, André. *Imaterial, Op. cit.*, p. 29.

¹⁷⁴ *Ibid*, p. 30.

¹⁷⁵ HABERMAS, Jurgem. *The theory of communicative action* (reason and rationalization of society). Londres: Polity Press, 1991, Vol. 1; *The theory of communicative action* (the critique of functionalist reason). Londres: Polity Press, 1992, Vol. 2.

atividades produtivas e as improdutivas, entre as atividades fabris e as de serviço, entre as atividades laborativas e as de concepção, que se expandem no contexto da reestruturação produtiva do capital. O que remete ao desenvolvimento de uma concepção ampliada para se entender a forma de ser do trabalho no capitalismo contemporâneo, e não a sua negação.¹⁷⁶

E conclui:

Entretanto, as teses que propugnam a prevalência do trabalho imaterial hoje (com a conseqüente desmedida do valor) parecem equivocadas. De nossa parte, ao contrário, cremos que as formas do trabalho imaterial expressam as distintas modalidades de trabalho vivo, necessárias para a valorização contemporânea do valor. Na fase laborativa em que o saber científico e o saber laborativo se mesclam ainda mais diretamente, a potência criadora do trabalho vivo assume tanto a forma (ainda dominante) do trabalho material como a modalidade tendencial do trabalho imaterial.¹⁷⁷

Para a finalidade do presente estudo, seja sob o pálio da tese da prevalência do trabalho imaterial e da sua correspondente desmedida do valor, seja sob a da manutenção do trabalho, tanto material, quanto imaterial, como fontes de referência de valor, é de se esperar uma nova postura das empresas e trabalhadores na interpretação e na adaptação das práticas produtivas ao novo “*sentido do trabalho*”.

2.2 Sujeitos “estipulantes” da negociação coletiva

Feitas as conformações preliminares da verdadeira metamorfose pela qual o trabalho, enquanto eixo de sociabilidade, passa no deslocamento do *telos* do homem trabalhador para o homem trabalhador tecnológico e suas projeções no *modus operandi* das empresas, impõe-se a identificação dos “sujeitos estipulantes” da negociação coletiva.

De início, uma distinção faz-se necessária. Embora interligados, por força da organização e representatividade sindical, os “sujeitos estipulantes” ou “sujeitos da negociação” não são necessariamente os “sujeitos da convenção”¹⁷⁸, entendendo-se estes como aqueles sobre os quais as convenções coletivas produzem efeitos e que serão tratados no tema correspondente: dimensão subjetiva das convenções (*infra*, 5.5.1).

¹⁷⁶ ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009, p. 254.

¹⁷⁷ Loc. cit.

¹⁷⁸ Expressamente: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 332.

Posto assim, como cada país tem a sua própria e peculiar organização sindical, identificaremos os “sujeitos da negociação” no contexto da nossa organização, marcada por forte intervenção da legislação que, em princípio, consagra o monopólio dos sindicatos (CF, art. 8º, VI). Para as convenções, a legislação indica exclusivamente os sindicatos: categoria profissional – trabalhadores – e categoria econômica – empregadores – (CLT, art. 611, *caput*); para os acordos, os sindicatos de categoria profissional e as empresas (CLT, art. 611, § 1º).

A admissibilidade das federações (agrupamentos verticalizados de sindicatos – CLT, art. 534) e confederações (agrupamentos verticalizados de federações – CLT, art. 533) para figurarem como “sujeitos da negociação” é apenas em caráter subsidiário (CLT, art. 611, § 2º), “[...] de modo que apenas diante da falta de sindicato numa categoria é que poderão assumir a negociação, fazendo-o, portanto, apenas nos casos de categorias inorganizadas em sindicatos numa determinada base territorial”.¹⁷⁹ E, ainda assim, em ordem sucessiva, pois só atuarão as confederações quando não existirem federações.

Embora não sejam admitidas as “comissões de fábrica” e “associações não sindicais” como “sujeitos da negociação” do lado dos trabalhadores (CF, art. 8º, VI), na omissão daqueles legitimados ordinariamente para a negociação, poderão estes assumir diretamente, para fins internos da empresa (CLT, art. 617, § 1º c/c o art. 510-A).

Então, pode-se concluir que, do lado dos trabalhadores, a legitimação como “sujeitos estipulantes” da negociação é atribuída “ordinariamente” aos sindicatos (CF, art. 8º, VI e CLT, art. 611). Em legitimação “extraordinária”, subsidiária e sucessiva, também podem ser “sujeitos estipulantes” da negociação, as federações (CLT, art. 611, § 2º, primeira parte), as confederações (CLT, art. 611, § 2º, segunda parte) e, por fim, as comissões de fábrica ou associações não sindicais e até representantes de setores da empresa (CLT, art. 617, § 2º c/c o art. 510-A), respeitados os limites das suas representações legais ou informais. As Centrais Sindicais estão fora do sistema de organização sindical piramidal e verticalizado brasileiro e, como tais, não estão legitimadas como “sujeitos da negociação coletiva”, a não ser como assistentes dos entes que a detêm, como se demonstrará (*infra*, 2.2.7). Estas possuem uma “legitimidade supletiva” daquela ordinária ou extraordinária.¹⁸⁰

Do lado empresarial, além de todas as entidades de personalidade sindical representativas de categoria econômica (sindicatos, federações e confederações), podem atuar

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 333.

¹⁸⁰ PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. A boa fé nas negociações coletivas trabalhistas. *Op. cit.*, p. 59.

como “sujeitos estipulantes” da negociação coletiva diretamente as empresas (CLT, art. 611, § 1º).

Esse tema será retomado adiante (*infra*, 2.3).

2.2.1 A crise da representatividade e a desconstrução do “mito” da unicidade sindical

Os conceitos de representação e representatividade sindical não se confundem. O primeiro, decorre da aquisição da personalidade sindical, enquanto o segundo, decorre da legitimidade que o representante detém, na defesa dos interesses dos representados.

Nos sistemas de liberdade sindical, a questão da representatividade assume duas perspectivas: (a) quando os próprios atores sociais optam por um sindicato único, definindo, livremente, um único sindicato a representá-los, o tema não tem relevância, pois a questão da representatividade se exaure na da representação; (b) entretanto, quando há pluralidade de sindicatos, o tema tem relevância primordial, pois, dentre os detentores de representação sindical (os que detêm personalidade sindical), é imperiosa a definição preliminar a respeito de qual deles detém a representatividade adequada, ou seja, quem detém legitimidade para a representação.¹⁸¹

O tema, todavia, será tratado apenas na perspectiva do caso brasileiro, que adota o sistema da unicidade sindical. Nesse sistema, o sindicato único detém a representação sindical conferida por lei, independentemente da sua efetiva representatividade. É que “*sistemas de unicidade sindical até podem impor critérios para a avaliação da representatividade, mas não como uma forma de seleção entre os diversos sindicatos existentes, apenas como um modo de habilitação do sindicato único*”.¹⁸²

2.2.2 A perda da essencialidade e a subjetividade do trabalho

A questão reside em como a classe trabalhadora poderá reagir ou adaptar-se à nova morfologia do trabalho vivo que, de um lado, precariza-o substantivamente por práticas empresariais internacionalizadas e, de outro, coloca-o em desprestígio no contexto da força produtiva, e até mesmo fora do eixo central como referencial de valor (*supra*, 2.1).

¹⁸¹ SARCEDO, Cristiana Lapa Wanderley. *Representatividade sindical e negociação coletiva*. São Paulo: LTr, 2011, p. 47.

¹⁸² Loc. cit.

A perda da essencialidade do trabalho, (des)socializando-o no mundo do capital globalizado e financeirizado, torna frágeis os trabalhadores e suas instituições coletivas nas reivindicações por direitos, ou mesmo pela manutenção de um padrão condizente com a dignidade humana. Esse é um tema que não é novo¹⁸³, mas relativamente novas são as modalidades eloquentes de demonstração de como, e até que ponto, o trabalho vivo se tornou completamente “*descartável*”.

Alude-se, aqui, ao fenômeno da deslocalização (*offshoring*) das empresas. Se antes havia, intensamente, a migração de trabalhadores de um país para o trabalho em outro¹⁸⁴, hoje, embora isso continue, notadamente, em se tratando de trabalhadores de países pobres, assiste-se a outro fenômeno decorrente da mundialização da economia: os deslocamentos, internos ou internacionais, de unidades produtoras inteiras, ou de parte delas, fomentadores da já mencionada flexibilização da política fiscal e trabalhista de alguns estados que disputam o capital externo.¹⁸⁵

A utilização da expressão “flexibilização” no sentido de adaptação do Direito do Trabalho ao novo cenário não é tão recente e é tema recorrente desde o final dos anos 1970. Até então, a função principal desse ramo do direito era a de equilibrar a concorrência entre trabalhadores para que uns não aceitassem trabalho em condições que não seriam as mínimas e a própria negociação coletiva tinha como referência o princípio protetivo: melhorar as condições de trabalho. Se viu, entretanto, que o gesso protetivo do empregado acabou por ter um efeito “bumerangue”.¹⁸⁶

Então, tudo isso é reflexo da perda da essencialidade do trabalho, que se projeta em perda do poder de pressão reivindicativo, inclusive das greves, e no enfraquecimento da ação sindical.

¹⁸³ MAGGIOLINI, Piercarlo. As negociações trabalhistas e a introdução de inovações tecnológicas na Europa. Petrópolis: Ibase, 1988, p. 11-21.

¹⁸⁴ Cf. a respeito, as Recomendações da OIT n. 061, de 1939, n. 062, do mesmo ano, e n. 086, de 1949, esta tendo substituído as anteriores, sobre a “*migração para o emprego*”, bem como a n. 100, de 1955, sobre a “*Proteção aos Trabalhadores Migrantes*”, e a n. 151, de 1975, sobre “*Trabalhadores Migrantes*”. Ainda, a Convenção OIT n. 097, relativa aos “*Trabalhadores Migrantes (Revista em 1949)*”, ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 20, de 1965, do Congresso Nacional e promulgada pelo Decreto n. 58.819, de 14 de julho 1966, além da Convenção n. 143, sobre “*Trabalhadores Migrantes*”, não ratificada pelo Brasil. R061 – Migration for Employment Recommendation, 1939 (N. 61) – Disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f>>.

¹⁸⁵ FRANCO FILHO, Georgeton Sousa. Deslocalização internacional e interna. *Revista LTr*, São Paulo, v. 77, n. 2, p. 154-158, fev. 2013.

¹⁸⁶ Palestra do Professor João Leal Amado com o tema “Reforma Trabalhista em Portugal” no VII Congresso Internacional de Direito do Trabalho, promovido pela Academia Brasileira de Direito do Trabalho, São Paulo-SP, 29 de setembro de 2017.

2.2.3 O trabalho material, o imaterial e a crise de representatividade (profissional) coletiva

Essa questão assume relevo no contexto da subjetividade ínsita à nova morfologia do trabalho, como se viu (*supra* 1.1, 1.2 e 2.1), que põe, no topo de uma pirâmide, os trabalhadores ultraqualificados, que atuam no âmbito informacional, produtores do trabalho dito “*imaterial*”, e, na base, trabalhadores precarizados, terceirizados e subempregados, produtores do trabalho “*material*”. Aqueles assumem o trabalho de dimensão cognitiva, intelectualizado, com ampla autonomia e alto potencial de geração de valor, e estes, os demais, ficam submetidos aos mais amplos e sofisticados mecanismos de controle e subordinação, modos coativos e primitivos de violência, agora com a utilização da tecnologia¹⁸⁷.

Nesse contexto do trabalho imaterial, que deságua na questão da subjetivação do trabalho, deve ser destacada a interpretação conferida por Giuseppe Cocco, para quem, na sociedade pós-industrial, vai se sobressair um trabalhador comunicativo, inserido em um ente fabril estruturado em cadeia produtiva social, em que o desempenho vem a depender de fluxos comunicacionais, e na qual a produtividade vai ser aferida, não na mensuração quantitativa do trabalho (o sobretrabalho), mas nas capacidades de modulação linguístico-comunicativa de cooperação dentro e fora da fábrica:¹⁸⁸ estruturas gerenciais de produção facilitadoras da criação de grupos participativos, de equipes, agora em torno da subjetividade própria das exigências qualitativas do trabalho.¹⁸⁹

O problema dessa hegemonia do trabalho imaterial e da subjetivação dos processos produtivos de trabalho é que desafia um outro processo de disputa, não apenas entre empregados, mas também entre empregados e empregadores, que deságua na possível criação de um outro sujeito político. “*Abre-se agora um terceiro período de organização do poder:*

¹⁸⁷ ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. *Op. cit.* p. 251. Sirlei Márcia de Oliveira exemplifica: “O atendente das CTAs vive o exemplo mais apurado do uso da tecnologia na mensuração da produtividade e na intensificação do controle de trabalho. É um ofício que se exerce a partir de restrições quase absolutas, no que diz respeito à gestão do tempo e à intensificação do trabalho. O atendente submete-se à ‘fiscalização eletrônica’ desde a movimentação na PA até o registro da quantidade de atendimentos realizados, o que não é decidido por ele, mas pela máquina.” OLIVEIRA, Sirlei Márcia de. Os trabalhadores das centrais de teleatividades no Brasil: da ilusão à exploração. *Infoproletários*, *Op. cit.*, p. 122.

¹⁸⁸ COCCO, G. Trabalho e cidadania: produção e direitos na era da globalização. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 91.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 81.

aquele da política da comunicação ou, também, da luta para o controle ou libertação do sujeito da comunicação”.¹⁹⁰

Seja em relação aos que realizam trabalho imaterial, seja o material, vê-se um bem elaborado discurso estratégico empresarial, relacionado à maior participação e envolvimento ideológico dos trabalhadores com os objetivos da empresa, o que, se não é negativo ou inteiramente verdadeiro¹⁹¹, aponta para “*uma nova formulação discursiva que envolve os trabalhadores, enquanto os distancia dos sindicatos*”.¹⁹²

A repercussão de tudo reside na possibilidade de serem instituídas cláusulas coletivas liberatórias para o exercício da potestatividade derogatória nos respectivos contratos individuais, como se demonstrará (*infra*, 5.4.2.2.1). É que “[...] *os trabalhadores com trabalho de dimensão cognitiva têm plena consciência dos seus direitos e da dimensão da sua ‘força contratual’; e, ao invés, o trabalhador subordinado de hoje – não muito diferentemente daquele da década de 1970 – que não se identifica profissionalmente, não tem força para a contratação, seja individual, seja coletiva*”.¹⁹³

2.2.4 A fragmentação sindical pela desterritorialização

Sempre é dito que o núcleo da Constituição é o da liberdade sindical (CF, art. 8º, *caput*) e que a exceção é a unicidade (inc. II).¹⁹⁴

Um dos primeiros efeitos da ausência de representatividade é o que faz com que o monopólio do sindicato único na mesma base territorial não consiga conter a sua desterritorialização. Trata-se do fenômeno da fragmentação territorial sindical.

Isso decorre da compreensão judicializada pelo Tribunal Superior do Trabalho, segundo a qual, uma vez respeitada a área mínima de um único município, a criação¹⁹⁵ ou

¹⁹⁰ LAZZARATO, M.; NEGRI, Antônio. *Trabalho imaterial, formas de vida e produção de subjetividade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001, p. 39.

¹⁹¹ A maioria das coisas é determinada pelo mercado: competitividade, redução de custos, lucratividade. Nesse sentido: OLIVEIRA, Sirle Márcia de. Os trabalhadores das centrais de teleatividades no Brasil: da ilusão à exploração. *Infoproletários, Op. cit.*, p. 134.

¹⁹² Loc. cit.

¹⁹³ AVONDOLA, Arianna. La riforma dell' art. 2103 C.C. dopo il Jobs Act. *Rivista italiana di diritto del lavoro. Op. cit.*, p. 388.

¹⁹⁴ Embora se diga, também, que a “*liberdade sindical*” do *caput* do art. 8º, da CF, é norma de “*fachada*”. ROMITA, Arion Sayão. Liberdade sindical no Brasil: a ratificação da Convenção 87 da OIT. In: PEREIRA, Armand F. (Organizador). *Reforma sindical e negociação coletiva*. Brasília: OIT, 2001, p. 30; Ou, para outros, norma “*de engodo*”. KAUFMAN, Marcus de Oliveira. Uma visão prospectiva da atuação jurisdicional em relação à organização sindical. *Revista LTr*, São Paulo, maio 2009, p.566.

desmembramento¹⁹⁶ de categorias superpostas pelo critério territorial não ofende o princípio da unicidade. Manifesta oposição ao princípio da agregação pelo sindicato mais abrangente, mais antigo e, na maioria dos casos, mais representativo.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Da Seção de Dissídios Coletivos do TST, com a tese da licitude da criação de novo sindicato por desmembramento da base territorial do anterior: “DISSÍDIO COLETIVO. REPRESENTATIVIDADE DA CATEGORIA PROFISSIONAL. DESMEMBRAMENTO VÁLIDO DE SINDICATO. 1. O princípio da unicidade sindical não obsta a que sindicatos sejam criados a partir do desmembramento da base territorial de outra entidade, desde que respeitado o módulo mínimo de um município (art. 8º, inciso II, da Constituição Federal). 2. Não configurada mera sobreposição de base territorial, de modo que remanesçam municípios sob o âmbito da representatividade do Sindicato profissional mais antigo, patente a representatividade do novo sindicato que se desmembrou para representar a categoria profissional nos municípios desmembrados. 3. Recurso Ordinário interposto pelo Sindicato profissional Opoente a que se nega provimento.” Processo: RODC – 2020500-72.2003.5.02.0000 Data de Julgamento: 13/09/2007, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, DJ 26/10/2007.

¹⁹⁶ Validou-se o desmembramento de um sindicato, criando-se outro mais específico, na aplicação do princípio da liberdade sindical, uma vez que não havia impedimentos do novo sindicato ao exercício da representação sindical do sindicato desmembrado. TST, 1ª Turma, unânime, proc. n. RR-137/2005-004-10-00.8, Relator Ministro Vieira de Mello Filho. DJe 11.04.2008.

¹⁹⁷ Da Terceira Turma, quando esta seguia a posição do Ministro Maurício Godinho Delgado: “RECURSO DE REVISTA. REPRESENTAÇÃO SINDICAL. INFERÊNCIA DO SINDICATO MAIS REPRESENTATIVO E LEGÍTIMO, AFIRMATIVO DA UNICIDADE CONSTITUCIONALMENTE DETERMINADA. PRINCÍPIO DA AGREGAÇÃO SINDICAL COMO DIRETRIZ REGENTE DESSA ANÁLISE. SINDICATO OBREIRO MAIS AMPLO, ABRANGENTE, FORTE E REPRESENTATIVO, USUALMENTE MAIS ANTIGO, EM DETRIMENTO DO SINDICATO MAIS RESTRITO E DELIMITADO, USUALMENTE MAIS RECENTE. AGREGAÇÃO SINDICAL PRESTIGIADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E PELO TRT DE ORIGEM. A Constituição Federal afastou a possibilidade jurídica de intervenção e interferência político-administrativas do Estado, via Ministério do Trabalho e Emprego, no sindicalismo (art. 8º, I, CF/88). Reforçou o papel dos sindicatos na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas (art. 8º, III, CF/88). Alargou os poderes da negociação coletiva trabalhista, sempre sob o manto da participação sindical obreira (art. 8º, VI; art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, CF/88). Entretanto, manteve o sistema de unicidade sindical (art. 8º, II, CF/88), no sentido de estruturação por categoria profissional ou diferenciada, com monopólio de representação na respectiva base territorial, preceito direcionado no texto constitucional às organizações sindicais de qualquer grau (art. 8º, II, CF). Decidiu o TRT o conflito intersindical com suporte no princípio da agregação, de modo a identificar como mais legítimo e representativo o sindicato com categoria profissional mais larga e abrangente, além de mais antigo, que na hipótese é o Sindicato dos Trabalhadores na Agricultura Familiar de Joselândia. Esse sindicato representa diversos trabalhadores enquadrados como rurais, entre os quais os agricultores e agricultoras que exerçam suas atividades individualmente ou em regime de economia familiar, portanto, de forma mais ampla do que o segmento específico e delimitado referenciado pelo outro sindicato mais recente (SINTRAF). Esse entendimento ajusta a interpretação ao melhor e mais consistente sentido objetivado pelo Texto Máximo de 1988 (art. 8º, I, II e III, CF). A diretriz da especialização pode ser útil para a análise de certos aspectos de outras relações jurídicas, sendo porém incompatível para a investigação da estrutura sindical mais legítima e representativa, apta a melhor realizar o critério da unicidade sindical determinado pela Constituição (art. 8º, I e II CF/88) e concretizar a consistência representativa que têm de possuir os sindicatos (art. 8º, III e VI CF/88). Para esta investigação sobre a legitimidade e representatividade dos sindicatos torna-se imprescindível, portanto, o manejo efetivo e proporcional do princípio da agregação, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho. Sendo assim, o recurso de revista não preenche os requisitos previstos no art. 896 da CLT, pelo que inviável o seu conhecimento. Recurso de revista não conhecido.” RR – 126600-88.2010.5.16.0020, julgamento: 26/06/2013, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 01/07/2013. Mas, no julgamento do RR-36300-08.2008, Sessão de 16.10.2013, a tese então prevalente ficou vencida e a Terceira Turma, a partir de então, relativizou o princípio da agregação pela unicidade, como se verá adiante.

Trata-se, como se vê, da adoção da tese explícita da “unicidade sindical mitigada” (ou violada) também pelo Supremo Tribunal Federal, com o mesmo padrão argumentativo, ou seja, tanto pela possibilidade de se criar mais um sindicato na base sindical de um anterior¹⁹⁸, quanto pelo desmembramento do anterior, sem o seu consentimento.¹⁹⁹ Essa posição no Supremo encontra-se pacificada há mais de quinze anos.²⁰⁰

Essa tese também encontra apoio na doutrina. Nesse sentido, leciona Amauri Mascaro Nascimento²⁰¹:

Um sindicato nacional pode sofrer a investidura de outro sindicato sobre a sua base de atuação. Em alguns casos, o fracionamento de uma base territorial é lícito. Um sindicato estadual pode perder parte de sua base territorial. É o que se verifica quando é criado um sindicato municipal. Um sindicato nacional pode perder parte da base territorial para um sindicato estadual. Logo, a dissociação de bases territoriais não é ilícita.

Com todo o respeito, essa posição só seria admitida, por exceção, nas hipóteses pontuais relacionadas a categorias ecléticas, próximas, não idênticas, mas que formavam, a despeito disto, uma só categoria; e, mesmo assim, acaso houvesse a possibilidade de vida associativa regular e de ação sindical eficiente; jamais de forma indiscriminada e generalizada, sem se avaliar esses pressupostos de admissibilidade, como se está fazendo.

¹⁹⁸ Segunda Turma: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SINDICATO. DESMEMBRAMENTO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL. IMPROCEDÊNCIA. 1. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não implica ofensa ao princípio da unidade sindical a criação de novo sindicato, por desdobramento de sindicato preexistente, desde que o território de ambos não se reduza a área inferior a de um município. 2. Agravo regimental desprovido.” RE 573.533, Relator Ministro Ayres de Britto; julgado em 14.02.2012, DJE 16.03.2012.

¹⁹⁹ Da Primeira Turma: “ORGANIZAÇÃO SINDICAL – UNICIDADE SINDICAL MITIGADA. Mostra-se possível o desmembramento de Sindicato com a criação de um novo a representar a mesma categoria, desde que situado em município diverso. Inteligência do artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal.” RE 646509 AgR / SP, Relator Ministro Marco Aurélio Mello, Julgamento: 05/08/2014, DJE-163 de 22-08-2014; Da Primeira Turma: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SINDICATO. DESMEMBRAMENTO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL. IMPROCEDÊNCIA. Caso em que determinada categoria profissional – até então filiada a sindicato que representa diversas categorias, em bases territoriais diferentes – forma organização sindical específica, em base territorial de menor abrangência. Ausência de violação ao princípio da unicidade sindical. Precedente. Agravo regimental desprovido.” RE 433195, AgRe, Relator Ministro Ayres de Britto, Julgamento: 20.05.2008, DJe de 19.09.2008.

²⁰⁰ Da Segunda Turma, decisão de 1999: “Os princípios da unicidade e da autonomia sindical não obstam a definição, pela categoria respectiva, e o consequente desdobramento de área com criação de novo sindicato, independentemente da aquiescência do anteriormente instituído, desde que não resulte, para algum deles, espaço inferior ao do território de um município (Constituição Federal, art. 8º, II).” RE 227.642 e 153.534, ambos relatados pelo Ministro Otávio Galloti, DJ de 30.04.1999.

²⁰¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. *Compêndio de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 228.

Mas, além do atestado de legalidade judicialmente conferido ao fenômeno da desterritorialização sindical, a despeito da unicidade, assistimos a outro fenômeno, dele decorrente: o da fragmentação territorial com o objetivo aparentemente antagônico, qual seja, o de garantir “*a unidade da categoria e evitar que ‘aventureiros’ venham tentar dividi-la no futuro*”.²⁰² E assim, assiste-se à criação de “*muitos ‘sindicatos de gaveta’, cuja existência está apenas no papel, sem qualquer ação sindical concreta*”.²⁰³ Já existem mais de 15.666 sindicatos com registro ativo no Brasil, dos quais 10.654 são de categoria profissional,²⁰⁴ embora, em 2010, já se estimasse que, computando-se as entidades sindicais que atuam na informalidade, o número era próximo dos 20.000,²⁰⁵ sabendo-se que, em países que adotam a liberdade total de associação sindical, os números são significativamente mais baixos, alguns chegando, apenas, às centenas e outros às dezenas de sindicatos.²⁰⁶

A relativização, violação ou mitigação da unicidade, então, passa a se projetar sobre toda a pirâmide sindical vertical.

Se é requisito para a constituição de uma federação de determinada categoria, a filiação de, pelo menos, cinco entidades sindicais (CLT, art. 534, *caput*), e se esta contar com número superior ao mínimo exigido, a saída de cinco delas, para a formação de outra entidade, dentro da mesma base territorial, não implica a extinção daquela. A nova federação vai ser criada com os cinco sindicatos que se desfiliam da anterior, mas esta continuará existindo com os remanescentes. Então, dentro de uma mesma base territorial federativa e na mesma categoria profissional, podem coexistir várias federações. Um exemplo é o da Federação dos Metalúrgicos da Central Única dos Trabalhadores (CUT), que nasceu com a saída de vários sindicatos da antiga Federação dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico do Estado de São Paulo. Criada a nova, ambas passaram a coexistir, desde 1993, dentro da mesma base territorial.²⁰⁷

Portanto, se a mesma solução se aplica às confederações, é de se dizer que, além da relativização ostensiva ao princípio da unicidade, que vem sendo quebrado em todos os seus sentidos, assiste-se à tendência de extinção das entidades sindicais nacionais, estaduais,

²⁰² MEIRELLES, Davi Furtado. Liberdade sindical – o modelo ideal. *Revista LTr*, São Paulo, maio 2010, p. 544.

²⁰³ Loc. cit.

²⁰⁴ Site do Ministério do Trabalho e Emprego: <www.mte.gov.br>. Acesso em: 28 out. 2014.

²⁰⁵ MEIRELLES, Davi Furtado. **Liberdade sindical** – o modelo ideal. *Op. cit.*, p. 544.

²⁰⁶ Id.

²⁰⁷ Ib.

regionais ou intermunicipais,²⁰⁸ que se anunciava, inclusive, pelas restrições judicialmente impostas à atuação daquelas de representação superior à do território de um município, como a obrigatoriedade de realização de múltiplas assembleias, para o atingimento de *quorum* deliberativo.²⁰⁹

Aludindo-se à posição da Justiça do Trabalho sobre o tema, tem-se dito tratar-se de uma “*jurisprudência, afastada de uma análise investigativa quanto à detenção, real, na prática, da representatividade sindical em casos atinentes à declaração de nulidade de registro ou de representatividade sindical, ou em casos de dissolução sindical, facilmente foi se amoldando à estrutura formalista estatal de reconhecimento, artificial, de representatividade sindical*”.²¹⁰ E aqui, complementa-se, esta posição é tomada: (a) não mais em atenção ao denominado direito de precedência ou da anterioridade sindical, respeitante à unicidade, mas em oposição a ele;²¹¹ e (b) não porque a posição jurisprudencial tenha sido construída deliberadamente à margem da discussão sobre representatividade sindical, mas porque “*se contam nos dedos as causas em que efetivamente se discute uma verdadeira pretensão declaratória de representatividade sindical, em razão do risco evidente que uma pretensão dessas oferece ao autor da demanda;*”²¹² e é isso o que “*impede que o debate em torno da legítima representatividade sindical se apresente claramente nesses dissídios intersindicais não coletivos*”.²¹³

Do que se expôs, verifica-se o factível colapso do sindicalismo de agregação abrangente à base territorial.

2.2.5 A fragmentação sindical pela (maior) especificação

Não é de hoje que afloram as críticas a respeito do critério de sindicalização por vínculo social básico, homogêneo, que pressupõe uniformidade e que leva em consideração, de um lado, a atividade (categoria) econômica desenvolvida pelo empregador e, de outro, a atividade (categoria) profissional em que se insere o empregado, independentemente da sua

²⁰⁸ *Ib.*, p. 543.

²⁰⁹ Era o caso da Orientação Jurisprudencial n. 14 da Seção de Dissídios Coletivos do TST, cancelada em 2003.

²¹⁰ KAUFMAN, Marcus de Oliveira. Uma visão prospectiva da atuação jurisdicional em relação à organização sindical. *Op. cit.*, p. 569.

²¹¹ Alude-se à tese do STF de “mitigação da unicidade sindical”.

²¹² KAUFMAN, Marcus de Oliveira. Uma visão prospectiva da atuação jurisdicional em relação à organização sindical. *Op. cit.*, p. 569.

²¹³ *Loc. cit.*

função, cargo ou atribuições efetivamente exercidos na empresa.²¹⁴ Esse critério também não comporta divisão fundada em maior ou menor dimensão de cada ramo ou empresa.²¹⁵

Essa é, também, uma das razões da crise da representatividade sindical, pois a generalização por categoria, ao contrário do que ocorre nos sistemas de sindicalização heterogênea, traz dispersão não cooperativa, na medida em que os representados tornam-se desconhecidos e não identificados,²¹⁶ muitas vezes titulares de interesses antagônicos.

Assim, a “sindicalização por categoria era típica de um movimento político caracterizado pela proibição de negociar”.²¹⁷

Portanto, essa representação (e representatividade) por categoria (vínculo social básico), à primeira vista, apresenta-se inadequada e completamente ultrapassada,²¹⁸ pois: (a) incompatível com a nova morfologia e polissemia do trabalho contemporâneo (*supra*, 1), na medida em que pressupõe tratamento igual a situações diferentes, de diferentes trabalhadores; e (b) por consequência, revela inaptidão à negociação coletiva.

O que resulta disso é semelhante à desterritorialização sindical: a judicialização da quebra da unicidade, desta feita pela maior especificidade, em decorrência da interpretação que se faz do art. 570, parágrafo único, da CLT. Como os critérios, antes estabelecidos pela extinta Comissão de Enquadramento Sindical, mencionada no dispositivo, não são mais objetivos, dependendo de interpretação subjetiva para cada caso concreto, abriram-se as portas para que uma situação mais específica qualquer justifique a criação do novo ente.²¹⁹

Embora o Tribunal Superior do Trabalho ainda não tenha uma posição pacificada a respeito do tema,²²⁰ vai se consolidando a tese da possibilidade de criação²²¹ ou

²¹⁴ Art. 8º, incs. II, III e IV e art. 511 e 570 da CLT.

²¹⁵ Orientação Jurisprudencial n. 23, da Seção de Dissídios Coletivos do TST.

²¹⁶ ROMITA, Arion Sayão. Sindicalização por categoria. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, Ano IV, São Paulo: LTr, 1996, p. 33-58.

²¹⁷ *Id.*, p. 82.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ MEIRELLES, Davi Furtado. *Liberdade sindical – o modelo ideal*. *Op. cit.*, p. 544.

²²⁰ A Terceira Turma prestigiava o princípio da agregação, a partir da judiciosa posição do Ministro Maurício Godinho Delgado, até o precedente proferido no RR-36300-08.2008.5.020031, na Sessão de 16.10.2013, quando o Ministro ficou vencido (RR – 36300-08.2008.5.02.0031 Data de Julgamento: 16/10/2013, Redator para o acórdão o Ministro Alexandre Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/11/2013); a partir desse precedente, passou a consagrar o princípio da maior especificação. A Sétima Turma, ainda prestigiando o princípio da agregação: “RECURSO DE REVISTA - MANDADO DE SEGURANÇA - REGISTRO SINDICAL - CATEGORIA PROFISSIONAL - DESMEMBRAMENTO. O desmembramento de entidades sindicais em categorias mais restritas, com amparo exclusivamente em critérios artificiais de especialidade, não encontra amparo no vetor constitucional da unicidade previsto no art. 8º, II, da Constituição Federal, tampouco no princípio da equivalência entre os contratantes coletivos, não podendo ser chancelada pelo ideal de agregação que rege o Direito Coletivo do Trabalho.” RR - 819-41.2011.5.10.0003

desmembramento²²² por uma maior especificação, muitas vezes desarrazoada, olvidando-se o princípio da agregação e, claro, o da unicidade. São exemplos persuasivos dessa tendência generalizada à fragmentação sindical por uma suposta maior especificação a criação de sindicatos de empregados em empresas fornecedoras de refeições tipo *fast-foods*²²³ e daqueles em *shoppings centers*.²²⁴

Data de Julgamento: 10/12/2013, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Publicação: DEJT 13/12/2013.

²²¹ Da Quarta Turma: RECURSO DE REVISTA - ENTIDADE SINDICAL GENÉRICA - DESMEMBRAMENTO - CRIAÇÃO DE ENTIDADE SINDICAL ESPECÍFICA - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA UNICIDADE - VIOLAÇÃO - AUSÊNCIA. É garantia individual assegurada constitucionalmente o direito à liberdade de pensamento, à reunião pacífica, à liberdade associativa e à criação de associações de qualquer natureza, em conformidade com o disposto no art. 5º, IV, XVI, XVII, XVIII e XX, da Constituição da República. Além disso, o próprio art. 8º, *caput*, da Carta Magna assegura a livre associação profissional e sindical. Partindo desse ponto, o princípio da unicidade sindical, estabelecido no art. 8º, II, da Carta Magna, não é absoluto e não resguarda, incondicionalmente, a intangibilidade do sindicato mais antigo, sendo permitida a criação de novos sindicatos por desmembramento da base territorial ou da categoria mais específica, nos termos dos arts. 570 e 571 da CLT. Dessa forma, é absolutamente legítima a criação de novo ente sindical representativo da categoria profissional mais específica em sua base territorial. RR – 204800-95.2009.5.08.0205; Julgamento: 31/10/2012, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DJe de 09/11/2012.

²²² Da Seção de Dissídios Coletivos: “RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPUTA DE REPRESENTATIVIDADE SINDICAL. DISSOCIAÇÃO E DESMEMBRAMENTO DE SINDICATO. À luz do art. 8º, da Constituição Federal, que consagra a liberdade sindical e a organização por categorias, o sistema sindical brasileiro comporta a possibilidade de dissociação e de desmembramento, conceitos relativos à criação de sindicato para representar categoria mais específica antes contemplada em sindicato mais abrangente bem como para representar categoria em base territorial mais reduzida, observado o módulo municipal, nos termos do art. 571 da CLT. Tais fenômenos não implicam desrespeito ao princípio da unicidade sindical, pois conduzem à conclusão de que o sindicato mais amplo e com base territorial mais extensa pode sofrer alterações na representatividade. Confirmada a obtenção de registro sindical para representar categoria profissional específica em um único Município, impõe-se conferir legitimidade passiva -ad causam- à nova entidade. Aplicação da Súmula 677 do STF e OJ 15 da SDC/TST. Recurso Ordinário a que se nega provimento.” RO – 534-53.2010.5.15.0000, julgamento: 10/06/2013, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, DJe de 21/06/2013.

²²³ Da Sexta Turma, vencido o Ministro Augusto César de Carvalho: “RECURSO DE REVISTA. ENQUADRAMENTO SINDICAL. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. Verifica-se que a representatividade do sindicato autor (SINTHORESP) inclui a categoria profissional dos empregados de hospedaria em geral e de restaurantes, churrascarias, cantinas, pizzarias, bares, lanchonetes, sorveterias, confeitarias, docerias, buffets, fast-foods e assemelhados. Abrange, portanto, diversos tipos de atividades, de forma que o desmembramento da categoria relativa aos empregados que exercem atividades no ramo de empresas de fast food é plenamente possível, não ensejando violação do princípio da unicidade sindical. Assim, não constatado no caso concreto nenhum choque de representatividade, não há como falar que a decisão da Corte Regional afrontou o artigo 8º, II, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido.” Processo: RR - 2480-94.2011.5.02.0062 Data de Julgamento: 06/08/2014, Redator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/09/2014. No mesmo sentido, da Quarta Turma: AIRR- 2332-82.2011.5.02.0030, Julgamento em 09.04.2014, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, DJe 15.04.20134; e da Terceira Turma: AIRR-442.40.2012.5.02.0009, Julgamento em 30.04.2014, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado (depois de vencido na sua tese do respeito ao princípio da agregação), DJe 09.05.2014.

²²⁴ No TST, a Sexta Turma, no AIRR: 17049420125090020, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 07/04/2014, negou provimento ao recurso do sindicato desmembrado, sem entrar no mérito da questão, Data de Publicação: DEJT 15/04/2014. A mesma Sexta Turma, no AIRR-802-73.2013.5.09.0872, Julgamento: 05.11.2014, por mim relatado, deu provimento ao recurso do sindicato desmembrado, por possível violação ao art. 511 da CLT, em acórdão ainda não publicado. O TRT da 9ª Região vem consagrando expressamente a legalidade do sindicato dos empregados em shoppings center. Cf. RO- 91197-

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal vem consagrando explicitamente a tese da possibilidade de cisão da categoria, em classes de trabalhadores, pela maior especificação.²²⁵

Deve ser realçado que a própria Portaria n. 186/2008 do Ministério do Trabalho e Emprego, que hoje disciplina os pedidos de registro sindical, relativiza (ou viola) o princípio da unicidade, ao somente contemplar previsão de indeferimento, na situação de “*coincidência ‘total’ de categoria e base territorial do sindicato postulante com sindicato registrado*” (art. 5º, inc. III), admitindo, por exclusão, o registro por superposição “*parcial*” de sindicatos dentro da mesma categoria e da mesma base territorial do suposto sindicato único.²²⁶ Aliás, nesse prisma administrativo, se não há impugnação ao pedido de registro, ou se esta é arquivada por ausência de algum pressuposto extrínseco para sua admissibilidade formal,²²⁷ não são verificados eventuais vícios na constituição ou fundação de entes sindicais requerentes, “*mormente no que diz respeito, ou não, pelos entes sindicais envolvidos, a uma verdadeira democracia sindical interna*”.²²⁸

Também aqui, assiste-se à proliferação judicializada e administrativamente consentida de sindicatos por fragmentação e dispersão de categorias, em manifesta quebra ou violação dos princípios da agregação e da unicidade.

2.2.6 O sistema confederativo e a (não) representação por profissão

2004-662-09-00-6, DJe de 20/03/2009, Rel. Des. Eneida Cornel; e RO-05194-2008-872-09-00-5, Rel. Des. Eneida Cornel, DJe de 28.09.2012, dentre outros.

²²⁵ Da Segunda Turma: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ENTIDADES SINDICAIS. CISÃO DE CATEGORIA POR ESPECIFICAÇÃO. IDENTIDADE ENTRE CATEGORIAS RESULTANTES. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.” Ag.Rg. no RE n. 87.448-DF, Relator Ministro Teori Zavascki. DJe de 30.09.2014. Neste acórdão, são usados os fundamentos de precedente também da Segunda Turma que reputou válido o desmembramento sindical por maior especificação, consignando que, naquela situação, “a categoria reunia, pelo menos, três classes de trabalhadores, cada qual correspondendo a uma das três atividades econômicas relacionadas, para não falar na do comércio de minerais, o que, na verdade, se foi decisivo para uma única representação sindical, não constitui, entretanto, fator que impeça o desmembramento desta.” RE 202.097-SP, Relator Ministro Ilmar Galvão. DJ de 04.08.2000.

²²⁶ A Portaria n. 186/2008, do MTE foi objeto de quatro Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade: ADI 4120, 4126, 4128 e 4139, todas sem qualquer decisão do STF, mas com parecer do Procurador-Geral da República que aponta pela sua inconstitucionalidade parcial no tema. No site do STF, há a notícia segundo a qual: “No entendimento de Antonio Fernando, ao permitir a existência paralela de diversas entidades representativas de uma mesma categoria em uma única base territorial a Portaria estaria, de fato, ferindo o princípio da unicidade sindical.” Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 nov. 2014.

²²⁷ Como a perda do prazo e todas as situações do art. 10, incs. I ao X, da Portaria n. 186/2008.

²²⁸ KAUFMAN, Marcus de Oliveira. Uma visão prospectiva da atuação jurisdicional em relação à organização sindical. *Op. cit.*, p. 567.

A Constituição Federal consagrou o sistema federativo verticalizado em três graus, ao vinculá-lo a uma contribuição para o seu custeio (art. 8º, inc. IV). Na base estão os sindicatos, no meio as federações e, no vértice, as confederações.

O problema da representatividade dessa estrutura é que, na prática, confederações e federações acabam por agrupar sindicatos que nem sempre são representantes de categorias idênticas. Pelo contrário, cada vez mais se intensifica o agrupamento por situações de representação apenas similares ou conexas.²²⁹

Sabendo-se que o sistema sindical brasileiro é dual – estruturado tanto por categoria (*supra*, 2.2), quanto por profissão ou por uniformidade no exercício da profissão pelo trabalhador, independentemente do local de trabalho ou da atividade econômica exercida pelo empregador (categoria diferenciada) –,²³⁰ a obrigatoriedade de vinculação ou agrupamento, generalizada, dos sindicatos no sistema confederativo (federações e confederações), por categoria, tem causado a sub-representação daqueles que não compõem a base principal. O resultado é que os de categoria diferenciada, por vezes, sentem-se “*completamente abandonados no processo de negociação coletiva*”.²³¹

E aqui, mais uma vez, invocou-se a judicialização como solução para a crise da representatividade adequada, pois “*nem mesmo essa rigidez da nossa legislação sindical tem impedido que categorias diferenciadas sejam representadas pelo sindicato de atividade preponderante, conforme algumas decisões já relacionadas na Justiça do Trabalho*”.²³²

2.2.7 A “fricção” entre o sistema confederativo e as centrais sindicais

²²⁹ MEIRELLES, Davi Furtado. *Liberdade sindical – modelo ideal*. *Op. cit.*, p. 545.

²³⁰ Previstas no art. 515, § 3º, da CLT, como motoristas, secretárias, advogados, médicos e outras.

²³¹ MEIRELLES, Davi Furtado. *Liberdade sindical – modelo ideal*. *Op. cit.*, p. 545.

²³² *Id.*, p. 546. Nesse sentido, da Seção de Dissídios Coletivos: “RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO INTERPOSTO PELO SUSCITADO. ILEGITIMIDADE AD PROCESSUM DO SINDICATO SUSCITANTE. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS AUXILIARES DE TRANSPORTE AÉREO. CRIAÇÃO DE SINDICATO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE SINDICATO ESPECÍFICO CORRESPONDENTE AO SEGMENTO ECONOMICO CINDINDO. REPRESENTAÇÃO DOS EMPREGADOS PELO SINDICATO DOS AEROVIÁRIOS.” RO-DC n. 20424-81.2010.5.04.0000; Data de Julgamento: 09/09/2013, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, Data de Publicação: DEJT 27/09/2013. No mesmo sentido: RODC - 2008000-71.2003.5.02.0000 Data de Julgamento: 14/08/2008, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 07/04/2009; e AIRR - 72140-68.2005.5.13.0002 Data de Julgamento: 03/10/2007, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 26/10/2007.

Se não bastassem todos os obstáculos que se opõem à representatividade sindical adequada no sistema brasileiro, como acima enumerados, não se pode negar um último, aqui mencionado apenas pontualmente.

Trata-se da manifesta “*fricção*” – para não se dizer manifesta “*incompatibilidade*” – entre a atuação das centrais sindicais e o sistema constitucional confederativo, simétrico, verticalizado.²³³ Por conta disso, as Centrais Sindicais, entes horizontais, estão fora da estrutura sindical brasileira,²³⁴ pois têm representação supracategorias e não possuem personalidade jurídica sindical, ou seja, não existem como entidades sindicais.²³⁵ São associações civis,²³⁶ em situação análoga à das ONGs (Organizações Não Governamentais).²³⁷

O reconhecimento formal e legal dessas entidades pela Lei n. 11.648/08, de constitucionalidade discutível,²³⁸ em nada alterou essa realidade, antes, pelo contrário, reafirmou-a, pois em seu art. 1º as define como “*entidade associativa de direito privado*”. E o fez na tentativa de compatibilizar o reconhecimento formal das centrais com a estrutura sindical confederativa.

Portanto, sendo entidades fora da estrutura sindical, as centrais continuam à margem da negociação coletiva, a não ser por intermédio das organizações a elas filiadas.²³⁹

Mesmo assim, essa participação, nas negociações coletivas, por interposta entidade sindical habilitada a ela filiada, está longe da necessária representatividade adequada. Além da “*fricção*” com as entidades confederativas, dentre tantos outros motivos, indicaremos apenas mais dois: (a) a tendência de descentralização das instâncias de negociação; e (b) a necessidade de desideologização das tratativas.

Como já se viu acima, a polissemia do trabalho contemporâneo levou a empresa a deixar de ser polo único de coletividade de trabalho. Portanto, se nesse quadro a representação

²³³ Art. 8º, I, II e IV, da CF e art. 533 e 562 da Consolidação das Leis do Trabalho.

²³⁴ Contra: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 143.

²³⁵ Nesse sentido: SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. 17. ed., v. 2, São Paulo: LTr, 1997, p. 1.117; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 111; ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Curso de direito sindical: teoria e prática*. São Paulo: LTr, 1991, p. 44 e SAAD, Eduardo Gabriel. Federação, confederação e central sindical. In: TEIXEIRA FILHO, João Lima (Coordenador). *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr, 1989, p. 334.

²³⁶ Assim, expressamente: BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. *Op. cit.*, p. 111.

²³⁷ Cf. MEIRELLES, Davi Furtado. *Liberdade sindical – o modelo ideal*. *Op. cit.*, p. 546.

²³⁸ O Partido Democratas ajuizou a ADI n. 4067-7/600 perante o Supremo Tribunal Federal, ainda pendente de conclusão de julgamento.

²³⁹ Nesse sentido: SARCEDO, Cristiana Lapa Wanderley. *Representatividade sindical e negociação coletiva*. *Op. cit.*, p. 193.

por categoria já é inadequada (*supra*, 2.2.3), inviável é a representação supracategorias das centrais. Se, na perspectiva das centrais, a ideia é a centralização, a tendência é a descentralização, mediante a proliferação das instâncias de negociação.

O outro inconveniente da participação das centrais é a necessidade de se desideologizar e despartidarizar a negociação coletiva. Mas é notória e histórica a ligação das centrais sindicais com correntes ideológicas e com partidos políticos, tanto no plano interno,²⁴⁰ quanto no internacional.²⁴¹

Portanto, a representação dos trabalhadores na negociação coletiva não pode estar comprometida, nem com a atuação sindical supracategorias, impondo-se mais especificidade, nem com as vias sindicais revolucionárias, vinculadas a ideologias partidárias e a “*teses dogmáticas de confrontação negativista*”.²⁴² E a isso se opõe a representação (inadequada) das centrais sindicais.

2.3 A negociação direta

Se, antes, a ideia da ação sindical era a fragmentação (*supra*, 2.2.4 e 2.2.5), agora, sem o imposto sindical (CLT, art. 578 e 579, com a redação da Lei nº 13.467/2017), tem de buscar o caminho inverso: a unificação²⁴³ e, também, a negociação direta.

Embora a comparação entre duas das mais destacadas instituições de representação democrática, de um lado os sindicatos e, de outro, os partidos políticos, revele que aqueles ainda ostentam um grau maior de envolvimento dos representados do que estes, eis que,

²⁴⁰ Citando apenas o exemplo da CUT, Davi Furtado Meirelles: “A CUT (Central Única dos Trabalhadores), fundada em agosto de 1983, em São Bernardo do Campo, é a maior central sindical do Brasil até hoje. Ligada ideologicamente ao PT (Partido dos Trabalhadores), que fora fundado em 1980, também agregou a Causa Operária (CO) até 1991, que originou o PCO (Partido da Causa Operária), a Convergência Socialista (CS) até 1995, que deu origem ao PSTU (Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados) e, até recentemente, a Corrente Sindical Classista (CSC), ligada ao PC do B (Partido Comunista do Brasil).” MEIRELLES, Davi Furtado. Apontamentos sobre o reconhecimento das Centrais Sindicais. *Revista LTr*, São Paulo, fev. 2009, p. 180.

²⁴¹ “Na Inglaterra, a Trade Union Congress (TUC) é vinculada ao Partido Trabalhista. Na Alemanha, a Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB), ou Federação Alemã dos Sindicatos, é próxima ao Partido Social-Democrata. Já na Comissão Obreira (CCOO) é ligada ao Partido Comunista. Outras centrais sindicais espanholas trazem na veia o sentimento separatista e marcante de determinadas regiões, como a Solidariedade dos Operários Catalães (SOC), a Solidariedade dos Trabalhadores Bascos (ELAS-STV) e a Intersindical Galega (INTG)”. *Loc. cit.*

²⁴² CHIARELLI, Carlos Alberto. Direito coletivo do trabalho: partida e chegada? O sindicato em tempos de crise. *Revista LTr*, São Paulo, mar. 2009, p. 271.

²⁴³ Palestra do Professor e Ministro Alexandre Agra Belmonte com o tema “A reforma do mercado de trabalho representa avanço para as relações de trabalho no Brasil?” no VII Congresso Internacional de Direito do Trabalho, promovido pela Academia Brasileira de Direito do Trabalho, São Paulo, 29 de setembro de 2017.

enquanto o índice de sindicalização no Brasil é de 17%, o de filiação partidária é de 10%,²⁴⁴ o fato é que o tema da crise de representatividade democrática está na ordem do dia. E atinge diretamente os sindicatos.²⁴⁵ Há uma descrença generalizada no sistema de participação democrática indireta por representação, tanto na política, quanto no meio sindical.

No plano da política, afora os mecanismos constitucionais de participação popular direta, como o plebiscito, o referendo (CF, art. 14, I a III) e a ação popular (CF, art. 5º, LXXIII), vão sendo criados modelos alternativos de participação comunicativa e comunitária democrática direta, como é o exemplo dos Observatórios Sociais.²⁴⁶

Assim, também no plano das relações entre o capital e o trabalho, podem ser instituídas vias comunicativas diretas com os trabalhadores, em tempo real, sobre todos os temas discutidos em uma negociação coletiva. Se, para Marx, a coletivização e a cooperação, mediante a fusão das forças individuais de trabalho numa força global, pressupunha o mesmo ambiente físico, sendo a aglomeração em determinado local sua condição, inclusive como eixo reivindicativo, o (novo) “*trabalhador social ou trabalhador combinado, por meio das novas tecnologias de informação e comunicação, não apenas estende (ou estreita) o espaço-tempo, mas pode virtualmente suprimi-lo, com a constituição de um novo local de cooperação complexa, o ciberespaço*”.²⁴⁷ Afinal, “*com as redes informacionais tornou-se possível ‘estar junto’ à distância*”.²⁴⁸ E, da mesma forma, pode-se, diretamente, influir,

²⁴⁴ Matéria no Portal da CUT: “A taxa de sindicalização aumentou de 16,4% para 17% nos últimos seis anos, permanecendo relativamente estável. Isso significa que dos 13,4 milhões de trabalhadores que entraram para o mercado de trabalho no período, 2,8 milhões se filiaram a algum tipo de sindicato.” Matéria de 09.08.2013. Disponível em: <<http://www.cut.org.br/noticias>>. Acesso em: 10 nov. 2014. “A rejeição aos partidos políticos atingiu, nesta eleição, o maior percentual registrado das últimas três disputas nacionais. A série histórica produzida pelo Núcleo de Jornalismo de Dados do GLOBO mostra que, este ano, a proporção de eleitores que afirmam não se identificar com nenhum dos partidos chegou a 66%, superando os percentuais das eleições de 2002, 2006 e 2010.” VASCONCELOS, Fábio. Matéria de 15.09.2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com>>. Acesso em: 10 nov. 2014. “No Brasil, 10% dos eleitores – 15.328.977 pessoas – são filiados a algum partido, segundo dados do TSE (Tribunal Superior Eleitoral).” BORGES, Luana. Matéria de 21.07.2014. Disponível em: <<http://noticias.bol.uol.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

²⁴⁵ ROXO, Sérgio. Crise de representatividade no Brasil atinge os sindicatos. Disponível em: <www.globo.com>. Matéria atualizada em 31 maio 2014. Acesso em: 10 nov. 2014.

²⁴⁶ “Nesse sentido, por exemplo, foram constituídos, em poucos anos, mais de 80 Observatórios Sociais, distribuídos em 14 Estados Brasileiros, que têm a missão de mobilização da população para fiscalização dos gastos públicos dos Governos Municipais, papel este que deveria ser realizado pelas Câmaras Municipais e seus integrantes, tendo em vista que eles detêm a competência constitucional do exercício do Controle Externo dos Municípios.” KLAIN, Luiz Jaime. *A crise da representatividade no Brasil*. Artigo de 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.observatoriosocialdobrasil.org.br>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

²⁴⁷ ALVES, Giovanni. Terceirização e acumulação flexível do capital: notas teórico-críticas sobre as mutações orgânicas da produção capitalista. *Estudos de sociologia*. v. 16, n. 31, Araraquara: FCL-UNESP, 1º semestre de 2014, p. 418.

²⁴⁸ Loc. cit.

opinar, participar, reivindicar pelos meios informacionais que a tecnologia contemporânea disponibiliza, portanto, sem a necessidade de qualquer representação ou intermediação.

E, aqui, um registro, antes já feito. É que a representatividade clássica do modelo sindical por categorias ficou muito difícil de ser exercida nas novas estruturas empresariais. *“Tem-se, assim, uma empresa onde, ao contrário do que pressupõem as regras sobre negociação coletiva e sobre a defesa dos interesses sindicais, não existe uma coletividade de trabalho, mas sim diversas coletividades de trabalhadores.”*²⁴⁹

Do ponto de vista eminentemente jurídico, embora o art. 8º, VI, da CF, aluda a um modelo de negociação coletiva fundado na participação do sindicato, o próprio texto constitucional (art. 11) assegura a representação direta dos trabalhadores.

A possibilidade de representação (negociação) direta, embora em caráter subsidiário, também está expressamente consagrada no art. 617, § 1º, parte final, da CLT, desde a edição do Decreto n. 229/67. Cotejando o dispositivo com o monopólio sindical para a negociação coletiva, a doutrina inicialmente se dividiu quanto à sua recepção pela Constituição, à luz do comando do seu art. 8º, VII. Apresentaram-se contrários João Lima Teixeira Filho,²⁵⁰ Maurício Godinho Delgado,²⁵¹ Amador Paes de Almeida,²⁵² Arnaldo Sussekind;²⁵³ Ivan Simões Garcia;²⁵⁴ e, favoráveis à recepção constitucional Sérgio Pinto Martins,²⁵⁵ Paulo Eduardo Vieira de Oliveira,²⁵⁶ Carlos Moreira de Luca,²⁵⁷ Eduardo Gabriel Saad²⁵⁸ Ronaldo Lima dos Santos²⁵⁹ e Eduardo Von Adamovich²⁶⁰. Os argumentos contrários podem ser resumidos no sentido de que: *“o princípio da interveniência sindical na normatização coletiva propõe que a validade do processo negocial coletivo submeta-se à necessária intervenção do ser coletivo institucionalizado obreiro – no caso brasileiro, o sindicato.”*²⁶¹ E as razões objetivas, seriam fundamentalmente as de assegurar *“a existência de efetiva*

²⁴⁹ JEAMMAUD, Antoine; FRAGALE FILHO, Roberto; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. *Trabalho, cidadania e magistratura*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000, p. 80.

²⁵⁰ TEIXEIRA FILHO, João Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 18. ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 1.191.

²⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 120.

²⁵² ALMEIDA, Amador Paes de. *CLT comentada*. São Paulo: Saraiva, 2004, 2. ed., p. 298.

²⁵³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Renovar: Rio de Janeiro, 1999, p. 410.

²⁵⁴ GARCIA, Ivan Simões. *Coleção tópicos de direito*. Direito do trabalho, *Op. cit.*, pp. 302-303.

²⁵⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 631

²⁵⁶ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *Convenção coletiva de trabalho no direito brasileiro: setor privado*. São Paulo: LTr, 1996, pp. 76-77.

²⁵⁷ DE LUCA, Carlos Moreira. *Convenção coletiva de trabalho: um estudo comparativo*. São Paulo: LTr, 1991, p. 138.

²⁵⁸ SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. São Paulo: LTr, 2013, 46. ed., pp. 810-811.

²⁵⁹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2007, pp. 202-203.

²⁶⁰ ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. *Comentários à CLT*. *Op. cit.*, pp. 323-324.

²⁶¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2014, 13. ed., p. 1379-1380.

*equivalência entre os sujeitos contrapostos, evitando a negociação informal do empregador com grupos coletivos obreiros estruturados apenas de modo episódico, eventual, sem a força de uma institucionalização democrática.”*²⁶²

Na jurisprudência, embora o Tribunal Superior do Trabalho tenha reconhecido a recepção do art. 617 e parágrafos da CLT,²⁶³ o fez em uma perspectiva refratária à sua aplicação nos casos concretos.²⁶⁴ Proclama-se, como obstáculos, que: (a) o dispositivo “*merece aperfeiçoamento, no sentido de prever com mais clareza a quantidade mínima de trabalhadores, em relação ao porte da empresa, que autorizem os empregados a assumir a negociação coletiva;*”²⁶⁵ (b) a recusa do sindicato a justificar a representação direta tem de ser total e não apenas de cláusula negocial;²⁶⁶; (c) do confronto entre instrumentos normativos, um produto da negociação direta (por comissão de trabalhadores) e outro da negociação indireta (por representação sindical), sendo aquele mais benéfico, não haveria de se aplicar o princípio da prevalência da norma mais favorável,²⁶⁷ embora, pontualmente, tenham sido reconhecidas, ainda que em caráter incidental, a legitimidade e legalidade de acordos coletivos, celebrados por Comissão de Negociação de Trabalhadores, notadamente em situações extremas, como nas greves.²⁶⁸

Essa posição restritiva, entretanto, queda à luz da própria compreensão do art. 8º, VI, da CF que, ao contrário do que entendem alguns, não foi alçada para proteção e

²⁶² *Ibid.*, p. 1380.

²⁶³ RO-DC 8281-17.2010.5.02.0000, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, julgamento 12.08.2013, DJe de 23/08/2013.

²⁶⁴ No precedente da Seção de Dissídios Coletivos – SDC, ficou assentada a tese no sentido de que: “A D. SDC, porém, entende que o art. 617 e parágrafos da CLT foram recepcionados pela Constituição Federal, ressalvado o entendimento deste Relator quanto à recepção. Não obstante a recepção acolhida pela d. Seção Especializada (ressalva feita), é importante examinar-se, caso a caso, se a recusa à negociação pelo Sindicato Profissional foi meramente caprichosa, desfundamentada, agindo ou não o ser coletivo obreiro em comprovado abuso do direito e de poder. Nesse quadro, se a proposta empresarial contiver várias cláusulas que ferem a lei, o texto constitucional, entrando em choque com a jurisprudência consolidada desta Corte, não se tipificaria como abusiva a recusa sindical perpetrada.” ROAA - 32800-97.2008.5.03.0000 Data de Julgamento: 08/03/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 30/03/2010.

²⁶⁵ RO-DC – 8281-17.2010.5.02.0000, Julgamento: 12/08/2013, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 23/08/2013.

²⁶⁶ AIRR – 3104-45.2011.5.15.0010, julgamento: 25/06/2014, Relator Ministro: Arnaldo Boson Paes, 7ª Turma, DEJT 01/07/2014.

²⁶⁷ AIRR – 1141-17.2010.5.01.0207, julgamento: 08/05/2013, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 10/05/2013.

²⁶⁸ RR – 488200-03.2007.5.09.0872, julgamento: 27/08/2014, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, DEJT 29/08/2014. Na Alemanha, embora o processo de negociação coletiva seja maior a nível nacional, estão sendo expandidas as negociações em nível de “unidade produtora” ou de “comissão de fábrica”. Cf. BIASI, Marco. Retribuizione di produttività, flessibilità e nuove prospettive partecipative. Especialmente item “3” “El descentramento 'spontaneo' in Germania. *Op. cit.*, pp. 348-349. Também na Itália, *Ibid.*, p.

fortalecimento do ente sindical,²⁶⁹ mas para “*a proteção da autonomia privada coletiva por meio da representação sindical; assim, quando esta mesma representação sindical contradiz as finalidades perseguidas pelo preceito constitucional, não deve ser privilegiada.*”²⁷⁰ Assim, “*está claro que mais alto que o valor da representação sindical na Carta é o da busca de uma solução negociada para os conflitos coletivos de trabalho, o que é confirmado pelo disposto no art. 114, § 2º da mesma Carta.*”²⁷¹

Portanto, a *ratio* do art. 8º, VI, da CF é no realce e na proteção da autonomia privada coletiva, no contexto da qual a representação sindical e, também, a direta na empresa são instrumentos.

E a legislação infraconstitucional vai nessa direção. Tomemos como exemplos a Lei de Greve (Lei n. 7.783/1989), que legitima a participação direta da comissão de trabalhadores no processo de deflagração da greve (art. 4º, § 2º); a Lei da Participação dos Trabalhadores nos Lucros e Resultados das Empresas (Lei n. 10.101/2000), que prevê (art. 2º, I) uma negociação por meio de “*comissão paritária escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria*”;²⁷² e a Lei n. 12.353/2010, que contempla “*a participação dos trabalhadores nos conselhos de administração das empresas públicas e sociedades de economia mista*”.

Também nessa direção foi que a Lei n. 13.467/2017, introduzindo o art. 510-A na CLT, instituiu a possibilidade de se criar uma comissão de empregados nas empresas com mais de duzentos empregados, com o objetivo de promover-lhes o “entendimento direto” com os empregadores e que tem, dentre as suas atribuições, conforme o art. 510-B, também incluído pela citada lei, as seguintes: (a) representação direta – inc. I; (b) aprimoramento do relacionamento entre patrão e empregado no âmbito da empresa – inc. II; (c) promoção do diálogo de prevenção de litígios – inc. III; (d) buscar caminhos para a rápida e efetiva solução dos conflitos na empresa – inc. IV; (e) aprimorar as relações diretas entre patrão e empregado, objetivando impedir qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical – inc. V; (f) garantir o encaminhamento das

²⁶⁹ Nesse sentido, expressamente: PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 223.

²⁷⁰ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. *Op. cit.*, p. 203.

²⁷¹ ADAMOVICH, Eduardo Henrique Von. *Comentários à CLT*. *Op. cit.*, pp. 325-326.

²⁷² Não se desconhece, entretanto, que a representação dos empregados, objeto das Medidas Provisórias que antecederam a edição da Lei, mais precisamente na expressão “*por meio de comissão por eles escolhida*”, foi suspensa, pelo Plenário do STF, na ADI 1361 MC / DF, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgamento: 19/12/1995, DJ 12-04-1996, p. 11072.

reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação – inc. VI; e (g) acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho – inc. VII.

O diploma em questão, portanto, caminha na institucionalização de um modelo subsidiário de negociação pela via direta, sem ofensa àquele de representação sindical nas negociações coletivas do 8º, VI, da CF. Pelo contrário, vem a se apresentar como instrumento de garantia na rapidez e na efetivação, tanto do processo negocial coletivo (primeiro plano da negociação – *infra*, 3.3.4), pela ponte que estabelece entre as reivindicações específicas dos trabalhadores de uma determinada empresa e o respectivo sindicato (inc. I, II, III, IV e V), quanto do conteúdo eficaz dos acordos e convenções coletivas (segundo plano da negociação, *infra*, 3.3.4), celebrados pelos sindicatos (inc. V e VII). Vem, a propósito, evitar a negociação informal do empregador com grupos coletivos obreiros estruturados apenas de modo episódico, eventual, sem a força de uma institucionalização democrática;²⁷³ e, além disso, a consagrar o princípio da cooperação (*infra*, 3.3.3 – em particular o (sub)princípio da separação de planos), ínsito à negociação coletiva na visão de que a negociação é um sistema de processos que se desenvolve em dois planos e no qual a participação direta (Comissão de Empregados) é fundamental, considerando que este se desenvolve desde as reivindicações dos trabalhadores, passando pela celebração da convenção ou acordo coletivo (primeiro plano) e continuando no seu cumprimento (segundo plano).

O que se tem, portanto, é que a representação sindical da negociação coletiva, que tutela e protege como bem jurídico a autonomia privada coletiva, não impede que, no contexto direto da empresa, muitas questões possam ser resolvidas com mais rapidez e efetividade, em razão das especificidades das situações laborais que a tecnologia vem a aguçá-las e no que a comissão de representantes dos empregados pode atuar, ainda que na condição de coadjuvante, sem prejuízo da atuação e representação sindical, que vem a ter o papel principal.

Então, pode-se concluir que o desenvolvimento da sociedade internacional (capitalista) da informação, que tem na autorregulamentação (e na autonomia privada coletiva) o novo eixo gravitacional normativo das relações entre o capital e os “*novos sentidos*” do trabalho,²⁷⁴

²⁷³ Que eram os argumentos dos contrários à recepção do art. 617 e parágrafos, pela Constituição de 1988. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. Op. cit., p. 1380.

²⁷⁴ ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. Op. cit., *passim*. Cf., do mesmo autor: Apresentação do livro. ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy (Organizadores). NOGUEIRA, Arnaldo Mazzei (et. al). *Infoproletários*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009, p. 8.

provocou, ou contribuiu, para o “*interessante fenômeno autofágico da estrutura da organização sindical, que se corrói por dentro, impulsionando a multiplicidade de entidades supostamente representativas de alguma categoria profissional ou econômica*”.²⁷⁵ Também acabou por revelar, de outro modo, que o valor ontológico do sindicalismo não pode mais se vincular à sua morfologia intrínseca, resultante de um histórico de luta de classes, pautado pelo confronto ideologizado, politizado e partidarizado por vias revolucionárias (*infra*, 3), ainda na perspectiva marxista; ou, então, como “*instrumento poltrão que viabiliza gordas sinecuras a líderes acomodados nas entranhas do oficialismo*”.²⁷⁶

Se o trabalho pessoal e material deixou de ser referência no processo produtivo informatizado e automatizado, em razão da perda da sua essencialidade (a automação), é de se redirecionar “*a primitiva ideia de proteção do emprego de quem está empregado pela ideia atualizada de participação do emprego entre os que estão desempregados*”.²⁷⁷ E, assim, se criar “*um novo vetor para o movimento sindical, que substituirá o sindicalismo de luta pelo sindicalismo de negociação, exigindo um radical aprimoramento dos seus quadros representativos para assumir a responsabilidade do poder normativo das condições gerais de trabalho*”.²⁷⁸

A “*evolução*” ou “*involução*” da posição dos trabalhadores só será revelada, de fato, em processo de autorregulamentação na negociação coletiva, quando lhes for possível, ou permitida, uma democracia participativa direta adequada, inclusive mediante as vias comunicativas informacionais contemporâneas, abolindo-se o modelo, falido, da representação indireta e sindical, por categoria, e ao fim e ao cabo do seu processo autofágico.

Nesse quadro, o que se conclui é que as possibilidades de representação ou negociação direta mais viáveis são as que fluem por empresa²⁷⁹ (ou por local de trabalho),²⁸⁰ tornando-a, inclusive, mais institucional e comunitária, na vertente do que já aponta a Convenção 135 da

²⁷⁵ KAUFMAN, Marcus de Oliveira. Uma visão prospectiva da atuação jurisdicional em relação à organização sindical. *Op. cit.*, p. 569.

²⁷⁶ CHIARELLI, Carlos Alberto. *Direito coletivo do trabalho: partida e chegada? O sindicato em tempos de crise*. *Op. cit.*, p. 271.

²⁷⁷ PINTO, José Augusto Rodrigues. Perspectivas do trabalho e do direito na sociedade contemporânea. *Revista LTr*, São Paulo, jan. 2010, p. 17.

²⁷⁸ *Loc. cit.*

²⁷⁹ Nesse sentido, dentre tantos outros: ALMEIDA, Renato Rua de. O moderno direito do trabalho e a empresa: negociação coletiva, representação dos empregados, direito à informação, participação nos lucros e regulamento interno. *Revista LTr*, São Paulo: janeiro-1998, p. 38; ROMITA, Arion Sayão. Sindicalização por categoria. *Op. cit.*, p. 33-58; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. *Op. cit.*, p. 299-367; p. 71; SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 161.

²⁸⁰ MEIRELLES, Davi Furtado. *Negociação coletiva no local de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 123-159.

OIT (art. 3º), ratificada pelo Brasil,²⁸¹ e na esteira do que dispõem os art. 510-A ao 510-C da CLT.

Tomemos como exemplo a legislação alemã, que tem evitado uma disputa de atribuições entre os conselhos de empresa e os sindicatos para, de um lado, ampliar o campo de atuação das negociações coletivas e, de outro, romper a formal separação entre as funções representativas dos conselhos de empresa e as reivindicativas dos sindicatos. Para tanto, admite a inserção, nas convenções coletivas gerais – nacionais ou regionais – de “cláusulas abertas” (*Off-nungsklausel*), advindas da década de crise de 1990 como legado da reunificação, mediante as quais se pode admitir a intervenção dos microssujeitos coletivos das empresas para, em subnegociações diretas, e em caráter integrativo das normas gerais, modificá-las e adaptá-las às particularidades locais.²⁸²

O mesmo ocorre na Itália, desde a edição do art. 8º do Decreto-Lei n. 138/2011 (convertido na Lei n. 148/2011), que admitiu as negociações coletivas por empresa ou territoriais (“*di prossimità*” – “*specifiche intese*”), inclusive com ultratividade *erga omnes*, na adoção de mecanismos participativos dos empregados, *inter alia*.²⁸³ É bom lembrar que:

[...] tal como nos Estados Unidos, o reconhecimento sindical não pode ser multipatronal, limitando-se à empresa de um só empregador. No âmbito desse empregador, o reconhecimento sindical raramente ultrapassa o âmbito do estabelecimento, e, conforme a organização, poderá até mesmo ser fracionado, para representar diferentes grupos de empregados de um mesmo empregador (empregados administrativos, empregados de produção, etc.)[...]²⁸⁴

Nos Estados Unidos da América do Norte, as convenções coletivas, em sua maior parte, “[...] são negociadas ao nível da fábrica, com a participação de sindicatos locais.”²⁸⁵

E esse canal comunicativo direto, com novas funções e novos sujeitos, pode representar um salto epistemológico, não só para as relações entre o capital e o trabalho *stricto sensu*, mas para além delas, inclusive para a própria gestão empresarial, ao poder ser veículo de participação dos empregados, mediante a colaboração na edição de protocolos

²⁸¹ A ratificação brasileira foi registrada em 18 de maio de 1990, na Lista de ratificações de convênios da OIT.

²⁸² BIASI, Marco. *Retribuizione di produttività, flessibilità e nuove prospettive partecipative*. Especialmente item “3” - “El descentramiento 'spontaneo' in Germania. *Op. cit.*, p. 350.

²⁸³ *Ibid.*, pp. 345-346. O Jobs Act é exemplo eloquente da negociação por empresa. Cf. AVONDOLA, Arianna. *La riforma dell' art. 2103 C.C. dopo il Jobs Act*. *Op. cit.*, p. 381.

²⁸⁴ NADEN, Denis. Solução dos conflitos trabalhistas no âmbito sindical no Canadá: arbitragem das reclamações. Tradução de Estevan Malet. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 67, n. 4, out/dez. 2001, p. 119.

²⁸⁵ DRAY, Guilherme. *A influência dos Estados Unidos da América na afirmação do princípio da igualdade no emprego nos países da lusofonia*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 35.

empresariais organizacionais e, assim, nos destinos da empresa,²⁸⁶ na referência do que ocorre na Alemanha.²⁸⁷ Permite, inclusive, viabilizar a negociação coletiva transnacional, na medida em que as representações dos trabalhadores nas empresas multinacionais podem, com mais efetividade, articular-se com as outras, dos outros países, na superação do deficit de representação sindical internacional, como se demonstrará adiante (*infra*, 7.2 ao 7.4.3).

²⁸⁶ CHIARELLI, Carlos Alberto; SANTA MARIA, Filipe Diffini. Negociações coletivas de trabalho – resultados obtidos em exemplos pesquisados. *Revista LTr*, São Paulo, nov. 2009, p. 1319.

²⁸⁷ Cf. MOTTA, Fernando Cláudio Prestes. A co-gestão alemã: a conciliação do inconciliável. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 23, n. 1, jan/mar. 1993, item “3. O que está em jogo”. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em: 14 out. 2014.

3 IDEOLOGIA E NEGOCIAÇÃO COLETIVA

A própria natureza da arte, da técnica e da ciência revelam, antes de tudo, um substrato ideológico, do qual o jurista se ocupa no estudo de suas projeções na formação do direito, sabendo-se que este sempre esteve e continua estando diretamente relacionado com valores.²⁸⁸

O que se vê é que, se o início do Século XX foi marcado pela “orgia legiferante”, ou pela “poluição legislativa” que caracterizava o “Estado Legislador”, posteriormente transformado em “Estado Administrativo e Burocrático”,²⁸⁹ o início do Século XXI pode estar sendo marcado pela mudança de eixo das correspondentes vias de regulamentação: das normas heterônomas (estatais), para as autônomas (autorregulamentação). Para Habermas, o conceito de modernidade envolve um conjunto de processos cumulativos, que vão desde “a formação de capital e mobilização de recursos; ao desenvolvimento das forças produtivas e ao aumento da produtividade do trabalho”.²⁹⁰ A modernidade “tem de extrair de si mesma a sua normatividade”,²⁹¹ em processo de autorregulamentação.

A negociação coletiva é, de fato, o exemplo mais expressivo desse fenômeno jurídico contemporâneo.²⁹²

Teríamos, nesse quadro de cogitações, um paradoxo. De um lado, a autonomia privada coletiva seria o novo centro gravitacional gerador das normas das relações de trabalho, mas, de outro, estaria ela comprometida pela fragilidade e pela ideologização de confronto da representação dos trabalhadores, fundada nos atuais sujeitos coletivos, ou seja, pela crise da representatividade sindical (*supra*, 2).

Colocando-se o chamado “instrumentalismo jurídico-trabalhista” como ponto de partida neste capítulo, serão enfrentados aspectos pontuais da questão ideológica pela qual a ação sindical brasileira pautou-se ao longo de sua trajetória, na maioria das vezes atrelada ao corporativismo institucionalizado pelo Estado, ou a partidos políticos, diante de alguns fenômenos surgidos após a chamada “globalização”, decorrentes dos impactos que esta

²⁸⁸ SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 2005, p. 9.

²⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Porto Alegre: Fabris, v. 1, 2008, pp. 7-8.

²⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2. ed., 2002, p. 5.

²⁹¹ *Id.*, p. 12.

²⁹² ALMEIDA, Renato Rua de. Negociação coletiva e boa-fé objetiva. *Revista LTr*, São Paulo, abr. 2010, p. 393; e CARNEIRO FILHO, Roberto. Dos fundamentos de validade das normas jurídicas trabalhistas negociadas coletivamente. *Revista LTr*, São Paulo, nov. 2009, p. 1333.

provocou nas estruturas dos estados, das empresas e dos sujeitos coletivos de trabalho, notadamente com o advento da chamada “*sociedade internacional da informação*”, que faz nascer o *cibertariado*, o novo proletariado da era cibernética.

Constituída a premissa inicial do presente estudo, a partir da tese da nova morfologia do trabalho na sociedade capitalista internacional – a dita sociedade internacional da informação, que se propõe à autorregulamentação na negociação coletiva –, verificar-se-á, em prospecção fenomenológica, como, quando e até que ponto a ideologia na ação sindical vai perder o seu valor ontológico na nova negociação coletiva de trabalho, que se apresenta como alternativa à desregulamentação estatal.

3.1 Ideologia e ação sindical

O termo “ideologia” não é unívoco, e aqui será utilizado, apenas, na perspectiva dos ideais, pensamentos, doutrinas ou visões de mundo que orientam um grupo de trabalhadores para as suas ações sindicais e, até mesmo, políticas.²⁹³

Portanto, sem ter a pretensão de problematizar a polissêmica categoria “ideologia” de maneira científica, o que se propõe é uma compreensão de como, e até que ponto, permanece, ou não, a estreita vinculação entre o “político” e o “jurídico” no campo do Direito Coletivo do

²⁹³ Tratando do termo ideologia em conexão com o Direito do Trabalho, Arion Sayão Romita: “Da formulação inaugural creditada a Destut de Tracy (1801), que via na ideologia a ciência das ideias, a noção envolveu historicamente, passando por diferentes estágios a partir da concepção dos ideólogos franceses, que rejeitaram a metafísica e pretenderam lançar os fundamentos antropológicos e psicológicos das ciências culturais. O positivismo de Augusto Comte atribuiu ao vocábulo o significado de conjuntos dos conhecimentos teóricos próprios de uma época e, para Durkheim, ideologia não passa de uma análise da sociedade que não respeita o método por ele preconizado, de tratar o fato social como coisa, partindo das coisas para as ideias, e não das ideias para as coisas. A teoria marxista efetuou a fusão das concepções particular e total de ideologia e, em épocas mais recentes, a palavra veio a ser usada como arma contra as classes dominantes, a ponto de ser a concepção de ideologia identificada como um movimento proletário de inspiração marxista. Esse estágio pode ser tido por ultrapassado, chegando-se modernamente a sociologia do conhecimento, que lança raízes nas digressões de Max Weber e Sombart, até chegar a Karl Manheim, entre muitos outros: método de pesquisa da história intelectual e social em geral.” ROMITA, Arion Sayão. *Direito do trabalho na futura constituição*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1986, pp. 10-11. Aludindo a Renzo Rava, continua: “Com a locução ideologia política, designa ele o complexo de conceitos e de crenças nos quais se inspiram o exercício do controle sobre a sociedade por parte dos detentores do poder. O ordenamento jurídico estatal não passa de meio pelo qual a concepção política sai do campo do abstrato e entra no da ação social concreta. A ideologia política e o ordenamento jurídico são interdependentes. Wilhelm Maus afirma que o desenvolvimento do direito do trabalho alemão é um reflexo da história social alemã e que o poder político e bem assim os acontecimentos sociais influenciam os avanços e recuos das ideias fundamentais do direito do trabalho. Já houve quem afirmasse que ‘o direito é a história congelada’. Deixando a margem a força de expressão, não resta dúvida, porém, de que toda e qualquer proposição jurídica deita raízes na matéria fornecida pela sociedade, embora seja o jurista quem lhe dá forma, como demonstra a sociologia do direito.” *Ibid.*, pp. 11-12.

Trabalho, especificamente nas negociações coletivas, a partir da própria matriz ideológica da CLT.²⁹⁴ Ainda, a que nível a ideologia pode ser instrumento de manipulação ou de dominação²⁹⁵ na ação sindical, e como isso pode refletir-se na adoção de estratégias unidas de caráter político nas negociações coletivas, ou projetar-se nas relações coletivas de trabalho.

É nesse contexto que temos várias concepções ideológicas do sindicalismo.

3.1.1 Concepções ideológicas do sindicalismo

O tema é muito vasto. Aqui, para os fins e dentro das limitações objetivas do estudo, não se tem a pretensão de apresentar a construção historiográfica e exauriente do sindicalismo a partir de um quadro ideológico voltado para a ação sindical.

Portanto, apenas para a compreensão dos objetivos do estudo, seguem-se três concepções pontuais, aqui invocadas como principais e históricas da ação sindical pautada pela ideologia.

Como ponto de partida, tem-se o sindicalismo revolucionário, fundamentado nas ideias anarquistas, socialistas e libertárias pregadas teoricamente, dentre outros, por Georges Sorel.²⁹⁶ Este privilegia as formas de ação direta dos empregados (greve, boicote e sabotagem), em forte e radical postura de combate ao capitalismo e pela extinção do Estado, sem pregar a participação eleitoral dos trabalhadores. É concepção de atuação que nega as formas de autocomposição dos conflitos coletivos pela negociação.²⁹⁷

Em outra ponta, alude-se ao sindicalismo cristão, fundado na doutrina social da Igreja Católica Apostólica Romana e nos ideais de justiça e caridade, em repulsa total à concepção do confronto de classes como via emancipatória. Sustenta a manutenção do sistema capitalista, com a sua transformação em um regime justo, que atenda a sua função social, alçando o trabalhador à condição de dignidade.²⁹⁸ Sua fundamentação teórica teve como ponto de partida a Encíclica *Rerum Novarum* (1891), do Papa Leão XIII, e as outras, no

²⁹⁴ Também para Romita é notória a “[...] estreita vinculação entre o político e o jurídico no campo da regulação das relações de trabalho. A íntima conexão entre os fatores de ordem política e jurídica é intensamente sentida no seio do Direito do Trabalho, também no individual sem dúvida, mas, sobretudo no Direito Coletivo do Trabalho.” ROMITA, Arion Sayão. A matriz ideológica da CLT. *Revista LTr*, São Paulo, set. 2013, p. 1308 e 1332.

²⁹⁵ Para Marilena Chauí: “a ideologia é instrumento de dominação”, ou “[...] de mascaramento da realidade”. CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1997, p. 21 e 115.

²⁹⁶ Assim como Proudhon, Blanc e Bakunin. BELTRAN, Ari Possidonio. *A autotutela nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, p. 133.

²⁹⁷ Loc. cit.

²⁹⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 319.

mesmo sentido, que se seguiram: a *Quadragesimo Anno* (1931), do Papa Pio XI; *Mater et Magistra* (1961), do Papa João XXIII; *Populorum Progressio* (1967), do Papa Paulo VI; e *Laborem Exercens* (1971) e *Centesimus Annus*, de João Paulo II.²⁹⁹

Por fim, temos o sindicalismo de Estado, que tende à incorporação dos sindicatos à estrutura estatal, determinando o enquadramento sindical em categorias paralelas (profissionais e econômicas), verticais e hierarquizadas, instituindo o monopólio de representação, delegação de encargos e benefícios financeiros de origem pública, como o imposto sindical.³⁰⁰ Caracteriza-se, também, pela proibição ou restrição dos mecanismos de ação direta, como a greve e o *lock-out*.³⁰¹ Centra-se, ainda, na ausência de classes antagônicas, sendo típico dos países de regimes totalitários e corporativos como na Itália (fascismo), Alemanha (nazismo), Espanha (franquismo), Portugal (salazarismo), na extinta União Soviética (comunismo)³⁰² e na Argentina (peronismo).³⁰³

Esse seria o modelo que se instalou no Brasil, conforme se abordará no tópico seguinte.

3.1.2 Ideologia e ação sindical no Brasil

No Brasil, a imigração de mão de obra relativamente qualificada, que vinha intensa desde 1876, instala a ideologia sindical marcada pelos anarquistas e socialistas. “*Até 1920 as organizações operárias tinham a marca dos anarquistas e dos chamados anarco-sindicalistas.*”³⁰⁴ Depois das experiências com os socialistas, liderados pelo advogado e professor Evaristo de Moraes Filho,³⁰⁵ e dos comunistas, que criaram, em 1926, o Bloco Operário e Camponês e, em 1929, a Confederação Geral do Trabalho do Brasil (CGTB), o sindicalismo foi institucionalizado a partir da ideologia fascista e de um pacto social de colaboracionismo entre o capital e o trabalho, para “[...] o início de uma política de

²⁹⁹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicato e ações coletivas*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 43.

³⁰⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo, *Direito constitucional do trabalho*. *Op. cit.*, p. 320.

³⁰¹ ANTUNES, Ricardo Luiz Couto. *O que é sindicalismo*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 21.

³⁰² SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicato e ações coletivas*. *Op. cit.*, p. 42

³⁰³ MACHADO, José Daniel; OJEDA, Raúl Horácio. *Tutela sindical*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 23; CORTE, Néstor. *El modelo sindical argentino*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1988, *passim*.

³⁰⁴ AROUCA, José Carlos. *O sindicato em um mundo globalizado*. São Paulo: LTr, 2003, p. 31.

³⁰⁵ “O Partido Socialista Brasileiro foi fundado em 1925 por Evaristo de Moraes, advogado dos perseguidos e autor de trabalhos pioneiros sobre o menor, prisões e do direito operário;” *Ibid.*, p. 35.

desenvolvimento próxima dos interesses da burguesia industrial”.³⁰⁶ Essa concepção ideológica do sindicalismo nacionalista é “[...] *dissimulada na fórmula corporativa, abrindo-se canais de participação controlados e manipulados pelo Estado*”.³⁰⁷ Assim, “[...] *parece suficientemente demonstrado que a matriz ideológica da CLT está no corporativismo italiano*”.³⁰⁸

Ao mesmo tempo em que a propaganda de qualquer ideologia sectária, de caráter social, político e religioso, era proibida, o Decreto n. 19.770/1931 enuncia, de um lado, que o sindicato é um órgão de defesa dos interesses da profissão, mas, de outro, o atrela à estrutura estatal, colocando-o como órgão consultivo do Governo. Este seria, na verdade, “[...] *o marco inicial de controle ministerialista sobre o movimento operário*”.³⁰⁹

O exemplo emblemático da ideologia corporativa-fascista na estruturação sindical brasileira é o art. 138 da Constituição Federal de 1937, que reproduz fielmente o contido no item III da *Carta del Lavoro* italiana,³¹⁰ ao instituir a necessidade do prévio reconhecimento estatal para a representação sindical, a autorização para a imposição de contribuições e determinar que a ação sindical é exercida por delegação do poder público. Modelo antiliberal do “Estado Novo” e do seu “fascismo pelo alto”³¹¹, como expressão da “*vontade do regime em preservar relações ‘comunitárias’ entre o capital e o trabalho*”.³¹² Isso também revelava-se pela participação integralista-fascista no movimento sindical a partir de 1933³¹³ e pela exigência, até 1952, do indigitado “atestado de ideologia”.³¹⁴

Essa intervenção, perpetuada até hoje, do Estado na estruturação sindical, é mostrada como o principal fator do deficit de representação democrática da classe operária. Ronaldo Teodoro Santos, citando Francisco Weffort, diz que “[...] *a luta operária organizada, seja*

³⁰⁶ TROYANO, Annez Andraus. *Estado e sindicalismo*. Coleção Ensaio e Memória, Rio de Janeiro: Símbolo, 1978, p. 30.

³⁰⁷ VIANA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p. 135.

³⁰⁸ ROMITA, Arion Sayão. *A matriz ideológica da CLT*. *Op. cit.*, p. 1332.

³⁰⁹ GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. *O sindicato e o processo*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22.

³¹⁰ Evaristo de Moraes Filho: “[...] os Estados totalitários estavam no auge do seu poderio, a democracia parecia realmente morta no mundo. Mussoline e Hitler eram os mentores do momento. O Estado corporativo, forte, autoritário, o modelo das formas de governo. E imitamos, copiamos, traduzimos simplesmente.” MORAIS FILHO, Evaristo de. *O problema do sindicato único no Brasil*. São Paulo: Alfa-Omega, 1952, p. 243.

³¹¹ Aludindo-se “[...] a uma situação de institucionalização totalitária independente da ação mobilizadora de um partido político fascista.” VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976, p. 211.

³¹² *Ibid.*, p. 270.

³¹³ Liderada por Plínio Salgado, Miguel Reale e Gustavo Barroso, em contraposição aos comunistas. A esquerda (os vermelhos) versus a direita (os verdes). Assim, expressamente: AROUCA, José Carlos. *O sindicato em um mundo globalizado*. *Op. cit.*, p. 98-100.

³¹⁴ AROUCA, José Carlos. Organização sindical – pluralidade e unicidade – fontes de custeio. *Revista LTr*, São Paulo, Jun. 2012, p. 663.

em um partido ou em sindicatos, no intento de servir à representação geral dos interesses trabalhistas, mostrou-se incapaz de edificar um projeto político independente da ‘ideologia nacionalista do Estado’”.³¹⁵

Complementa:

Ao analisar o plano empírico do mundo do trabalho, Weffort apontava basicamente três equívocos do movimento sindical: (a) no ‘plano ideológico’ associou-se à agenda do PCB, subordinando-se ao ‘projeto nacionalista’ dos anos 60, apoiando a ‘política de reformas’ e a ideologia da ‘colaboração de classes’; (b) em sua ‘dimensão organizacional’, associado às esquerdas, procurou agir a expensas do aparato institucional-legal. Acreditando reformar o corporativismo pela práxis, no pós-55, os sindicatos deixaram-se guiar por uma ‘estrutura dualista’ articulada pelas ‘associações paralelas’, como o Pacto de Unidade Intersindical (PUI) e o Pacto de Unidade e Ação (PUA), que na verdade serviam de ‘complemento à estrutura sindical oficial’ (Weffort, 1973; 1981, p. 148). Para ele, ‘Este tipo de atitude que ignora o plano [...] jurídico-institucional da política [...] torna ainda mais difícil a conquista da cidadania dos trabalhadores, tanto no plano sindical como no plano político-partidário’ (Weffort, 1981, p. 148); por fim, (c) do ponto de vista ‘político’, ao se subordinar ao programa de ação das esquerdas (PCB e PTB), aceitava as ‘vicissitudes da aliança formada [junto a] Goulart e outros populistas fiéis à tradição de Vargas’ (Weffort, 1981, p. 148-149).³¹⁶

Assim é que Francisco Weffort entende que a “força ideológica” do “corporativismo” e a do “nacionalismo” fomentaram a criação de um “sindicalismo populista”, real instrumento burguês de controle classista e fator impeditivo da criação de um verdadeiro sentimento de classe no país.³¹⁷

No período do regime militar, além da factível postura de repressão à ação sindical típica, tentou-se instituir nos sindicatos uma ação assistencialista, a partir do Decreto n. 67.227/1970, que previa uma série de posturas assistenciais aos sindicatos para a promoção social do trabalhador.³¹⁸

Seguiu-se o ressurgimento do movimento operário, a partir do final do regime militar, incrementado pela redemocratização, “*em busca da conquista de um novo espaço, de novos limites e posturas, através de uma verdadeira ‘revolução’ das classes trabalhadoras,*

³¹⁵ SANTOS, Ronaldo Teodoro. A autonomia sindical segundo os intelectuais: um debate inconcluso. *Revista de Ciências Sociais*, n. 37: outubro de 2012, p. 301; WEFFORT, Francisco. A cidadania dos trabalhadores. In: LAMOUNIER, Bolívar; WEFFORT, Francisco; Benevides, Maria Victória (Org.). *Direito, cidadania e participação*. São Paulo, T. A. Queiroz, 1981.

³¹⁶ SANTOS, Ronaldo Teodoro. *A autonomia sindical segundo os intelectuais: um debate inconcluso*. *Op. cit.*, p. 301-302.

³¹⁷ WEFFORT, Francisco. *Democracia e movimento operário: algumas questões para a história do período 1945-1964*. Parte II. *Revista de Cultura Contemporânea*, n. 2, jan. 1979, p. 3-11. P. 18-27.

³¹⁸ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicato e ações coletivas*. *Op. cit.*, p. 50.

instrumentalizado particularmente por movimentos paredistas que exemplificavam uma estratégia de ação agressiva e unida de caráter eminentemente político”.³¹⁹ Mas estava muito claro que “os objetivos desses movimentos eram duplos: conquistar os direitos reivindicados pelos trabalhadores e firmar no palco das relações trabalhistas uma ideologia identificada com os princípios marxistas-leninistas com vistas à tomada do poder pela classe operária [...]”.³²⁰

O que se tem de novo no sindicalismo nacional, tantos anos depois da edição de uma Constituição que poderia ter instituído a liberdade sindical, e a exemplo do que ocorre em alguns países,³²¹ é a atuação das Centrais Sindicais atrelada a correntes ideológicas e a partidos políticos.³²²

E continuamos a não ter liberdade para a autonomia privada coletiva. Embora as formas de intervenção do poder público no sindicalismo tenham se modificado, continua muito incisiva e persistente, em detrimento da liberdade sindical. “Diz-se com razão que até bem pouco o sindicato fugia do DOPS e hoje foge do Ministério do Trabalho, do Ministério Público e da Justiça do Trabalho”.³²³

3.2 (Des)ideologizando a negociação coletiva

Não se desconhecem as teses de inserção do sindicato na atividade política; seja mediante a institucionalização da sua colocação nos partidos políticos,³²⁴ seja pela criação de

³¹⁹ MARRAS, Jean Pierre. *Relações trabalhistas no Brasil*. São Paulo: Futura, 2001, p. 55.

³²⁰ Loc. cit.

³²¹ “Na Inglaterra, a Trade Union Congress (TUC) é vinculada ao Partido Trabalhista. Na Alemanha, a Deutscher Gewerkschaftsbund (DGV), ou Federação Alemã dos Sindicatos, é próxima ao Partido Social-Democrata. [...] Já nas Comissões Obreiras (CCOO) é ligada ao Partido Comunista. Outras centrais sindicais espanholas trazem na veia o sentimento separatista e marcante de determinadas regiões, como a Solidariedade dos Operários Catalões (SOC), a Solidariedade dos Trabalhadores Bascos (ELAS-STV) e a Intersindical Galega (INTG)”. MEIRELLES, Davi Furtado. Apontamentos sobre o reconhecimento das Centrais Sindicais. *Revista LTr*, São Paulo, fev. 2009, p. 180.

³²² Citando apenas o exemplo da CUT, Davi Furtado Meirelles: “A CUT (Central Única dos Trabalhadores), fundada em agosto de 1983, em São Bernardo do Campo, é a maior central sindical do Brasil até hoje. Ligada ideologicamente ao PT (Partido dos Trabalhadores), que fora fundado em 1980, também agregou a Causa Operária (CO) até 1991, que originou o PCO (Partido da Causa Operária), a Convergência Socialista (CS) até 1995, que deu origem ao PSTU (Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados) e, até recentemente, a Corrente Sindical Classista (CSC), ligada ao PC do B (Partido Comunista do Brasil).” *Loc. cit.*

³²³ AROUCA, José Carlos. As perspectivas do direito coletivo do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, fev. 2014, p. 141.

³²⁴ Dito por Luigi Bagolini: “No que se refere à primeira proposta, os partidos deveriam ser internamente reestruturados de modo a acolher em seu âmbito os sindicatos e fazer-se porta-vozes dos interesses dos trabalhadores no plano político decisório ativando tais interesses. Os partidos adquiririam assim maior conteúdo concreto transmitido a eles pelos interesses particulares dos homens econômica e profissionalmente

assembleias paritárias paralelas ao parlamento,³²⁵ dentre outras. O fato é que as propostas de exercício concomitante da atividade essencialmente sindical atrelada ao fisiologismo da atuação política e político-partidária revelam uma contradição inconciliável. Como conclui Luigi Bagolini, “*talvez na participação política e na ação de reivindicação possa consistir a ambivalência democrática do sindicato*”.³²⁶

Sabendo-se que a autonomia privada coletiva foi alçada constitucionalmente (CF, art. 7º, XXVI) à condição de fonte privilegiada e autônoma para o Direito do Trabalho, em contraposição à interventora estatal na positivação material de direitos e garantias, o que passaremos a demonstrar é como a ideologia, atrelada à atividade política na ação sindical vinculada a “*teses dogmáticas de confrontação negativista*”,³²⁷ especificamente aplicada às negociações coletivas, pode estar sendo superada na referência do sindicalismo reformista, pragmático ou de resultados.

Esse modelo, cujas raízes remontam ao sindicalismo inglês, a despeito de inserir-se na luta sindical, “[...] *destoa-se claramente do sindicalismo revolucionário, por pretender uma simples melhora da situação dos trabalhadores dentro do próprio sistema capitalista*”.³²⁸

Sua referência é o êxito nas tratativas e nos resultados práticos obtidos em negociações coletivas, ao abandonar a tese de luta de classes.³²⁹

É na superação da democracia representativa e da ruptura com a figura do líder tribuno acima dos demais, ideologicamente comprometido, que pode estar se configurando a tendência do novo sindicalismo. E isso porque a participação direta e efetiva de cada trabalhador na dinâmica de relacionamento com a empresa é plenamente viabilizada pelas novas modalidades de comunicação informacionais, *online*, sem a necessidade de intermediários profissionais do sindicalismo, que se valem, muitas vezes, de discursos inflamados excessivamente ideologizados, revolucionários, com frases de efeito, mas de poucos resultados práticos.

‘situados’.” BAGOLINI, Luigi. *Filosofia do trabalho*. Tradução de João da Silva Passos. São Paulo: LTr, 1997, 2. ed., p. 101.

³²⁵ “Uma conjectura de participação não indireta e sim direta dos sindicatos no poder político numa democracia pluralista [...]. Trata-se de uma perspectiva segundo a qual ao lado de uma Assembleia ou Câmara pluripartidária, devia constituir-se uma Assembleia ou Câmara econômica e profissional com participação dos sindicatos ou dos grupos portadores de interesses criativos, e não de interesses meramente possessivos ou de simples fruição.” *Id.*, p. 105.

³²⁶ *Ibid.*, p. 114.

³²⁷ CHIARELLI, Carlos Alberto. Direito coletivo do trabalho: partida e chegada? O sindicato em tempos de crise. *Revista LTr*, São Paulo, mar. 2009, p. 271.

³²⁸ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*. *Op. cit.*, p. 44.

³²⁹ *Loc. cit.*

Com efeito, o modelo sindical vinculado à ideologização das tratativas na negociação coletiva ficou muito difícil de ser exercido nas novas estruturas empresariais. *“Tem-se, assim, uma empresa onde, ao contrário do que pressupõem as regras sobre negociação coletiva e sobre a defesa dos interesses sindicais, não existe uma coletividade de trabalho, mas sim diversas coletividades de trabalhadores”*.³³⁰ Ademais, na ação sindical brasileira, a “[...] *ideologia professada nem sempre é explicitada, por vezes não é sequer claramente trazida ao nível da consciência*”³³¹ e, quando muito, é usada como instrumento de promoção pessoal para a atuação de alguns dirigentes no campo político-partidário. É de se realçar que a ideologia, em termos gerais, é amplamente manipulável e, por detrás das ideias, se escondem, muitas vezes, as verdadeiras intenções, sendo factível que a *“ideologia é um mascaramento da realidade, que tenta legitimar a situação fática existente, ainda que injusta”*.³³² Assim, não se discute que a ideologia constrói-se com o poder das ideias, embora estas *“podem até partir de uma realidade vivida, mas tendem a tornar viável a construção de uma outra realidade imaginada ou a justificar as incoerências do convívio social”*.³³³

A participação sindical ideologizada e política é um equívoco que se presta *“para disfarçar, por exemplo, uma luta que sob a ilusória veste de um diálogo, tem por fim a destruição do sistema, ou então, pelo contrário, para dissimular um diálogo inautêntico, cujos resultados são determinados unicamente pela força ideológica prevalecente”*.³³⁴ E isso, com efeito, se reflete nas taxas de dessindicalização.³³⁵

Apesar de dizer-se que estratégias empresariais fomentadoras da acumulação capitalista, como o toyotismo e a terceirização, têm o objetivo específico de desorganização dos modelos clássicos de coletivos de trabalho, mediante a manipulação ideológica do trabalhador coletivo do capital, voltadas para a dessubjetivação de classe,³³⁶ o fato é que a desmobilização da representação sindical tradicional traz, em paralelo, a abertura para a

³³⁰ JEAMMAUD, Antoine; FRAGALE FILHO, Roberto; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. *Trabalho, cidadania e magistratura*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000, p. 80.

³³¹ ROMITA, Arion Sayão. *A matriz ideológica da CLT*. *Op. cit.* p. 1308.

³³² CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*. *Op. cit.*, p. 21.

³³³ Tratando especificamente da relação ideologia e direito do trabalho: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 108.

³³⁴ BAGOLINI, Luigi. *Filosofia do trabalho*. *Op. cit.*, p. 108.

³³⁵ Fenômeno, que não é restrito ao caso brasileiro. Para José Carlos Arouca: “Prova é a inexpressiva taxa de sindicalização no país, 19,1%. Em outros países oscila para mais e para menos, ex: Portugal – 19,3%, Espanha – 15,9%, Itália – 35,10%, França, 7,6%, Alemanha – 18,6%, Estados Unidos – 11,4%, Inglaterra – 27,5%. AROUCA, José Carlos. *As perspectivas do direito coletivo do trabalho*. *Op. cit.*, p. 141.

³³⁶ ALVES, Giovanni. Terceirização e acumulação flexível do capital: notas teórico-críticas sobre as mutações orgânicas da produção capitalista. *Estudos de sociologia*. *Op. cit.*, p. 409-410.

criação de novos eixos comunicacionais discursivos, desta feita, a serem processualizados e desideologizados diretamente, sem intermediários ou representantes, entre os efetivamente envolvidos: empresa e trabalhadores.

O sindicalismo de controle ou de resultados, ínsito aos países de capitalismo avançado, embora não abandone a visão conflitual das relações coletivas de trabalho, favorece a participação dos trabalhadores nos objetivos empresariais, democratizando o poder exercido dentro da empresa.³³⁷

Isso é factível, e três exemplos são destaques da nova política de democracia participativa dos empregados nos objetivos empresariais – o sindicalismo de cogestão – com resultados expressivos nas negociações coletivas: França, Alemanha e Japão.

Tanto na França³³⁸ quanto, principalmente, na Alemanha, já se tem como realidade a participação dos trabalhadores nos conselhos de administração e órgãos decisórios empresariais, em cogestão, fruto de uma bem elaborada ação sindical de resultados.³³⁹ Especificamente na Alemanha, aumenta exponencialmente a participação dos trabalhadores como acionistas das empresas empregadoras.³⁴⁰

Já no Japão, berço do toyotismo, após a prolongada greve de 1950, que resultou na demissão em massa de quase 2.000 trabalhadores na fábrica Toyota, surgiu um novo objetivo empresarial, consistente na perspectiva de envolvimento dos trabalhadores e de seus representantes sindicais nos resultados empresariais.³⁴¹ Assim, embora se diga que esse novo sindicalismo é corporativo e interlocutor exclusivo do capital, o fato é que há participação sindical efetiva na direção das empresas japonesas, na medida em que se reconhece que “[...]”

³³⁷ Assim, expressamente: SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa*. São Paulo: LTr, 1998, p. 20.

³³⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *O processo de elaboração da norma jurídica trabalhista*. São Paulo: Hemeron Editora, 1973, p. 159.

³³⁹ BUEN LOSANO, Nestor de. *Derecho del trabajo*. México: Porruá, 1977, p. 561-562; e MOTTA, Fernando Cláudio Prestes. A co-gestão alemã: a conciliação do inconciliável. *Revista de Administração de Empresas*. v. 23, n. 1, São Paulo: janeiro-março 1993, item “3. *O que está em jogo*”. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em: 14 out. 2014. Para o sistema francês Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *O processo de elaboração da norma jurídica trabalhista*. *Op. cit.*, p. 160; para a situação mais evoluída do modelo sindical alemão, Cf. DEL CLARO, Maria Ângela Marques. A autonomia privada coletiva como fonte de normas trabalhistas no Brasil, durante os últimos seis anos do Século XX. In: DELLEGRAVE NETO, José Affonso. (Organizador). *Direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003, p. 448.

³⁴⁰ BIASI, Marco. Retribuizione di produttività, flessibilità e nuove prospettive partecipative. Especialmente item “3” “El descentramento 'spontaneo' in Germania. *Op. cit.*, 349.

³⁴¹ ANTUNES, Ricardo. Adeus ao trabalho. Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 25.

uma das passagens essenciais que asseguram a promoção dos dirigentes e a formação das elites da empresa Toyota é a atividade sindical".³⁴²

É digna de nota a nova postura do sindicalismo italiano, que se apresenta com um dos maiores índices de sindicalização.³⁴³ Desde o fim do período corporativo fascista, clamava-se doutrinariamente pela construção de uma nova base para o sistema sindical e para a contratação coletiva.³⁴⁴ Com as Leis n. 741/59 e n. 1589/56, foi instituído campo para a introdução de uma contratação coletiva integrativa e de uma política de diálogo e mediação entre os sindicatos e as empresas, o que se concretizou pelo Protocolo de 5 de julho de 1962, por meio de uma ampla negociação coletiva exitosa e articulada do setor mecânico, posteriormente difundida para outros setores da indústria.³⁴⁵ Já na regência do Estatuto do Trabalhador (Lei n. 300/70), alargou-se o espaço para a ação sindical nos locais de trabalho,³⁴⁶ embora o início da década de 1990 tenha sido marcado pela ruptura da unidade sindical nacional em várias categorias, em razão do envolvimento excessivo do movimento sindical na política.³⁴⁷ Foi quando a postura da atuação sindical mudou. Sabendo-se que o sistema sindical italiano é plural,³⁴⁸ sujeito, portanto, aos problemas relacionados com a representatividade adequada³⁴⁹ (*supra* 2), mas adotando-se um módulo de contratação de "prossimità", a partir do emblemático caso da Fiat, em que a negociação coletiva projetou um sistema contratual nacional autoconcluso, as negociações coletivas tornaram-se exitosas, até o emblemático acordo de 31 de maio de 2013 da "Confederação da indústria"³⁵⁰. Isso se explica porque as "[...] grandes centrais sindicais, separadas por motivos ideológicos (comunista, social cristã, social-democrata, direitista, etc.) combatiam e combatem em

³⁴² Nesse sentido: ALVES, Giovani. Toyotismo como ideologia orgânica da produção capitalista. *Op. cit.*, p. 5.

³⁴³ Cf. nota de rodapé 104.

³⁴⁴ Em 1947 (AI de 7 de agosto de 1947) celebrou-se um acordo interconfederativo do setor industrial, no qual se estabeleceu a distinção entre a demissão individual e a coletiva, ali identificada como "redução de pessoal". SARTORI, Alessandra. Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge n. 92/2012. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. Bologna: Giuffrè, Vol. 3, 2014, p. 3-4. p. 468.

³⁴⁵ PESSI, Roberto. Ordinamento staduale e ordinamento intersindicale. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. Bologna: Giuffrè, Vol. 1, 2014, p. 3-4.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 5.

³⁴⁷ *Id.*, p. 10.

³⁴⁸ Assim como na Espanha, França e na maioria dos países. STÜMER, Gilberto; MIES, Natalia Schnaider Serro. A liberdade sindical e o papel do sindicato. *Op. cit.*, p. 195.

³⁴⁹ Como no caso Fiom, de 1995, quando à luz do art. 19 do Estatuto do Trabalhador, que permitia uma espécie de representatividade sob "concessão do empregador" e o ingresso na negociação coletiva apenas do sindicato que aceita as propostas empresariais, em detrimento do sindicato verdadeiramente mais representativo, dissidente e antagonista. *Id.*, p. 11.

³⁵⁰ Já sob o pálio da releitura que a Corte Constitucional (decisão 231/2013) fez do art. 19 do Estatuto do Trabalhador, no sentido de que não é o empregador quem escolhe o sindicato com o qual deseja negociar; impondo-se a participação do mais representativo. *Id.*, p. 12-13.

conjunto para a obtenção de vantagens crescentes na negociação coletiva”,³⁵¹ desideologizando as tratativas e encaminhando-se na defesa da empregabilidade e da produtividade da empresa como um todo.³⁵²

A repulsa à ideologização da atividade sindical é notada em Portugal desde a década de 1990, quando mais de 36% (trinta e seis por cento) da desfiliação sindical é atribuída ao “[...] *desagrado a um ‘exagerado envolvimento do sindicato na política’ e a ‘discordância’ com decisões tomadas pelo sindicato*”.³⁵³ Naquele país, os trabalhadores se encaminham para aquilo que ali se chama de negociação coletiva “atípica”, direta, entre trabalhadores e a própria empresa, como superação à negociação coletiva tradicional e sindical, absolutamente em crise.³⁵⁴ Um exemplo dessa nova postura é o *case study* da doutrina trabalhista portuguesa: os acordos coletivos celebrados entre empregados e a montadora de origem alemã Autoeuropa, os quais se desenvolvem, desde 1994, à margem das estruturas sindicais oficiais, celebrados com comissões de trabalhadores, ao abrigo do sistema de cogestão projetado a partir da matriz alemã, e que se traduzem em factíveis melhorias nas condições de trabalho e, principalmente, de empregabilidade.³⁵⁵

Se as soluções vão sendo encontradas fora das estruturas sindicais tradicionais em crise, é de conectar-se essa mudança de eixo das negociações àquilo que alguns cunham de descoletivização,³⁵⁶ muito visível, e que vem provocando enormes fissuras na ação sindical na Europa e nos Estados Unidos da América.³⁵⁷

No Brasil, tem-se a judicialização das posições ideológicas do movimento sindical³⁵⁸ que, sem qualquer “pauta de valores” verdadeiramente sindicais, não consegue sair da sombra do poder público.³⁵⁹ Portanto, dado o âmbito exponencial do movimento sindical profissional

³⁵¹ STÜMER, Gilberto; MIES, Natalia Schnaider Serro. *A liberdade sindical e o papel do sindicato*. Op. cit., p. 196.

³⁵² BIASI, Marco. *Retribuizione di produttività, flessibilità e nuove prospettive partecipative*. Op. cit., pp. 362 e ss.

³⁵³ RIBEIRO, Joana; LEITÃO, Nuno; GRANJO, Paulo. *Visões do sindicalismo*. Lisboa: Cosmos, 1994, p. 67-69.

³⁵⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Negociação coletiva atípica*. Lição de agregação. Coimbra: Almedina, 2009, p. 55-70.

³⁵⁵ *Id.*, p. 56-70.

³⁵⁶ Pela progressiva queda na taxa de sindicalização e pelo descrédito que trabalhadores e a sociedade em geral passaram a ter na instituição sindical.

³⁵⁷ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Fundamentos do direito coletivo do trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 267.

³⁵⁸ Guerra de liminares; impugnações a registros de candidatura e ao resultado das eleições e tantas ações que bem refletem os litígios intrasindicais.

³⁵⁹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Liberdade sindical e autorregulação: pelo assentamento de princípios e valores sindicais nacionais. *Revista LTr*, São Paulo, fev. 2015, p. 152.

brasileiro e, em função da sua própria razão existencial, “[...] prescindiria da intervenção e influência de discussões partidárias, até porque impedidos os dirigentes sindicais de concorrerem e exercerem mandatos eletivos.”³⁶⁰ Esse é o caminho trilhado pela maior e mais representativa das Centrais brasileiras, a CUT, já com um elevado grau de institucionalização que, premida pela profunda crise econômica e social que o país atravessa, vem adotando “uma postura mais contratual e pragmática nas negociações com o empresariado e o governo, deixando para grande parte do discurso presente nas origens da Central: ‘confrontacionista’ e ideológico”.³⁶¹

Não se pode falar, com convicção absoluta, que a nova postura sindical de cogestão seria fruto do toyotismo – entendendo-se este como instrumento de manipulação ideológica do trabalhador coletivo do capital, voltado para a dessubjetivação de classe³⁶² –, mas também pode ser atribuída à inviabilização das manifestações nos locais de prestação dos serviços e à repulsa ao modelo fordista-taylorista, “[...] que impunha um trabalho parcelizado, repetitivo, fragmentado, rotinizado, e [que] havia desqualificado e mesmo destruído o saber daqueles trabalhadores de ofício, que tinham um determinado controle a autonomia do seu trabalho”.³⁶³ Portanto, a nova postura do sindicalismo traduz factível repulsa ao anacronismo desse sistema.³⁶⁴

É inegável que as experiências sindicais de cogestão da Alemanha (*Mittbestimmungsrecht*), mediante a celebração de acordos diretos entre trabalhadores e empresas (*Betriebsvereinbarungen*),³⁶⁵ e do Japão, sem falar nas da França, da Itália e de Portugal, vertem para o caminho da democracia sindical participativa nos objetivos e do universo empresarial, e podem servir para um novo vetor argumentativo do sindicalismo brasileiro. Tanto que, a partir dessas experiências, a União Europeia editou a Diretiva n. 94/45, instituindo a representação dos trabalhadores nas empresas com mais de 1.000 (mil) empregados a todos os seus Estados-membros.³⁶⁶

³⁶⁰ PEDRASSANI, José Pedro. *Supralegalidade dos convênios coletivos*. *Op. cit.*, p. 65.

³⁶¹ RODRIGUES, Iran Jácome. *Sindicalismo e política: a trajetória da CUT*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 168.

³⁶² ALVES, Giovani. *Toyotismo como ideologia orgânica da produção capitalista*. Disponível em: <www.estudosdotrabalho.org>, p. 4.

³⁶³ DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. Um estudo do complexo petroquímico. São Paulo: Boitempo. Coleção mundo do trabalho, p. 68.

³⁶⁴ Assim, expressamente: DEL CLARO, Maria Ângela Marques. *A autonomia privada coletiva como fonte de normas trabalhistas no Brasil, durante os últimos seis anos do Século XX*. *Op. cit.*, p. 449.

³⁶⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Negociação coletiva atípica*. Lição de agregação. *Op. cit.*, p. 70.

³⁶⁶ COSTA, Carlos Eduardo Dantas. *Organização e representação de trabalhadores no local de trabalho*. *Op. cit.*, p. 697.

O movimento sindical brasileiro já experimentou um convívio com os exageros do toyotismo, como os círculos de qualidade total e a institucionalização da terceirização,³⁶⁷ pela Lei n. 13.429/2017, e judicialmente cancelada.³⁶⁸ Mas o caminho a seguir deve ser mesmo o de abandonar o confronto e perseguir a cogestão, pela possibilidade de organização dos trabalhadores no local de trabalho, que vem a seguir o modelo proposto pela OIT na Convenção 135/1981 e na Recomendação 143/1975,³⁶⁹ sendo instrumento de efetivação da previsão do art. 7º, XI, parte final, da Constituição, que consagra o princípio da participação operária na gestão empresarial.³⁷⁰ E também uma forma de se dar cumprimento a várias disposições infraconstitucionais vigentes, como a Lei da Participação dos Trabalhadores nos Lucros e Resultados das Empresas (Lei n. 10.101/2000), que prevê (art. 1º) “*a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade*”; a Lei n. 12.353/2010, que contempla a “*participação de representante dos empregados nos conselhos de administração das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto*”; e o art. 164 da CLT, que faz previsão no sentido de que “*cada CIPA será composta de representantes da empresa e dos empregados*”.

Trata-se da ruptura com os modelos tradicionais de gestão, para a adoção de outro, de construção dialógica, em que trabalhadores e empresários não são mais vistos como adversários, mas como sócios numa visão holística do empreendimento.³⁷¹

A tendência é a de que as relações coletivas de trabalho vão “[...] *se modificando em direção à parceria. A negociação perde o seu caráter adversário e assume um aspecto consultivo*”.³⁷²

³⁶⁷ DEL CLARO, Maria Ângela Marques. *A autonomia privada coletiva como fonte de normas trabalhistas no Brasil, durante os últimos seis anos do Século XX*. *Op. cit.*, p. 449.

³⁶⁸ A referência é a ARE 791933-RG-DF, no Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida quanto ao tema “Terceirização Ilícita. Concessionária de Serviços de Telecomunicações. Ofensa ao Princípio da Reserva de Plenário. Não aplicação do art. 94, II, da Lei 9.427/97, que determinou a paralisação de todas as ações relacionadas com a terceirização naquele setor, no âmbito da Justiça do Trabalho.

³⁶⁹ COSTA, Carlos Eduardo Dantas. *Organização e representação de trabalhadores no local de trabalho*. *Op. cit.*, p. 697.

³⁷⁰ Já sob a égide da Emenda Constitucional 1/69 essa previsão existia no contido no art. 165, V. Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *O processo de elaboração da norma jurídica trabalhista*. *Op. cit.*, p. 160.

³⁷¹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Epítome do modelo de construção dialógica de soluções judiciais no processo coletivo do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, dez. 2014, p. 1425.

³⁷² Citando José Pastore. SOARES, Marcele Carine dos Praseres. Perspectivas do sindicalismo no atual padrão de desenvolvimento. *Revista LTr*, fev. 2010, p. 186. Contra, entendendo que “É inútil negar ou tentar superar o conflito industrial. ROMITA, Arion Sayão. *A matriz ideológica da CLT*. *Op. cit.*, p. 1332.

Não se está aqui a dizer que o caminho para um menor desequilíbrio nas negociações coletivas seria o do chamado sindicalismo “*por empresa*” (em contraposição ao sindicalismo “*de indústria*”, de confronto), como sendo aquele de “*envolvimento pró-ativo, que procure colaborar com o capital na busca de soluções para os problemas da produção de mercadorias*”.³⁷³ É de se dizer, por enquanto, apenas que “*a natureza da organização, marcada pela face oposicionista, reivindicatória, inconformada, não mais integra o sindicato, ao menos nas proporções em que se acostumou a verificar*”.³⁷⁴ E, assim, que as relações coletivas de trabalho deixam de lado o antagonismo que as caracterizava e vão se modificando em direção à parceria.³⁷⁵

Portanto, “*os sindicatos estão ressurgindo em um novo caminho e com novas orientações, voltadas não apenas para a importante defesa dos trabalhadores, como grupo, mas também de participação na formatação e implementação de políticas públicas, sociais e de ações afirmativas*,”³⁷⁶ na diretriz de uma verdadeira “*parceria com o Estado e com as empresas*”.³⁷⁷ Será na desideologização da negociação³⁷⁸ que se avaliará, efetivamente, se a ideologia empresarial que captura a subjetividade do trabalho fará surgir uma nova referência reivindicativa e valorativa para os trabalhadores, agora não mais pelo confronto, mas pela instituição de comprometimento com os objetivos empresariais, e se isso, futuramente, resultará em ganhos ou, ao menos, em minimização da precarização institucionalizada do trabalho.

Uma negociação coletiva, agora, assentada na confiança em lugar da desconfiança; “*do tipo ‘ganha-ganha’ em contraposição ao ‘levar vantagem em tudo’; economias de escala; enfoque na qualidade; a postura criativa e pró-ativa dos parceiros e sua integração em prol de um objetivo comum*”.³⁷⁹

3.3 Princípios (ideológicos) e garantias da negociação coletiva

³⁷³ ALVES, Giovani. *Toyotismo como ideologia orgânica da produção capitalista*. *Op. cit.*, p. 4-5.

³⁷⁴ SOARES, Marcele Carine dos Praseres. *Perspectivas do sindicalismo no atual padrão de desenvolvimento*. *Op. cit.*, p. 186.

³⁷⁵ RODRIGUES, Leôncio Martins; VELLOSO, João Paulo dos Reis (Organizadores). *O futuro do sindicalismo: CUT, Força sindical e CGT*. São Paulo: Nobel, 1992, p. 46.

³⁷⁶ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Fundamentos do direito coletivo do trabalho*. *Op.cit.*, p. 268.

³⁷⁷ *Loc. cit.*

³⁷⁸ Em outras palavras, sem “nuances políticas”. COSTA, Carlos Eduardo Dantas. Organização e representação de trabalhadores no local de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, jun. 2014, p. 705.

³⁷⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Epítome do modelo de construção dialógica de soluções judiciais no processo coletivo do trabalho. *Revista LTr, Op. cit.*, p. 1325.

A grande performance institucional do direito (coletivo) do trabalho reside em demonstrar o significado dos princípios que lhe atuam, entendendo-se como princípios as premissas que determinam o seu próprio *modus operandi*, ou *modo de ser*, e lhe conferem identidade perante outras ciências. Se, no presente capítulo, tratamos da ideologia como instrumento de dominação sindical, e até política, pelo convencimento por meio da persuasão, dissuasão, ou mesmo alienação dos dominados,³⁸⁰ neste tópico abordaremos a ideologia principiológica ínsita à negociação coletiva, com o significado de ideário ético materializado institucionalmente.

Quando se alude aos princípios da contratualização (negociação consumada), boa parte da doutrina estrangeira e nacional aponta para o “consensualismo”, a “autonomia da vontade”, a “igualdade”, a “obrigatoriedade”, a “intangibilidade”, a “inalterabilidade”, a “relatividade dos efeitos” e a “boa-fé”.³⁸¹

À exceção da “boa-fé”, esses não são princípios, tal como enunciados na doutrina civilista, que possam ser aplicados à negociação coletiva. Uma negociação a desaguar em uma convenção ou acordo coletivo, realizada de forma consensual, sem vício de manifestação de vontade, cujos termos avençados são obrigatórios, intangíveis, inalteráveis (a não ser nos casos em que são possíveis as alterações e revisões), seria uma negociação tecnicamente bem-feita e até com aptidão de produzir resultados desejáveis com os padrões constitucionais, mas não identificam os seus verdadeiros princípios a partir da sua gênese do direito e como método autocompositivo dos conflitos coletivos de trabalho.

Os princípios da negociação são aqueles que, apesar de atrelados à técnica ou ao método do seu processamento, atuam como elemento de ligação aos ramos maiores e à grande árvore do conhecimento jurídico, a partir do módulo da Constituição. Têm, em sua textura, ingredientes diretamente vinculados à liberdade responsável, à segurança jurídica e à justiça negocial.

Feita essa primeira colocação, tem-se que o reconhecimento de que a negociação coletiva deve ser desideologizada e despolitizada, na perspectiva que colocamos nos itens acima (*supra*, 3.1 e 3.2), constitui uma premissa metodológica que conduz a colocá-la não como imune a regramentos, mas, pelo contrário, como alvo de uma série de preceitos e

³⁸⁰ Muitas vezes mascarando a realidade. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich (1974). *A Ideologia Alemã*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1974, pp. 32 e ss.

³⁸¹ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 78-88.

garantias, formadores de um “sistema” que tenha aptidão para consagrá-la como legítimo veículo de solução dos conflitos coletivos de trabalho.

Isso leva, necessariamente, a condicionamentos e restrições na atuação comportamental das partes, ditados como “garantias” de segurança para a liberdade de suas posições e possibilidades no desenvolvimento do processo negocial, e como forma de conferir-lhe legitimidade.

A negociação enquanto “método ou técnica” procedimental, mediada ou não, inclui um número de regras de fundamental importância para um legítimo encaminhamento de suas soluções, pautadas pelos seus princípios formadores, que lhe atuam como “pilares”. Esses princípios, que são as bases fundantes do instituto, traduzem-se em garantias do devido processo negocial.

Dentre os vários norteadores da negociação, avulta um primeiro, enquanto princípio geral; dois que destacamos como principiologia própria, necessária para o seu manejo regular, específicos da negociação; e um último, que sintetiza todos os anteriores.

3.3.1 A boa-fé (objetiva): princípio geral

Na negociação coletiva apresentam-se dois sujeitos coletivos em posições antagônicas, com interesses conflitantes, muitas vezes em greve deflagrada. O caminho negocial, nessas condições, abre a perspectiva da melhoria da situação existente, mediante a possibilidade do debate ínsito à dialética do processo negocial: “tese” dos trabalhadores e “antítese” dos empregadores ou vice-versa. Mas o sucesso da negociação não depende exclusivamente do implemento dos requisitos puramente formais ou da utilização da “técnica negocial”.

A negociação, enquanto “método ou técnica”, deve ser informada pelos objetivos revelados pelo Direito do Trabalho e levada a efeito com vistas a dar efetividade aos valores éticos da sociedade e a um resultado justo, entendendo-se como justo aquele que melhore a situação das partes em conflito. A tecnologia cria novas situações e novos conflitos, que devem projetar novas soluções compatíveis com a realidade socioeconômica (e até política) a partir de uma nova interpretação sociológica ou teleológica dos interesses contrapostos, compartilhada pelos próprios destinatários, dentro daquilo que se denomina “boa-fé”.

Portanto, a negociação coletiva não é instrumento puramente “técnico” – até pela liberdade de atuação dos negociadores –, mas, acima de tudo, “ético”.

Não se deve ao modelo proposto a criação desse princípio, mas a sua renovação e adaptação às particularidades do Direito Coletivo do Trabalho. O estudo da boa-fé como princípio remonta ao Direito Romano, que contemplava a *fides* e a *bona fides*. Aquela, como sendo o poder e promessa nas relações externas, consubstanciado no respeito à palavra empenhada. A esta, fruto da evolução daquela, incorporou-se um ingrediente de ordem moral, independentemente de cominação ou sanção jurídica.³⁸²

O Direito do Trabalho, ao longo de séculos, procedeu à adequação do princípio de que os negociantes devem agir de forma leal, proba, instalando uma relação de confiança mútua e fiel aos objetivos do procedimento, que deve pautar-se pela sua feição moral, ética, com lealdade das propostas, fidedignidade no tratamento e cumprimento adequado dos compromissos assumidos: tempo, lugar e modo.³⁸³

Com sua evolução, a partir da teorização germânica de índole racional, a boa-fé conquistou autonomia conceitual fundada na lealdade e confiança (*Treu und Glauben*) e expandiu os seus horizontes para ultrapassar os limites da boa-fé subjetiva, atingindo a objetiva: regras de conduta.³⁸⁴ Neste quadro, tem-se que o processo negocial não se pauta apenas pela conduta ditada pelo elemento subjetivo, psicológico, ciência ou ignorância de determinadas situações, atrelado ao voluntarismo e individualismo que fomentaram a regra do art. 550 do Código Napoleão de 1804.³⁸⁵ Isso porque a “[...] análise de uma possível má-fé subjetiva no agir depende de uma investigação eivada de dificuldades e incertezas, e faz-se necessária a consideração de um patamar geral de atuação, atribuível ao homem médio”.³⁸⁶

Portanto, no processo negocial aplica-se a boa-fé objetiva que:

[...] quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais

³⁸² CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984, Vol. 1, pp. 53-60.

³⁸³ Em sentido análogo, tratando da boa-fé nos contratos do direito civil: BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1994, Vol. 1, pp. 456 e ss.

³⁸⁴ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. *Op. cit.*, pp. 148-176.

³⁸⁵ Assim como fazia o nosso Código Civil de 1919, nos art. 490 ao 492. LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. *Op. cit.*, p. 86.

³⁸⁶ LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). *Problemas de direito civil Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.55-75. p. 61.

como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subjuntivo.³⁸⁷

Como consequência, incidem as disposições do art. 422 do Código Civil,³⁸⁸ e dos arts. 4º e 51 do Código de Defesa do Consumidor, que consagram a boa-fé objetiva.³⁸⁹

Esse princípio (*good-faith*) é universal. Encontra-se positivado em normativa norte-americana, desde o *Taft-Hartley Act*, de 1946, e é bastante prestigiado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, como se verifica, dentre tantos, no *case Universal Camera Corp. v. National Labor Relations Board*.³⁹⁰ No Canadá, “[...] os Códigos do Trabalho Provinciais estabelecem um direito-dever de as partes (sindicato profissional e empresas/sindicato patronal) negociarem de boa-fé (*collective bargaining*) em busca de uma solução para o conflito”,³⁹¹ o mesmo ocorrendo com a Nova Zelândia, com o Código da Boa-fé nas Negociações Coletivas de 2005,³⁹² na Espanha, especificamente no art. 89 do Estatuto do Trabalhador;³⁹³ Portugal, com a boa-fé *in contrahendo* do Código Civil³⁹⁴; e na sempre referencial Itália.³⁹⁵

Embora na sociedade contemporânea, tecnológica e massificada, o direito de fonte estatal esteja, cada vez mais, se afastando do “justo” ou “benévolo”, incumbe, aos entes

³⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.411.

³⁸⁸ Comentando o dispositivo, Maria Helena Diniz esclarece que a boa-fé subjetiva relaciona-se ao desconhecimento de algum vício do negócio jurídico, enquanto a boa-fé objetiva, contemplada no aludido dispositivo legal, refere-se a um padrão comportamental, fundado na lealdade, impedindo o exercício abusivo do direito por parte dos contratantes, visando o cumprimento não só do principal, mas dos acessórios, inclusive no dever de informar, colaborar e de atuação diligente. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 354-355.

³⁸⁹ Assim, expressamente: MAISTRO JÚNIOR, Gilberto Carlos. *O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva*. *Op. cit.*, p. 244.

³⁹⁰ OBERER, Walker E., HANSLOWE, Kurt L. e HEINZ, Timothy J. *Labor law: collective bargaining in a free society*, 4th. ed., Saint Paul, Minesota, West Publishing, 1994, pp. 152-154 e 157-162.

³⁹¹ MOUSINHO DE BRITO, Rildo Albuquerque. *Mediação e arbitragem de conflitos trabalhistas no Brasil e no Canadá*. São Paulo: LTr, 2010, p. 30. Também: NADEN, Denis. Solução dos conflitos trabalhistas no âmbito sindical no Canadá: arbitragem das reclamações. Tradução de Estevan Malet. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. *Op. cit.*, p. 119.

³⁹² *Cod of the Good Faith*. Disponível em: <www.ers.dol.govt.nz/goodfaith/cod>.

³⁹³ Antônio Ojeda Aviles esclarece que o dever negocial do direito espanhol é distinto e mais amplo do que o *duty to bargain* do direito norte-americano. Na Espanha, todos os esforços devem estar na mesa de negociação, não bastando a simples troca de correspondências ou informações. AVILES, Antonio Ojeda. *Derecho sindical*. Madrid, Tecnos, 1992, 686-687. LIMA FILHO, Francisco das C. Negociação e conflito. A conformação da autonomia coletiva e a concertação social no modelo espanhol. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. *Op. cit.*, pp. 99-101.

³⁹⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 268-269.

³⁹⁵ RUSCIANO, Mario. La metamorfosi del contratto collettivo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. *Op. cit.*, pp. 53-54.

dotados da prerrogativa de produzirem o próprio direito, a aplicação de remédios compatíveis com este cenário.³⁹⁶

A “boa-fé objetiva” vem a ocupar o espaço deixado pela redução do sentido de “vontade livre”, diminuindo os condicionamentos que fazem com que os trabalhadores transformem-se em “aderentes” das condições impostas pelos empregadores.³⁹⁷

3.3.2 O contraditório

O primeiro princípio que elegemos como específico da negociação é o do contraditório, entendendo-se este como o “contraditório” participativo em condições de paridade: isonomia.³⁹⁸ Alude-se ao contraditório como expressão processualmente demarcada do princípio político de participação democrática na criação do direito e na construção compartilhada das decisões.

Ganhou, enquanto princípio, “[...] *uma projeção humanitária muito grande, sendo, provavelmente, o princípio mais importante do processo*”.³⁹⁹ Assim, as regras tradicionais de igualdade formal das partes, no contexto das suas posições bilaterais, “[...] *não satisfazem o contraditório participativo como um instrumento do princípio político da participação democrática. É necessário que o contraditório instaure o diálogo humano.*”⁴⁰⁰

Se a garantia do contraditório no processo judicial tem como corolário imediato a regra da legitimidade *ad causam*, entendendo-se esta como a garantia de que só seja admitida em juízo pessoa para postular direito próprio,⁴⁰¹ no caso da negociação coletiva, a restrição vai sendo depurada do significado individualista de que tradicionalmente reveste-se para assumir o escopo de “legitimidade adequada” ou “representação adequada”: a conduzida por um ente representativo de grupo, classe ou categoria, enquanto sujeito coletivo de trabalho.⁴⁰²

O direito substancial à negociação é direito de natureza abstrata, genérica e, sendo via de mão dupla, deflagra, quando exercido, um outro, em sentido oposto, de lhe responder,

³⁹⁶ FERRARA, Luigi Carioca. *El negocio jurídico*. Madrid: Aguilar, 1956, pp. 86-88.

³⁹⁷ Sobre boa-fé e autonomia privada: PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 25.

³⁹⁸ MEIRELLES, Davi Furtado. *Negociação coletiva no local de trabalho: a experiência dos metalúrgicos do ABC*. *Op. cit.*, p. 43.

³⁹⁹ Aludindo ao contraditório como princípio do processo judicial contencioso: GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 540.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 541.

⁴⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 2002, pp. 219-220.

⁴⁰² Como ocorre, v. g., na tutela processual coletiva. *Ibid.*, p. 220.

debater, instalando e complementando a relação negocial dialética. É no *iter* comunicativo das partes, em condições de igualdade, influenciando-se reciprocamente, que reside a gênese de um justo processo autocompositivo.⁴⁰³

O “contraditório”, aqui, deve ser entendido como agente facilitador, para que as partes tenham procedimentalmente “condições reais” e “efetivas” de obterem a mais legítima solução autocompositiva.

A relação entre processo negocial e democracia deve ser revista a partir da razão comunicativa e deliberativa dos sujeitos estipulantes, em contraditório, na construção de uma justa decisão autocompositiva e criadora do direito, em democracia participativa, como se demonstrará mais amplamente, adiante (*infra*, 8).

3.3.3 A cooperação

Figurando como “dever genérico” ínsito às relações de trabalho,⁴⁰⁴ a “cooperação” também figura como princípio da negociação coletiva.⁴⁰⁵ O processo da negociação coletiva, além de desenvolver-se em contraditório é, na essência, um processo cooperativo, em que todos os sujeitos e eventuais intervenientes terceiros devem atuar colaborativa ou cooperativamente para que ele flua e atinja os seus objetivos.

É da compreensão procedimentalista de que todos os sujeitos da negociação constituem “meio essencial” para a sua viabilização, que se apresenta a cooperação como princípio negocial de alta relevância.

Desse princípio, decorre o direito às informações, pois já se viu (*supra*, 3.3.2) que, no contexto do procedimento participativo, o dever negocial advém, em primeiro lugar, da

⁴⁰³ Para José Augusto Rodrigues Pinto, o contraditório e a igualdade entre os sujeitos estipulantes são dois dos quatro princípios da negociação. RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 766-768.

⁴⁰⁴ Como dito por Francesco Messineo: “[...] nell’obbligazione del prestadore di lavoro, deve ritenersi incluso il ‘dovere generico di collaborare’”. MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civil e commerciale*. v. 4. Op. cit., p. 263.

⁴⁰⁵ RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Tratado de direito material do trabalho*. Op. cit., pp. 766-768.

“informação” para que as partes possam se posicionar no processo;⁴⁰⁶ e, em segundo, da “reação”, revelada pelo movimento procedimental da parte, pautado pela liberdade.⁴⁰⁷

Assim, o início do processo negocial deve ser pela divulgação das informações e provas das partes, umas às outras, naquilo que no processo judicial anglo-americano denomina-se de *disclosure* ou *discovery*. Se, neste, a *disclosure* é ferramenta indispensável à autocomposição e diminuição da contenciosidade,⁴⁰⁸ no processo negocial também o é, não apenas para que as partes se posicionem na formulação das pretensões e resistências (a reação), mas para que cheguem à autocomposição.

O direto às informações é recíproco, gera obrigação correlata, guarda dever de confidencialidade e deve ter pertinência com os temas negociados.⁴⁰⁹ São requisitos do dever de informação, portanto, a reciprocidade, a confidencialidade e a pertinência.⁴¹⁰

Em decorrência desse princípio, tem-se o “conglobamento”, como “técnica de negociação”, que:

[...] não permite a invocação de um prejuízo como objeção a uma cláusula sem demonstração de que este – o prejuízo – também é resultado da negociação globalmente considerada em seu resultado final, proposto ou aceito. O conglobamento, na verdade, representa uma garantia da unidade da negociação, para que os mesmos argumentos não possam ser repetidos e para que, principalmente, as partes jamais possam perder de vista o conjunto da negociação.⁴¹¹

⁴⁰⁶ Sobre o dever de informação na negociação coletiva norte-americana, Cf. MALLETT, Estevão. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 2005, pp. 123-144. Também, na doutrina clássica dos contratos do Direito Civil e Comercial, como “teoria da informação”: RUSSEL, Alfredo. *Curso de direito comercial brasileiro*. Tomo Segundo. Rio de Janeiro: Livraria Científica Brasileira Süsseskind de Mendonça, 1924, pp. 355-357.

⁴⁰⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. *Op. cit.*, pp. 53 e ss.

⁴⁰⁸ Em *Hickman v Taylor* a Suprema Corte dos Estados Unidos assim decidiu: 395 U.S. 495 (1947).

⁴⁰⁹ Não pode gerar prejuízos para a parte que forneceu as informações, notadamente pela divulgação das informações estratégicas da empresa. BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. *Direito sindical*. *Op. cit.*, p. 155.

⁴¹⁰ “Cabe, aqui, menção ao disposto no art. 99, § 1º, do Anteprojeto de Lei da Reforma Sindical, debatido no Forum Nacional do Trabalho (Brasília, 2005), impondo como expressão da boa-fé, na negociação coletiva, a informação no prazo e com o detalhamento necessário (inciso III), bem como a preservação do sigilo das informações recebidas com esse caráter (inciso IV).” MAISTRO JÚNIOR, Gilberto Carlos. *O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva*. *Op. cit.*, p. 237. Para a parte processual do Anteprojeto, remete-se a: MAIA FILHO, Paulo Américo. *A ação civil pública como via alternativa ao dissídio coletivo*. *Op. cit.*, Capítulo 8. O Anteprojeto está disponível em: <www.sintunesp.org.br>. Acesso em: 03 mar. 2017.

⁴¹¹ GUEIROS BERNARDES, Hugo. Princípios da negociação coletiva. In: LIMA TEIXEIRA, João de. (Coordenador). *Relações coletivas de trabalho*. Estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süsseskind. São Paulo: LTr, 1089, pp. 357-370.

A técnica, portanto, faz com que “*as partes vejam o acordo final como um todo*”.⁴¹²

Como se demonstrará adiante (*infra*, 6.1), o “conglobamento” é mais relevante enquanto “técnica de negociação”, decorrente do princípio da colaboração, do que como “técnica de interpretação” do conteúdo das convenções e acordos coletivos (*infra*, 6.1).

Ainda no contexto do processo em colaboração, invocam-se, a partir do princípio romano *in contractibus tacite veniunt quae sint moris et consuetudinis*, também ínsito aos costumes do direito comercial tradicional,⁴¹³ as chamadas “cláusulas históricas” ou “práticas históricas” das relações coletivas de trabalho, relacionadas a determinada categoria profissional, que se sub-rogam umas às outras nas negociações coletivas, historicamente, e que são facilitadoras do acordo final em conglobamento (*infra*, 6.1.2). Essa técnica era largamente usada pela Justiça do Trabalho no exercício da jurisdição normativa, por equidade, na concessão das pretensões em sede de dissídio coletivo.

A cooperação, enquanto princípio, é fundamental não apenas no processo negocial, mas também no processo de cumprimento do seu conteúdo: a convenção ou acordo coletivo, pois, como se verá adiante (*infra*, 3.3.4), o (sub)princípio da separação de planos permite o entendimento de que a negociação não se esgota na formação (primeiro plano), em colaboração, do contrato coletivo, mas continua no seu cumprimento (segundo plano), mediante a instituição de um vínculo dentro dessa mesma ordem de colaboração (adimplemento), até a pacificação do conflito coletivo.

3.3.4 O devido processo negocial

A cláusula *due process of law*, consagrada constitucionalmente na Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, em seu sentido primário, era designativa de garantias do processo penal, agregadora de limitações aos poderes do Estado.⁴¹⁴ O que se propõe é demonstrá-la, em sua feição (quase) privada, enquanto garantia do processo negocial coletivo do trabalho, agregadora de limitações aos poderes (econômicos) dos empregadores.

⁴¹² MEIRELLES, Davi Furtado. *Negociação coletiva no local de trabalho: a experiência dos metalúrgicos do ABC*. *Op. cit.*, p. 46.

⁴¹³ BOLAFFIO, Leon. *Derecho comercial: parte general*. Tomo I, Vol. 1. Buenos Aires: Ediar, 1947, p. 125.

⁴¹⁴ DANTAS, San Thiago. *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953, pp. 42-43.

Quando trata da relação entre o contraditório e as partes no processo judicial, Cândido Dinamarco faz a distinção entre “atos de poder” (processuais) e os “‘atos de vontade’, ou negócios jurídicos, que se destinam à ‘auto-regulação’ (sic) de interesses e são realizados pelos próprios titulares destes (autonomia da vontade)”.⁴¹⁵ Continua, afirmando que: “a força vinculante dos negócios jurídicos tem origem e legitimidade na vontade livremente manifestada. A daqueles, na participação dos destinatários segundo as regras pertinentes.”⁴¹⁶

E conclui:

Tal é uma derivação da conhecida tese da “legitimação pelo procedimento”, lançada em sede de sociologia política e de valia em relação a todas as áreas de exercício do poder (Niklas Luhmann). Na realidade, o que legitima os atos de poder não é a mera e formal observância dos procedimentos, mas a “participação” que mediante o correto cumprimento das normas procedimentais tenha sido possível aos destinatários. Melhor falar, portanto, em “legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal”.

A questão, entretanto, é que a negociação coletiva, embora seja fase pré-contratual ínsita aos negócios jurídicos, cuja legitimação tem *ratio* na autonomia da vontade livremente manifestada, como se colocou (*supra*, 1.5), é, em sua acepção jurídica (*supra*, 1.2), “processo ou método autocompositivo e de autoprodução normativa”. Se, na ideia de Luhmann, invocada por Dinamarco, a legitimação dos atos de “poder (político)” dá-se pelo procedimento,⁴¹⁷ na negociação coletiva, o procedimento participativo também legitima o exercício do “poder (econômico)” dos empregadores, até para a garantia da “livre manifestação de vontade” dos trabalhadores. A negociação, enquanto “método autocompositivo” e “instrumento de autoprodução normativa”, também se legitima, em procedimento, pelo contraditório e pelo devido processo negocial.

Como já se colocou, o dever negocial advém da “informação”, enquanto expressão do princípio da cooperação (*supra*, 3.3.3), para que as partes possam se posicionar no processo; e, em segundo lugar, da “reação”, revelada pelo movimento procedimental da parte, pautado pela liberdade. Mas esta “reação” comporta regramentos éticos, que modulam a atuação comportamental dos “sujeitos estipulantes” da negociação.

⁴¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. *Op. cit.*, p. 215.

⁴¹⁶ *Loc. cit.*

⁴¹⁷ Em sentido análogo: DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986, pp. 101-103.

Davi Furtado Meirelles exemplifica:

A negociação deve estar assentada em regras mínimas, como: compromisso de não haver greve ou locaute durante o processo negocial; de iniciar as conversações em período bem anterior ao da data-base, visando a analisar com o tempo e tranquilidade todos os pontos da pauta reivindicatória, assim como para evitar tumulto dos últimos dias que antecedem à data-base; de haver razoabilidade nas propostas e contrapropostas apresentadas; de analisar e responder cada ponto da pauta de reivindicações; de observar o dever de adequação, ou negociada; de indicar e dar autonomia a quem vai participar do processo de negociação coletiva, evitando atrasos em longas reuniões com quem não tem poderes para decidir; como consequência, de a parte exercer sua influência sobre o liderado, garantindo o respeito aos procedimentos ajustados; a garantia do cumprimento de todos os pontos acertados.⁴¹⁸

Em síntese, do devido processo negocial extraem-se outros princípios: (a) o da “razoabilidade” na apresentação das propostas, no sentido de que “*as partes devem negociar dentro de sua realidade, não formulando pleitos que não possam ser implementados, nem, por outro lado, recusando-se a aceitar o que está dentro de suas possibilidades*”⁴¹⁹; (b) o da “adequação setorial”, ou “adequação setorial negociada”, seja como subprincípio que abre “*a possibilidade de negociação, não apenas como meio de obtenção de vantagens para o trabalhador, mas também como instrumento para superação de crises empresariais ou setoriais*”,⁴²⁰ seja enquanto técnica de negociação que cuida “*das possibilidades e limites jurídicos da negociação coletiva*,”⁴²¹ consubstanciada na adoção de “[...] *critérios de harmonização entre normas jurídicas oriundas da negociação coletiva (através da consumação do princípio de sua criatividade jurídica) e as normas jurídicas provenientes da legislação heterônoma estatal.*”,⁴²² (c) da “finalidade”, da negociação enquanto “dever” de negociar e “meio” de negociar,⁴²³ o que tem respaldo na nossa legislação: CLT, art. 616; e (d) da “separação de planos”, que entende a negociação e o seu objeto (convenção ou acordo coletivo) como um “organismo” ou “sistema de processos” instituídos em dois planos distintos: um, pela criação normativa e instituição de obrigações: o processo negocial; outro, pelos efeitos advindos do seu objeto (convenção ou acordo), que instituem vínculos jurídicos

⁴¹⁸ MEIRELLES, Davi Furtado. *Negociação coletiva no local de trabalho: a experiência dos metalúrgicos do ABC*. *Op. cit.*, p. 47.

⁴¹⁹ *Loc. cit.*

⁴²⁰ Assim, expressamente: GARCIA, Ivan Simões. *Coleção tópicos de direito*. Direito do trabalho, *Op. cit.*, p. 300.

⁴²¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 721.

⁴²² *Loc. cit.*

⁴²³ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. *Op. cit.*, p. 155.

vários, que se projetam, também processualmente, como “ordem em cooperação”,⁴²⁴ no escopo do atingimento de sua tutela específica: o seu adimplemento, mediante a pacificação dos conflitos coletivos de trabalho e conformação dos contratos individuais.

O (sub)princípio “separação de planos” será retomado adiante (*infra*, 4.2).

A elevação da cláusula do devido processo (negocial) como princípio fundamental, projeta o fenômeno da procedimentalização do direito,⁴²⁵ tema que será central nas conclusões da tese (*infra*, 4.2, 6.2, 8.4 e conclusão). Isto porque “[...] a organização de procedimentos legislativos, administrativos, judiciais ou contratuais, permite garantir a estabilidade sistêmica da ordem jurídica.”⁴²⁶

Sabendo-se que o empregador já tem o “poder econômico” e o “poder normativo” ínsitos ao seu “poder diretivo” nas relações de trabalho (v. g., os regulamentos empresariais), o “devido processo negocial”, enquanto princípio garantista, tem o papel de agregar limites a esse poder (normativo e econômico) patronal, mediante a compreensão de uma dupla função legitimadora da produção normativa na via negocial: uma, no plano interno da sua validação (legitimação); outra, no plano externo de justiça (justificação),⁴²⁷ resultando na criação de mecanismos trabalhistas racionalmente idôneos e legítimos, como se demonstrará nas conclusões da tese.

Esse seria o salto epistemológico da negociação coletiva, enquanto veículo e modelo normativo garantista a partir do “devido processo negocial”, no plano de uma legitimação substancial, que se expressa enquanto modula, limita e vincula o poder (privado, econômico e normativo) dos empregadores.⁴²⁸

3.3.5 A intervenção mínima na autonomia privada coletiva

⁴²⁴ Em sentido análogo, tratando das obrigações do direito civil. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 11ª reimpressão, 2017, pp. 6-8; XAVIER, Luciana Pedrosa [Et. al.] *A obrigação como processo: breve releitura trinta anos após*. FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre direito civil*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 302-306.

⁴²⁵ FREIRE, Ricardo Maurício. *Devido processo legal: uma visão pós moderna*. Salvador: Podivm, 2008, p. 92.

⁴²⁶ Loc. cit.

⁴²⁷ Alude-se ao garantismo de Luigi Ferrajoli. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. Roma-Bari: Laterza, 2004, p. 199.

⁴²⁸ O garantismo jurídico com o significado de que “garantir é limitar e vincular o poder, seja público ou privado.” *Ibid.*, p. 889 e ss; Também: COPETRI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis, 2016, p. 35.

Entende-se que a liberdade, enquanto fator preponderante do elemento volitivo que impulsiona as ações humanas, necessária para a prática de negócios jurídicos, assume a forma de autonomia privada.

Depois, a autonomia privada, enquanto expressão da liberdade na seara dos negócios jurídicos, revela o poder que as pessoas naturais, jurídicas e sindicais têm de regulamentar seus próprios interesses conforme o sistema de direito, notadamente o constitucional, sob a égide do qual será constituído o negócio jurídico. A autonomia significa o poder de modelar por si, e não por imposição externa, as regras da sua própria conduta. A autonomia privada é uma construção feita pelo direito negocial e possui como consequência reconhecer às pessoas o poder de definir a existência, os sujeitos e os efeitos de seus negócios jurídicos.⁴²⁹

Assim, embora a liberdade de contratação coletiva não seja ilimitada (*supra*, 1.5), dentro dos parâmetros constitucionais permitidos, a autonomia privada coletiva é preceito fundamental que possui como alicerce a livre manifestação de vontade dos sujeitos estipulantes da negociação coletiva: o poder de autodeterminação na solução dos conflitos coletivos e na autoprodução normativa,⁴³⁰ exercido perante o Estado; liberdade na escolha do que pactuar e segurança na manutenção do que foi pactuado, no sentido de se garantir a higidez do seu conteúdo eficaz.

Esse princípio encontra-se albergado na Constituição (arts. 7º, VI, XIII, XIV, XXVI, e 8º, VI) e amplamente prestigiado pelo Supremo Tribunal Federal,⁴³¹ em repulsa à intervenção pública nas atividades econômicas e trabalhistas privadas, que determina uma correspondente não ingerência dos órgãos administrativos e judiciais no exercício da autonomia contratual coletiva.

Essa tendência irreversível da repulsa ao intervencionismo público refletiu-se na CLT, sob o pálio da Lei n. 13.467/2017, que introduziu o § 3º ao art. 8º,⁴³² reafirmando tal princípio, que passou a ser explicitamente indicado para o controle de legalidade do conteúdo eficaz das convenções e acordos coletivos, em repulsa às teorias da acumulação,

⁴²⁹ PAUL, Ana Carolina. *Limites à autonomia privada*. 2008. 153 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC/SP, São Paulo, 2008, pp. 16-17.

⁴³⁰ Nas palavras de Pedro Paulo Teixeira Manus: “o poder das entidades sindicais de auto-organização e auto-regulamentação dos conflitos coletivos de trabalho”. MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 233.

⁴³¹ STF, RE 590415-SC; Relator Min. Roberto Barroso; Julgamento: 30/04/2015; Dje-101, de 29-05-2015; ADI 4364, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 16.5.2011.

⁴³² Art. 8º, § 3º: “No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.

conglobamento e conglobamento mitigado, estas duas últimas até então prestigiadas nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho.⁴³³

Disto, chega-se à conclusão que, a partir deste princípio, a convenção coletiva estará, cada vez mais, liberta daquilo que já foi o multiplicar-se das funções e dos poderes da intervenção da administração pública, do Ministério Público e do Judiciário, tanto na sua formação, quanto na manutenção do seu conteúdo, como se demonstrará no Capítulo relacionado ao seu controle de legalidade (*infra*, 6).

⁴³³ Do conglobamento: TRT da 3ª Região, Processo n. 00770-2009-027-03-00-1 RO, Sétima Turma, Relatora Desembargadora Alice Monteiro de Barros. In: DJ Data de Publicação 29/07/2010.

4 OBJETO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

O resultado da negociação, inclusive como produção normativa, é avaliado a partir de critérios formais, condicionantes da vigência, e de critérios substanciais, que condicionam a eficácia do conteúdo normativo e obrigacional, na perspectiva de reduzir a distância estrutural entre a normatividade ou obrigatoriedade e sua efetividade.⁴³⁴

Formalizado o instrumento normativo (convenção ou acordo coletivo), e ultimado o “primeiro plano” da negociação coletiva, o da sua contratualização (*supra*, 3.3.4), instala-se uma programação para a sua compreensão axiológica, formal e material, teorizando-lhe o objeto. Este é o nexos de aproximação entre o seu conteúdo formal e jurídico e a sua efetividade substancial jurídico social.

É o que se fará neste capítulo, iniciando pela identificação terminológica, conceituação e compreensão enquanto “segundo plano negocial”: procedimento.

4.1 Terminologia e conceito: convenção, contrato, acordo, pacto e acordos marco

A aglutinação das características “[...] necessárias para a concretização do fenômeno convencional coletivo dificulta a adoção de um nome que traduza fielmente o real sentido da instituição”.⁴³⁵ Nesse contexto, várias denominações foram propostas historicamente, dentre elas “convênio de normas coletivas”, “concordata de trabalho”, “regulamento corporativo”, “contrato de tarifa”,⁴³⁶ “contrato sindical de trabalho”, “regulamento intersindical de serviços profissionais” e “tratado intersindical”,⁴³⁷ todas essas carecendo de “[...] importância, pois além de serem limitadas a alguns momentos ou ordenamentos legais já superados, não correspondem ao sentido da instituição”.⁴³⁸

Portanto, vai-se encaminhar, apenas, para a elucidação de possível antinomia entre as denominações que vêm sendo usadas, muitas vezes, de forma unívoca.

⁴³⁴ LEONARDO DA SILVA, Sayonara Grillo. Direitos fundamentais e liberdade sindical no sistema de garantias: um diálogo com Ferrajoli. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, n. 6. Campos dos Goytacazes, jun. 2005, p. 248.

⁴³⁵ GOMES, Orlando. *A convenção coletiva de trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 19.

⁴³⁶ KILIAN, Dóris Krause. *Negociação coletiva de trabalho*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003, p. 45.

⁴³⁷ RUPRECHT, Alfredo J., *Relações coletivas de trabalho*, São Paulo, LTr, 1995, p. 301.

⁴³⁸ Loc. cit.

4.1.1 Contrato ou convenção coletiva

A expressão “contrato coletivo de trabalho” constou da Constituição de 1937 e da CLT, em seu art. 611, até ser substituída, pelo Decreto-Lei n. 229/67, por “convenção coletiva de trabalho”, adaptando-a à Constituição de 1946, que já havia feito a alteração. Até hoje, o texto consolidado utiliza-se da expressão revogada (*supra*, 1).

Há quem entenda, ou entendesse, que contrato coletivo seria gênero, do qual a convenção ou o acordo seriam espécies.⁴³⁹ Ou, ainda, seria “[...] o contrato coletivo mais um nível da negociação coletiva. Enquanto o acordo coletivo estaria no plano da empresa e a convenção coletiva no plano da categoria, o novo instituto teria nível acima das categorias podendo inclusive abranger mais de um setor econômico-profissional.”⁴⁴⁰ É nesse sentido que Otávio Bueno Magano dizia que “o contrato coletivo de trabalho vem sendo defendido como estratégia de negociação a nível nacional”, como adotado em diversos países.⁴⁴¹

Talvez esteja na doutrina clássica romana acerca dos atos e fatos jurídicos a real distinção entre a troca de interesses (*contractus*) e a troca de consentimento (*conventio*). No campo dos negócios jurídicos plurilaterais, alude-se a contrato quando se refere a interesses patrimoniais intrinsecamente diferentes e contrapostos, embora coincidentes na obtenção de um mesmo efeito jurídico;⁴⁴² e em convenção ou acordo (*gesamtake*), quando há um concurso de vontades unidas para um interesse comum, emitindo declarações de vontade em um mesmo sentido.⁴⁴³

Sob esse prisma, a correta designação do conteúdo do produto obtido pelo êxito de um processo autocompositivo de um conflito de interesses trabalhistas seria, como no direito italiano, “contrato coletivo”⁴⁴⁴, e não “convenção coletiva”, na medida em que o que o processo da negociação coletiva desenvolve-se para a composição de posições coletivas intrinsecamente divergentes.

Entretanto, o que pareceu prevalecer para a designação “negociação coletiva” foi a tese, em outra perspectiva, relacionada com a teoria dos negócios jurídicos plurilaterais.

⁴³⁹ BELTRAN, Ari Possidonio. *A autotutela nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, p. 309.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 314.

⁴⁴¹ MAGANO, Otávio Bueno. *Política do trabalho*. São Paulo: 1992, p. 82.

⁴⁴² LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1956, v. 1, pp. 225-226.

⁴⁴³ *Loc. cit.*

⁴⁴⁴ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di diritto del lavoro*. Il diritto sindacale. 7. ed., Padova: Cedam, 2008, pp. 210-216; e SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe, *Diritto sindacale, Op. cit.*, pp. 95-125.

Embora se sustentando que a questão seria puramente terminológica, entendeu-se que o termo “convenção” designaria todos os acordos de vontades, que estabeleçam ou não vínculo obrigacional, assim como os negócios jurídicos plurilaterais destinados a criar, modificar, extinguir obrigações⁴⁴⁵ e também os que detêm conteúdo normativo. Por tal razão, conclui Orlando Gomes: “Assim, não se deve dizer ‘contrato coletivo de trabalho’, mas ‘convenção coletiva de trabalho’”.⁴⁴⁶

4.1.2 Convenção e acordo coletivo

É notória a distinção, no âmbito da legislação brasileira, entre as convenções e os acordos coletivos. Enquanto as convenções constituem acordos intersindicais,⁴⁴⁷ no âmbito das categorias – econômica e profissional⁴⁴⁸ –, os acordos são aqueles entre um sindicato de categoria profissional e a empresa.⁴⁴⁹ Como dito por Ivan Simões Garcia: “A diferença está em que, nas CCT, no pólo passivo figura sempre uma entidade sindical patronal enquanto que no ACT subscrevem o acordo a empresa (que também é ser coletivo) ou grupo de empresas (como, por exemplo, empresas pertencentes a um grupo econômico – art. 2º, § 2º, da CLT).⁴⁵⁰

A OIT, pela sua recomendação 163, objetiva democratizar e estimular a negociação coletiva em todos os níveis – estabelecimento, empresa, ramo de atividade, local, regional ou nacional (item II, 4.1) –, prestigiando os acordos coletivos, e “orientando que/alertando que/para que” não haja hierarquia entre os dois instrumentos, pois cada qual tem a sua área de atuação: as convenções, uma eficácia geral, limitada ao âmbito das categorias envolvidas; e os

⁴⁴⁵ ESPÍNOLA, Eduardo. *Contratos nominados no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Gazeta Judiciária, 1953, p. 8.

⁴⁴⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, 4ª ed., p. 16. No mesmo sentido a doutrina clássica francesa: MAZEAUD, Henri, Jean e Leon. *Leçons de droit civil*. Vol. 1. Paris: Montchrestien, 1969, pp. 76-77.

⁴⁴⁷ Os sujeitos convenção coletiva são os sindicatos em sentido amplo, envolvendo as federações e confederações, integrantes do sistema sindical piramidal, conforme preceitua o art. 611, § 3º, da CLT: “As Federações e, na falta destas, as Confederações representadas 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”

⁴⁴⁸ Art. 611, *caput*, da CLT: “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”.

⁴⁴⁹ Nos termos do § 1º do art. 611 da CLT: “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 empresas acordantes às respectivas relações de trabalho”.

⁴⁵⁰ GARCIA, Ivan Simões. *Coleção tópicos de direito. Direito do Trabalho*, Vol. 9. *Op. cit.*, p. 300.

acordos, uma eficácia restrita à empresa. Na colisão de normas, o art. 620 da CLT determina, como em todo conflito entre fontes do direito do trabalho, a opção pela norma mais favorável ao trabalhador.⁴⁵¹

No texto constitucional, da mesma forma, não há diferença quanto ao reconhecimento de ambos (art. 7º, XXVI), o que tem aceitação na jurisprudência.

Como dito por Eduardo Von Adamovich, o acordo coletivo é um refinamento da convenção em razão da sua especificidade, respondendo às relações de trabalho com a empresa;⁴⁵² o acordo, no conflito com a convenção, prevalecerá: CLT, art. 620.⁴⁵³

São requisitos comuns às convenções e acordos coletivos: (a) deliberação prévia em assembleia geral (CLT, art. 612); (b) forma do diploma negocial (CLT, art. 613); e (c) registro no Ministério do Trabalho e Emprego (CLT, art. 614), para alguns, tais requisitos são inconstitucionais, pois revelam “[...] *uma ingerência estatal excessiva na vida sindical. Quóruns e demais procedimentos assembleares devem ser reservados à soberania interna dos entes sindicais*”.⁴⁵⁴

4.1.3 Pacto e acordo marco

Quando a negociação coletiva transborda de questões essencialmente trabalhistas locais para envolver temas mais amplos, de dimensão nacional e transnacional, costuma-se designar os respectivos instrumentos de pactos, ou pactos sociais, e acordos marco, ou marco internacionais, respectivamente.

A denominação “pacto coletivo” foi inicialmente adotada para designar o que hoje é a convenção coletiva, fiel à sua origem no Direito Romano, *pactum*, com a significação de transação após uma luta, uma contenda.⁴⁵⁵ Porém, esta terminologia, que levou “[...] *mais em conta a origem do que o conteúdo e a realidade atual*,”⁴⁵⁶ hoje ficou restrita aos chamados “pactos sociais”, que designam acordos mais amplos do que as convenções coletivas, seja do ponto de vista subjetivo – sujeitos coletivos –, seja do objetivo – temas pactuados.

⁴⁵¹ Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

⁴⁵² ADAMOVICH, Eduardo. *Comentários à CLT. Op. cit.*, p. 320.

⁴⁵³ Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

⁴⁵⁴ GARCIA, Ivan Simões. *Coleção tópicos de direito. Direito do Trabalho*, v. 9, *Op. cit.*, p. 301. Nesse sentido foi o cancelamento das OJ 13, 14 e 21, da SDC do TST.

⁴⁵⁵ MAZZONI, G. *Il contratto collettivo del lavoro nella legislazione internazionale*. Florença: 1930, p. 26.

⁴⁵⁶ RUPRECHT, Alfredo. *Relações coletivas de trabalho. Op. cit.*, p. 209.

Os chamados “pactos sociais” têm uma temática bem ampla, que vai da instituição de política de emprego, contenção de demissões em massa e questões de assistência e seguridade social, a compromissos de ações administrativas.⁴⁵⁷ Quando o pacto é interno, na circunscrição de um Estado, normalmente envolve o correspondente governo, em dimensão subjetiva, no mínimo, tripartite: trabalhadores, empregadores e a administração. A transnacionalização do desemprego e da miséria (*supra*, introdução e *infra*, 7) leva à “[...] *reconstrução dos pactos sociais, para além dos Estados e corporações, outros atores da sociedade civil são chamados a compor o tripé do tecido que, anteriormente ao processo neoliberal, era constituído pela tríade estado □ empresas □ sindicatos*”.⁴⁵⁸ Nesse sentido, incluem-se, dentre outros, as “[...] *ONGs, como agentes da negociação*”.⁴⁵⁹

A designação “acordo marco”, assim como os “pactos sociais”, têm como objetivo dar ênfase à sua dimensão nacional ou transnacional, seja pela abrangência dos temas abordados, seja pela gênese superior dos seus sujeitos coletivos, nacionais e transnacionais.

No âmbito nacional, esses acordos surgem como forma de *consertación social*,⁴⁶⁰ inclusive, em alguns casos, com previsão legislativa específica.⁴⁶¹ No Brasil, pode ser citado, como exemplo, o chamado “Acordo do Benzeno”, resultado de negociação coletiva por um grupo tripartite, com representantes dos trabalhadores, dos empresários e do governo, que resultou na celebração do acordo e, além dele, na edição de uma portaria e duas instruções normativas, todos assinados em dezembro de 1995.⁴⁶² No plano transnacional, tem-se os acordos marco globais ou marco internacionais (*international framework agreement*), que ditam regramentos genéricos que possam atenuar os efeitos da globalização nas relações entre o capital e o trabalho, e que se apresentam como o resultado alentador dos fracassos das tentativas de inserção globalizada das cláusulas sociais nas pactuações coletivas transnacionais. Surgem, tão somente, em razão do voluntarismo de algumas empresas

⁴⁵⁷ Na Argentina, é exemplo relevante deste tipo de pacto a *Acta de Compromiso Nacional* de 1973. ETALA, Carlos Alberto. *Derecho colectivo del trabajo*. Op. cit., p. 295.

⁴⁵⁸ SANTOS, André Luis Nascimento. Brasil. Novas agendas sociopolíticas por novos pactos sociais ainda instáveis. Estabilidades futuras serão possíveis? *Cadernos Gestão Social*, Salvador, v.2, set./dez. 2009. Disponível em: <www.cgs.ufba.br>, p. 180.

⁴⁵⁹ Loc. cit.

⁴⁶⁰ Como ocorreu na Argentina no período compreendido entre 1983 e 1996, como resultado do que se cunhou “diálogo social”. Ver: GOLDIN, Adrián O. *El trabajo y los mercados*. Buenos Aires: Eudeba, 1997, pp. 111-130.

⁴⁶¹ Como ocorre na Argentina com a Lei 14.250/2004, art. 16, que prevê especificamente os “*convenios intersetoriais o marco*” como um dos tipos possíveis de negociação coletiva.

⁴⁶² Negociação coletiva tida como “exemplar”. Assim: COSTA, Danilo Fernandes. O acordo do benzeno: uma negociação exemplar. *Saúde, ambiente e contrato coletivo de trabalho: experiências em negociação coletiva*. BONCIANI, Mário [E. al.]. São Paulo: LTr, 1996, pp. 118-153.

multinacionais que têm, ou pretendem ter, em termos de mídia, a chamada “responsabilidade social corporativa”. Esses contratos serão objeto de investigação específica adiante (*infra*, 7.3).

4.2 Procedimento *versus* instrumento

A simples ideia intuitiva da apresentação da negociação coletiva enquanto processo ou procedimento que tem como objeto um conflito coletivo de trabalho, por si só, é insuficiente e pouco esclarece a respeito da natureza, do alcance e da posição da sua manifestação formal – os instrumentos normativos (convenções, acordos, pactos ou acordos marco) – frente àquele. Por enquanto, é suficiente o estabelecimento da premissa inicial de que as manifestações formais do processo negocial são os seus instrumentos.⁴⁶³

Além disso, já se identificou no (sub)princípio da “separação de planos” (*supra*, 3.3.4) que a negociação coletiva (método) é “meio” e o seu objeto (contrato) também “meio”. Ambos, formadores de um “organismo” ou “sistema de processos” instituídos em dois planos distintos: um (primeiro plano), pela criação normativa e instituição de obrigações: o processo negocial;⁴⁶⁴ outro (segundo plano), pelos seus efeitos que instituem vínculos jurídicos vários, que se projetam, também processualmente, como “ordem em cooperação”,⁴⁶⁵ no escopo do atingimento de sua tutela específica: o seu “fim”, a pacificação do conflito coletivo de trabalho. Explica Clóvis do Couto e Silva: “*O processo obrigacional supõe, portanto, duas fases: a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a fase do adimplemento.*”⁴⁶⁶ E completa:

⁴⁶³ Dóris Krause Kilian afirma que o próprio conceito de convenção coletiva proposto por Alfredo Ruprecht, “[...] contém dados necessários à caracterização da convenção coletiva como instrumento de negociação coletiva”. KILIAN, Dóris Krause. *Negociação coletiva de trabalho*. *Op. cit.*, p. 44. São os chamados “instrumentos normativos autônomos”. ROMITA, Arião Sayão. *Temas de direito social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984, pp. 115-132.

⁴⁶⁴ A instituição de relações jurídicas “em potência”. CABRAL DE MONCADA, L. *Lições de direito civil*. 3. ed. v. II. Coimbra, 1959, p. 271. Sobre o “processo formativo do contrato”, ver: SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 4. ed.v. 1. Rio de Janeiro: 1963, pp. 389-390.

⁴⁶⁵ Em sentido análogo: COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. *Op. cit.*, pp. 6-8; XAVIER, Luciana Pedrosa [Et. al.] *A obrigação como processo: breve releitura trinta anos após*. FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre direito civil*. Vol. II. *Op. cit.*, pp. 302-306. Para a consumação do negócio entre a proposta e a aceitação em vínculo cooperativo, ver: VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale: le obbligazioni*. Vol. 4. Milão: Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1935, p. 3.

⁴⁶⁶ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. *Op. cit.*, p. 43.

Nas obrigações que não se endereçam à transmissão de propriedade, o adimplemento é realizado no plano do direito obrigacional. As obrigações resultantes do *contrato de trabalho* ou da cessão de crédito, são adimplidas nessa dimensão, embora nem sempre o ato de adimplemento tenha a mesma categoria.⁴⁶⁷

Como o conteúdo dos instrumentos da negociação (negócios jurídicos) é predominantemente normativo e obrigacional, na forma que se demonstrará (*infra*, 5.3), não só a formação, mas também a efetivação (cumprimento) deles será operada, processualmente, em rito de colaboração. Neste segundo plano, tanto sujeito ativo e passivo na aplicação da norma criada (conteúdo normativo), quanto credor e devedor da obrigação (conteúdo obrigacional) deixam de ter posições de antagonismo, dialéticas e polêmicas em *status* de subordinação, como se o sujeito passivo da norma (e devedor da obrigação) fosse o único responsável pelo adimplemento da convenção ou acordo coletivo em “dever de submissão”.⁴⁶⁸ Seja a criação do contrato coletivo, seja o seu cumprimento, são estágios, dinâmicos,⁴⁶⁹ de um único processo, cujo fim é a pacificação dos conflitos coletivos de trabalho e conformação dos contratos individuais.

O aspecto processualizado da obrigação reflete-se, inclusive, na constatação da dependência da superveniência, ou não, de fatos e condições fálveis.⁴⁷⁰ É nessa perspectiva que se fala que o desenvolvimento do dever não é “submissão”, mas um “processo colaborativo”;⁴⁷¹ e que o cumprimento da obrigação não resulta (apenas) da imposição, mas de um “estado de consciência” ou da “disciplina da vontade”.⁴⁷² Tanto para a conformação do

⁴⁶⁷ Loc. cit.

⁴⁶⁸ Para a clássica doutrina civilista e comercialista, o “dever jurídico decorrente da obrigação se apresenta, antes de tudo, como sujeição”. MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. v. 1. Milão: Giuffrè, 1957, p. 198. O cumprimento da obrigação como sujeição do devedor à coação substancial e processual. Cf. VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale: le obbligazioni*. v. 4. *Op. cit.*, p. 186.

⁴⁶⁹ Para Cabral de Moncada: As relações jurídicas são “estabelecidas em volta de atividades (elemento dinâmico), ou seja, por meio de vontades que se propõem fins e por isso criam, elas próprias e modificam, constante e conscientemente, tais relações.” CABRAL DE MONCADA, L. *Lições de direito civil*. 3. ed. v. I. Coimbra, 1959, p. 271.

⁴⁷⁰ Alude-se ao “direito futuro, ‘não deferido’”, cujo nascimento, mesmo com previsão contratual “está pendente da superveniência de fatos ou de condições fálveis.” SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. v. 1. *Op. cit.*, p. 392.

⁴⁷¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. *Op. cit.*, p. 11. Tanto que se alude à possibilidade de utilização da equidade como ponto de equilíbrio entre o poder de rescisão contratual e o poder de disposição frente ao fenômeno do cumprimento e descumprimento (rescisão) contratual: o cumprimento da obrigação como processo transacional. PROSPERETTI, Marco. Sulla riduzione ad equità del contratto rescindibile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, dic. 1966, pp. 1221-1225.

⁴⁷² Como já dizia Clóvis Bevilacqua: “Na ideia de obrigação, facilmente descobre a análise dois elementos essenciais: a limitação, o encadeamento da liberdade psíquica, restando a expansão da personalidade e, concomitantemente, um estímulo que vem determinar a vasão, por um determinado sulco, das energias assim refreadas. O primeiro desses elementos, de ação negativa, age sobre o nosso espírito, falando à razão e ao

ato quanto para o seu cumprimento (adimplemento), “a atividade jurídica de uma pessoa significa um ‘sistema de funções de deliberação’”⁴⁷³, ínsita a “fatos de ordem psicológica”⁴⁷⁴. E, “como elemento de composição dos fatos jurídicos, a atividade de deliberação das pessoas está integralmente subordinada aos princípios de direito objetivo, que estabelece as suas condições de validade, os limites de sua atuação e os seus efeitos”.⁴⁷⁵ A característica dos negócios normativos é, “quanto ao ‘nudum pactum’, que preferiu, o direito, deixar-lhe a execução ao consentimento dos pactuantes – ‘maluit ius implementum eiusmodi pacti relinquere placito pasci centium’”.⁴⁷⁶

Se o conteúdo da convenção coletiva enquanto negócio jurídico é genérico, com maior ou menor grau de generalidade (*infra*, 5.3) e se o seu preceito não define, de pronto, o núcleo eficaz da relação jurídica que se desenvolverá em múltiplas relações coletivas e individuais de trabalho, permite-se as partes a estruturação das relações jurídicas que se criam com o negócio jurídico, mediante a criação de instrumentos que se desenvolvem processualmente.⁴⁷⁷ Tem-se, portanto, a efetivação do conteúdo normativo e obrigacional como um sistema de processos de deliberação, em colaboração, pautados pelo princípio da boa-fé.

A aplicação das normas criadas nas relações individuais de trabalho (conteúdo normativo) e o adimplemento das obrigações assumidas (conteúdo obrigacional) efetivam-se em plano completamente distinto da série de atos que antecedem a convenção ou o acordo coletivo (processo negocial), havendo “distância entre o primeiro e o último ato do ‘processus’”.⁴⁷⁸ Isto é perceptível no plano sociológico e no jurídico, sendo que, no jurídico, o

sentimento, para nele impedir o surto de volições contrárias as que vier provocar o segundo elemento, ou para que sejam sacrificadas as que, não obstante, sobreponham as orlas do mundo psíquico, externando-se por fatos. Da combinação dessa força inibitória com esse estímulo, resulta o estado de consciência a que se dá o nome de obrigação, o qual só aparece nítido e vigoroso, nos caracteres equilibrados e fortes, porque somente nesses, a boa orientação da inteligência e das emoções permite a disciplina da vontade.” BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. 2. ed. Bahia: José Luiz da Fonseca Magalhães Editor, 1920, pp. 10-11.

⁴⁷³ LIMA, Eusébio de Queiroz. *Teoria do estado*. 7. ed. Rio de Janeiro: 1953, p. 207.

⁴⁷⁴ Loc. cit.

⁴⁷⁵ Id.

⁴⁷⁶ Ruy Cirne Lima citando Perez: LIMA, Rui Cirne, Contrato e acordo normativo. *Revista de Direito Civil*. São Paulo, v. 26, out/dez. 1983, p. 179.

⁴⁷⁷ Tratando dos negócios jurídicos na esfera civil, Marcos Bernades de Mello: “Parece evidente que, havendo indeterminação, o suporte fático é até certo ponto livre e as pessoas, donde não ficarem elas limitadas a tipos negociais preestabelecidos. Do mesmo modo, se o preceito não prescreve o conteúdo eficaz da relação jurídica, portanto não define os direitos – deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções correspondentes – é claro que, dentre as espécies encontráveis no sistema jurídico, é permitido aos figurantes do negócio (partes) estruturar a própria relação jurídica que se criara com o negócio jurídico.” MELLO, Marcos Bernades de. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 18. ed., 2012, p. 180.

⁴⁷⁸ Entendendo-se como *processus* o negocial e o de efetivação do seu conteúdo. Em sentido análogo: COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Op. cit, p. 43.

discrime revela-se factível na linha divisória entre o processo de criação da norma e o da sua efetivação, pela conformação dos contratos individuais (conteúdo normativo); e, entre o ato que cria a obrigação e o que a satisfaz (conteúdo obrigacional).

Tanto é assim que, na tradicional doutrina trabalhista italiana, diz-se que “*o contrato coletivo não é documento que se encerra em si mesmo ou que possa ser estudado isoladamente do contexto das relações industriais vigentes em certo momento histórico, em determinado país ou área produtiva*”.⁴⁷⁹ O mais importante é se dizer que “*o contrato coletivo é realidade que faz parte de um fenômeno mais amplo: a contratação coletiva*”.⁴⁸⁰

Entendendo a contratação coletiva ou negociação coletiva como “*complexa atividade normativa que as partes realizam*”,⁴⁸¹ é de concluir-se que “[...] *tal atividade não se esgota tão somente na formulação de documentos contratuais, mas abarca porção mais ampla de relações*”.⁴⁸²

Posto assim, embora, em termos pragmáticos, haja utilidade na precisão terminológica – se contrato, convenção, pacto, acordo –, como se viu (*supra*, 4.1), a relevância para as conclusões desta tese reside na prevalência do procedimento ou processo de elaboração e cumprimento da norma sobre o aspecto formal do seu produto, o instrumento. Ainda que se diga “[...] *dilui-se a distinção entre o fato que faz a norma nascer (fonte material) e o modo pelo qual esta se revela (fonte formal)*”⁴⁸³, é no “modo” pelo qual ela é construída, que se lhe confere legitimidade, pois é da lisura de um “legítimo e representativo procedimento negocial”, ou “procedimento acordado”, e do “procedimento para a sua efetivação” que se chega à legitimidade do seu desfecho final: a pacificação.

Além disso, é na abordagem processual que se conhece o aspecto fenomenológico do conflito coletivo; e, na contextualista, que se fazem as interconexões existentes entre os seus protagonistas.

Falar em “fenômeno negocial” como “atividade” – sua ontologia – é o que dá realce ao instrumento que o revela, além de não se resumir a ele, seja um contrato, convenção, acordo, pacto ou acordo marco. A ideia central é cuidar dos “fluxos e contrafluxos da via

⁴⁷⁹ GIUGNI, Gino. *Direito sindical*. Tradução de Eiko Lúcia Tomioka. São Paulo: LTr, 1989, p. 131.

⁴⁸⁰ Loc. cit.

⁴⁸¹ GIUGNI, Gino. *Direito sindical*. *Op. cit.*, p. 121.

⁴⁸² *Id.*, p. 131.

⁴⁸³ VIANA, Márcio Túlio. Conflitos coletivos do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, ano 66, n. 1, jan.-mar. 2000, p. 116-150.

negocial”⁴⁸⁴ (primeiro plano) e da “via da sua efetivação” (segundo plano), imprimindo mais ênfase no *contrahere* que no *contractus* ou na *conventio*.⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ Entendendo-se como a sistematização do processo negocial, na sua totalidade ou em partes, onde documentos, informações ou tarefas são passadas aos participantes, em relação circular, sem nível hierárquico, e de acordo com um conjunto de regras de procedimentos livremente acertadas; a sistematização do processo negocial identifica as várias atividades do procedimento e controle de dados associados para gerenciar o fluxo durante a ativação do processo. Mais importante, nas palavras de Sérgio Proença Leitão, citando Mintzberg e Walters é a definição da “[...] estratégia como um padrão em um fluxo de ações, ao invés de um fluxo de decisões. Assim, seria mais produtora estudar o fluxo das ações efetivadas, para depois investigar o papel da decisão (se houver) na determinação daquelas ações.” LEITÃO, Sérgio Proença. Repensando a decisão organizacional e seu paradigma. *Revista de administração pública*. v. 29, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, abril-junho de 1995, p. 111.

⁴⁸⁵ CADIET, Loïc. Procès équitable et modes alternatif de règlement des conflits. In: DELMAS-MARTY, Mireille; MUIR WATT, Horatia e RUIZ FABRI, Helène (Org.). *Variations autour d’un droit commun*. Paris: Société de Législation Comparée, 2002, p. 98.

5 TIPOLOGIA DAS CONVENÇÕES COLETIVAS

Fixada a terminologia e o conceito da convenção coletiva, entendendo-se esta em sentido amplo (albergando o acordo coletivo e todo instrumento que venha a ser resultado de pactuação em negociação coletiva), o objetivo do presente capítulo é esboçar a sua tipologia, desde a sua posição na teoria dos atos jurídicos até fixar-lhe a natureza normativa, sem o enfrentamento específico do amplo debate a respeito. Feito isso, chega-se à proposta de classificação do seu objeto: suas cláusulas.

A identificação da natureza normativa das convenções coletivas será não só necessária para sua identificação jurídica como fonte de direito – fique claro desde logo –, mas também será útil para as conclusões que extrairemos dessa premissa, adiante.

5.1 Fatos jurídicos, atos jurídicos e negócios jurídicos

Os fatos antecedem ao direito e o moldam de forma substancial. Toda regra de direito emerge imediatamente da natureza dos fatos.⁴⁸⁶

Em sentido amplo, “fato jurídico” é todo evento que produz efeitos na ordem jurídica. Diferentemente do “fato natural”, que é aquele irrelevante juridicamente, o jurídico produz incidência normativa. Havendo a simples ocorrência do fato (suporte fático) que se enquadra na hipótese de incidência da norma, tem-se o “fato jurídico”.

O “fato jurídico”, enquanto, gênero, tem como espécies o “fato jurídico *stricto sensu*” e o “ato jurídico”. Aquele, como o evento que produz consequências jurídicas, independentemente da participação humana (ativa – elemento anímico humano: v. g., os involuntários, da natureza,⁴⁸⁷ a prescrição e a decadência);⁴⁸⁸ este, quando os seus efeitos decorrem da ação humana. O divisor entre eles é a voluntariedade.⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ Expressamente: VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. v. 1, 4. ed., Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi. 1931, p. 91.

⁴⁸⁷ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Defeitos do negócio jurídico*. São Paulo: LTr, 2005, p. 13.

⁴⁸⁸ A prescrição como “evento relacionado ao simples decurso do tempo”. MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. v. 1. *Op. cit.*, pp. 178-179.

⁴⁸⁹ Como dito por L. Cabral de Moncada: “O ato distingue-se do fato, porque pressupõe a vontade, podendo chamar-se-lhe também de fato voluntário. CABRAL DE MONCADA, L. *Lições de direito civil*. *Op. cit.*, p. 278.

Por seu turno, o “ato jurídico”, como gênero, pode ser “lícito” ou “ilícito”.⁴⁹⁰ Ambos produzem efeitos jurídicos, com a diferença de que aquele é albergado pelo direito e este, sendo contrário, vai produzir efeitos totalmente diversos daqueles almejados pelo agente.

Enfim, o “ato jurídico” (lícito), pode manifestar-se de forma não negocial e negocial. Aquele, enquanto “ato jurídico em sentido estrito” e cujos efeitos, ainda que pretendidos pelo agente, não são fruto de escolhas voluntárias suas, mas são os previstos em lei.⁴⁹¹ Este, o “negócio jurídico”, exprime a autonomia da vontade, para o qual o direito disponibiliza não só liberdade para a escolha da “tipologia negocial” (enquadramento), como também o “modo” de sua manifestação (conteúdo eficaz).

Para o “negócio jurídico”, o sistema disponibiliza, “[...] dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico”.⁴⁹² Os negócios jurídicos, por seu turno, não são apenas aqueles nos quais a manifestação de vontade é expressada formal e explicitamente no mundo jurídico; mas também aqueles nos quais a manifestação de vontade é implícita,⁴⁹³ não formal, em que o comportamento dos agentes indica o seu tipo legal a partir de uma constatação factual: contrato civil ou comercial; associação (ou sociedade de fato); contrato de trabalho;⁴⁹⁴ e, também, podem ser unilaterais (quando se fundam na declaração de vontade de uma só parte) e bilaterais, a partir de um vínculo recíproco de mais de uma declaração: o contrato.⁴⁹⁵

Os contratos, por seu turno, podem ser unilaterais e bilaterais. Mas a distinção entre eles resulta de um fundamento diverso. Enquanto nos negócios jurídicos (gênero) a bilateralidade ou unilateralidade é definida no momento de sua respectiva formação, como se viu, nos contratos (espécies de negócios jurídicos bilaterais), é definida na sua conclusão, em

⁴⁹⁰ Também assim: CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. v. II. Padova: Cedam, 1938, p. 58.

⁴⁹¹ São aqueles decorrentes das “ações humanas que atendem às determinações do ordenamento, produzindo efeitos *ex lege* e independentemente de serem ou não desejados pelo agente.” MATIELLO, Fabrício Zamprogná. *Defeitos do negócio jurídico*. *Op. cit.*, p. 13. Neles, o sujeito de direito não tem liberdade para escolher a categoria jurídica, nem variar ou excluir qualquer efeito jurídico a ser produzido. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. *Op. cit.*, p. 198.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 225.

⁴⁹³ VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale: le obbligazioni*. v. 4. *Op. cit.*, p. 2.

⁴⁹⁴ Assim, expressamente: MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. v. 1. *Op. cit.*, p. 126. São os fatos que indicam concludentemente a intenção de celebrar o contrato. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916, p. 258;

⁴⁹⁵ VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale: le obbligazioni*. v. 4. *Op. cit.*, p. 3. Do mesmo autor: *Instituições de direito comercial*. Tradução de J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1918, p. 187.

razão dos efeitos, que podem produzir obrigações só para uma das partes (unilaterais) ou para mais de uma (bilaterais).⁴⁹⁶

Assim, embora o sistema da CLT (art. 8º) tenha invocado a primazia do interesse público sobre o das classes e indivíduos, conceitualmente inclinando-se “*para doutrinas anticontratuálistas, tratando as relações coletivas em termos de contenção à sua espontaneidade*”⁴⁹⁷ – pois isso consta claro da sua exposição de motivos, quando cuida, “*declaradamente, de compor uma ‘organização contra os perigos da liberdade contratual jurídico-formal no campo das relações de trabalho’*”⁴⁹⁸ –, a convenção coletiva: (a) apresenta-se na tipologia prevista em lei, especificamente arquitetada pelos arts. 7º, XXVI da CF e 611 da CLT; (b) resulta de mais de uma manifestação de vontade coletiva; e (c) produz efeitos jurídicos normativos e obrigacionais para as partes celebrantes.

Em síntese, a convenção coletiva insere-se – considerando-se todos esses temperamentos relacionados com as restrições à autonomia privada coletiva –, enquanto ato jurídico negocial, como negócios jurídicos bilaterais (gênero), mais especificamente como contrato bilateral (espécie).⁴⁹⁹ Um “contrato e nada mais do que um contrato”,⁵⁰⁰ cuja

⁴⁹⁶ VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale: le obbligazioni*. Vol. 4. *Op. cit.*, p. 3.

⁴⁹⁷ GOMES, Orlando. *Questões de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1974, pp. 71-72.

⁴⁹⁸ Para Arion Sayão Romita: “Esta orientação nada tem de casual; antes pelo contrário, é plenamente consciente e deliberada, tal como esclarecem o Relatório e a Exposição de Motivos da Comissão Elaboradora do projeto da CLT. A opção pela corrente anticontratuálista vem exposta com naturalidade no Relatório: ‘A procedência das normas sobre os contratos acentuou, portanto, que a ordem estatutária prevalece sobre a concepção contratualista, e isso porque a liberdade contratual pressupõe a igualdade dos contratantes enquanto o Direito Social reconhece, como um fato real, a situação desfavorável do trabalhador e promove a sua proteção legal.’ Lê-se na Exposição de Motivos: ‘O estreito limite reservado à manifestação de vontade no contrato de trabalho caminhará para um termo em que apenas se fixará na recíproca aceitação da relação de emprego.’” ROMITA, Arion Sayão. *Direito do trabalho na futura constituição*. *Op. cit.*, pp. 16-17.

⁴⁹⁹ CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. *Sindicatos sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1992, p. 153. Na Itália, de onde se copiou o nosso modelo de contratação coletiva, o contrato coletivo (convenção e acordo coletivo) migrou, findo o período corporativo fascista, de um contrato de direito público, em razão do fato de serem as associações sindicais antes de direito público, para a via contratual do direito privado. Assim, expressamente: MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. v. 4. *Op. cit.*, p. 247. Do mesmo autor: “Se ne può parlare, peraltro, e nel senso che il diritto ‘pubblico’ del lavoro (diritto sindacale e diritto della previdenza e assistenza) no potrebe ricondursi nell’ambito del diritto privato generale, e anche nel senso che il diritto ‘privato’ del lavoro assurge a disciplina giuridica, a sè sgante, pur essendo – nella massima parte – diritto contrattuale.” *Manuale di diritto civile e commerciale*. v. 1. Milão: Giuffrè, 1957, p. 63.

⁵⁰⁰ “Lodovico Barassi, fedele alla sua linea, afferma con sicurezza che si tratta di «un contratto e nulla più di un contratto»”. BARASSI, Lodovico. *Diritto sindacale e corporativo*. Milano: Giuffrè, 1938, p. 245, *Apud* GAETA, Lorenzo. *La terza dimensione del diritto: legge e contratto collettivo nel novecento italiano*. *Op. cit.*, p. 12. Na doutrina civilista brasileira, Orlando Gomes, em tese de 1936, sustentou que é: “[...] é nesse direito social que vamos encontrar a explicação da natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho, que é lei, e não contrato.” GOMES, Orlando. *A convenção coletiva de trabalho*. *Op. cit.*, p. 176. Em 1976, ao tratar da “crise do contrato” que vinha da Segunda Guerra Mundial, no sentido de que o seu conceito-chave esvaziava-se do direito privado em razão das restrições à liberdade como expressão da autonomia privada, coloca: “Novas entidades jurídicas têm contestada a natureza contratual, como sucede com os chamados contratos de adesão, os *contratos normativos*, contratos impostos. Mais profunda ainda se revela a crise do

onerosidade é elemento essencial,⁵⁰¹ mas que, por conta das suas especificidades, alguns a inserem entre o direito público e o privado, como uma “terceira dimensão do direito”.⁵⁰²

Como é ínsito aos negócios jurídicos, a convenção coletiva, enquanto expressão do concurso de vontades dos sujeitos estipulantes (*supra*, 2) tem, na lei, função “integrativa positiva”, no sentido da produção dos efeitos jurídicos almejados pelos agentes do ato negocial em vínculo cooperativo (*supra*, 4.2);⁵⁰³ e, de outro lado, função “integrativa negativa”, mediante o reconhecimento da sua inexistência ou invalidade, por vício de manifestação de vontade,⁵⁰⁴ que também ocorre na ruptura do vínculo de vontade entre os representantes (associações sindicais) e seus representados (*supra*, 1.5).⁵⁰⁵

5.2 Ato jurídico e ato jurídico-normativo

Dentre os atos jurídicos negociais – os negócios jurídicos –, destacam-se, pela sua característica atípica, aqueles de conteúdo normativo, enunciativo, de característica programática para outras relações individuais.⁵⁰⁶ O normativo ou regulamentar seria “ato

contrato ao se tomar conhecimento das recentes críticas ao próprio conceito de negócio jurídico, ‘figura básica da dogmática do direito privado’, da qual é o contrato a principal espécie.” GOMES, Orlando. *Direito econômico e outros ensaios*. Salvador: Editora de Livros Salvador, 1975, p. 64. Posteriormente, em 1980, muda sua posição doutrinária anteriormente firmada, apontando natureza negocial (contratual) para a convenção coletiva. Cf. GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, pp. 272-275.

⁵⁰¹ Se a convenção coletiva projeta o contrato individual, cuja onerosidade é elemento essencial, também reflete esta característica, diferentemente do contrato civil, cuja onerosidade é elemento apenas acidental. SOUZA, Inglez de. *Direito comercial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Typografia Leuzinger, 1919, p. 146.

⁵⁰² Uma posição intermediária frente a grande dicotomia entre o “público” e o “privado”. CARNELUTTI, Francesco. F. Carnelutti, Il diritto corporativo nel sistema del diritto pubblico italiano. In: *Atti del primo convegno di studi sindacali e corporativi, Roma, Edizioni Il Diritto del lavoro*, 1930, I, p. 44. Apud GAETA, Lorenzo. *La terza dimensione del diritto: legge e contratto collettivo nel novecento italiano*. Op. cit., p. 12. Também assumindo a posição Carneluttiana, por uma “terceira dimensão” do direito coletivo do trabalho. SANTORO PASSARELLI, Francesco. Lineamenti attuali del diritto del lavoro in Italia, in RDL, 1953, I, p. 3, Apud GAETA, Lorenzo. *La terza dimensione del diritto: legge e contratto collettivo nel novecento italiano*. *Ibid.*, p. 12.

⁵⁰³ No sentido de que: “tali sono in generale le proposte e le accettazioni che cooperano alla conclusione di un contratto”. VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale: le obbligazioni*. v. 4. Op. cit., p. 3. No sentido de que a convenção coletiva, desde o período corporativo fascista italiano tem “[...] il nuovo presupposto della collaborazione tra le parti”. GAETA, Lorenzo. *La terza dimensione del diritto: legge e contratto collettivo nel novecento italiano*. *Ibid.*, p. 21.

⁵⁰⁴ Loc. cit.

⁵⁰⁵ CHIRONI, G. P. Istituzioni di diritto civile italiano. Op. cit., p. 69-70.

⁵⁰⁶ MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Op. cit., pp. 246-247. Embora que a natureza negocial e contratual dos atos jurídicos normativos tivesse sido contestada. Cf. GOMES, Orlando. *Direito econômico e outros ensaios*, Op. cit., p. 64.

regra” ou “ato tipo”⁵⁰⁷ e aquele que se conforma com as suas disposições genéricas, programáticas, seria “ato condição”.⁵⁰⁸

Não foi o correr do tempo que produziu propriamente uma evolução significativa na identificação da natureza dos contratos de conteúdo normativo. Vê-se que os chamados “contratos de direito”, ou “criadores de direito” já eram identificados pelos romanos como “quase contratos”, porque, além de criarem direitos, compreendiam uma série de vinculações especiais à semelhança dos contratos, mas que só por uma analogia poderiam a estes equiparar-se.⁵⁰⁹ A clássica doutrina civilista também já o apontava, cunhando-o de “abstrato”, como sendo aquele a conter comandos gerais com aptidão de receber “vários conteúdos”.⁵¹⁰

Eduardo Espínola, citando Ruggiero e Maroi, explica:

Se entende por contratos normativos ou regulamentares (também denominados acordos, concordatas), os que se destinam a fixar um regulamento uniforme, abstrato, de relações jurídicas. Principalmente em se tratando de negociações realizadas em pontos distantes ou internacionais, os interessados formulam, em vários casos, certas normas que são observadas nos contratos futuros que venham a concluir sobre o objeto considerado, que pode ser a venda de mercadorias, o trabalho, o transporte, o seguro marítimo, etc. Como ponderam os doutos civilistas, esses contratos normativos não obrigam as partes a celebrar o contrato, mas apenas a dar ao contrato futuro eventual o conteúdo regulado por eles, de onde se entender que os contratos normativos são contratos preparatórios – não *pacta de contrahendo* e sim *pacta de modo contrahendi*. Concluem os autores que essa figura é uma expressão característica da economia moderna, a qual, impulsionada por várias forças organizadas ou por prementes exigências técnicas de organização, cria restrições à vontade das partes, submetendo-a a regulamento.⁵¹¹

Na doutrina alemã, esses “contratos de direito” (*faktische verträge*) eram assim identificados porque, enquanto fontes do direito, ensejavam a inclusão de uma relação de caráter coletivo, notadamente aquelas relações coletivas do direito do trabalho.⁵¹² A

⁵⁰⁷ ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1956, p. 14.

⁵⁰⁸ A convenção coletiva seria “ato regra” do qual “os contratos de trabalho seriam ‘atos condição’”. CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. *Sindicatos sindicalismo*. *Op. cit.*, p. 152.

⁵⁰⁹ Assim, expressamente: LEHMANN, Heirich. *Tratado de derecho civil*. *Op. cit.*, p. 229.

⁵¹⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. *Op. cit.*, p. 250.

⁵¹¹ ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. *Op. cit.*, pp. 14-15.

⁵¹² Heirich Lehmann, citando Günther Haupt como sendo o introdutor da terminologia “contrato de direito” (*faktische verträge*) na doutrina civilista alemã. LEHMANN, Heirich. *Tratado de derecho civil*. *Op. cit.*, p. 228.

característica dos *conciertos*⁵¹³ sempre foi a do concurso de manifestação das vontades dos sujeitos coletivos com “[...] *igual voluntad y un mismo interés em que determinadas normas de trabajo regulen los contratos individuales de trabajo*”.⁵¹⁴ Identificava-se o “contrato normativo” como “convenção regulamentadora” (*normenverträge*).⁵¹⁵

Orlando Gomes apontava que “*as relações de produção passaram a se estruturar mediante contrato, envolvendo-se esse setor da economia na esfera da autonomia privada. Numa palavra, liberdade de propriedade e liberdade de contratar.*”⁵¹⁶ Assim, modificando-se a função da regulamentação das relações produtivas, a “[...] *propriedade social, assim denominada a que incide em bens de produção, sofreu visíveis transformações, que se assinalam mais incisivamente pelo aparecimento da ‘legislação do trabalho’*”.⁵¹⁷

Então, esse processo de transformação “[...] *levou a roldão outros institutos jurídicos, particularmente o contrato, desfigurando-o monstruosamente*”.⁵¹⁸ O desfecho foi a decadência do voluntarismo jurídico, expressado na “[...] *medida em que se expandia o contrato em massa, a penetrar insistentemente nas relações econômicas e sociais, sob formas extravagantes, como as do contrato normativo, contrato coativo, contrato necessário, contrato-tipo e contrato de adesão*”.⁵¹⁹

O contrato normativo, portanto, desenvolveu-se da estruturação, mediante contrato, das relações de produção e da estreita vinculação entre o direito e a economia. Viu-se constituído “*o desenho de um ato jurídico, bilateral do qual, ao invés de obrigação resultaria, antes, simplesmente, uma regra permanente entre as partes, ou, quiçá, uma situação jurídica objetiva, um status*”.⁵²⁰ Trata-se, na verdade, de um novo processo de vinculação jurídica, mediante a substituição da regulamentação individual do conteúdo da relação contratual por um regulamento coletivo, coativo.⁵²¹

Invoca-se que sua “potestatividade normativa” e inserção como fonte formal do direito tem como fundamento uma “autorização estatal”, que o posiciona ao lado da lei, mas em

⁵¹³ Terminologia, em espanhol, para a designação, pela doutrina civilista alemã dos contratos normativos, resultado da concessão estatal para que determinadas coletividades possam regulamentar suas peculiares relações em razão da autonomia coletiva. *Ibid.*, pp. 44-45.

⁵¹⁴ O mesmo autor citando Nipperdey, em sua obra *Beitrag zum Tarifrecht*, de 1924. *Id.*, p. 45.

⁵¹⁵ ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. 35. ed. Tradução de Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosh, 1944, p. 237.

⁵¹⁶ GOMES, Orlando. *Direito econômico e outros ensaios*. *Op. cit.*, p. 15.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 16.

⁵¹⁸ *Loc. cit.*

⁵¹⁹ *Id.*

⁵²⁰ Rui Cirne Lima citando Duguít. LIMA, Rui Cirne, Contrato e acordo normativo. *Op. cit.*, pp. 179-180.

⁵²¹ Também nesse sentido: *Id.*, p. 97.

status hierarquicamente inferior.⁵²² Posto assim, geram “deliberações normativas abstratas” e não obrigações individuais diretas.⁵²³ Para a “*produção de efeitos imediatos e criação concreta de direitos e obrigações particulares, é imprescindível a existência de contratos individuais*”.⁵²⁴

Em síntese, os contratos normativos atuam prospectivamente, de duas formas: (a) na regulação abstrata das relações individuais; ou (b) em *pacta de modo contrahendi*, limitando ou ampliando a autonomia de vontade na celebração dos pactos individuais, inclusive mediante a autorização (geral) para a chamada potestatividade derogatória individual (*infra*, 5.3).

5.3 Natureza

Muito dificilmente um contrato tem uma só avença. Existem as representações (mandatos),⁵²⁵ garantias (seguros),⁵²⁶ as relações do seu custo financeiro (emolumentos, taxas), as interveniências de terceiros,⁵²⁷ as comissões,⁵²⁸ as eventuais participações dos advogados (honorários), os registros (dos instrumentos públicos e dos particulares que se quer registrar).⁵²⁹ Também há diversificação em relação ao seu conteúdo: obrigacional (coletivo e individual), declaratório, normativo, constitutivo; e, da mesma forma, quanto aos efeitos, pois vários e diversos são os produzidos por um único contrato.

É disso que surge o interesse em cindir o contrato coletivo, isolando as partes mais ou menos autônomas que lhe formam um todo.

⁵²² Tratando especificamente da convenção coletiva de trabalho. GAETA, Lorenzo. *La terza dimensione del diritto: legge e contratto collettivo nel novecento italiano*. *Op. cit.*, p. 14.

⁵²³ SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. *Op. cit.*, p. 50.

⁵²⁴ *Loc. cit.*

⁵²⁵ VIVANTE, Cesare. *Instituições de direito comercial*. *Op. cit.*, pp. 221-226.

⁵²⁶ Com a indicação dos riscos, prêmios: VIVANTE, Cesare. *Corso di diritto commerciale*. v. 7. Milano: Editore Livrajo Della Real Casa, 1906, pp. 46-106; e *Instituições de direito comercial*. *Op. cit.*, pp. 269-281.

⁵²⁷ Sobre quais “intervenções de terceiros” são necessárias para a eficácia de determinado contrato, ver: TARTUFARI, Luis. *Derecho comercial: de la venta y del reporto*. Tomo 4, Vol. 1. Buenos Aires: Ediar, 1948, pp. 366-368.

⁵²⁸ Na doutrina italiana: “contratto estimatorio e commissione”. MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. *Op. cit.*, p. 160.

⁵²⁹ As cláusulas especiais do direito civil e comercial: TARTUFARI, Luis. *Derecho comercial: de la venta y del reporto*. Tomo 4, Vol. 1. *Op. cit.*, pp. 446-466.

O objetivo é de identificar-lhe o “tipo”, no contexto dos negócios jurídicos (*supra*, 5.2), pelo seu conteúdo “prevalente”.⁵³⁰

Assim, não é de hoje que se diz que o conteúdo da convenção coletiva é bipartido: parte (autônoma) normativa (programática), e outra (também autônoma) obrigacional.⁵³¹ O conteúdo obrigacional converge e só existe em função do normativo.⁵³²

Mas, como dito por Gino Giugni, a identificação precisa da natureza da convenção coletiva jamais é definitiva, considerando a realidade subjacente que se apresenta em contínuo movimento.⁵³³ Tratar-se-ia de um

[...] movimento evolutivo, em perpétuo devir gerado pela necessária aderência à realidade mutante provocada na transformação da fisionomia do contrato coletivo em países (como na Itália) que, premidos pela crise econômica, promulgaram leis que permitem a celebração de contratos individuais de tipo flexível. Estas leis delegam aos instrumentos coletivos a faculdade de autorizar a opção por esquemas contratuais flexíveis.⁵³⁴

É assim que haveria a ruptura de paradigma a respeito da dicotomia entre conteúdo obrigacional e normativo.

⁵³⁰ Expressamente: SACO, Rodolfo. *Autonomia contrattuale e tipi*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè: set. 1966, p. 794.

⁵³¹ MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civil e commerciale*. v. 4. *Op. cit.*, p. 247.

⁵³² Para Mario de la Cueva, o contrato coletivo de trabalho compõe-se de três partes, quais sejam: i) o envoltório ou continente (elemento externo), que consiste em normas sobre início, duração, revisão e fim do contrato coletivo; ii) o conteúdo obrigatório, correspondente ao elemento normativo, como as cláusulas que preveem as sanções, as comissões mistas, e as que fixam obrigações concretas e recíprocas das partes convenientes; e iii) o conteúdo normativo, que se revela como as condições gerais para a prestação dos serviços, sejam individuais (que passarão a integrar os contratos individuais de trabalho, tais como jornada, salários, dentre outros) ou coletivas (como obrigações do empregador para com o universo dos empregados, a exemplo de serviços sociais, saúde, ensino, dentre outros). Aduz que o elemento normativo é a parte prevalente e essencial do contrato coletivo; os demais elementos convergem para este, e só existem em função deste. Considera, ainda, que o direito coletivo de trabalho é instituição de direito público, assim como o é a convenção coletiva, que se revela como o exercício de poder público, delegado pelo Estado às organizações de trabalho e empresariado, ao facultar-lhes regular as relações de trabalho. Defende a tese, portanto, de que o contrato coletivo é de natureza híbrida; corresponde a uma fonte autônoma e uma nova forma de criação de direito objetivo, pois é formalmente um contrato, pois surge de um acordo de vontades de pessoas jurídicas sobre um objeto de interesse jurídico, todavia, é material ou substancialmente uma norma, de natureza idêntica à de uma lei. LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*, Cidade do México: Porrúa., 1959, Tomo II, páginas 465-709; e p. 619. Enzo Roppo diz que: “O conteúdo do contrato coletivo não se esgota, em regra, na sua parte ‘normativa’ (que é aquela, até agora considerada, atinente à predeterminação, por forma geral, das condições de cada contrato individual de trabalho). Encontramos, a par desta, uma parte ‘obrigatória’, mais ou menos extensa: aí se compreendem cláusulas, nas quais as partes do contrato coletivo assumem obrigações, direta e imediatamente, eficazes entre si. Com o desenvolvimento da força, da influência, do papel do movimento sindical organizado, as partes ‘obrigatórias’ dos contratos coletivos tendem a assumir, como veremos, importância crescente.” ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 326.

⁵³³ PINO, G. *Uno studio su Gino Giugni e il conflitto collettivo*. Torino: Giappichelli, 2014, cap. 2.

⁵³⁴ ROMITA, Arion Sayão. *Direito do trabalho: temas em aberto*. *Op. cit.*, p. 556.

Diz-se obrigacional o conteúdo da convenção que regula as relações entre os sujeitos estipulantes; e normativo, o de cláusulas que regem os contratos individuais, conformando-os com o regulamento. No momento em que o conteúdo do contrato coletivo permite a flexibilização dos contratos individuais, teria um efeito diverso daquele obrigacional ou normativo, um novo efeito, dito “‘constitutivo’ da legitimação necessária para que o empregador possa estipular contratos de trabalho flexíveis”,⁵³⁵ ou “‘dispositivo’, no sentido de que o efeito objetivado é justamente a saída, de nosso patrimônio, de um determinado bem”.⁵³⁶

A convenção coletiva, portanto, teria natureza normativa, obrigacional e constitutiva ou dispositiva.

Entretanto, como já dito acima (*supra*, 5.2), invocando o magistério de Eduardo Espínola, os contratos normativos têm, por gênese, tanto a possibilidade de restringir a autonomia da vontade individual, condicionando-a ao regramento coletivo,⁵³⁷ quanto a de ampliá-la, para conferir, nas relações entre o capital e o trabalho, a potestatividade derogatória, em que a norma estatal restringe-a à luz do tão prolapado princípio da “irrenunciabilidade”.⁵³⁸ O primeiro caso era bem identificado no direito do trabalho alemão como “norma de conclusão”;⁵³⁹ e o segundo, que também passa a classificar-se como “norma de conclusão” (*infra*, 5.4.2), vem sendo a tendência relacionada com a abertura para as cláusulas derogatórias, respeitado um núcleo mínimo de garantias.⁵⁴⁰ É o que ocorre, *v. g.*, na Alemanha e Itália.⁵⁴¹

Como a renúncia é espécie de ato jurídico negocial, só resulta eficaz nos limites da lei, que pode restringir-lhe.⁵⁴² Mas o próprio ordenamento jurídico pode autorizar que a autonomia privada coletiva derogue a restrição, em atenção ao princípio dispositivo (direitos disponíveis). Assim, o conteúdo da convenção coletiva que autoriza o exercício individual da potestatividade derogatória, renunciando direitos e flexibilizando os contratos individuais, é

⁵³⁵ Loc. cit.

⁵³⁶ PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993, p. 67.

⁵³⁷ ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. *Op. cit.*, pp. 14-15.

⁵³⁸ PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. *Op. cit.*, pp. 66-68.

⁵³⁹ Otávio Bueno Magano indicando o direito do trabalho alemão à luz da doutrina de HUECK-NIPPERDEY E KATZ. *Cf.* MAGANO, Otávio Bueno. *Convenção coletiva de trabalho*. São Paulo: LTr, 1972, p. 111-113.

⁵⁴⁰ SUPIOT, Alain. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. *Op. cit.*, p. 163.

⁵⁴¹ BIASI, Marco. Retribuizione di produttività, flessibilità e nuove prospettive partecipative. Especialmente item “3” “El descentramiento ‘spontaneo’ in Germania. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. *Op. cit.*, pp. 348-349. Também na Itália, *Ibid.*, p. 359.

⁵⁴² MAGANO, Otávio Bueno. *Convenção coletiva de trabalho*. *Op. cit.*, p. 67.

essencialmente normativo, embora constitutivo de legitimidade individual e dispositivo de direitos.

Não há, em síntese, um terceiro conteúdo ou efeito.

Portanto, prevalece a “teoria normativa”, a partir das suas bases fundantes: caráter preventivo e eficácia geral de suas disposições à luz do seu “conteúdo prevalente”,⁵⁴³ sendo a convenção coletiva considerada “*ontologicamente como instrumento de caráter normativo*”.⁵⁴⁴

No contexto da sua normatividade, é de entender-se que quanto maior o grau de especificidade de uma norma, quanto à descrição do seu suporte fático e à prescrição do seu preceito, menor é a indeterminação.⁵⁴⁵ Assim, a normatividade da convenção coletiva, em seu sentido amplo, envolve normas de determinação absoluta, normas de determinação relativa e normas indeterminadas,⁵⁴⁶ estas à luz de um conteúdo programático essencialmente genérico. Em sentido estrito, corresponderiam ao “acordo coletivo” (*supra*, 4.1.2), à “convenção coletiva” (*supra*, 4.1.1) e ao “acordo marco” (*supra*, 4.1.3), respectivamente.

5.4 Conteúdo: cláusulas

É clássica a tese da substituição do contrato individual pelo coletivo. Citando debates a respeito do projeto sindical da lei francesa de 1881, Evaristo de Moraes já dizia que “[...] *o ideal a atingir, incontestavelmente, é esse da substituição do contrato individual pelo contrato coletivo de trabalho*”.⁵⁴⁷

Daí a relevância da discussão estrutural relacionada com o conteúdo da convenção coletiva, que vai não só reger, mas se substituir ao contrato individual do trabalho.

⁵⁴³ STODIECK, Henrique. *Convenção Coletiva de Trabalho*, São Paulo: LTr, 1974, pp. 192-195.

⁵⁴⁴ Orlando Gomes, no início, entendia que a convenção coletiva tinha natureza de lei. GOMES, Orlando. *A convenção coletiva de trabalho. Op. cit., passim*. Depois, passa a sustentar a sua natureza negocial e normativa. GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações. Op. cit.*, pp. 186 e ss; e Da convenção ao contrato coletivo de trabalho. *Revista LTr*, v. 51, n. 3. São Paulo, mar. 1987, p. 275. Também nesse sentido: ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do trabalho: itinerários da dominação*. São Paulo: LTr, 1994, p. 27; ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones. Op. cit.*, p. 235; RUSSOMANO, Mozart Victor. *Direito Sindical: princípios gerais*, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975, capítulo VII, páginas 135-162.

⁵⁴⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Op. cit.*, p. 180.

⁵⁴⁶ KORKOUNOV, N. M. *Cours de théorie générale du droit*. Paris: V. Giard & Bière, 1903, p. 195.

⁵⁴⁷ MORAIS, Evaristo de. *Apontamentos do direito operário*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905, p. 103; ROMITA, Arion Sayão. *Direito do trabalho: temas abertos. Op. cit.*, pp. 550-551.

De início, o art. 613 da CLT dispõe a respeito das cláusulas obrigatórias e das facultativas. Incluem-se nas obrigatórias: (a) designação das partes (inc. I); (b) prazo de vigência (inc. II); (c) campo de atuação (inc. III); (d) cláusula genérica (normativa, inc. IV); (e) instrumentos para a resolução de divergências na efetivação do seu conteúdo (inc. V); (f) disposições instrumentais de prorrogação e de revisão; e (g) penal. Havendo cláusula de flexibilização que reduza o salário ou a jornada, é também obrigatória a inclusão de cláusula protetiva a contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo (CLT, art. 611-A, § 3º)⁵⁴⁸.

Todo o clausulamento restante insere-se no contexto facultativo mencionado, exemplificativamente, nos arts. 621⁵⁴⁹ e 611-A, §§ 2º e 4º, da CLT⁵⁵⁰, este aludindo à possibilidade de pactuação de cláusula compensatória em simetria a eventual inserção de cláusula derogatória de direitos trabalhistas (*infra*, 5.4.2.2.1), cuja desconstituição atrairá a insubsistência *ipso jure* da compensatória.

Enquanto contrato bilateral, na convenção coletiva são estabelecidas para os sujeitos estipulantes obrigações recíprocas, e, predominantemente, pactuadas normas aplicáveis às categorias, no âmbito dos contratos individuais. Dessa dupla função, têm-se, quanto aos efeitos, as cláusulas obrigacionais e as normativas.

5.4.1 Obrigacionais

São também chamadas de cláusulas contratuais, pois, criando relação jurídica de vínculo obrigacional entre os sujeitos estipulantes, não diferem das cláusulas do contrato civil, como, *v. g.*, as multas.

⁵⁴⁸ Introduzido pela Lei n. 13.467/2017.

⁵⁴⁹ Art. 621. As Convenções e os Acordos poderão incluir entre suas cláusulas disposição sobre a constituição e funcionamento de comissões mistas de consulta e colaboração, no plano da empresa e sobre participação, nos lucros. Estas disposições mencionarão a forma de constituição, o modo de funcionamento e as atribuições das comissões, assim como o plano de participação, quando fôr o caso.

⁵⁵⁰ Art. 611-A. (*omissis*)

[...]

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

[...]

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

Dentre tantas classificações doutrinárias, filia-se àquela que as divide em “típicas” e “atípicas”.

As primeiras, relacionam-se aos deveres de paz ou trégua e influência.⁵⁵¹ Paz ou trégua são as cláusulas que instituem uma renúncia sindical relacionada a novas exigências e ao direito de greve, normalmente durante o período de vigência da convenção (*supra*, 1.5).⁵⁵² Influência é cláusula instrumental, relacionada com a efetivação da cláusula de paz, notadamente mediante a obrigação de que os sindicatos de categoria profissional influenciem (impeçam) os seus representados para que não façam greve.⁵⁵³ O dever de influência corresponde aos esforços sindicais para que a cláusula de paz ou trégua não seja descumprida, encerrando típica cláusula de “pré-exclusão de juridicidade”,⁵⁵⁴ no sentido de ser estruturada com a finalidade de evitar que a greve, enquanto direito, venha a tornar-se jurídica, ou que venha a ser recepcionada pela ordem jurídica.

As segundas, chamadas “atípicas”, também são cláusulas instrumentais dirigidas à constituição de mecanismos de administração das demais normas pactuadas. Classificam-se, por seu turno, em instrumentais e não instrumentais. Aquelas são as instituidoras de núcleos ou comissões para decidir controvérsias relacionadas com a efetivação da própria convenção (CLT, arts. 613, V e 621), como as que instituem as Comissões de Conciliação Prévia (CCPs); também as cláusulas sobre duração, vencimento, denúncia, revisão, prorrogação e renovação⁵⁵⁵ (CLT, art. 613, II e VI). As não instrumentais são as intrinsecamente relacionadas a interesses do próprio sindicato e não a outros direitos dos representados, *v. g.*,

⁵⁵¹ LUCA, Carlos Moreira, *Convenção coletiva do trabalho: um estudo comparativo*, São Paulo, LTr, 1991, p. 17. Ver também MARRANI, Pelio, *Il contratto collettivo di lavoro: nella statica e nella dinamica della economia industriale*. Padova, Cedam, 1935, pp. 257-273.

⁵⁵² LUDOVICO, Giuseppe. L'astensione dallo sciopero nelle clausole di tregua. Item 8: 'La libertà negoziale delle parti nella definizione delle reciproche posizioni. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. *Op. cit.*, pp. 322 e ss.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 333. Também: AZAMBUJA, Alexandre. *Negociação coletiva e os instrumentos normativos negociados: acordo coletivo e convenção coletiva de trabalho*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,negociacao-coletiva>>. Acesso em: 05 abr. 2017. Como se viu (*supra*, 1.5), essas cláusulas que proíbem o exercício individual do direito de greve, constituem exemplos eloquentes da ruptura entre vontade coletiva e individual pois o direito de greve e também o direito de não fazer greve são manifestações de um único direito fundamental: aquele da liberdade e da autonomia privada do trabalhador. Para parte da doutrina, entretanto, a greve, sendo uma 'sanção' frente a uma infração patronal, não se justifica quando há pactuação de cláusulas de paz. Nessas circunstâncias, a greve é ilícita. TARELO, Giovanni. *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*. Milano: Ed. Comunità, 1967, pp. 124-125.

⁵⁵⁴ Normas de “pré-exclusão de juridicidade” são aquelas “estruturadas com a finalidade de evitar que certo fato ou conjunto de fatos venha a se tornar jurídico.” Também são consideradas “normas pré-excludentes aquelas, cogentes, que vedam a entrada no mundo jurídico de atos, inclusive negociais, que as infringam. Os negócios proibidos[...]”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. *Op. cit.*, pp. 87-88.

⁵⁵⁵ LUCA, Carlos Moreira, *Convenção coletiva do trabalho: um estudo comparativo*. *Op. cit.*, p. 145.

sobre o dever de informação, obras assistenciais ou sociais,⁵⁵⁶ e as que criam as taxas assistenciais, estas com inconstitucionalidade proclamada pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁵⁷

Uma última questão reside na presença de função normativa e obrigacional numa mesma cláusula. Carlos Moreira de Luca⁵⁵⁸ explica:

Assim, a que estabeleça a obrigação de ser criada comissão para a imposição de penalidade aos empregados, com participação do sindicato da categoria profissional, representa obrigação quanto a esta entidade; mas também assegura aos próprios trabalhadores o direito de só serem punidos através do procedimento previsto perante o órgão. E os exemplos poderiam se multiplicar.

Nesta hipótese, como há a possibilidade de cindir-se o conteúdo da cláusula em parte obrigacional e parte normativa, é de ser identificada pelo seu conteúdo prevalente (*supra*, 5.3).⁵⁵⁹

5.4.2 Normativas ou manipulativas

Atuar normativamente é fazê-lo preventivamente, como na legislação (*supra*, 5.3). Assim, no plano normativo, “[...] o contrato coletivo não faz surgir relações jurídicas entre as partes do contrato de trabalho, mas apenas estabelece o conteúdo e a disciplina dos contratos individuais a serem firmados”.⁵⁶⁰ As cláusulas normativas estabelecem as condições de trabalho em sentido amplo, substituindo-se ao contrato individual, e projetando-o, seja pela limitação às partes na sua celebração, seja pela liberação delas das amarras advindas do princípio da irrenunciabilidade.

Aludindo-se à conexão entre o substantivo e o adjetivo, é que se diz que a convenção coletiva é:

⁵⁵⁶ MAGANO, Otávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. Vol. 3. São Paulo: LTr, 1984, p. 151.

⁵⁵⁷ São as cláusulas que exigem de empregados não sindicalizados a contribuição assistencial, para fazer frente aos custos de processos judiciais ou negociações coletivas que envolvem toda a categoria e que estavam em crescente difusão, como observado desde o final da década de 1980. Cf. LUCA, Carlos Moreira, *Convenção coletiva do trabalho: um estudo comparativo*. *Op. cit.*, p. 147. Todavia, O STF reafirmou, em repercussão geral, a inconstitucionalidade de tais taxas ou contribuições assistenciais contempladas em convenção, acordo coletivo ou sentença normativa da Justiça do Trabalho. AER n. 1.018.459, Relator: Ministro Gilmar Mendes, julg. 24.02.2017, maioria, vencido o Min. Marco Aurélio Melo.

⁵⁵⁸ LUCA, Carlos Moreira, *Convenção coletiva do trabalho: um estudo comparativo*. *Op. cit.*, p. 145.

⁵⁵⁹ Contra, propondo, nesse contexto, a identificação da cláusula, se normativa ou obrigacional, pelo critério da classificação do tipo. *Loc. cit.*

⁵⁶⁰ LUCA, Carlos Moreira, *Convenção coletiva do trabalho: um estudo comparativo*, *Op. cit.*, p. 18.

Um contrato normativo, que não se enquadra nos moldes clássicos do contrato, como nos moldes clássicos da sentença não se enquadra a sentença normativa. O contrato do direito comum não servia para explicar-lhe a natureza, como a sentença do processo civil não explica a da sentença normativa. Porque ambas – sentença normativa e convenção coletiva – pressupõem que o direito comum desconhece: a existência do grupo considerado como tal, a solução, por via convencional, ou processual, de conflitos de interesses coletivos.⁵⁶¹

Com ênfase na complexidade da natureza jurídica da convenção coletiva, é de serem usadas quatro classificações.

A primeira, tomada em sentido amplo, de origem alemã que, modulada, enquadra as cláusulas normativas como sendo: (a) de benefício individual, que beneficiam o trabalhador em seu contexto e particularidade individual; (b) solidárias, que agregam benefícios ao trabalhador como membro da empresa; (c) relativas à constituição interna da empresa; (d) sobre instituições comuns, como é o caso de caixas de compensação de salários; e (e) de conclusão.⁵⁶² Esta última, subdivide-se em: (e.1) normas de restrição, relacionadas com as limitações impostas na celebração dos contratos individuais; e (e.2) normas de liberação, relacionadas com a permissão feita frente ao princípio da irrenunciabilidade, para que as partes pactuem individualmente, mediante a utilização da potestatividade derogatória.

A segunda, relaciona-se à conexão do contrato coletivo diante do individual e vincula-se à formação, execução e extinção do contrato de trabalho. São elas: (a) as que estabelecem condicionamentos para a contratação – como, v. g., a dos últimos trabalhadores demitidos, dos demitidos pelo uso do direito de greve, dos que tem família e outros – ou que dispõem sobre condições prévias para a contratação; (b) as de conteúdo, que aludem aos direitos e deveres nas relações individuais, como, por exemplo, salários e duração de jornada; e (c) de terminação, que regulam a duração do contrato de trabalho em sentido amplo e a despedida em sentido estrito.⁵⁶³ Com relação aos condicionamentos para a contratação, é imperiosa uma abordagem a respeito das chamadas “cláusulas sindicais”: entendidas como tais aquelas que *“limitam o exercício de livre opção do trabalhador em sindicalizar-se ou não, elas são um forte instrumento de arregimentação de trabalhadores para os sindicatos, privilegiando o trabalhador sindicalizado e discriminando o não sindicalizado”*.⁵⁶⁴ Estas, podem ser

⁵⁶¹ CARVALHO, Luiz Inácio B.; MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1993, p. 333.

⁵⁶² MAGANO, Otávio Bueno. *Convenção coletiva de trabalho*. *Op. cit.*, p. 111-113.

⁵⁶³ DE LUCA, Carlos Moreira. *Convenção coletiva de trabalho: um estudo comparativo*. *Op. cit.*, pp. 144-145.

⁵⁶⁴ PAULON, Carlos Artur. As cláusulas sindicais e a liberdade sindical. In: *Sindicalismo*. ROMITA, Arion Sayão (Coordenador). São Paulo: LTr, 1986, p. 99.

divididas em “cláusulas de exclusão” (*closed shop*) e “cláusulas de consolidação sindical” (*open shop*). As de exclusão, por seu turno, podem ser “cláusulas de exclusão de ingresso” e de “exclusão por separação” aos não filiados.⁵⁶⁵ Em sentido inverso, tem-se as cláusulas de “não sindicalização”, que condicionam o acesso ou manutenção no emprego à negativa de filiação ou à desfiliação sindical: *yelow dog contracts*.⁵⁶⁶

A terceira, consagrada na jurisprudência, que as divide em cláusulas históricas ou novas, conforme a pretensão negociada esteja, ou não, fundada em condição preexistente e na ultratividade de pactuações anteriores, como conquista histórica da categoria profissional;⁵⁶⁷ e, em vista da onerosidade dos seus efeitos, em econômicas e sociais. As “cláusulas históricas” das convenções coletivas balizavam a jurisdição normativa exercida pelos tribunais do trabalho à luz da interpretação que se fazia do art. 114, § 2º, da CF, quando o dispositivo alude ao respeito às condições “*convencionadas anteriormente*”,⁵⁶⁸ em tema relacionado com a ultratividade das normas convencionadas, até que o Supremo Tribunal Federal entendesse esta tese como contrária ao texto constitucional, conforme se demonstrará na abordagem do efeito objetivo temporal das convenções (*infra*, 5.5.2.1) e também quando se demonstrará a (des)judicialização do seu conteúdo eficaz (*infra*, 6.3).

A quarta, classifica as cláusulas normativas a partir da técnica de criação de direitos. Trata-se de identificar o conteúdo normativo da cláusula a partir da conexão que ela faz com a ordem legal. São as designadas cláusulas manipulativas, no sentido de interferirem diretamente na esfera de atuação do legislador, atuando acima da lei, inclusive pela derrogação legislativa. Nesse campo, a autoprodução normativa modifica o ordenamento legal como forma de adaptá-lo à primazia da autonomia privada coletiva prevista na Constituição.

⁵⁶⁵ Carlos Artur Paulon citando Alfredo Ruprecht. *Loc. cit.*

⁵⁶⁶ Proibidas no Brasil por ofensa ao princípio da liberdade sindical e nos Estados Unidos da América do Norte desde o Taft-Hartley Act, de 1947, que consagrou o princípio do direito ao trabalho: 'right to work'. DRAY, Guilherme. *A influência dos Estados Unidos da América na afirmação do princípio da igualdade no emprego nos países da lusofonia*.

⁵⁶⁷ TST, Seção de Dissídios Coletivos: RO - 89-70.2015.5.11.0000, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 10/10/2016; DEJT 19/10/2016; RO - 225600-83.2010.5.21.0000, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, Data de Julgamento: 08/06/2015, DEJT 26/06/2015; RO - 118500-70.2010.5.03.0000, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 12/08/2013, DEJT 16/08/2013; RO - 118500-70.2010.5.03.0000, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 12/08/2013, DEJT 16/08/2013.

⁵⁶⁸ TST, RO - 21400-30.2009.5.11.0000, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 08/08/2011, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 19/08/2011; TST, RODC - 140700-48.2004.5.15.0000, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 09/03/2009, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 27/03/2009.

Essas cláusulas podem ser agrupadas em dois polos: cláusulas aditivas e cláusulas substitutivas.

5.4.2.1 Aditivas

O conteúdo normativo das cláusulas aditivas é complementar à legislação. A autoprodução normativa atua para conferir um elemento que falta à lei. Corrige o ordenamento, na medida em que lhe adiciona, atuando onde a norma legal omite, não estende, não contempla, não dispõe, exclui.

A atuação dos sujeitos estipulantes é (quase) fiscalizatória, no sentido de aperfeiçoar e corrigir a legislação,⁵⁶⁹ notadamente mediante a extensão de tratamento mais favorável em razão do princípio da isonomia. Alude-se ao “alargamento da lei” pelos sujeitos coletivos, em detrimento da liberdade de conformação do legislador.

Seria a situação, *v. g.*, de inserir-se cláusula que estende aos homens o repouso intrajornada do art. 384 da CLT que, pela lei, é exclusivo das mulheres.⁵⁷⁰

As cláusulas aditivas podem ser: (a) de prestação (*additive di prestazione*), as quais atribuem direitos a determinados grupos de trabalhadores excluídos inicialmente, seja da lei, seja de pactuações anteriores; (b) aditivas de garantia (*additive di garanzia*), que importam em uma abstenção, um dever patronal de não fazer, como de não demissão; e (c) aditivas de princípio, mediante as quais é introduzido um princípio em vez de uma regra na convenção coletiva.

5.4.2.2. Substitutivas

São substitutivas as cláusulas que revogam a legislação pela edição de um novo conteúdo normativo, criando uma nova regulamentação. Desta forma, pode-se dizer que são:

⁵⁶⁹ Da mesma forma como atuam as Cortes Constitucionais na correção de distorções inconstitucionais por omissão. Como dito por Jorge Miranda, a inconstitucionalidade “acha-se na norma na medida em que não contem tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E então, o órgão de fiscalização acrescenta esse elemento que falta.” MIRANDA, Jorge. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade. *In*: Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra: Coimbra Ed., 2002, p. 819.

⁵⁷⁰ O Supremo Tribunal Federal, em decisão de 27.11.2014 do Plenário, no RE n. 658.312-SC, Relator Ministro Dias Toffoli, entendeu recepcionado o dispositivo em questão pela Constituição de 1988, por ausência de ofensa ao princípio da isonomia; Dje de 09.02.2015. Esse julgamento foi anulado pelo acolhimento de embargos de declaração, por vício processual na tramitação do recurso em sessão do dia 05.08.2015; Dje de 02.09.2015.

reduativas, na medida em que eliminam o conteúdo normativo legal de regência; e, aditivas, visto que criam uma nova norma em substituição à legal.

Essa sobreposição à ordem legal encontra-se expressamente prevista na CLT, sob o pálio da Lei n. 13.467/2017 (art. 611-A). Pelo dispositivo legal haverá supremacia do negociado sobre o legislado quanto a: (a) jornada de trabalho, observados os limites constitucionais (inc. I); (b) banco de horas anual (inc. II); (c) intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas (inc. III); (d) adesão ao Programa Seguro-Emprego (inc. IV); (e) plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança (inc. V); (f) regulamento empresarial (inc. VI); (g) representante dos trabalhadores no local de trabalho (inc. VII); (h) teletrabalho, regime de sobreaviso e trabalho intermitente (inc. VIII); (i) remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual (inc. IX); (j) modalidade de registro de jornada de trabalho (inc. X); (k) troca do dia de feriado (inc. XI); (l) enquadramento do grau de insalubridade (inc. XII); (m) prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho (inc. XIII); (n) prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo (inc. XIV); e participação nos lucros ou resultados da empresa (inc. XV).

Tais cláusulas constituem expressão máxima da autonomia privada coletiva na derrogação da lei, por meio da qual os sujeitos estipulantes reescrevem a normatividade aplicável à determinada situação coletiva de trabalho, adaptando-a às particularidades do conflito coletivo. São reflexos da tendência da supremacia do negociado sobre o legislado.

O exemplo mais significativo é a cláusula derogatória de direitos dos trabalhadores, por meio da qual o exercício da autonomia privada coletiva faz com que trabalhadores renunciem patamares legais mínimos de direitos.

É o que se verá a seguir (*infra*, 5.4.2.2.1).

5.4.2.2.1 Derrogações

Como se viu (*supra*, 5.4.2.2), as cláusulas derogatórias são substitutivas na medida em que substituem ou revogam um conteúdo normativo, fazendo surgir uma nova regulamentação menos benéfica ao empregado, pois as normas das convenções coletivas

revogam as normas legais: CLT, sob o pálio da Lei n. 13.467/2017 (art. 611-A), inclusive as protetivas.

Alude-se à abertura feita pela Constituição – arts. 7º, VI, XIII, XIV, XXVI, e 8º, VI – para a “flexibilização negociada” das normas protetivas dos empregados, respeitado um núcleo mínimo inviolável, pela consagração do princípio da intervenção mínima na autonomia privada coletiva: art. 8º, § 3º, da CLT, pela Lei n. 13.467/2017 (*supra*, 3.3.5).

A inserção dessas cláusulas na ordem jurídica, em reconhecimento à legitimidade do exercício da potestatividade derogatória pelos empregados, acaba por romper com a orientação clássica do Direito do Trabalho da concepção puramente protecionista e com os seus postulados originalmente estruturais, pois admite, pela via negocial coletiva, a alteração contratual lesiva ao trabalhador, antes vedada no art.468 da CLT.⁵⁷¹

São cláusulas desjuridicizantes, pois no momento em que incidem e revogam normas anteriores, inclusive de ordem estatal-legal, estão a desfazer a juridicidade do que foi revogado.⁵⁷²

O problema é o de encontrar-se o limite entre o disponível e o indisponível para fins de obtenção do núcleo das cláusulas derogatórias. Até onde o negociado pode se sobrepor ao legislado.

A própria Lei n. 13.467/2017 é contraditória, na medida em que permite que se negocie, *v. g.*, enquadramento do grau de insalubridade (CLT, art. 611-A, inc. XII) e prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho (inc. XIII); e, logo em seguida (CLT, art. 616-B), determina a ilicitude do seu objeto quanto à pactuação relacionada a normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho (inc. XVII).

Esse núcleo, hoje para preservação de normas relativas à saúde e segurança do trabalhador, só será verdadeiramente encontrado na processualização negociada à luz da Constituição, como se demonstrará nas conclusões da tese.

5.5 Efeitos

⁵⁷¹ OLIVEIRA, Pérola Toneti de; OLIVEIRA, Lourival José de. Os limites da negociação coletiva a partir do princípio da proporcionalidade. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 4, n. 1, jan/abr. 2009, p. 200.

⁵⁷² Para Marcos Bernardes de Mello: “As normas jurídicas sobre revogação são todas normas de caráter desjuridicizante, porque a sua incidência tem por consequência, exatamente, o desfazimento da juridicidade”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 27.

Antes de se pensar nos modos como as convenções coletivas e os acordos coletivos repercutem nas relações individuais do trabalho, impõe-se prosseguir no exame do tema à luz da própria teoria dos contratos, sabendo-se, de antemão, que os seus efeitos repercutem em outras áreas da dogmática jurídica e econômica.

A relevância do estudo dos efeitos normativos da convenção coletiva conduz à compreensão ou elucidação das expressões relacionadas ao seu “campo de atuação”: “eficácia da convenção”, “efeitos da convenção” ou “abrangência da convenção”, que se efetivará, fundado em dois critérios.

Tratando-se a convenção coletiva de ato jurídico negocial privado, identificar-se-á a sua dimensão subjetiva: campo de aplicação pessoal. Depois, um critério objetivo, relacionado com a territorialidade e o tempo da sua aplicação: dimensão territorial e temporal.

Assim, nossa exposição será no sentido de: a quem a convenção aplica-se; onde se aplica; e desde quando, e até quando, aplica-se.

5.5.1 Dimensão subjetiva

Não há correspondência entre a dimensão subjetiva da negociação coletiva (sujeitos estipulantes) e a dimensão subjetiva do seu campo de aplicação (sujeitos sobre os quais as normas coletivas aplicar-se-ão). Conforme se apontou (*supra*, 2.2), embora vinculados por força da representatividade sindical, os “sujeitos estipulantes” ou “sujeitos da negociação” não são necessariamente os “sujeitos da convenção”⁵⁷³, pois estes são aqueles sobre os quais as convenções coletivas produzem efeitos.

Aqui, nos interessa a identificação da dimensão subjetiva apenas do seu campo de aplicação: os “sujeitos da convenção”.

Identificado o objeto deste tópico, verifica-se que as convenções coletivas têm aplicação em todo o âmbito de representação sindical dos sujeitos estipulantes, independentemente de suas filiações sindicais: art. 8º, I e II, da CF e art. 611 da CLT. Portanto, os efeitos da negociação coletiva incidem sobre a integralidade dos membros das categorias, econômica (CLT, art. 515, § 2º), profissional (CLT, art. 511, § 2º) e profissional

⁵⁷³ Assim, NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical. Op. cit.*, p. 332.

diferenciada (CLT, art. 511, § 3º),⁵⁷⁴ sendo necessária a correspondência entre as atividades exercidas pelos setores profissional e econômico,⁵⁷⁵ não comportando separação fundada na maior ou menor dimensão de cada ramo da empresa.⁵⁷⁶

Também pela eficácia geral aos membros da categoria tem-se, na legislação comparada, os Estados Unidos da América do Norte, onde o sindicato escolhido em cada unidade para fins de negociação passa a representar não somente os seus associados, mas atua como representante exclusivo de todos os empregados na unidade apropriada para a negociação coletiva.⁵⁷⁷ Na Espanha, a eficácia geral só se aplica às convenções celebradas de acordo com o Estatuto do Trabalhador; em relação aos demais, a incidência é restrita aos associados.⁵⁷⁸

Voltando à situação local, vê-se que os acordos coletivos são restritos aos empregados de determinada empresa, também sem a necessidade de filiação sindical e, nas situações de sobreposição, pela concomitância de convenção e acordo, estes se sobrepõem às convenções (CLT, art. 620).

Embora o critério para o enquadramento sindical ordinariamente seja o vertical, fundado na atividade econômica da empresa, mesclou-se com o horizontal, pela possibilidade de identificação do enquadramento pelo critério de agregação por profissão, independentemente da atividade empresarial: as categorias diferenciadas.⁵⁷⁹ Assim, ao contrário “[...] dos sindicatos verticais, em que as categorias possuem alto grau de concentração subjetiva e territorial, os membros dos sindicatos horizontais encontram-se espalhados por empresas que exercem as mais diversas atividades econômicas.”⁵⁸⁰

Essa agregação de dois critérios de enquadramento sindical – vertical (por atividade econômica do empregador) e horizontal (por profissão do empregado) – cria vários problemas

⁵⁷⁴ José Cláudio Monteiro de Brito Filho esclarece: “Nem sempre foi assim. Antes do Dec. Lei 229/67, quando só existiam as convenções coletivas, a aplicação era feita, apenas no âmbito dos associados, só sendo aplicável aos não associados por ato do Ministro do Trabalho.” BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Direito sindical. Op. cit.*, p. 181.

⁵⁷⁵ TST, pela sua SDC, OJ n. 22: “LEGITIMIDADE ‘AD CAUSAM’ DO SINDICATO. CORRESPONDÊNCIA ENTRE AS ATIVIDADES EXERCIDAS PELOS SETORES PROFISSIONAL E ECONÔMICO ENVOLVIDOS NO CONFLITO. NECESSIDADE. É necessária a correspondência entre as atividades exercidas pelos setores profissional e econômico, a fim de legitimar os envolvidos no conflito a ser solucionado pela via do dissídio coletivo.” DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010.

⁵⁷⁶ TST, SDC na OJ n. 23: “A representação sindical abrange toda a categoria, não comportando separação fundada na maior ou menor dimensão de cada ramo ou empresa.”

⁵⁷⁷ SHIEBER, Benjamim. *Iniciação ao direito trabalhista norteamericano*. São Paulo: LTr, 1988, p. 74.

⁵⁷⁸ BENITES FILHO, Flávio Antonello. *Direito sindical espanhol: a transição do franquismo à democracia*. São Paulo: LTr, 1997, pp. 127-128.

⁵⁷⁹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas. Op. cit.*, p. 207.

⁵⁸⁰ Loc. cit.

para o processo negocial com vistas a uma convenção coletiva, seja pela inexistência de um sindicato patronal correspondente à categoria diferenciada,⁵⁸¹ seja pelas “[...] *diversas dificuldades para a elaboração de uma norma coletiva que abranja a todos os trabalhadores, em virtude da dispersão destes por diversas empresas com atividades distintas*”.⁵⁸²

Isso se reflete, tanto pela inaplicabilidade das normas resultantes de convenções celebradas por sindicato de categoria diferenciada em negociação da qual o sindicato representativo de categoria econômica da empresa não participou,⁵⁸³ quanto, em razão da ausência de representação dos empregados, pela não aplicação, a estes, das normas ínsitas à categoria profissional preponderante atrelada à atividade econômica da empresa, salvo na situação de cláusula que contemple a extensão correspondente, prevista na própria convenção.⁵⁸⁴

Esses problemas podem ser resolvidos pela aplicação do disposto no art. 611, § 2º, da CLT, ao autorizar que as Federações ou Confederações, no âmbito das representações de cada uma delas, atuem na negociação coletiva em favor de categorias até então destituídas de representação específica e muitas vezes difíceis de serem enquadradas nos limites das

⁵⁸¹ Ibid.

⁵⁸² *Id.*, p. 207.

⁵⁸³ Nesse sentido é a Súmula 374 do TST, com o seguinte enunciado: “Empregado integrante de categoria profissional diferenciada não tem o direito de haver de seu empregador vantagens previstas em instrumento coletivo no qual a empresa não foi representada por órgão de classe de sua categoria.” (ex-OJ nº 55 da SBDI-1 – inserida em 25.11.1996).

⁵⁸⁴ Nesse sentido: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho. Op. cit.*, p. 746. Contra, entendendo que: “No sistema sindical brasileiro a regra é o enquadramento do empregado pela atividade preponderante do empregador, na ausência de enquadramento específico, segue-se a regra geral, até porque o enquadramento sindical não leva em consideração o ofício ou a profissão do empregado. Equivale a dizer que, na estrutura sindical brasileira, não há empregado sem representação.” SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas. Op. cit.*, p. 208. O Tribunal Superior do Trabalho, também tem precedentes em sentido contrário: “O trecho do acórdão do TRT transcrito nas razões de revista revela o entendimento daquela Corte de que: o reclamante, motorista, pertence a categoria diferenciada; a norma coletiva aplicável não é aquela referente a essa categoria diferenciada mas à relativa à categoria ligada à atividade preponderante do empregador; a empresa não esteve representada por seu sindicato de classe na elaboração da norma coletiva dessa categoria diferenciada.” ARR - 812-34.2013.5.04.0201, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 06/09/2017, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/09/2017; “No caso dos autos, incontroverso que o Reclamante fazia parte de categoria diferenciada (vendedor viajante do comércio), todavia a Reclamada, cuja atividade social é o ‘comércio de produtos de perfumaria, limpeza, alimentícios, farmacêuticos, medicamentos e representação comercial’, não pode ser obrigada a cumprir as normas coletivas celebradas pelo representante daquele segmento empresarial, quando não tiver participado delas – seja diretamente, seja por meio da sua entidade de classe. Nessa situação, ainda que empregue vendedor viajante do comércio, os quais compõem categoria diferenciada, obriga-se somente perante as normas negociadas pelo sindicato que o representa – no caso, o Sindicato dos Empregadores do Comércio de São José e Região – e, evidentemente, a legislação heterônoma específica daquela categoria” TST-RR-120400-83.2009.5.12.0029, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 10/04/2017, 4ª Turma, Data da Publicação: DEJT 12/04/2013.

categorias já existentes, inclusive, à “[...] mercê do surgimento de novas formas de organização e de tecnologia do trabalho, com diversas novas atividades e/ou profissões.”⁵⁸⁵

5.5.2 Dimensão objetiva

Aqui a questão a resolver-se é a perspectiva do alcance da normatividade ínsita às convenções e acordos coletivos, como se faz, em princípio, com as normas em geral, sendo indispensável tomar posições em face de algumas teorias mais ampliativas ou mais restritivas, que têm surgido ao longo da história recente desse tema instigante.

Na perspectiva proposta, o campo de atuação das convenções coletivas pelo critério objetivo é fixado pelas dimensões territorial e temporal.

5.5.2.1 Territorial

Quanto à territorialidade, embora a fixação da base territorial dos entes sindicais seja de livre estipulação, desde que respeitada área mínima de um município (CF, art. 8º, II), uma vez fixada, os efeitos da convenção coletiva incidem restritivamente na correspondente base territorial representada pelos entes sindicais pactuantes. Havendo correspondência entre as bases territoriais econômica e profissional, haverá equivalência na aplicação da convenção em uma mesma base comum.

Entretanto, quando não houver correspondência de bases territoriais, a convenção coletiva só produz efeito na área territorial coincidente.⁵⁸⁶ A diferença sobre a qual a convenção não produz efeito só poderá ser abrangida pela celebração de outra convenção com as federações ou até mesmo confederações.⁵⁸⁷ Tendo em vista o fenômeno do desmembramento territorial, como se demonstrou (*supra*, 2.2.4), os trabalhadores continuarão, em princípio, regidos pela convenção celebrada pelo sindicato que teve sua base desmembrada,⁵⁸⁸ até o fim do seu período de vigência ou se, antes dele, for celebrada nova

⁵⁸⁵ ADAMOVICH, Eduardo. *Comentários à CLT. Op. cit.*, p. 321.

⁵⁸⁶ O Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região proclamou: “Nesse sentido, não se poderá invocar a aplicação de norma coletiva firmada por entes sindicais com bases territoriais vinculadas à unidade federativa distinta daquela em que laborou o empregado, sob pena de ofensa ao próprio postulado da unidade sindical (CF, art. 8º, II).” RO-01134-2012-012-10-00-5, Relator Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 27/11/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/12/2013.

⁵⁸⁷ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas. Op. cit.*, p. 209.

⁵⁸⁸ Loc. cit.

convenção. Dessa forma, entende-se que há uma “*sucessão sindical onde a representação do sindicato mais antigo se transfere ao sindicato mais novo, ao menos em relação ao grupo desmembrado de trabalhadores.*”⁵⁸⁹

A mudança da chamada “sede do empregado”,⁵⁹⁰ pela efetivação da transferência do empregado para área territorial submetida a diferente convenção interfere: se provisória, continua o seu contrato individual regido pela convenção da base de origem; se definitiva, passará a se reger pela convenção da sua nova “sede”.⁵⁹¹

5.5.2.2 Temporal

No tocante à dimensão temporal, tem-se que a convenção coletiva terá sua vigência pré-fixada em período não superior a dois anos, conforme regra do art. 614, § 3º, da CLT.⁵⁹²

O Tribunal Superior do Trabalho, quando da edição da EC n. 45/2004, consagrou a tese segundo a qual o princípio da ultratividade da norma coletiva teria sido reintroduzido no sistema jurídico brasileiro, pois teria balizado o exercício, quando cabível, de sua jurisdição normativa ínsita ao dissídio coletivo de natureza econômica, pelas condições “convencionadas anteriormente” (CF, art. 114, § 2º).

Esta posição restou firmada em sua Súmula n. 277, que tem o seguinte enunciado:

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.

Seguiu-se, desta forma, o que aconteceu em situação similar no período pós corporativo fascista na Itália, quando ali foi suprimida a jurisdição contenciosa normativa, tal como operado pela EC n. 45/2015 no Brasil: a consagração da tese da “criação do direito

⁵⁸⁹ Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, ROPS-00807-2008-020-10-00-8, Relator Desembargador Alexandre Nery de Oliveira, Data de Julgamento: 08/06/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/06/2011.

⁵⁹⁰ Expressão cunhada por Carlos Moreira De Luca. DE LUCA, Carlos Moreira, *Convenção coletiva do trabalho: um estudo comparativo*. *Op. cit.*, p. 142.

⁵⁹¹ Nesse sentido: SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. *Op. cit.*, pp. 209-211.

⁵⁹² Art. 614, § 3º “Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade”.

autoproduzido ou extralegislativo”⁵⁹³ e, também, a outorga da ultratividade para as cláusulas dos contratos coletivos de trabalho, ou pela inderrogabilidade *in pejus* dos seus efeitos.⁵⁹⁴

Suprimida a jurisdição normativa contenciosa, viu-se no princípio da ultratividade da norma coletiva a ponte que evitaria o vácuo jurídico entre o final da vigência da norma anterior e a superveniência da seguinte. Nesse hiato, ao trabalhador estariam assegurados benefícios básicos anteriormente acordados, até nova pactuação normativa.

Embora com a aparência protetiva, essa posição viola a autonomia privada coletiva, na medida em que desconstitui a cláusula de validade do instrumento autonomamente pactuada pelos sujeitos estipulantes, como se demonstrará (*infra*, 6). Além disso, contribui para o engessamento das relações coletivas de trabalho, inibindo novas negociações.⁵⁹⁵ A ultratividade pode até ser aceita, desde que pactuada cláusula de extensão temporal para o período compreendido pelas negociações, objetivando nova pactuação, mas não pela intervenção estatal, mediante a desconstituição da cláusula (obrigatória) que fixa o limite de vigência do objeto da negociação e que foi pactuada entre os sujeitos coletivos de trabalho, como era a *ratio* da Súmula n. 277 do TST.

⁵⁹³ Identifica-o CESSARI: “Esattamente in questa situazione si trova il diritto sindacale italiano del quale è caratterizzato da un ‘vuoto legislativo’ poichè Allá vecchia disciplina, caduta assieme com l’ordinamento corporativo, non se ne è sostituita um’altra, ad opera del legislatore Le soluzioni proposte per Il riempimentodi questa área vuota si sono polarizzate intorno a due tendenze fondamentali. Uma di esse, sorretta dall’ideologia positivistica distampo tradizionale, muove implicitamente da una concezione delle fonti nella quale Il ‘diritto legale’ assume sostanziale funzione esaustiva. L’altra riconosce ormai apertamente La possibilitá di creazione extralegislativa di diritto.” CESSARI, Aldo. Poteri creativi della giurisprudenza e ‘natura dei fatti’ nel diritto sindacale. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, n. 1, mar. 1969, p. 12-13.

⁵⁹⁴ Pela prevalência dos seus efeitos sobre os contratos de trabalho individuais, a partir da invocação do art. 2077, do Código Civil italiano, de origem corporativa. Cf. CATAUDELLA, Antonino. Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, n. 2, junho de 1966, p. 545; ou, invocando-se o art. 2074, do mesmo Código, como dito por BORGOMEIO, indicando precedentes da jurisprudência: “Trib. Verona, 28 gennaio 1952, in Orient. giur. Lav., 1953, p. 503, che sostiene che dalla natura privatística dei contratti collettivi stipulati dalle attuali associazioni sindacali discende come conseguenza che deve ritenersi abrogato Il principio dell’ultrattività di cui all’art. 2074 c.c.” BORGOMEIO, Luca. Il contratto collettivo di lavoro (1944 – 1964). *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, n. 3, set. 1965, p. 1321.

⁵⁹⁵ Nesse sentido Sérgio Pinto Martins: “Não se pode dizer que há direito adquirido à manutenção da condição do contrato de trabalho estabelecida pela norma coletiva anterior, pois o inciso XXXV do artigo 5º da Lei Maior estabelece que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido’. Não é a convenção ou o acordo coletivo que não prejudicará o direito adquirido, mas a lei. Ademais, em decorrência do prazo determinado de vigência da norma coletiva, não se pode falar em incorporação de suas cláusulas no contrato de trabalho. A convenção coletiva pode, portanto, ter tanto regras para melhorar as condições de trabalho como condições *in peius*. Assim, se as partes não quiseram a incorporação, esta não ocorrerá, pois há barganha para obtenção de novas condições de trabalho, implicando concessões recíprocas. A negociação entre as partes é feita no sentido de estabelecer concessões para a outorga de outros benefícios. Se foi suprimido determinado benefício, pode ter ocorrido de, no contribuído melhores benefícios aos trabalhadores.” MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às súmulas do TST*. São Paulo: Atlas, 2015.

Arguida a inconstitucionalidade da tese, o Supremo Tribunal Federal, por decisão de um dos seus integrantes, entendeu que o argumento da Súmula n. 277, “[...] ignora, todavia, o amplo plexo de garantias constitucionais e legais já asseguradas aos trabalhadores, independentemente de acordo ou convenção coletiva. Na inexistência destes, os empregados não ficam desamparados, pois têm diversos direitos essenciais resguardados”.⁵⁹⁶ E que, com efeito, “na hipótese de não ser ajuizado dissídio coletivo, ou não firmado novo acordo, a convenção automaticamente estará extinta”.⁵⁹⁷

A posição foi a de que “[...] deduzir-se o pretendido pela Justiça Trabalhista poderia configurar verdadeira fraude hermenêutica, destinada apenas a extrair-se – de onde não há – interpretação que a auxilie a fundamentar o que deseja.”⁵⁹⁸

Embora essa posição tenha sido de um único integrante do Supremo Tribunal Federal, o que prevaleceu foi a determinação de “[...] suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas”.⁵⁹⁹

Foi nesse cenário que veio o regramento da parte final do art. 614, § 3º, da CLT, que veda taxativamente a ultratividade para além dos dois anos de vigência da norma coletiva.

Nesse contexto, a ultratividade resta vedada, não só por norma infraconstitucional, mas à luz dos preceitos constitucionais que consagram a autonomia privada coletiva, conforme decisão tombada na ADPF 323 MC-DF.

A dimensão objetiva temporal da norma coletiva pactuada, conforme exposto, encontra limites nos dois anos máximos de vigência, salvo cláusula de extensão que a projete para o novo período de negociação e até enquanto este perdurar.

⁵⁹⁶ Decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 323 MC / DF.

⁵⁹⁷ Ibid.

⁵⁹⁸ Id.

⁵⁹⁹ Id.

6 O CONTROLE DE LEGALIDADE DAS CONVENÇÕES COLETIVAS

Muito se tem falado que numa sociedade autoritária e excludente, como a brasileira, “*com sua economia marcada pela dependência externa, a historiografia oficial justifica os males sociais por uma pretensa falta de espírito associativo em seu povo*”.⁶⁰⁰ Esse autoritarismo, ínsito à regulamentação das relações entre o capital e o trabalho, teria como reflexo a falta de coesão social trabalhista, transformando o trabalhador em “átomos inorgânicos”, explicando a predominância da norma estatal nas relações de trabalho: a prevalência da lei sobre a convenção coletiva.⁶⁰¹

A outra face dessa intervenção autoritária do Estado residiria na “[...] *forma com que se manifesta o poder normativo da Justiça do Trabalho, sucedâneo da intervenção ministerial na vida sindical brasileira. Também aí vamos encontrar os motivos do apelo ao formalismo jurídico como negação do direito coletivo*”.⁶⁰²

O exemplo mais contundente desse predomínio das normas de produção estatal, seja a fruto do parlamento (leis), seja judicial (sentenças normativas) é a redação do art. 872, parágrafo único, da CLT, que só contempla a possibilidade de substituição processual nas ações de cumprimento, para o cumprimento da lei ou de decisão judicial normativa, excluindo essa possibilidade quando se tratasse de cumprimento de norma autoproduzida em convenção ou acordo coletivo.⁶⁰³ Esse estado de coisas perdurou até que o Supremo Tribunal Federal, interpretando o art. 8º, III, da CF, declarasse que os sindicatos estavam autorizados genericamente a substituir os integrantes da categoria em qualquer demanda que tenha como objeto os correspondentes interesses coletivos.⁶⁰⁴

⁶⁰⁰ SOARES, Celso. A convenção sindical normativa como instrumento de direito coletivo através do processo. In: ROMITA, Arion Sayão (Coordenador). *Sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1986, p. 155.

⁶⁰¹ Loc. cit.

⁶⁰² *Ibid.*, p. 155-156.

⁶⁰³ *Id.*, pp. 156-161. Celso Soares aludindo a redação do art. 872, parágrafo único, da CLT: “Podemos compreender, agora, porque esse ordenamento, no tocante à legislação trabalhista, ainda procede, relativamente à eficácia da convenção sindical normativa, como se se tratasse de um instituto de direito coletivo de trabalho apenas quanto à sua formação e reconhecimento. A exigibilidade de sua observância perante os tribunais é considerada pertencente ao campo do interesse individual dos empregados a quem ela beneficia, diferentemente do tratamento dado às decisões proferidas pela Justiça do Trabalho no julgamento de dissídios coletivos.” SOARES, Celso. A convenção sindical normativa como instrumento de direito coletivo através do processo. In: ROMITA, Arion Sayão (Coordenador). *Sindicalismo. Op. cit.*, p. 156.

⁶⁰⁴ A ampla legitimidade extraordinária dos sindicais foi reconhecida no julgamento do RE 883.642, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, com repercussão geral, tema 823. In: Dje de 26.06.2015.

Restringida a atuação normativa da Justiça do Trabalho pela EC n. 45/2014, que conferiu nova redação ao art. 114, § 2º, da CLT, passou-se a assistir a uma forma, não nova, mas refinada e autoritária, de intervenção na autonomia privada coletiva: a que advém da sua eficácia, não mais pela restrição processual relacionada com a ação de cumprimento, mas mediante o controle de legalidade do seu conteúdo eficaz.

É o que demonstraremos a seguir.

6.1 Teorias interpretativas

Para fins de interpretação do conteúdo do pactuado, passaremos a demonstrar quais as teorias estão sendo invocadas na doutrina e, notadamente, pelo judiciário na referência do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal quando do exercício do controle de sua legalidade em sede de ações anulatórias de cláusulas de convenção e acordo coletivo.

6.1.1 A acumulação, tomista ou atomista

No afã de conferir a máxima condição mais benéfica ao empregado, esta teoria reúne todos os artigos, dispositivos e vantagens conferidos ao trabalhador contidos em cada fonte autônoma comparada, ignorando as desvantagens e contrapartidas dos trabalhadores.

A pedra de toque da teoria é o recorte que se faz dos instrumentos cotejados ou no confronto de cláusulas dentro de um só, cindindo-se o diploma sob análise ou os que estão sendo cotejados, mediante a retirada dos preceitos e institutos “[...] *singulares de cada um que se destaquem por seu sentido mais favorável ao trabalhador. À luz dessa teoria acumulam-se, portanto, preceitos favoráveis ao obreiro, cindindo-se diplomas normativos postos em equiparação*”.⁶⁰⁵

A doutrina e jurisprudência apontavam no sentido de aplicar a teoria da acumulação aos conflitos de normas heterônomas, ou entre heterônomas e autônomas. Portanto, havendo a participação estatal na produção normativa em confronto, aplicar-se-ia a teoria da acumulação.⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 1279-1280.

⁶⁰⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 104-105. O Tribunal Superior do Trabalho entendendo contrariamente no sentido de que do conflito entre as disposições do art.

A posição jurisprudencial apontada, entretanto, encontra-se superada, pois a teoria vem sendo repelida pela posição pacificada do Tribunal Superior do Trabalho, como, exemplificativamente: (a) o trabalhador ser beneficiado com o melhor de cada um dos planos de carreira, recebendo o aumento salarial proporcionado pelo novo e, ao mesmo tempo, sendo promovido de acordo com as regras do antigo;⁶⁰⁷ (b) pelo recebimento do auxílio-alimentação por um instrumento que lhe confere natureza indenizatória e pretender que o mesmo tenha natureza salarial advinda de instrumento anterior;⁶⁰⁸ (c) em razão da especificidade da atividade profissional,⁶⁰⁹ ou da norma coletiva;⁶¹⁰ (d) pela incorporação de adicional por tempo de serviço em razão de instrumento coletivo e a manutenção da sua rubrica prevista em outro;⁶¹¹ (e) pelas vantagens acumuladas dos instrumentos específicos dos aposentados e dos empregados da ativa;⁶¹² (f) pela acumulação fracionada de reajustes de instrumentos normativos diversos.⁶¹³

458 da CLT que dita natureza salarial ao auxílio-alimentação e de convenção coletiva em que fica pactuada sua natureza indenizatória, prevalece esta, em repulsa à teoria da acumulação: AIRR - 198340-32.2003.5.02.0056 Data de Julgamento: 06/06/2007, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 22/06/2007.

⁶⁰⁷ AIRR - 57240-68.2004.5.10.0012 Data de Julgamento: 19/10/2005, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 11/11/2005.

⁶⁰⁸ RR - 400-46.2004.5.18.0002 Data de Julgamento: 16/11/2005, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/02/2006.

⁶⁰⁹ “VALIDADE DO ACORDO COLETIVO DE TRABALHO ESPECÍFICO DO BANESPA. REPRESENTATIVIDADE DA CONTEC. A situação dos empregados do BANESPA é peculiar, pois tendo o banco quadro de carreira em nível nacional, deve sempre celebrar acordo coletivo de trabalho específico, sendo-lhe inaplicáveis as convenções coletivas de trabalho regionalizadas. De mais a mais, é inviável a aplicação de parte apenas da convenção coletiva de trabalho, naquilo que interessa a uma das partes, quando reguladas as relações de trabalho, de âmbito específico, por acordo coletivo de trabalho, que deve ser prestigiado em razão sobretudo da sua especificidade em relação aos empregados da empresa. Extrair isoladamente de instrumentos normativos diversos as cláusulas mais benéficas para o empregado, olvidando-se a compensação inerente ao princípio do conglobamento (uma cláusula desvantajosa é compensada por outra mais vantajosa), traduz a quebra do equilíbrio negocial, quando nada. Recurso de Revista conhecido e provido.” RR - 167900-09.2004.5.03.0018 Data de Julgamento: 04/06/2008, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Publicação: DJ 13/06/2008.

⁶¹⁰ “[...] não se admite a aplicação isolada de norma de Convenção Coletiva de Trabalho (CCT), quando reguladas as relações de trabalho, no âmbito da empresa, por Acordo Coletivo de Trabalho (ACT), a menos que se adote a CCT por completo, o que não foi pretendido pelos Reclamantes, que apenas postularam o pagamento do reajuste da complementação de aposentadoria e o abono único segundo os moldes da CCT que juntaram ao processo.” RR - 55600-92.2002.5.15.0066 Data de Julgamento: 22/06/2005, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 12/08/2005

⁶¹¹ RR - 178800-72.2003.5.23.0004 Data de Julgamento: 22/08/2007, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 26/10/2007.

⁶¹² RR - 87500-60.2002.5.15.0077 Data de Julgamento: 14/05/2009, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 22/05/2009.

⁶¹³ RR - 227300-05.1996.5.01.0045 Data de Julgamento: 05/11/2008, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/11/2008.

Além de toda a crítica que se faz à teoria pelo desprezo ao procedimento negocial transacional, que pressupõe renúncias recíprocas, também faz letra morta à noção do direito construído como sistema.⁶¹⁴

6.1.2 O conglobamento ou conjunto

O Tribunal Superior do Trabalho, no enfrentamento da limitação objetiva da autonomia privada coletiva e, à primeira vista, como forma de prestigiá-la, tem proclamado que esta “[...] resultou elevada a nível constitucional pela Carta Maior de 1988 (artigo 7º, inciso XXIV), que assegura o reconhecimento das negociações coletivas, costurando um sistema de validação e revigoração da atuação sindical”.⁶¹⁵ E que, não havendo vício (de manifestação de vontade) ou “[...] transação de direitos considerados indisponíveis dos trabalhadores, tais como, aqueles afetos a normas de segurança e de saúde desses empregados, a solução jurídica inafastável é o reconhecimento da plena validade das cláusulas coletivas legitimamente pactuadas”.⁶¹⁶

A questão é o estabelecimento judicial para aquilo que se considera direitos disponíveis, passíveis de renúncia; ou, mais especificamente, o que se insere naquilo que se denomina “núcleo mínimo”: “normas de segurança e saúde dos empregados”.

É, nesse momento, que se invoca a “teoria do conglobamento”.

Então, embora se proclame como válida norma coletiva “[...] estabelecendo, como contraponto à fixação do salário nominal como base de cálculo das horas extras, a incidência do percentual de 100%, superior ao previsto na lei, diante da força negocial autônoma que a ela se encontra condicionada”,⁶¹⁷ do adicional noturno,⁶¹⁸ ou do adicional de

⁶¹⁴ Nesse sentido: DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho. Op. cit.*, p. 1280.

⁶¹⁵ TST - RR - 11212-12.2015.5.03.0025 Data de Julgamento: 03/05/2017, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/05/2017.

⁶¹⁶ Loc. cit.

⁶¹⁷ Todos do TST: RR - 893-77.2011.5.02.0081 Data de Julgamento: 22/03/2017, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/03/2017; RR - 731-78.2013.5.12.0002 Data de Julgamento: 14/12/2016, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2016; RR-1085-62.2014.5.09.0678, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 2/12/2016; AIRR-131520-58.2015.5.13.0006, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, DEJT 21/10/2016

⁶¹⁸ TST-RR-228-27.2011.5.02.0060, Relator: Desembargador Convocado André Genn de Assunção Barros, 7ª Turma, DEJT 4/12/2015; TST-ARR-2723-46.2011.5.02.0027, Relator: Desembargador Convocado Américo Bedê Freire, 6ª Turma, DEJT 27/11/2015.

horas-extras,⁶¹⁹ e outros, faz-se sempre no pressuposto de que o pactuado é condição mais benéfica ao empregado ou, na hipótese de inexistência de regulação legal, como é o caso do adicional por tempo de serviço⁶²⁰. O fundamento dessas decisões é o da primazia da norma coletiva “mais favorável”.

Assim, a intervenção na autonomia privada coletiva atua para desconstituir cláusulas que: (a) estabelecem limitação temporal inicial (contada do início do contrato individual do trabalho) para o pagamento de piso salarial profissional legal⁶²¹; (b) fixam pisos diferenciados para as funções de servente, servente-aprendiz, meio-oficial e oficial, e estabelecem o valor relativamente aos menores aprendizes.⁶²² Em todos esses casos, desconsideram-se, nesse particular, as contrapartidas advindas do processo negocial obtidas pela categoria profissional, portanto desconsiderando-se o próprio conceito de conglobamento.

É de se realçar que o Tribunal Superior do Trabalho, após os precedentes do Supremo Tribunal Federal proferidos no RE 895759-PE e RE 590415-SC que deram um outro referencial de incidência à teoria interpretativa do conglobamento, aplicando-a adequadamente, como se demonstrará adiante (*infra*, 6.3), insiste em manter sua posição cassada pela Suprema Corte, agora com a tese do *distinguishing*. O argumento é o de que, na apreciação dos recursos de revista, se no acórdão recorrido, do Tribunal Regional, não ficou

⁶¹⁹ Do TST: AIRR - 3179-88.2013.5.02.0006 Data de Julgamento: 07/12/2016, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2016; RR-131211-40.2015.5.13.0005, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 11/11/2016; RR-11026-82.2015.5.03.0091, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, DEJT 28/10/2016

⁶²⁰ TST-ARR-60-30.2012.5.02.0047, Relatora: Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, 4ª Turma, DEJT 4/12/2015; TST-RR-1617-59.2011.5.02.0056, Relator: Ministro Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, DEJT de 29/5/2015.

⁶²¹ “DIFERENÇAS SALARIAIS. SALÁRIO PROFISSIONAL. VETERINÁRIO. NORMA COLETIVA. PREVISÃO DE PAGAMENTO INFERIOR AO PISO SALARIAL NOS SEIS PRIMEIROS MESES DO CONTRATO DE TRABALHO. INVALIDADE. Em princípio, devem ser observados os regramentos frutos de negociação coletiva ante o princípio da autonomia das vontades coletivas, consagrado no inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal. Todavia, não se pode admitir a prevalência da vontade coletiva, no caso em análise, em que a convenção coletiva estabeleceu cláusula que posterga o pagamento do salário profissional da categoria de veterinário, previsto na Lei nº 4.950-A/66 para 6 meses após o início do contrato de trabalho, causando prejuízo ao trabalhador, que tem piso salarial previsto em lei. Acrescente-se, ainda, que nos termos do art. 7º, IV, da CF (IV – salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim’) não é possível o pagamento de salário inferior ao mínimo, entendimento que ora se aplica, por analogia. 4. Assim, inviável se reconhecer a validade do ajuste coletivo, sendo irrelevante que na totalidade de suas cláusulas tenha havido contrapartida aos trabalhadores. 5. Violação do art. 7º, XXVI, da CF não caracterizada.” TST-AIRR - 55100-56.2008.5.12.0015 Data de Julgamento: 28/06/2017, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/06/2017.

⁶²² Seção de Dissídios Coletivos, SDI, TST-RO-20700-05.2016.5.04.0000, Relatora Maria de Assis Calsing, DEJT de 08.09.2017.

assentada a premissa de fato segundo a qual ocorreram, na negociação coletiva, concessões patronais para a derrogação *in pejus* de direitos trabalhistas, não se poderia aplicar os precedentes em questão que consagram a autonomia privada coletiva.⁶²³ Com esse argumento técnico, que seria o óbice à revisão de fatos à luz de provas, em recurso de natureza extraordinária, que é o recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho mantém a aplicação do conglobamento no referencial da sua posição, totalmente diversa daquela adotada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes acima citados, desobedecendo-os.

Na apresentação do princípio da cooperação (*supra*, 3.3.3), já adiantamos a relevância do “conglobamento” enquanto “técnica de negociação” e não como “técnica de interpretação” do conteúdo das convenções e acordos coletivos.

Ainda assim, nessa última perspectiva, essa teoria vinha se constituindo no principal paradigma na interpretação das normas dos instrumentos normativos autônomos para fins de controle de legalidade que, no final das contas, encerra um controle de convencionalidade: do que se pode, ou não, negociar.

Apresenta-se, do ponto de vista material, na análise do conteúdo das convenções ou acordos coletivos, em duas perspectivas:

Na primeira, analisando cada instrumento (*supra*, 4.2) isoladamente, no contraste das suas cláusulas em sua totalidade.

Na segunda, entre vários ajustes, qual deles é o mais benéfico em sua totalidade. Nesse caso, o Tribunal Superior do Trabalho entende que do

[...] confronto entre a convenção coletiva e os acordos coletivos reconhecidamente válidos (artigo 7º, XXVI, da CF/88), a jurisprudência predominante nesta Corte Superior segue adotando o entendimento de que deve ser observado o mais benéfico ao trabalhador (artigo 620 da CLT). E, na aferição de qual ajuste coletivo é o mais benéfico, aplica-se a teoria do conglobamento, ou seja, a convenção coletiva e o acordo coletivo devem ser considerados em sua totalidade, não se podendo pinçar isoladamente as cláusulas mais benéficas de um e de outro texto, o que resultaria na indevida formação, pela via jurisprudencial, de um terceiro regime de normas, alheia à vontade coletiva das categorias profissional e econômica.⁶²⁴

⁶²³ Plenário, E-RR-205900.57.2007.590325, Relator Min. Augusto César de Carvalho; Dje de 03.02.2017.

⁶²⁴ Sétima Turma, RR 109000-43.2006.5.01.0010; Relator: Pedro Paulo Manus, DEJT 18/11/2011; Julgamento: 9 de Novembro de 2011;

A perspectiva dessa teoria recorrentemente utilizada para a desconstituição de normas autoproduzidas, tidas, pela via judicial, como inválidas, tem como vetor “as mais benéficas para o empregado”, e ignora a distinção entre a sua legitimidade e a sua validade.

Naquilo que se pode mencionar por Ferrajoli, a distinção entre as duas dimensões das normas como um todo: “*regularidade ou legitimidade das normas: a que se pode chamar ‘vigência’ ou ‘existência’, que faz referência à forma dos atos normativos e que depende da conformidade ou correspondência com as normas formais sobre sua formação; De outro lado, a ‘validade’ propriamente dita ou, em se tratando de leis, a ‘constitucionalidade’ que, pelo contrário, têm que ver com seu significado ou conteúdo e que depende da coerência com as normas substanciais sobre sua produção*”.⁶²⁵ Nesse sentido, a vigência de determinada norma guardaria relação com a forma dos atos normativos, enquanto que a sua validade seria uma questão de coerência ou de compatibilidade das normas autoproduzidas em convenção coletiva com aquelas de caráter substancial (a Constituição e/ou os tratados internacionais em vigor no país) sobre sua produção.

Como se demonstrará, além do estado encontrar limites à sua atuação, notadamente a jurisdicional, frente direito-poder dos sujeitos estipulantes no exercício da autonomia privada coletiva (*infra*, 6.3), a legitimação da norma dar-se-á pelo processo (*infra*, 8).

A visão do julgador na aplicação desta teoria ignora a dinâmica da negociação procedimentalizada, pois não é partícipe e sequer observador do processo.

O que prevalece, no final das contas, é uma avaliação solipsista do juiz, no contexto dos seus valores pessoais, e em perspectiva de uma subjetividade fundada num único vetor: a aparência de que se protege o trabalhador.

Ignoram-se fatores externos, os discursos de validade no processo negocial e, enfim, a autonomia privada coletiva como principal vetor constitucional. No afã de se proteger o trabalhador, acaba-se, muitas vezes, desprotegendo-o, na medida em que compromete-se-lhe a empregabilidade.

Trata-se, enfim, da substituição da autonomia privada coletiva, em sua acepção constitucional ampla, pelo exercício autoritário e antidemocrático do “poder” jurisdicional.

6.1.3 O conglobamento mitigado, orgânico ou por instituto

⁶²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. *Op. cit.*, pp. 21-22.

Entende-se por conglobamento mitigado, orgânico ou por instituto⁶²⁶ a teoria de interpretação dos instrumentos normativos autônomos, segundo a qual a norma mais favorável, entre as cláusulas interpretadas do mesmo instrumento ou de instrumentos diversos aplicáveis concomitantemente, deve ser buscada por meio da comparação das diversas regras sobre cada instituto ou matéria, respeitando-se o critério de especialização.

Proclama-se que a ordem jurídica interna teria aderido a tal teoria, com a edição da Lei n. 7.064/1982, que dispôs sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior,⁶²⁷ estabelecendo em seu art. 3º, II: *a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.*

A premissa é a de que cada instituto possui um regime unitário e que o cotejo deve ser a partir do conjunto de disposições e cláusulas unificadas, *ratione materiae*, no sentido de terem a mesma natureza jurídica e econômica. Portanto, extrai-se a norma aplicável a partir de uma comparação parcial entre grupos homogêneos de matérias ou institutos de uma e de outra norma, o que acaba por se criar um novo regime.

O exemplo mais expressivo que se menciona na doutrina é a aplicação, exemplificativamente, ao trabalhador, do capítulo “da remuneração” contido na convenção coletiva que fixa um piso salarial muito superior ao previsto no acordo coletivo, somado ao capítulo “da indenização por tempo de serviço” contido no acordo coletivo, desprezando-se o mesmo capítulo previsto na convenção, por menos benéfico.⁶²⁸ São pinçados os institutos simétricos mais vantajosos ao empregado.

Vários julgados prestigiam essa teoria⁶²⁹ que, na prática, termina por absorver substancialmente a teoria do conglobamento em sua essência maior: o de recortar o

⁶²⁶ Orgânico ou por instituto é a designação de Alice Monteiro de Barros. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 131.

⁶²⁷ AMBROSIO, Graziella. *Conflito entre normas coletivas de trabalho*. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication>>, p. 10. Acesso em: 31 ago. 2017.

⁶²⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. *Op. cit.*, p. 104; AMBROSIO, Graziella. *Ibid.*, p. 10.

⁶²⁹ Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região: EMENTA: NEGOCIAÇÃO COLETIVA. HORAS IN ITINERE. TEORIA DO CONGLOBAMENTO MITIGADO. Na aferição da norma mais favorável, o Direito do Trabalho Brasileiro adotou a teoria do conglobamento mitigado, também conhecido como conglobamento orgânico ou por instituto (Deveali, Mario Pasco e Pinho Pedreira). Isso significa que a análise deverá extrair-se do conjunto de normas que se referem a um mesmo instituto e não à totalidade da norma coletiva. Cada instituto possui um regime unitário, portanto, não há como aplicá-lo parcialmente, tendo-se em vista que o “instituto é o conjunto de disposições e cláusulas unificadas *ratione materiae*, isto é, concernentes a atribuições da mesma natureza”. Entendemos, pois, que a Lei n. 7064, de 1982, no art. 3º, II, adotou essa teoria ao dispor sobre “a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for

instrumento ou os vários instrumentos confrontados, no afã de prestigiar a norma mais favorável ao trabalhador, desconsiderando-se as premissas maiores do processo global negocial.

6.1.4 A especificidade

O vetor argumentativo da teoria da norma coletiva específica é constitucional, a partir da possibilidade do exercício da potestatividade derogatória pelos trabalhadores.⁶³⁰

Nessa direção, se o acordo ou convenção coletiva referirem-se a temas expressamente previstos na Constituição Federal como passíveis de negociação *in pejus* (art. 7º, VI, XIII e XIV), prevalecerá o último pactuado, entendendo-se derogado o anterior em razão da legítima renúncia de direitos anteriormente avençados; ou, ainda, entre normas autônomas e heterônomas, subsistindo aquelas, por expressa autorização constitucional para a flexibilização específica das normas gerais protetivas de produção estatal.

Subsistem, assim, ainda que menos benéficos, os acordos ou convenções mais específicos e recentes, ante os acordos e convenções mais antigos e mais genéricos; ou, ante as normas legais e genéricas de proteção ao trabalhador: a norma específica revoga a norma geral, ainda que *in pejus*.

Utiliza-se o critério da avaliação mais próxima da contingência especial da relação jurídico-trabalhista que deve ser visto como prioridade, em se tratando da disciplina da mesma faixa de interesses por categoria ou empresa.⁶³¹

Essa teoria aproxima-se daquela que prega a intervenção mínima na autonomia privada coletiva (*infra*, 6.3), pois prestigia a manifestação específica da vontade objetiva dos sujeitos estipulantes, albergada na CLT, sob o pálio da Lei n. 13.467/2017, seja no escopo da prevalência dos instrumentos normativos autônomos sobre as regras gerais protetivas do

incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais vantajosa do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria”; logo, se a norma coletiva suprime o direito à percepção das horas in itinere, previstas em lei (art. 58, § 1º e 2º, da CLT), a cláusula só poderia ter validade se o referido instrumento normativo instituísse uma vantagem em relação à duração do trabalho. Do contrário, a hipótese traduz despojamento de preceito assegurado em norma imperativa, irrenunciável, não se situando na permissividade constante dos incisos VI, XII e XIV do art. 7º da Constituição Federal de 1988, dada a diversidade da matéria. Processo 00770-2009-027-03-00-1 RO, Sétima Turma, Relatora Desembargadora Alice Monteiro de Barros. In: DJ Data de Publicação 29/07/2010.

⁶³⁰ AMBROSIO, Graziella. *Conflito entre normas coletivas de trabalho*. *Op. cit.*, pp. 10-11.

⁶³¹ LOPES, Mônica Sette. *A convenção coletiva e sua força vinculante*. São Paulo: LTr, 1998, p. 164.

trabalhador (art. 611-A e 611-B),⁶³² seja pela prevalência dos acordos sobre as convenções (art. 620), quando são melhores aferidas as especificidades das condições de trabalho por empresa na via procedimental da negociação direta (*supra*, 2.3). O maior grau de especificação de uma norma, descrição do seu suporte fático e prescrição do seu preceito, leva à diminuição da sua indeterminação, potencializando a sua efetivação concreta.

Apesar de prestigiar a descentralização da via negocial para a empresa, quando são discutidas situações de trabalho mais próximas do cotidiano do trabalhador,⁶³³ não se pode perder de vista as competências e funções dos diversos níveis de contratação (*supra*, 1.6). Portanto, aplicar a teoria da especificação evoca a percepção da função de cada nível de contratação coletiva em perspectiva vertical, quando as instâncias superiores podem limitar a contratação das inferiores.

É que acordos nacionais ou supranacionais podem fixar mínimos inderrogáveis, obrigatórios para as instâncias negociais menores (*infra*, 7.3), no sentido do normativo de menor determinação (genérico) modular o alcance daquele de maior (específico).⁶³⁴

6.2 Técnica de controle: a mediação

O controle de legalidade da negociação só se apresenta legítimo quando feito em sua perspectiva procedimental interna, pois é na abordagem processual que se conhece o aspecto fenomenológico do conflito coletivo, sabendo-se que a ideia central é cuidar dos “fluxos e contrafluxos da via negocial”, pois mais relevante é o procedimento que o instrumento (*supra*, 4.2).

Nesse contexto, a mediação apresenta-se como técnica compatível com a ideia da legitimação pelo procedimento, tanto para a autoprodução normativa, quanto para a autocomposição do conflito coletivo de trabalho. Buscar a pacificação dos conflitos por um método dialógico de compreensão e cooperação entre as partes é a proposta da mediação.⁶³⁵

⁶³² O Tribunal Superior do Trabalho vinha refratário à aplicação da teoria. Exemplo é o de não aplicação, por limitação temporal, de salário profissional legal. Primeira Turma, AIRR-55100-56.2008.5.12.0015, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann; Dje 30.06.2017.

⁶³³ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Prevalência da negociação coletiva sobre a lei. *Revista LTr: Legislação do trabalho*, São Paulo, v. 64, n. 10, p. 1236-1243,

⁶³⁴ Como fazem os acordos marco globais (international framework agreement).

⁶³⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; DURÇO, Karol Araújo. *A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito*. Disponível em: < www.e-publicacoes.uerj.br > Capa > v. 4, n. 1 (2011) > Pinho>, p. 6. O art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 13.140/2015, diz que: “considera-se mediação a atividade

Alude-se à visão privada e contratualista da mediação, enquanto técnica instrumental, de base negocial, teorizado metodologicamente e enquanto método alternativo de solução de conflitos (*ADR*)⁶³⁶, quando o mediador é escolhido criteriosamente e livremente pelas partes presas em um conflito, em reconhecimento às dificuldades para uma autocomposição.⁶³⁷

No caso brasileiro, também é de se destacar a possibilidade da mediação por organismos estatais, como é o caso do Ministério Público. Contudo, algumas observações impõem-se:

Em perspectiva externa, sem a visão do procedimento negocial, o Ministério Público, embora tenha legitimidade ativa para a propositura das competentes ações anulatórias, sob o pálio do art. 83, inciso IV, da Lei Complementar n. 75/1993, só adquire a representatividade adequada na perspectiva, *strictu sensu*, da causa de pedir remota da ação anulatória, que consta do mencionado art. 83, IV: “*Violação das liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores*”.

Portanto, a intervenção do Ministério Público só se justifica judicialmente se for para desconstituir negócio jurídico produzido com: (a) vício de manifestação da vontade sindical, como o comprometimento do processo sindical interno de deliberação para os termos da negociação coletiva (*supra*, 1.5); e (b) em violação de direito individual indisponível.

É nessa segunda parte que reside a problematização. Quais seriam os direitos individuais indisponíveis?

Maurício Godinho Delgado apresenta o que denomina de “patamar civilizatório mínimo”, isto é, normas que asseguram um mínimo de proteção ao empregado que não podem ser renunciadas por meio de processo negocial, a partir de três grupos de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral, sendo respeitadas as ressalvas feitas expressamente pela própria Constituição (art.7º, VI, XIII e XIV), as normas de tratados e convenções internacionais que vigoram no ordenamento pátrio (art.5º, §2º da CF) e as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania e dignidade ao indivíduo, como os preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a

técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

⁶³⁶ *Alternative/Amicable Dispute Resolution*. Cf. URY, William; FISCHER, Roger. *Como chegar ao sim: como negociar sem fazer concessões*. Belo Horizonte, Solomon, 2014, 3ª ed., *passim*.

⁶³⁷ MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. v. V. Milão: Giuffrè, 9. ed., 1972, p. 72.

bases salariais mínimas, dispositivos antidiscriminatórios e as demais leis de natureza imperativa.⁶³⁸

Esse controle no estabelecimento do que pode ou não ser negociado (núcleo mínimo), entretanto, há de ser prospectivo, no sentido de ser preventivo e não retrospectivo em perspectiva reparatória e desconstitutiva do conteúdo eficaz dos pactos celebrados, como ocorre mediante a utilização de ações anulatórias. Assim, há de ser feito no próprio contexto do processo negocial, mediante a técnica da mediação, quando a participação do Ministério Público é adequada.

Quando a negociação direta é frustrada, a entidade sindical profissional (trabalhadores) pode buscar a mediação do Ministério do Trabalho e Emprego, nos termos do Decreto n. 1572/1995 (art. 2º), sem prejuízo das partes elegerem, de comum acordo, um mediador. Em situação de desequilíbrio, pode, desde já, optar por tal mediação, sem passar pela negociação direta. Portanto, configurada a recusa à negociação direta e à mediação do Ministério do Trabalho e Emprego, evidenciada estará a conduta ilícita e a prática antissindical acima indicada.

Para expurgar-se o estigma do exercício autoritário do poder, na Alemanha, a mediação, mesmo a judicial, não é considerada como exercício do poder jurisdicional dos juízes, mas como exercício de atividade administrativa.⁶³⁹ Isso porque não há como se impor a vontade do mediador à das partes, seja na adoção do procedimento, seja na solução do conflito, em virtude da inexistência do caráter substitutivo (da vontade das partes pela do juiz, na jurisdição, e pela do árbitro, na arbitragem), ínsito aos métodos heterocompositivos. E, mais, na mediação, o objetivo é a resolução abrangente do conflito, diferentemente da mera conciliação, que se contenta em solucionar o conflito conforme as posições apresentadas pelos envolvidos.⁶⁴⁰

Nesse sentido é que Humberto Dalla Bernadina de Pinho e Pedro Gomes de Queiroz esclarecem:

[...] Existe um procedimento em que as partes tomam consciência em um grau mais profundo da origem e da natureza do problema, percebem as dificuldades

⁶³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. cit., p. 1323.

⁶³⁹ *Gerichtsinterne Mediation*. Deutscher Richterbund. *Gesetzentwurf ZPO*. PALIERO, Livia Maria. La mediazione in Germania: recenti prospettive. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, setembro-2012, p. 897.

⁶⁴⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; DURÇO, Karol Araújo. *A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito*. Op. cit., p. 22.

recíprocas e intentam, através de um mecanismo de cooperação, evitar aqueles esforços inúteis, e tentam superar o problema da melhor forma possível; e se isso não for possível – o que é uma realidade em alguns casos – buscam uma forma de conviver com aquele problema, procurando reduzir ao mínimo o estresse decorrente de sua relação.⁶⁴¹

Portanto, a adoção de um procedimento pelo mediador, em razão de eventual inexistência de consenso das partes, não vai contaminar com autoritarismo a processualização do conflito,⁶⁴² uma vez que, aqui, são adotadas regras para a utilização das técnicas próprias da psicologia cognitiva, comportamental,⁶⁴³ na avaliação de oportunidades, de desconstrução dos obstáculos enfrentados pelas partes a uma composição sem o auxílio do mediador. Diferentemente do advogado, que se preocupa “*fundamentalmente em encontrar um foro onde litigar*”,⁶⁴⁴ o mediador deve “sentir” as partes, utilizar-se de técnicas para aliviar as tensões e prepará-las para participar do processo comunicativo.⁶⁴⁵

A partir do momento em que, no procedimento de mediação, as partes são convocadas a ter um olhar que vá além do problema, a mediação assume uma estrutura procedimental completamente diversa dos elementos dogmáticos e normativos que informam, v. g., o processo judicial.⁶⁴⁶

É de se instalar um *iter* procedimental⁶⁴⁷ em ambiente com aptidão à formação dialética das partes em simetria de paridade,⁶⁴⁸ estruturado no amplo diálogo (comunicação),

⁶⁴¹ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Reflexões sobre a mediação judicial e as garantias fundamentais do processo*. Disponível em: <https://www.dropbox.com/home/SHARE_MEDO/textos%20para%20mestrado/artigos%20humberto%20dalla/processo%20civil/media%C3%A7%C3%A3o?preview=Reflex%C3%B5es+sobre+a+media%C3%A7%C3%A3o+judicial+e+as+garantias+constitucionais+do+processo+-+120716.docx>. Ver, também: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de e PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 11, p. 184-216, jan./jun. 2013.

⁶⁴² Embora que, em algumas situações, haja a semelhança entre o rito processual da jurisdição e o rito estabelecido pelo mediador. Comentando a Lei da Mediação Civil e Comercial na Itália, Lei n. 28, de 4 de março de 2010 e do pronunciamento da Corte Constitucional italiana com a decisão 272/2012, Federico Ferraris: “In secondo luogo, e com specifico riferimento alla ‘mediazione 2.0’, l’impressione è che – a causa di talvolta eccessivamente pressanti istanze dell’avvocatura – ci si trovi di fronte ad un procedimento sempre piu irrigidito nella forma e in cui il margine di manovra – il case management – del mediatore risulta corrispondentemente ridotto, un procedimento maggiormente ‘giurisdizionalizzato’ per utilizzare un ‘espressione del legislatore delegato del 2010’”. FERRARIS, Federico. *La nuova mediazione civile e commerciale*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 2013, p. 1483.

⁶⁴³ Assim, expressamente: FRANZESE, Lucio. L’accordo conciliativo tra conflitto e controversia. *Rivista di Diritto Processuale*. Cedam: Milano, julho/outubro-2013, p. 877.

⁶⁴⁴ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 2. ed., p. 42.

⁶⁴⁵ Loc. cit.

⁶⁴⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Reflexões sobre a mediação judicial e as garantias fundamentais do processo*. *Op. cit.*, p. 56.

⁶⁴⁷ FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1958, p. 861-870.

para uma “democracia participativa”, objetivando a construção de “saídas estruturantes” e legítimas para a crise que resultou no despedimento coletivo: a construção de uma justa e compartilhada decisão.⁶⁴⁹ A propósito, é notória na doutrina italiana a aplicação dos pressupostos da estrutura dialética do processo judicial participativo ao processo de mediação, até pelo melhor ambiente participativo das partes, muito diferente do solipsismo do juiz (*Selbstsüchtiger*)⁶⁵⁰ ou do árbitro na construção da decisão.⁶⁵¹

O agir comunicativo na negociação coletiva deve pautar-se pelo levantamento argumentativo de pretensões de validade. Estas somente serão viáveis se, ao mesmo tempo, forem dotadas de faticidade,⁶⁵² no sentido de serem integradas a um só meio (empregador – empregados) e, também, válidas, no sentido de serem dotadas de potencial viabilizador de uma solução pacificadora.

Há uma diferença enorme entre o fluxo linear do processo judicial – integrado pelas fases postulatória, probatória, decisória, recursal, até a executória, todas permeadas pela preclusão – e a estrutura do fluxo espiralada do processo de mediação, a partir da *successive reframing de Mayer*⁶⁵³ – toda circular, integrada pela pré-mediação, identificação de interesses, *caucus*, informações, rede de apoio, acordo parcial, concerto da decisão alocativa, até se chegar ao acordo final, sempre permeada pela recontextualização.

Do ponto de vista estrutural, portanto, várias etapas podem ser configuradas. Vejamos como a processualização da mediação poderá se estruturar em cinco etapas: (a) a primeira, a da preparação ou pré-mediação, mediante estabelecimento das regras procedimentais e suas exceções;⁶⁵⁴ (b) a segunda, a comunicativa, quando são colhidas e processadas as

⁶⁴⁸ FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. *Rivista di Diritto Processuale*. Milano: Cedam, 1989, p. 1-23.

⁶⁴⁹ FRANZESE, Lucio. L'accordo conciliativo tra conflitto e controversia. *Op. cit.*, p. 882.

⁶⁵⁰ Como dito por Rosemiro Pereira Leal: “Todas as metodologias de interpretação no correr dos séculos até as fronteiras teóricas das sociedades pós-metafísicas (anos 80 do Século XX) desenvolveram-se à sombra da árvore cerebral do julgador justiceiro por técnicas e nomenclaturas sofisticadas de acoplamento da razão prescritiva como fonte institucional estratificada e validadora da faticidade juridicamente normatizada ou idealizada por uma ética sistêmica confirmatória.” LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 28. No mesmo sentido: CALMON DE PASSOS, J. J. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*. Porto Alegre: Síntese, set-out. 1999, p. 30-35.

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 882-884. Contra: LUISO, F. P. Il modello italiano di mediazione. Il “giusto” procedimento di mediazione (contraddittorio, riservatezza, difesa, proposta). Milano: Giuridica Italiana, 2012, p. 213.

⁶⁵² HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 39.

⁶⁵³ Ver o gráfico 7.1. MAYER, B. *The dynamics of conflict resolution – a practitioner's guide*. San Francisco: Jossey-Bass, 2000, p. 164.

⁶⁵⁴ ZAPPAROLLI, Regina Célia; KRAHENBUHL, Mônica Coelho. *Negociação, mediação, conciliação, facilitação assistida*. São Paulo: LTr, 2012, p. 83.

informações, sabendo-se que vários modelos comunicativos existem, como o circular narrativo de Coob,⁶⁵⁵ a comunicação circular,⁶⁵⁶ dentre tantas outras que objetivam a mobilização dos receptores, todos envolvidos para gerar reflexão e o redimensionamento do funcionamento do sistema, por meio de técnicas afirmativas e interrogativas de comunicação;⁶⁵⁷ (c) a terceira, o desenvolvimento da questão, no sentido de ajudar os mediados a ouvirem e compreenderem os sentimentos, reflexões, propostas, uns dos outros, objetivando um redimensionamento para um ponto (história) comum⁶⁵⁸ – o *caucus*, nesse momento, é uma técnica muito usada, consistente em reuniões em separado, para a obtenção de informações, reenquadres e encaminhamentos, que não seriam adequados na presença das demais partes envolvidas –;⁶⁵⁹ (d) a quarta etapa, consistente nas propostas e nos meios que o mediador deve proporcionar, disponibilizando as opções de acordo;⁶⁶⁰ e (e) finalmente, o acordo: parcial, até se chegar ao final.

Como já se viu no estudo do princípio da cooperação (*supra*, 3.3.3), para que a parte assuma uma “posição” no procedimento negocial mediado, tem o direito às informações que tenham pertinência com os temas negociados. Esse direito é recíproco, gera obrigação correlata, e guarda dever de confidencialidade. A confidencialidade na negociação coletiva mediada é importante fator de atratividade para a via negocial.⁶⁶¹

⁶⁵⁵ É voltado, essencialmente à comunicação verbal, à verbalização, no intuito de se conhecer a ideia que cada um dos envolvidos tem em relação ao conflito. COOB, Sara; RIFKIN, Jeremy. *Neutrality as a discursive practice: the construction and transformation of narrative in community mediation*. Law, politics and society. Greenwich: CT Jai Press, v. II, 1991, *passim*.

⁶⁵⁶ Embasado na ideia de causalidade circular, aqui, partindo-se da premissa de que não há uma única causa para o conflito, mas um somatório continuativo de causas que se retroalimentam nas interrelações. KRAHENBUHL, Lair. *Trajatória de um profissional de habitação*. São Paulo: Pini, 2011, *passim*.

⁶⁵⁷ ZAPPAROLLI, Regina Célia; KRAHENBUHL, Mônica Coelho. *Op. cit.*, p. 93.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 84.

⁶⁵⁹ *Id.*, p. 85. Na Itália, o *caucus* tem previsão normativa nos processos institucionalizados de mediação, com aplausos da doutrina e se constituem em grande ferramenta para a obtenção das conciliações. Nesse sentido: FRANZESE, Lucio. L'accordo conciliativo tra conflitto e controversia. *Op. cit.*, p. 882-883.

⁶⁶⁰ *Loc. cit.*

⁶⁶¹ Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Pedro Gomes de Queiroz proclamam: “Como se sabe, um dos pilares fundamentais da mediação é o princípio da confidencialidade. A confidencialidade está inserida no rol das obrigações de não fazer. É uma proibição imposta ao mediador e a todos os que participaram, direta ou indiretamente do procedimento, de expor a terceiros as informações sobre as quais obteve conhecimento durante o seu desenrolar. Dessa forma, a confidencialidade abrange não apenas o mediador, mas também comediadores, as partes (mediandos), seus advogados, quando presentes, e observadores do processo de mediação, independentemente da natureza do processo de mediação e do motivo da observação. Por ser regra universal em termos de mediação, sendo, inclusive, alardeada como uma desuas grandes vantagens, a confidencialidade é responsável por atrair muitos interessados para esse tipo de procedimento” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Reflexões sobre a mediação judicial e as garantias fundamentais do processo*. *Op. cit.*, p. 95.

A estrutura proposta, assumidamente tensa, deve ser dialética, dialógica, circular e horizontalizada para uma boa compreensão da realidade e formulação de propostas viáveis. A “eleição” da melhor solução deve ser feita em termos comparativos e não em termos superlativos, dentro de critérios racionais de aceitabilidade. O estabelecimento da ordem estruturante e a concessão de autonomia aos participantes reduzem a complexidade social e permitem a generalização e aceitação (social) do resultado.⁶⁶² Encontrar-se-á legitimidade para a decisão (solução, saídas) pela sua procedimentalização no transcorrer de um *iter* procedimental e, principalmente, pela necessidade de permitir-se a transformação estrutural da expectativa⁶⁶³ naquilo que pode ou não ser objeto de negociação: núcleo rígido indisponível.

Essa ideia de democracia participativa e deliberativa radica “*da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica*”.⁶⁶⁴ E que prevaleça a compatibilização discursiva da “eleição da melhor solução”, pela “força dos melhores argumentos”, sem qualquer elemento repressivo.

O processo negocial mediado com partes em condições de paridade evoca o conglobamento, não como teoria de interpretação das convenções coletivas (*supra*, 6.1.2 e 6.1.3), mas como técnica de negociação ínsita ao princípio da cooperação (*supra*, 3.3.3).

A mediação enquanto técnica de procedimentalização discursiva da negociação coletiva permitirá, em processo participativo colaborativo dos sujeitos estipulantes, que se identifique o núcleo mínimo negociável, a partir da “distribuição dinâmica” do que pode ou não ser negociado, como se demonstrará adiante (*infra*, 8.4); portanto, utilizada como possibilidade de tratamento mais adequado à complexidade conflitiva das relações coletivas entre o capital e o trabalho, inclusive de forma digital, pois propõe uma “outra cultura”:⁶⁶⁵ a da pacificação.

⁶⁶² LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980, p. 44-45.

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 46.

⁶⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre a faticidade e validade. *Op. cit.*, p. 158.

⁶⁶⁵ Sobre a mediação digital, contida na Resolução 125/2010 do CNJ, na Lei 13.140/2015 e no Código de Processo de 2015: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SPENGLER, Fabiana Marion. *A mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à Justiça*. Disponível em: <https://www.dropbox.com/home/SHARE_ME-DO/textos%20para%20mestrado/artigos%20humberto%20dalla/processo%20civil/media%C3%A7%C3%A3o?preview=A+MEDIA%C3%87%C3%83O+DIGITAL+DE+CONFLITOS+COMO+POL%C3%8DTICA+JUDICI%C3%81RIA+DE+ACESSO+%C3%80+JUSTI%C3%87A+NO+BRASIL++Dalla+e+Spengler.docx>.

6.3 A (des)judicialização: intervenção mínima na autonomia privada coletiva

Não é de hoje que se diz que todo o espaço de produção normativa do direito do trabalho no Brasil foi invadido pelo Estado e que o “[...] *ponto de estrangulamento de uma negociação continua sendo uma legislação extremamente casuísta*”.⁶⁶⁶ A quase exaustiva regulamentação “[...] *heterônoma das relações individuais de trabalho representa, portanto, entrave ao desenvolvimento do direito coletivo do trabalho*”.⁶⁶⁷

Esse cenário, entretanto, mudou.

A repulsa ao intervencionismo estatal nas relações coletivas de trabalho é uma tendência contemporânea que se revela por diplomas que consagram a prevalência do negociado, mesmo que *in pejus*, sobre o legislado. Isso ocorreu em Portugal, desde 2003, no Código do Trabalho⁶⁶⁸, na Itália e na França, apenas para citar países que têm influência no nosso Direito Coletivo do Trabalho. Na França, o Presidente Macron recebeu autorização de dois terços do Parlamento francês para as “ordenanças”, que são projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo não passíveis de modificação no respectivo processo legislativo, para a implementação da reforma francesa, à luz da flexibilização e da consagração do princípio da autonomia privada coletiva.⁶⁶⁹

No caso brasileiro, todas as teorias interpretativas construídas na linha de posicionamento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho caracterizam-se por um elemento comum (a que já se fez referência), que vem a ser a intervenção do judiciário na autonomia privada coletiva. São todas funcionalizadas à exigência da garantia ao trabalhador da preservação do princípio protetivo, em maior ou menor limitação à sua dimensão horizontal cognitiva, despreocupadas com a estabilidade e a continuidade daquilo que foi pactuado e com o dinamismo que é postulado pela contemporânea funcionalidade da economia e pelas inovações tecnológicas.⁶⁷⁰ Trata-se do exercício do chamado “poder de

⁶⁶⁶ ROMITA, Arion Sayão. *Temas de direito social*. Rio de Janeiro, 1984, p. 79.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, pp. 79-80.

⁶⁶⁸ Palestra do Professor Juan Raso Delgue com o tema “Transformações do mercado de trabalho.” no VII Congresso Internacional de Direito do Trabalho, promovido pela Academia Brasileira de Direito do Trabalho, São Paulo, 29 de setembro de 2017. Também: “Macron adota polêmica reforma trabalhista na França apesar de protestos”. Disponível em: <www.g1.globo.com/mundo/noticia/>.

⁶⁶⁹ Palestra da Professora Tereza Alexandra Colho Moreira com o tema “Novas tecnologias e a privacidade. Experiências em Portugal e na União Europeia” no VII Congresso Internacional de Direito do Trabalho, promovido pela Academia Brasileira de Direito do Trabalho, São Paulo, 28 de setembro de 2017.

⁶⁷⁰ Exemplo eloquente é a OJ n. 31 da SDC do TST, com o seguinte enunciado: “Não é possível a prevalência de acordo sobre a legislação vigente, quando ele é menos benéfico do que a própria lei, porquanto o caráter imperativo dessa última restringe o campo de atuação da vontade das partes”.

determinação judicial” que, de um ponto de vista substancial, se não formal, atua como um mecanismo de substituição de cláusulas.⁶⁷¹

Além da desconstituição de cláusulas em razão da má aplicação da teoria do conglobamento, como já se mostrou (*supra*, 6.1.2), a intervenção na autonomia privada coletiva apresenta-se supostamente como garantidora da conformação do pactuado com a ordem jurídica constitucional e infraconstitucional. Exemplos claros são as desconstituições de cláusulas que: (a) restringem os minutos residuais para 30 minutos diários;⁶⁷² (b) instituem taxas de homologação de rescisão contratual;⁶⁷³ (c) excluem os empregados menores aprendizes do aumento salarial genericamente conferido;⁶⁷⁴ (d) criam contribuições sindicais extensivas a não associados;⁶⁷⁵ (e) estabelecem preferência na contratação para empregados sindicalizados;⁶⁷⁶ (f) instituem dispositivo de “Encontro de Contas Mediante Renúncia Recíproca de Créditos”;⁶⁷⁷ (g) estabelecem remuneração inferior para o empregado menor de idade;⁶⁷⁸ (h) fracionam a antecipação de 50% do 13º salário em três parcelas mensais;⁶⁷⁹ (i) instituem a possibilidade de renúncia à estabilidade da gestante;⁶⁸⁰ (j)

⁶⁷¹ ROPPO, Enzo. *O contrato. Op. cit.*, p. 325.

⁶⁷² ROAA - 32800-97.2008.5.03.0000 Data de Julgamento: 08/03/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 30/03/2010.

⁶⁷³ OJ 16 da Seção de Dissídios Coletivos – SDC: “TAXA DE HOMOLOGAÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. ILEGALIDADE. (inserida em 27.03.1998). É contrária ao espírito da lei (art. 477, § 7º, da CLT) e da função precípua do Sindicato a cláusula coletiva que estabelece taxa para homologação de rescisão contratual, a ser paga pela empresa a favor do sindicato profissional.”

⁶⁷⁴ ROAA - 32800-97.2008.5.03.0000 Data de Julgamento: 08/03/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 30/03/2010.

⁶⁷⁵ OJ 17 da Seção de Dissídios Coletivos – SDC: “CONTRIBUIÇÕES PARA ENTIDADES SINDICAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA EXTENSÃO A NÃO ASSOCIADOS. (mantida) - DEJT divulgado em 25.08.2014. As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados.”

⁶⁷⁶ OJ 20 da Seção de Dissídios Coletivos – SDC: “. EMPREGADOS SINDICALIZADOS. ADMISSÃO PREFERENCIAL. CONDIÇÃO VIOLADORA DO ART. 8º, V, DA CF/88. (inserido dispositivo) - DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010. Viola o art. 8º, V, da CF/1988 cláusula de instrumento normativo que estabelece a preferência, na contratação de mão de obra, do trabalhador sindicalizado sobre os demais.”

⁶⁷⁷ ROAA - 32800-97.2008.5.03.0000 Data de Julgamento: 08/03/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 30/03/2010.

⁶⁷⁸ OJ 26 da Seção de Dissídios Coletivos – SDC: “SALÁRIO NORMATIVO. MENOR EMPREGADO. ART. 7º, XXX, DA CF/88. VIOLAÇÃO. (inserida em 25.05.1998). Os empregados menores não podem ser discriminados em cláusula que fixa salário-mínimo profissional para a categoria.”

⁶⁷⁹ ROAA - 32800-97.2008.5.03.0000 Data de Julgamento: 08/03/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 30/03/2010.

⁶⁸⁰ OJ 30 da Seção de Dissídios Coletivos: “ESTABILIDADE DA GESTANTE. RENÚNCIA OU TRANSAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. (republicada em decorrência de erro material) - DEJT divulgado em 19, 20 e 21.09.2011. Nos termos do art. 10, II, "b", do ADCT, a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do

restringem a integração das horas extras habituais somente à remuneração das férias e do 13º salário;⁶⁸¹ (k) criam taxas assistenciais de custeio à negociação coletiva;⁶⁸² (l) excluem do tempo do transporte fornecido pela empresa, para deslocamento de seus empregados, a possibilidade do pagamento das horas *in itinere* ou “tempo à disposição”;⁶⁸³ (m) suprimem o intervalo intrajornada no regime 12 horas de trabalho por 36 de descanso, mesmo com banco de horas instituído;⁶⁸⁴ (n) instituem a hora noturna não reduzida na jornada 12 horas de trabalho por 36 de descanso.⁶⁸⁵ (o) contemplam a previsão de reajustes, ante a legislação de política salarial;⁶⁸⁶ (p) flexibilizam os minutos que antecedem à jornada de trabalho;⁶⁸⁷ (q) fixam prazo de validade às convenções ou acordos coletivos, atribuindo-lhes ultratividade

artigo 9º, da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário”.

⁶⁸¹ ROAA - 32800-97.2008.5.03.0000 Data de Julgamento: 08/03/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 30/03/2010.

⁶⁸² Neste caso, também é a posição do Supremo Tribunal Federal: “ARE 1018459 RG / PR – PARANÁ REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Gilmar Mendes; Julgamento: 23/02/2017; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; e no TST, pela SDC, com a OJ n. 17. CONTRIBUIÇÕES PARA ENTIDADES SINDICAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA EXTENSÃO A NÃO ASSOCIADOS. (mantida). As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados. DEJT divulgado em 25.08.2014

⁶⁸³ ROAA - 32800-97.2008.5.03.0000 Data de Julgamento: 08/03/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 30/03/2010.

⁶⁸⁴ AIRR - 31840-75.2005.5.05.0038 Data de Julgamento: 11/06/2008, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DJ 13/06/2008. Nesse sentido é o item II da Súmula 437 do TST, com o seguinte enunciado: “É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inenunciável à negociação coletiva”.

⁶⁸⁵ Processo: AIRR - 2183300-05.2002.5.09.0900 Data de Julgamento: 05/02/2003, Relator Desembargador Convocado: Paulo Roberto Sifuentes Costa, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 21/02/2003. Nesse tema, contudo, existem vários precedentes no sentido de emprestar validade à contratação coletiva, nos seguintes termos: “HORA NOTURNA NÃO REDUZIDA. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. VALIDADE. A Constituição Federal de 1988 autoriza a negociação coletiva quanto a salários e jornada de trabalho, como se verifica do artigo 7º, incisos VI e XIII. Logo, conclui-se correta a decisão impugnada, que, dando prevalência à cláusula de acordo coletivo de trabalho, segundo os critérios de concessões recíprocas, excluiu da condenação a apuração da hora noturna reduzida e seus reflexos, porquanto o Reclamante, apesar de trabalhar mediante hora noturna de 60 minutos, era remunerado, em contrapartida, com adicional de 40%, superior ao fixado na lei.” RR - 485703-47.1998.5.09.5555 Data de Julgamento: 20/08/2003, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 17/10/2003.

⁶⁸⁶ Súmula n. 375 do TST, com o seguinte enunciado: “Reajustes salariais previstos em norma coletiva. Prevalência da legislação de política salarial.”

⁶⁸⁷ TST, Súmula n. 449: “MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO. LEI Nº 10.243, DE 19.06.2001. NORMA COLETIVA. FLEXIBILIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. A partir da vigência da Lei nº 10.243, de 19.06.2001, que acrescentou o § 1º ao art. 58 da CLT, não mais prevalece cláusula prevista em convenção ou acordo coletivo que elastece o limite de 5 minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho para fins de apuração das horas extras.” (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 372 da SBDI-1) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014.

para além do termo final do ajuste.⁶⁸⁸ Note-se a hipótese da diária fixada em convenção coletiva para motoristas ser tida como insuficiente e induzir a concessão de uma indenização por danos morais porque estes dormiam no interior dos veículos por eles conduzidos;⁶⁸⁹ e, também, autorização para a desobediência à cláusula de convenção coletiva nacional que proíbe a reposição de horas não trabalhadas por conta de greve.⁶⁹⁰

Merecem destaque as denominadas “cláusulas sindicais”, instituídas em prol do fortalecimento sindical e em nome daquilo que se denomina “sindicalização obrigatória”,⁶⁹¹ conforme já abordado (*supra*, 5.4.2). A legislação adota a cláusula *preferencial shop* (CLT, art. 544, I). Parte da doutrina as considera legais,⁶⁹² mas a maioria as tem como ilegais⁶⁹³. O Tribunal Superior do Trabalho as considera abusivas e em afronta à liberdade sindical: *closed shop*, *union shop*, *preferencial shop* e *maintenance of membership*, que condicionam o direito fundamental ao emprego à filiação ao sindicato;⁶⁹⁴ porém, vem fazendo o discrimine daquelas

⁶⁸⁸ Súmula n. 277 do TST: “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.”

⁶⁸⁹ Proc. n. 000746-03.2016.5.13.0006, do TRT da 13ª Região, Relator Desembargador Leonardo Trajano. Nesse caso, o relator concedia a indenização, mas foi vencido pela tese da supremacia da autonomia privada coletiva na fixação do valor da diária dos motoristas.

⁶⁹⁰ Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, proc. n. 155-25.2017.5.13.0000, Rel. Desembargador Eduardo Sérgio de Almeida, Disponível em: <<https://pje.trt13.jus.br/segundograu/Processo>>.

⁶⁹¹ PAULON, Carlos Artur. As cláusulas sindicais e a liberdade sindical. In: *Sindicalismo*. ROMITA, Arion Sayão (Coordenador). *Op. cit.*, p. 100.

⁶⁹² *Ibid.*, pp. 99-102; GENRO, Tarso. *Introdução à crítica do direito do trabalho*. Porto Alegre, 1979, p. 83.

⁶⁹³ A *ratio* dessa posição pode ser resumida nas palavras de Maurício Godinho Delgado, para quem: “A liberdade associativista tem uma ‘dimensão positiva’ (prerrogativa de livre criação e/ou vinculação a uma entidade associativa), ao lado de uma ‘dimensão negativa’ (prerrogativa de livre desfiliação da mesma entidade). Ambas estão mencionadas no texto magno (‘ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado’ – art. 5º, XX, CF/88.” DELGADO, Maurício Godinho. *Revista do TST*, Vol. 67, n. 2. Brasília: abril-junho de 2001, pp. 84-85. Para Orlando Gomes e Elson Gottschalk: “O princípio da liberdade contratual na estipulação do conteúdo da convenção coletiva está limitado pela regra prevista nos arts. 9º e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho (disposições contrárias às disposições de proteção ao trabalho); pelas disposições contrárias à ordem pública, à moral (Código Civil) e à liberdade sindical. Seria, portanto, inadmissível uma cláusula convencional coletiva do tipo *closed shop*, *union shop* ou da exclusão de ingresso de empregados.” GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*, 5. ed. São Paulo: Forense, 1972, p. 558.

⁶⁹⁴ TST, SDC, OJ n. 20, com o seguinte enunciado: “Viola o art. 8º, V, da CF/1988 cláusula de instrumento normativo que estabelece a preferência, na contratação, de mão de obra, do trabalhador sindicalizado sobre os demais.” Também nessa linha: ED-AIRR e RR - 812622-87.2001.5.02.5555 Data de Julgamento: 12/08/2009, Relator Ministro: Emma AIRR - 637291-98.2000.5.03.5555 Data de Julgamento: 28/06/2000, Relator Juiz Convocado: Carlos Francisco Berardo, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 18/08/2000. Noel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/08/2009; AIRR - 110540-49.2005.5.05.0011 Data de Julgamento: 05/08/2009, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/08/2009;

que contemplam benefícios apenas aos empregados sindicalizados, proclamando-as legais em prestígio à autonomia privada coletiva.⁶⁹⁵

Na interpretação das cláusulas dos instrumentos normativos, a posição majoritária da magistratura do trabalho era a de não se utilizar da ideologia estática, que vem a ser aquela que prestigia, como valores básicos, a certeza e a estabilidade na preservação do pactuado.⁶⁹⁶ Pelo contrário, utilizava-se da ideologia dinâmica da interpretação jurídica no sentido de considerar a interpretação uma atividade adaptativa (e criativa) do direito⁶⁹⁷ ao que considerava a proteção ao trabalhador, criando um novo regime, muitas vezes inteiramente dissociado daquele que foi pactuado, em nome de um “ativismo judicial”, a partir de “*uma ponderação calcada em meros subjetivismos pragmatistas, uma espécie de ideologia do caso concreto, um neonominalismo*”.⁶⁹⁸

Como se abordou desde o princípio da intervenção mínima na autonomia privada coletiva (*supra*, 3.3.5), a dimensão formal da democracia comporta, além daquela política, cujo objetivo é a atribuição de direitos políticos, a civil, cujo objetivo é a atribuição de

⁶⁹⁵ “RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO ANULATÓRIA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. GRATUIDADE DE ANUIDADE ESCOLAR. EMPREGADOS SINDICALIZADOS. Não fere os princípios constitucionais da livre associação sindical, da igualdade e da universalidade da educação, tampouco se configura em discriminação cláusula que prevê gratuidade de anuidade escolar apenas aos professores sindicalizados. Diferentemente das cláusulas negociais coletivas de sindicalização forçada - tais como as closed shop, union shop, preferencial shop e maintenance of membership, que condicionam o direito fundamental ao emprego à filiação ao sindicato -, a cláusula que prevê gratuidade de anuidade escolar apenas aos professores sindicalizados oferece uma benesse, uma vantagem, assim como os demais benefícios concedidos pelos sindicatos aos seus associados, no estrito exercício de sua função assistencial. Cláusula dessa natureza não possui, ainda, conteúdo discriminatório, uma vez que discriminação se define como a conduta pela qual se nega a alguém, em função de fator injustamente desqualificante, tratamento com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada. O princípio da não-discriminação é princípio de proteção, de resistência, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável e que, portanto, labora sobre um piso de civilidade que se considera mínimo para a convivência entre as pessoas, de tal sorte que não é possível considerar a não-filiação ao sindicato obreiro como fator injustamente desqualificante - mesmo porque a livre associação sindical é um direito constitucionalmente garantido -, tampouco a conduta do sindicato como gravemente censurável. Recurso ordinário conhecido e desprovido.” ROAA - 68200-37.2008.5.08.0000 Data de Julgamento: 14/03/2011, Redator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 19/04/2011.

⁶⁹⁶ Sobre a ideologia interpretativa estática: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 112.

⁶⁹⁷ Loc. cit.

⁶⁹⁸ “Explicitate-se: judicialização da política não se confunde com ativismo. A judicialização significa uma transferência de poder, das instâncias políticas tradicionais – o Legislativo e o Executivo – para o órgão Judiciário, que passa a ocupar certo protagonismo na definição de questões de largo alcance social, político, econômico e moral. Esta deve ser aceita dentro do paradigma constitucional brasileiro, mas com limitações diferenciações com o ativismo e, sobretudo, mudança no paradigma ideológico.” MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GARCIA, Ivan Simões. Judicialização e justificação na concretização dos direitos fundamentais sociais. In: GARCIA, Ivan Simões [Et. al.]. *Direito do trabalho nos 25 anos da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 133.

direitos civis, e, naquilo que nos interessa, a trabalhista, cuja base e fonte de legitimação vem a ser a autonomia negocial.

A repulsa ao intervencionismo estatal, notadamente o judicial, encontra fundamento na Constituição (art.7º, VI, XIII, XIV, XXVI, e 8º, VI) e, mais especificamente, na CLT, sob o pálio da Lei n. 13.467/2017, que introduziu o § 3º ao art. 8º.⁶⁹⁹ Este dispositivo dita duas regras de hermenêutica na interpretação das convenções coletivas: (a) análise e interpretação da conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); e (b) mediante a aplicação do princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva (*supra*, 3.3.5).

Na primeira parte, o dispositivo atrai as regras de interpretação dos contratos ínsitas ao direito civil, indicando que a Justiça do Trabalho atuará restritivamente para verificar apenas “a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico”, ou seja, limitando a análise dos acordos e convenções coletivas à verificação do cumprimento dos requisitos formais relacionados à sua formação, vedando uma incursão meritória a respeito da validade do seu conteúdo eficaz⁷⁰⁰ e, desde já, excluindo a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas como um vício do negócio (CLT, art. 611-A, § 2º).⁷⁰¹

Ainda na primeira parte do dispositivo, quando da verificação da “licitude do objeto” do art. 104 do Código Civil, também atuará restritivamente, mediante a efetivação da intervenção mínima enquanto máxima hermenêutica. Pelo texto do art. 611-B, só haverá ilicitude na contratação coletiva, quando houver supressão ou redução de direitos relacionados a:

- I – normas de identificação profissional;
- II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
- III – valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
- IV – salário mínimo;
- V – valor nominal do décimo terceiro salário;
- VI – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- VII – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- VIII – salário-família;

⁶⁹⁹ § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

⁷⁰⁰ Nesse sentido Palestra da Professora e Desembargadora Vólia Bonfim Cassar com o tema “Flexibilização” no I Congresso Internacional das Escolas Judiciais da 6ª, 13ª e 19ª Regiões, Recife-PE, 30 de outubro de 2017.

⁷⁰¹ Art. 611-A, § 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

- IX – repouso semanal remunerado;
- X – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;
- XI – número de dias de férias devidas ao empregado;
- XII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XIII – licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
- XIV – licença-paternidade nos termos fixados em lei;
- XV – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- XVI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
- XVIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
- XIX – aposentadoria;
- XX – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
- XXI – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
- XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;
- XXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;
- XXIV – medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;
- XXV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
- XXVI – liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador;
- XXVII – direito de greve;
- XXVIII – definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;
- XXIX – tributos e outros créditos de terceiros;
- XXX – as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

O texto legal deixa claro, de antemão, que as “*regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo*” (CLT, art. 611-B, parágrafo único).⁷⁰²

Evidentemente que essa relação de direitos inseridos nesse núcleo legal indisponível, embora tenha a intenção de ser exaustiva,⁷⁰³ não consegue ser efetivamente. É que existem duas janelas hermenêuticas das quais o intérprete não pode se afastar: a referência na dignidade da pessoa humana (CF, art. 4º, II); e o da abertura para os princípios dos tratados

⁷⁰² Derrogando, assim, o item II da Súmula 437 do TST.

⁷⁰³ Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

internacionais (CF, art. 5º, § 2º), como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Interamericana dos Direitos Humanos), que consagra a igualdade não só formal, mas também a material ou substancial (art. 24 c/c art. 29),⁷⁰⁴ além das Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, como a Declaração da Filadélfia (Declaração Relativa aos Fins e Objetivos da OIT),⁷⁰⁵ sabendo-se que o Supremo Tribunal Federal elevou os tratados de direitos humanos do plano das normas ordinárias para o nível supralegal.⁷⁰⁶ Não se pode imaginar, por exemplo, cláusula normativa autorizando o monitoramento dos trabalhadores em banheiro, instituindo cárcere privado ou submetendo-os a um tratamento desumano.⁷⁰⁷

Além disso, a interpretação dos contratos no contexto do direito comum difere substancialmente da interpretação da lei. Nesta, a interpretação significa a intenção normativa, genérica e abstrata, exprimindo uma intenção “*objetiva e constante que se exprime do texto, não a vontade subjetiva das pessoas físicas que a elaboraram ou do órgão que a aprovou*”.⁷⁰⁸ Naquela, dos contratos, a interpretação traduz-se em um “*processo de esclarecimento da vontade subjetiva dos contratantes, e, na doutrina mais recente, como investigação da vontade objetivada no conteúdo do vínculo contratual*”.⁷⁰⁹ O que deve prevalecer na interpretação dos contratos é a preservação da autonomia da vontade, desde que respeitado o aludido núcleo mínimo indisponível, em conformidade com a regra do art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil,⁷¹⁰ que poderá ser elucidado cognitivamente e processualmente, como se demonstrará (*infra*, 7.4).

⁷⁰⁴ Nesse sentido Conferência do Ministro Augusto César de Carvalho com o tema “Os desafios contemporâneos do Direito do Trabalho” no I Congresso Internacional das Escolas Judiciais da 6ª, 13ª e 19ª Regiões, Recife-PE, 30 de outubro de 2017.

⁷⁰⁵ Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado: “As fontes normativas internacionais de direitos humanos, inclusive os econômicos, sociais, culturais e trabalhistas – que tão bem influenciaram na elaboração do texto humanístico e social da Constituição de 1988 – apontam para a negociação coletiva trabalhista como um instrumento de elevação das condições de vida e trabalho na realidade em que atuam, além de um instrumento de democratização do poder empregatício no contexto das empresas e seus estabelecimentos, a par do conjunto da sociedade circundante.” DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017, pp. 252-253.

⁷⁰⁶ Especificamente no julgamento da adequação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). RE n. 466.343-SP, Rel. Min. Cezar Peluso. DJe de 05.06.2009.

⁷⁰⁷ Exemplos citados na Palestra da Professora e Desembargadora Vólia Bonfim Cassar com o tema “Flexibilização” no I Congresso Internacional das Escolas Judiciais da 6ª, 13ª e 19ª Regiões, Recife-PE, 30 de outubro de 2017.

⁷⁰⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 14ª ed., 1999, pp. 457-458.

⁷⁰⁹ Loc. cit.

⁷¹⁰ Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. Estevão Mallet,

O Tribunal Superior do Trabalho, entretanto, em temas importantes, utilizava-se da interpretação legal na contratual e, com isso, efetivava indevida intervenção na autonomia privada coletiva. O exemplo mais evidente é o da tese da ultratividade das convenções, objeto da Súmula n. 277, antes mencionada. Nesse caso, “interpretou os acordos sindicais como se fossem lei. Mandou integrar as condições negociadas (que tinham prazo de validade!) de modo definitivo no contrato individual de trabalho, numa espécie de reconhecimento de direito adquirido (situação usual e adequada para condições previstas em lei e não em convenção ou acordo coletivo de trabalho!)”.⁷¹¹

Nesse sentido Orlando Gomes já proclamava que “não se consente que se imponha às partes um contrato diverso do que realizaram ainda que preferível do ponto de vista do interesse público. Não é lícito ao juiz invocá-lo para o ajustamento por meio de interpretação; cabe-lhe unicamente decretar a nulidade do contrato se o contraria, ou dizer que as cláusulas infringentes estão substituídas pelas disposições legais que prevem a substituição automática”.⁷¹² E, mais, essa interpretação contratual invasiva da autonomia coletiva para conferir ultratividade, além de se imiscuir na vontade dos sujeitos estipulantes na fixação de limitação temporal de vigência do pactuado, é um entrave às futuras negociações, acomodando as relações coletivas e ignorando que:

[...] a razão para se limitar a duração dos instrumentos não foi outra senão beneficiar os trabalhadores, na medida em que as situações ensejadoras das pactuações coletivas possuem um elevado grau de mutabilidade, principalmente no âmbito econômico, sendo, portanto, necessária a revisão periódica das regras, para que nenhuma delas se torne injusta ou inaplicável, sempre, é claro, na perspectiva dignificante do trabalhador (art. 7º, caput, da CR/88). Tanto é que, na prática são celebrados para uma vigência inferior, comumente um ano.⁷¹³

invocando a aplicação desse dispositivo quando do controle de legalidade das convenções coletivas e traçando um paralelo com as normas da negociação coletiva norte-americana, aduz que existem temas em relação aos quais não pode haver recusa na negociação coletiva, como salários e jornada de trabalho; alguns, são temas livres, facultativos e outros sobre os quais a negociação é inadmissível, como ocorre com a cláusula *closed shop*, através da qual a filiação sindical é condição para a admissão do empregado na empresa. MALLETT, Estevão. *Direito, trabalho e processo em transformação*. *Op. cit.*, pp. 143-144.

⁷¹¹ Continua Antônio Carlos de Aguiar: “Com todo o respeito, quando se interpretou um contrato coletivo como se fosse lei, na verdade o que fez foi o TST criar um ‘quiproquó jurídico’ que espanca a segurança jurídica; desrespeita as instituições e sua autonomia coletiva privada; impacta custos para as empresas; além de tratar os representantes sindicais como cidadãos de segunda classe, que não têm autonomia para defender os interesses de seus representados.” (AGUIAR, Antonio Carlos de. A negociação coletiva de trabalho (uma crítica à Súmula n. 277, do TST). *Revista LTr*, vol. 77, n. 09, set. 2013.

⁷¹² GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, *Op. cit.*, p. 456.

⁷¹³ HAZAN, Bruno Ferraz. *A aderência contratual das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2012, p. 66.

Como se viu (*supra*, 5.5.2.2), foi nessa perspectiva que o Supremo Tribunal Federal, em verdadeiro corte interpretativo, entendeu que a pretensão do TST, traduzida na sua Súmula n. 277, à luz da EC n. 45/2014, poderia configurar “[...] verdadeira fraude hermenêutica, destinada apenas a extrair-se – de onde não há – interpretação que a auxilie a fundamentar o que deseja”.⁷¹⁴ Tratar-se-ia de “autêntica jurisprudência sentimental”, sem base jurídica à luz da Constituição.⁷¹⁵

Em outros três precedentes, mesmo antes da reforma trabalhista, o Supremo Tribunal Federal optou pela preservação da autonomia privada coletiva, cassando posição do Tribunal Superior do Trabalho em temas como: a pactuação de horas de percusso;⁷¹⁶ quitação plena do contrato de trabalho para os que aderem a plano de demissão voluntária previsto em acordo coletivo;⁷¹⁷ lei complementar estadual que fixava piso salarial para certas categorias.⁷¹⁸ Em todos os julgados, ficou assentada a tese segundo a qual a Constituição Federal “reconheceu às convenções e aos acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas”, tornando explícita inclusive “a possibilidade

⁷¹⁴ ADPF 323 MC-DF, Relator Ministro Gilmar Mendes.

⁷¹⁵ Id.

⁷¹⁶ Plenário, RE 895759-PE, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 13/09/2016.

⁷¹⁷ Nesse caso, o Plenário proclamou: “DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS. 1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa, condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 7. Provedimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: ‘A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado’”. RE 590415-SC; Relator Min. Roberto Barroso; Julgamento: 30/04/2015; DJe-101, de 29-05-2015.

⁷¹⁸ Trecho do acórdão: “6. A fim de manter-se o incentivo à negociação coletiva (art. 7º, XXVI, CF/88), os pisos salariais regionais somente serão estabelecidos por lei naqueles casos em que não haja convenção ou acordo coletivo de trabalho. As entidades sindicais continuarão podendo atuar nas negociações coletivas, desde que respeitado o patamar mínimo legalmente assegurado”. ADI 4364, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 16.5.2011.

desses instrumentos para a redução de direitos trabalhistas” e que, portanto, as normas coletivas de trabalho podem prevalecer sobre “o padrão geral heterônomo, mesmo que sejam restritivas dos direitos dos trabalhadores, desde que não transacionem setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade absoluta”, aplicando corretamente a teoria do conglobamento.

Assim, seja pela aplicação do princípio da intervenção mínima (CLT, art. 8º, § 3º), como já foi dito (*supra*, 3.3.5), seja pelo subprincípio da adequação setorial negociada (*supra*, 3.3.4),⁷¹⁹ a convenção coletiva estará liberta da intervenção muitas vezes autoritária e sem representatividade da administração pública, do Ministério Público e do Judiciário, tanto na sua formação, quanto na manutenção do seu conteúdo eficaz.⁷²⁰

Trata-se de conferir-se aos sujeitos estipulantes direitos-poderes de autodeterminação privada, garantindo-se, depois, a preservação daquilo que se produziu dentro dessa esfera coletiva.

Significa, também, garantir, no contexto da democracia trabalhista – entendendo-se esta como aquela exercida por força da autonomia privada coletiva –, uma *potestà*, cujo “exercício causa efeitos restritivos sobre a liberdade genérica, própria e de outros”.⁷²¹

Então, tem-se que a autonomia privada coletiva é um “poder”, e que “o paradigma garantista do estado de direito representa, sobretudo, limites e vínculos a todos os poderes, sejam eles públicos ou privados[...]”.⁷²² A força contratual ínsita às partes, “[...] no passado tão gravemente desproporcionadas, encontraram um substancial reequilíbrio”.⁷²³ Mas, isto, não mais por “[...] intervenções autoritárias externas do poder público, mas sim mediante

⁷¹⁹ No sentido posto por Ivan Simões Garcia, da “possibilidade de negociação, não apenas como meio de obtenção de vantagens para o trabalhador, mas também como instrumento para superação de crises empresariais ou setoriais”. GARCIA, Ivan Simões. *Coleção tópicos de direito, Direito do trabalho, Op. cit.*, p. 300. Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, invocam o mesmo princípio numa perspectiva diversa, no sentido de que: “O padrão regulatório de normatização coletiva deve observar o estatuto constitucional, internacional imperativo e legal cogente de proteção ao trabalho humano, à luz do ‘princípio da adequação setorial negociada’”. DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil. Op. cit.*, p. 257.

⁷²⁰ O Ministro Augusto César de Carvalho tem posição oposta, no sentido de que os princípios da “autodeterminação coletiva” e da “operabilidade”, outorgam aos juízes o poder de interpretar discricionariamente os dispositivos de conteúdo aberto. Para ele, quando a Constituição diz que os juízes têm o dever de aplicar a Constituição e as leis da República, refere-se às leis republicanas, entre as quais não está a Lei n. 13.467/2017, da Reforma Trabalhista. Conferência do Ministro Augusto César de Carvalho com o tema “Os desafios contemporâneos do Direito do Trabalho” no I Congresso Internacional das Escolas Judiciais da 6ª, 13ª e 19ª Regiões, Recife, 30 de outubro de 2017.

⁷²¹ Em sentido análogo: FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Op. cit.*, p. 177; COPETTI NEGRO, Alfredo. *Democracia constitucional. Op. cit.*, p. 63.

⁷²² Loc. cit.

⁷²³ ROPPO, Enzo. *O contrato. Op. cit.*, p. 326.

uma transformação interna dos pressupostos e dos mecanismos de contratação: sempre, pois, numa lógica de exercício da autonomia contratual”.⁷²⁴

Em síntese, sob o pálio da Lei n. 13.467/2017, operou-se uma mudança significativa na pirâmide representativa da hierarquia das fontes do direito do trabalho: agora, no topo, a Constituição, seguida dos tratados internacionais cogentes, dos acordos coletivos, da convenção coletiva e, por fim, na base, a legislação infraconstitucional, que está representada pela CLT.⁷²⁵

O judiciário, portanto, no exercício do seu poder, encontra limites no poder exercido democraticamente pelos destinatários das normas autoproduzidas (o “contrato-poder”)⁷²⁶, sendo descabida a substituição da autonomia privada coletiva pela subjetividade ínsita aos membros do Ministério Público e do Judiciário naquilo que deve prevalecer, ou não, da liberdade na contratação coletiva.

⁷²⁴ “É justamente esta transformação radical das modalidades do seu exercício, que permitiu ao princípio da autonomia privada converter-se de instrumento de domínio e opressão social em instrumento de emancipação e progresso dos trabalhadores. Nesta perspectiva, assim como se disse que em muitos aspectos a liberdade contratual acabou por devorar-se a si mesma, com referência às vicissitudes da contratação coletiva das relações de trabalho subordinado, podemos dizer que a liberdade contratual, substancialmente negada enquanto o seu exercício se continha nas formas da autonomia individual, é – através do exercício da autonomia coletiva – substancialmente ripristinada e recuperada a um nível mais alto.” *Loc. cit.*

⁷²⁵ Palestra da Professora e Desembargadora Vólia Bonfim Cassar com o tema “Flexibilização” no I Congresso Internacional das Escolas Judiciais da 6ª, 13ª e 19ª Regiões, Recife-PE, 30 de outubro de 2017.

⁷²⁶ *Id.*, p. 328.

7 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA TRANSNACIONAL

Neste capítulo, o objetivo é confrontar a atividade empresarial transnacional, no que concerne aos seus métodos internacionalizados de produção, em razão da mundialização da economia, com a correspondente nova morfologia do trabalho, na chamada sociedade internacional da informação, que retira do trabalhador a referência territorial estatal como eixo de suas reivindicações sociais e trabalhistas. Procura conectar esse fenômeno com os caminhos que empresas e trabalhadores estão a percorrer, na perspectiva de estabelecer padrões comunicativos de relacionamento, mais especificamente no contexto regionalizado do Mercosul.

Aponta a negociação coletiva transnacional como via de autoprodução normativa de um novo Direito do Trabalho.

7.1 A globalização

Entende-se a globalização como o processo ou fenômeno mundial de integração econômica, social, política, tecnológica e cultural entre os diversos países, em decorrência especialmente da expansão capitalista e do avanço dos meios de comunicação e de transporte entre as diferentes nações.

Caracteriza-se pela expansão global dos investimentos internacionais, proporcionada pelo avanço dos serviços de telemática, bem como pelo surgimento de organismos e organizações internacionais, além da formação de blocos regionais de comércio.

Não é um fenômeno contemporâneo. Remontam-se suas origens aos séculos XV e XVI, época dos descobrimentos marítimos e grandes navegações, em que os povos europeus estabeleceram relações de comércio com civilizações de outros continentes, de economia, costumes e cultura distintos dos seus. Todavia, esse processo foi ganhando contornos de efetividade tão somente com o advento do neoliberalismo, por volta da década de 1970, acentuando-se após a queda do socialismo no leste europeu e na antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e pela revolução tecnológica que permite que se trabalhe à distância, que sejam transferidas unidades produtivas inteiras, bem como a migração de investimentos de um país para o outro com extrema facilidade.

Tais transformações importantes na conjuntura política, econômica e social no mundo, aliadas às inovações tecnológicas da época, revelaram-se a melhor oportunidade para o avanço da globalização, por meio da expansão do campo de atuação de empresas transnacionais – a denominada transnacionalização –, em busca destes novos mercados, com o auxílio dos recursos tecnológicos então surgidos, tais como internet, rede mundial de computadores, meios de comunicação via satélite, dentre outros, utilizados para alcançarem seus novos consumidores sem que houvesse acréscimo significativo dos custos em razão da distância, possibilitando-se, assim, transações comerciais e financeiras competitivas com o mercado local.

Passou a haver, então, outro viés da globalização, em que as empresas multinacionais buscaram não só por novos mercados consumidores, mas também por países que possuem mão de obra e insumos mais baratos, para a diminuição dos custos de produção de suas mercadorias, internacionalizando-se, desse modo, os meios de produção.

A busca incessante por maiores lucros e por diferenciais em termos de competitividade de mercado encontrou no investimento externo direto, por meio da internacionalização dos métodos de produção, um modo de obter produtos e serviços de mais alta qualidade e com menor custo, podendo ser facilmente encontrados bens que possuem estágios de industrialização em países diversos, desde a origem da matéria-prima, passando-se pelo beneficiamento, montagem, até o produto final.

Por motivações das mais diversas, de ordem política, estratégica, tecnológica ou econômica, as empresas multinacionais buscam locais que possuam: melhor preço, qualidade e/ou múltiplas fontes garantidoras de insumos, matérias-primas e suprimentos; com maior capacitação em recursos tecnológicos e humanos; avançada tecnologia de produção; logística estratégica; menor custo de transporte e de comunicação; melhor controle sobre o mercado local, ou melhor e mais rápido acesso a este; proteção de marcas e patentes; redução da concorrência; redução dos riscos inerentes à produção; proteção aos direitos de propriedade; intervenção governamental favorável ao fluxo de investimentos, dentre outros fatores.

Até mesmo os impactos diretos das legislações locais, especialmente as de cunho trabalhista, empresarial e tributário, consistem em variáveis que motivam a internacionalização dos meios de produção.

Percebe-se que as empresas multinacionais têm realizado, de forma crescente, investimentos externos diretos em países subdesenvolvidos, uma vez que nestes locais encontram diversas vantagens para a internacionalização de seus fatores de produção, seja em

razão da diminuição dos custos de mão de obra e dos incentivos governamentais para a instalação daquele processo produtivo no local, seja em decorrência da limitação dos recursos financeiros e tecnológicos industriais das empresas nacionais, além da falta de capacidade técnica e gerencial, numa visão tradicionalista de mercado, que tolhem a inovação e renovação dos produtos internos, em descompasso com a demanda do mercado.

Tem-se, portanto, que:

En términos generales, la globalización constituye una nueva fase del desarrollo capitalista, cuyos rasgos básicos son la desregulación de los mercados, de los procesos laborales y de la fuerza de trabajo, la privatización de las economías, sobre la base de cambios tecnológicos centrados en el uso de la microelectrónica y la generalización en el uso de nuevas tecnologías como la robótica, la automatización, la informática, la biotecnología y la biogenética.⁷²⁷

Para os fins do presente estudo, o importante é a delimitação de um quadro inicial de anacronia dos elementos de controle diretos e abrangentes no que diz respeito à (in)existência de normatização para lidar com a volatilidade daqueles inseridos no processo de produção globalizado, pois tudo é flexível e não se vislumbra a identificação de um marco regulatório predominante ou abrangente, notadamente no campo das relações entre o capital e o trabalho.⁷²⁸

A globalização produziu um ambiente no qual as ordens jurídicas são multivalentes, os códigos de conduta são duvidosos e o que se vislumbra nesse campo é o que se chama de *soft law*, que são técnicas regulatórias adaptáveis às flutuações do mercado e aos interesses do capital internacional, e que têm sua *ratio* fundante nas negociações coletivas, refletindo-se nos acordo marco internacionais.

7.2 A dimensão transnacional da negociação coletiva como fonte do direito do trabalho

Embora se teorize a possibilidade de criação de mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos, inclusive perante os Estados,⁷²⁹ estes atenderiam apenas a situações extremadas no âmbito da sociedade mundial: “desaparecimento de pessoas”;

⁷²⁷ MARTÍNEZ, E.; SALAS, H.; MÁRQUEZ, D. Los efectos económicos, políticos y socioculturales de la globalización en el sector lechero mexicano. In: Encuentro Nacional Sobre Desarrollo Regional En México “méxico: desarrollo regional y proyecto nacional”, 3., 1997, Tlaxcala. Documento apresentado para o 3º Encontro Nacional sobre Desenvolvimento Regional no México. Tlaxcala, abr. 1997.

⁷²⁸ CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Contrato coletivo de trabalho transnacional*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 17.

⁷²⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 250.

“deportações forçadas e expulsões”; “execuções à morte, prisões e torturas”.⁷³⁰ Daí dizer-se que “[...] *os direitos sociais e grande parte dos chamados direitos humanos de terceira geração são fragilmente institucionalizados, e as perspectivas de sua positivação e implementação processual em extensão mundial são negativas*”.⁷³¹ Portanto, não há perspectiva de institucionalizar-se normativa internacional para a proteção dos direitos sociais e trabalhistas, tidos como “fracos”, em nível de *jus cogens*.⁷³²

De outra parte, se a diferença e o desacordo são os traços fundamentais da sociedade contemporânea, plural e multicultural,⁷³³ esses contrastes se agudizam nos Estados que se reúnem em entidades supranacionais e, mais ainda, para os indivíduos ou grupos que integram a sociedade internacional da informação.⁷³⁴

Assim, apesar de se dizer que as ambições de emancipação e de solidariedade operária internacional “*permanecem bem vivas nos dias de hoje, sobretudo por ter sido o capital e não o trabalho a lograr internacionalizar-se com êxito*”,⁷³⁵ as dificuldades do sindicalismo internacional são enormes, pois mesmo o trabalho tendo se convertido em recurso global,⁷³⁶ “*não se pode falar num mercado de trabalho global, pois os mercados de trabalho são hoje mais segmentados que outrora*”.⁷³⁷

Disso, pode resultar o fim do sindicalismo tradicional, que terá de se reinventar, para: (a) em nível supranacional, fortalecer-se como organização sindical para agir de forma autônoma, que não se limite à mera coordenação de sindicatos nacionais; e (b) de forma paralela e simultânea, os sindicatos estatais terão de desenvolver um âmbito de atuação próprio à dimensão supranacional da sua ação sindical.⁷³⁸

A utilização da negociação coletiva no âmbito transnacional, antes recomendada pela OIT (*infra*, 7.3), é perfeitamente viável, sem a necessidade de reformulá-la radical,

⁷³⁰ Marcelo Neves citando Luhman. *Ibid.*, p. 251.

⁷³¹ *Id.*, p. 252.

⁷³² *Loc. cit.*

⁷³³ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3. ed., 2004, p. 78.

⁷³⁴ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Do original *Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie*. São Paulo: Loyola, 3. ed., 2007, p. 127-148.

⁷³⁵ SOUSA SANTOS, Boaventura. *Introdução: para ampliar o cânone do internacionalismo operário*. *Op. cit.*, p. 21.

⁷³⁶ GUNTHER, Luiz Eduardo. *A negociação coletiva do trabalho como direito coletivo fundamental: necessidade de afirmação da tutela dos direitos de personalidade na atividade empresarial mundializada*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 29 set. 2015, p. 103.

⁷³⁷ SOUSA SANTOS, Boaventura. *Introdução: para ampliar o cânone do internacionalismo operário*. *Op. cit.*, p. 21.

⁷³⁸ BAYLOS, Antonio. Representação e representatividade sindical na globalização. *Revista trabalhista – direito e processo*. Ano 2. Rio de Janeiro: Forense, janeiro-fevereiro-março, 2003. Vol. V. p. 28.

gnoseológica e epistemologicamente, mas estruturando-a em termos procedimentais, para dotá-la de ferramentas (opcionais) de representação direta, inclusive informacionais, alçando-a ao patamar de instrumento procedimental-democrático, linguístico-argumentativo de institucionalização da comunicação.⁷³⁹

Portanto, o que se propõe é a demarcação da negociação coletiva (mediada), como instrumento processualmente indicado para o desenvolvimento da relação capital e trabalho, a partir de um *iter* procedimental⁷⁴⁰ como já dito (supra, 6.2), com aptidão à formação dialética das partes em simetria de paridade,⁷⁴¹ estruturado no amplo diálogo (comunicação), objetivando a legítima (e democrática) criação normativa, ou a construção de “saídas estruturantes” para as crises coletivas do trabalho.⁷⁴²

Examinar-se-á, pontualmente, algumas das experiências de negociações transnacionais nos tópicos seguintes.

7.3 Os acordos marco globais (*international framework agreement*)

Mesmo para aqueles que pregam uma espécie de cidadania pós-nacional ou transnacional,⁷⁴³ a regulação social amplamente limitada no plano internacional tem como o

⁷³⁹ No âmbito interno, esse caminho já foi apontado em histórico precedente do Tribunal Superior do Trabalho, proferido no RODC 390/2009 que, embora tenha sido proferido em caráter mono processual, no sentido de ser a primeira manifestação da Corte Superior do Trabalho a respeito especificamente do tema (limitações ao despedimento coletivo), passou a ser fonte de direito material a nortear, como autêntico precedente do sistema de *common law*, (quase) todos os julgamentos que se seguiram, tanto da própria Corte, quanto dos Tribunais Regionais do Trabalho. Cf. ROCHA, Cláudio Jannotti da; ANDRADE, Flávio Carvalho M. de. As recentes decisões dos Tribunais Regionais proferidas nos casos de dispensa coletiva após o *leading case* n. 0309/2009 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ago. 2013, p. 969-975. Esse nexos causal entre o precedente e a procedimentalização para a construção de uma legítima decisão em sede de conflito coletivo de trabalho não é originalmente nossa. Nesse sentido: 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*. São Paulo, dez. 2014, p. 57-59; e PESSANHA, Elina, ALEMÃO, Ivan, SOARES, José Luiz. TST, Dissídios coletivos, demissão massiva. Novos desafios para a Justiça do trabalho. In: COUTINHO; MELO FILHO; SOUTO MAIOR; NEVES FAVA (Organizadores). *O mundo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009, v. 1, p. 87.

⁷⁴⁰ FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, 1958, p. 861-870

⁷⁴¹ FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. *Rivista di Diritto Processuale*. Milano, 1989, p. 1-23.

⁷⁴² FRANZESE, Lucio. L'accordo conciliativo tra conflitto e controversia. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, jul/out. 2013, p. 882.

⁷⁴³ LEITE, Roberto Basileone. Cidadania pós-nacional e globalização social. *Revista LTr*, São Paulo, jan. 2004, p. 49.

quase único caminho a autorregulamentação, “*incluindo a tentativa dos sindicatos em negociar acordos marco globais com as empresas em uma base voluntária*”.⁷⁴⁴

O voluntarismo decorre da não obtenção de consenso entre os integrantes da OIT para a inclusão, diante do processo de globalização, da chamada “cláusula social” nos acordos comerciais, no sentido de “[...] *criação ou introdução de normas e regulamentos vinculando as relações comerciais ou o acesso a mercados ao cumprimento de um certo número de normas sociais e trabalhistas*”,⁷⁴⁵ que significaria “[...] *compelir os países à observância das normas definidoras de garantias fundamentais*”,⁷⁴⁶ e isso, “[...] *sob pena de adoção de sanções econômicas*”.⁷⁴⁷

A despeito do fracasso no consenso em torno da cláusula social, as federações internacionais e outras entidades associativas de trabalhadores vêm se dirigindo às “fontes extraterritoriais” (*offshore sources*), mostrando às multinacionais a importância, inclusive como fonte de publicidade estratégica, de tornarem-se empresas com “responsabilidade social corporativa”.⁷⁴⁸

Nessa direção, os “*Estados Unidos da América do Norte foram pioneiros, também, nos estudos relativos à 'corporate governance' ou ao governo das sociedades, tendo sido uma empresa americana, de resto – a General Motors – a adotar e a divulgar, pela primeira vez (1992), um Código de 'Corporate Governance'*”.⁷⁴⁹

Além do voluntarismo e do objetivo de ter-se uma boa “imagem internacional”, invoca-se, como base normativa para a celebração dos acordos Marco, a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social, adotada pelo Conselho de Administração da OIT em 1977, em sua 204ª Reunião, revista em sua 279ª Reunião (Genebra,

⁷⁴⁴ MARTINS, Polliana Henrique. Relações sindicais internacionais e a validade jurídica do Acordo Marco Internacional (International Framework Agreement). *Revista LTr*, São Paulo, maio 2004, p. 576.

⁷⁴⁵ CORRÊA, Lélío Bentes. A efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais e seus sistemas de proteção no direito internacional. In: PAIXÃO, Cristiano [Et. al.]. *Os novos horizontes do direito do trabalho: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 347.

⁷⁴⁶ O curioso é que foram “os representantes dos países não industrializados temiam manobras protecionistas por parte dos países industrializados, quase valeriam da suposta não observância dos standards internacionais pelos países em desenvolvimento para barrar o acesso de seus produtos ao mercado internacional.” *Ibid.*, p. 102-103.

⁷⁴⁷ SILVA, Cláudio Santos da. *Liberdade sindical no direito internacional do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011, p. 102.

⁷⁴⁸ MARTINS, Polliana Henrique. Relações sindicais internacionais e a validade jurídica do Acordo Marco Internacional (International Framework Agreement). *Op. cit.*, p. 576.

⁷⁴⁹ DRAY, Guilherme. A influência dos Estados Unidos da América na afirmação do princípio da igualdade no emprego nos países da lusofonia. *Op. cit.*, p. 70.

novembro de 2000) e em sua 295ª Reunião (Genebra, março de 2006),⁷⁵⁰ além do princípio da autonomia privada coletiva.⁷⁵¹

Vê-se, do teor da Declaração Tripartite, um vetor argumentativo específico para o incentivo à negociação coletiva (transnacional), quando lhe dedica 8 (oito) itens (do item 49 ao 56), consagrando a tese da: (a) possibilidade de instituição de organizações representativas dos empregados, que estes entendam convenientes (item 49); (b) melhoria nas condições de emprego por meio da negociação incentivada, nos termos do art. 4º da Convenção 98 (item 50); (c) necessidade de suporte aos representantes dos trabalhadores para a efetivação das negociações, nos termos da Convenção 135 (item 51); (d) necessidade da outorga de autorização aos representantes das multinacionais em todos os países para a conclusão das negociações (item 52); (e) vedação dos deslocamentos totais ou parciais (*offshore factories*) no período de vigência das negociações (item 53); (f) inclusão de preceitos elucidativos de outros, firmados em convenções pretéritas, que tenham gerado interpretação conflituosa (item 54); (g) necessidade de disponibilização aos representantes dos empregados de dados das unidades locais ou da empresa multinacional como um todo, indispensáveis à negociação, nos termos da Recomendação 21/67 (item 55); e (h) incentivo para que os governos locais prestem informações aos representantes dos empregados, relacionadas com os setores nos quais opera a empresa, necessárias para a instituição de critérios objetivos na negociação coletiva (item 56).

A partir daí, os Acordos Marco Globais foram surgindo. Em 2011, existiam 85 (oitenta e cinco) deles em todo o mundo, sendo 7 (sete) no Brasil, já com estudos de casos.⁷⁵² Hoje, esse número é maior. Dos que têm plantas em bases metalúrgicas da Confederação Nacional dos Metalúrgicos da CUT (CNM/CUT), já foram celebrados os seguintes: Volkswagen (Bratislava, 2002); Rheinmetall AG (Dusseldorf, 2003); GEA-AG (Bochum, 2003); Arcelor (Luxemburgo, 2005); BMW (Munich, 2005); Bosch; EADS-NV (Amsterdam, 2005); SKF (Göteborg, 2006); Vallourec (Boulogne, 2007); PSA Peugeot-Citroën (2010); Electrolux; Daimler-Crysler (Ausburn Hills, 2012); MAN (Munich, 2012); Siemens AG (Munich, 2012); Renault (Boulogne-Billancourt, 2013) e ZF Friedrichshafen AG (Friedrichshafen, 2013). Fora

⁷⁵⁰ Íntegra da Declaração: Disponível em: <<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/>>.

⁷⁵¹ Loc. cit.

⁷⁵² FICHTER, Michael et al. *Acordos Marco Globais*. Organizando as relações de trabalho globalizadas? São Paulo: Fundação Friedrich Ebert (FES), 2012. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/iez/09560-20121221.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

da área metalúrgica, pode ser citado, dentre outros, o celebrado com a INDITEX S/A (Arteixo – A Coruña, 2007).⁷⁵³

Na discussão sobre as motivações e os estímulos para a cooperação empresarial internacional, que resultou na celebração desses pactos, merece destaque um estudo efetivado pelo Instituto Observatório Social sobre o comportamento trabalhista de 40 (quarenta) empresas subsidiárias multinacionais no Brasil, além de outro, complementar, apenas em 6 (seis) empresas, onde já estava negociado e conquistado o regime de cooperação. Aqui, verificou-se, a partir da participação sindical local efetiva, que foi possível avançar no cumprimento das limitações ao tempo de trabalho e no estabelecimento de um sistema participativo democrático de monitoramento em quase todas, tudo em proveito das melhorias das condições de trabalho.⁷⁵⁴

E mais, nos acordos atuais,⁷⁵⁵ vê-se uma via construtiva possível de governança privado-empresarial e de promoção de democracia, com a participação dos trabalhadores, como se verifica do Acordo Marco celebrado com a PSA Peugeot-Citroën, um dos poucos de iniciativa empresarial.⁷⁵⁶

O que há nesses Acordos Marco, por enquanto, é um conjunto de princípios e regras gerais mínimas a serem observados no âmbito das unidades multinacionais, quando da celebração dos acordos mais específicos em âmbito local, sem substituí-los.⁷⁵⁷ Trata-se, assim, de um “acordo mundial sobre os princípios de responsabilidade social da multinacional”, como, por exemplo, está rotulado o Acordo Marco celebrado com a Arcelor.

São, por enquanto, apenas “marcos” iniciais paradigmáticos para as negociações coletivas que envolvam as multinacionais, e há muito a se avançar. Viu-se, v. g., que em nenhum dos Acordos antes mencionados há qualquer menção às vedações ou às atenuações dos deslocamentos internos ou internacionais (*offshore factories*), com demissões em massa, enquanto vigore as negociações, conforme previsão do item 53 da Declaração Tripartite de

⁷⁵³ Na íntegra Disponível em: <<http://www.fesete.pt/portal/docs>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁷⁵⁴ BARBOSA, A. F.; VEIGA, João Paulo Cândido; VILMAR, Maria Lúcia. *O monitoramento de empresas multinacionais no Brasil: um modelo de análise comparada*. São Paulo: Mimeo, 2006. p. 27.

⁷⁵⁵ ARRUDA, Lilian et. al. *Análises e propostas. Acordo Marco Internacional – uma ferramenta para garantir os direitos fundamentais no trabalho em um mundo globalizado? Aportes do Brasil*. Fundação Friedrich Ebert (FES), 2012. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/09532.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2013.

⁷⁵⁶ Isso fica claro nesse Acordo Marco Global, de aplicação no Brasil, celebrado em 2010, quando se estabeleceu o compromisso de participação dos empregados. Disponível em: <www.cnmcut.org.br>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁷⁵⁷ Loc. cit.

Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social. Portanto, uma das questões mais sensíveis relacionadas à transnacionalidade do trabalho não vem alcançando consenso.

Nesse campo há, também, visível fragilidade e informalidade na representação dos trabalhadores, conforme observado pela OIT desde 2000.⁷⁵⁸ É possível, até, como já se aponta, que esses Acordos Marco e os que venham a suceder-lhes tenham o poder de construção de Redes Sindicais Transnacionais, invertendo o processo de sindicalização: da contratação coletiva à sindicalização e não o contrário, como ocorre no sindicalismo interno.⁷⁵⁹

É de se acrescentar, concluindo este tópico, que não há lei sindical internacional. As normas da OIT, a propósito, necessitam de ratificação dos Estados para que, nos seus limites de soberania e apenas neles, sejam aplicáveis. Portanto, no plano internacional, vigora o “*abstencionismo*”, no sentido de prevalecer a autonomia coletiva pura dos trabalhadores e de inexistir qualquer normativo em matéria sindical.

Ocorre, todavia, que, advindo o abstencionismo, da teoria do “*pluralismo conflitivo*”, de Otto Kahn-Freund, este pressupõe uma sociedade que, embora tenha origem com estrutura pluralista, passe a ser integrada por grupos antagônicos (trabalhadores e empregadores), cada qual com interesses coletivos autodefinidos, supondo-se, ainda, uma real ou presumida igualdade dos atores sociais (trabalhadores e empresários).⁷⁶⁰

Mas, no contexto da nova morfologia do trabalho – dividido entre trabalho material e imaterial, cognitivo e não cognitivo, mais ou menos intelectualizado, que gera mais valor ou que gera menos, de maior ou menor comunicatividade, formando um quadro tão real quanto heterogêneo de atividades e funções –, torna-se muito difícil a obtenção de qualquer

⁷⁵⁸ Assim, expressamente no Relatório Global de 2000: “[...] debido al impacto de la mundialización en el ejercicio de los principios y derechos de la libertad sindical y de asociación y el reconocimiento efetivo del derecho de negociación colectiva, ha surgido un déficit de representación em el mundo del trabajo. Ese déficit es un motivo de preocupación, ya que el objetivo que persigue la OIT de un trabajo decente para todos los hombres y todas las mujeres em condiciones de libertad, justicia y dignidad humana solamente puede alcanzarse si están em condiciones de expresar lo que significa para ellos.” SILVA, Cláudio Santos da. *Liberdade sindical no direito internacional do trabalho*. Op. cit., p. 184.

⁷⁵⁹ FICHTER, Michael. Exporting Labor Relations across the Atlantic? Insights on Labor Relations Policies of German Corporations in the U.S.. *Working USA: The Journal of Labor and Society*, v. 14 (2), p. 129-143, 2011. Disponível em: <www.readcube.com/articles. Acesso em: 07 ago. 2013.

⁷⁶⁰ KAHN-FREUND, Otto. *Labor and law*. 3. ed. Londres: Stevens & Sons, 1983, p. 123-147. Cf. também: URIARTE, Oscar Ermida. Intervenção e autonomia no direito coletivo do trabalho. v. 1. In: NICOLADELLI, Sandro Lunardi [et. al.] (Org.). *O direito coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais*. São Paulo: LTr, 2013., p. 12-13.

identidade de interesses coletivos autodefinidos.⁷⁶¹ Por tal razão, jamais poderá presumir-se, nem por ficção, uma igualdade generalizada dos trabalhadores em negociações com os empresários.

Esse novo desafio do sindicalismo internacional, contextualizado no bloco regional sul, será tratado adiante (*infra*, 7.4).

7.4 A transnacionalidade no Mercosul

Será na perspectiva do bloco regional do cone sul que será enfrentado, pontualmente, o tema da transnacionalidade da negociação coletiva.

E, se fará da negociação enquanto negócio jurídico instrumental das relações coletivas entre o capital e o trabalho, que precisa produzir resultados, e como método de pensamento a respeito da integração do bloco no contexto da América do Sul.

7.4.1 A ausência da legislação supranacional

Diferentemente do que ocorre na União Europeia, no Mercosul não há propriamente uma legislação supranacional, que implica o abandono do clássico conceito de soberania como o poder absoluto de editar o direito no âmbito estatal.

Na União Europeia, o que ocorreu foi que os estados-membros abdicaram, em parte, de suas competências legislativas, em diversas áreas, notadamente na área econômica, delegando-a em favor dos órgãos do ente regional. Os seus regulamentos, dessa forma, têm efeito direto, e as diretivas também podem ser usadas diretamente, nas hipóteses de o estado-membro não as transpor corretamente para sua legislação, ou se não o fizer no prazo determinado. Portanto, os regulamentos podem ser invocados diretamente pelos cidadãos, perante os tribunais nacionais.⁷⁶²

⁷⁶¹ ANTUNES, Ricardo. A nova morfologia do trabalho no Brasil. Reestruturação e precariedade. *Revista Nueva Sociedad*. Junho de 2012. Disponível em: <<http://nuso.org/articulo/a-nova-morfologia-do-trabalho-no-brasil-reestruturacao-e-precariedade/>>. Acesso em: 14 out. 2014.

⁷⁶² “O ordenamento jurídico comunitário é composto pelo direito originário (tratado de Roma, Ato Único Europeu, Tratado de Maastrich) e pelo direito derivado (Regulamentos, Diretivas, Decisões e Recomendações e Pareceres). O direito originário é obrigatório para os Estados-membros e instituições comunitárias. São como as disposições constitucionais da União. O direito derivado é composto, primordialmente, de Regulamentos e Diretivas. O Regulamento é a lei da União que tem aplicação direta e obrigatória em todos os Estados-membros. São instrumentos de uniformização da legislação comunitária, pois vinculam a todas as pessoas dos Estados-membros, podendo ser invocados, imediatamente, pelos

O modelo normativo comunitário, portanto, assenta-se em bases verticais, limitadoras das soberanias.⁷⁶³

No caso do Mercosul, embora as Constituições de dois dos países-membros prevejam o reconhecimento da supranacionalidade – no caso da Argentina, em seu artigo art. 75, inc. 24, e no do Paraguai,⁷⁶⁴ art. 145 –, o que abre caminho para que esta venha a se efetivar em etapas posteriores, as normas editadas no bloco dependem de incorporação aos respectivos ordenamentos nacionais, por meio de procedimentos constitucionais adequados.⁷⁶⁵

Assim, o Mercosul é um bloco estritamente intergovernamental, de conformação societária, cooperativa e horizontalizada de soberanias.⁷⁶⁶ Por isso mesmo, também não possui um tribunal judicial supranacional.⁷⁶⁷ A propósito, o Protocolo de Buenos Aires, celebrado em 05 de agosto de 1994, que tem a pretensão de instituir uma jurisdição para o Mercosul, embora ainda não tenha efetivado a criação de um tribunal supranacional⁷⁶⁸, já exclui, de antemão e expressamente, os contratos de trabalho, ainda que sejam celebrados no contexto das relações internacionais inclusivas do bloco (contratos internacionais de trabalho

interessados. A Diretiva vincula o Estado-membro quanto ao resultado, deixando às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios de realizá-lo: são instrumentos de harmonização da legislação comunitária. Só produzem efeitos junto aos particulares se o Estado-membro adotar as atitudes exigidas pela Diretiva, pois ela goza de efeito direto, não de aplicabilidade direta. Só poderá ser invocada diretamente quando o Estado-membro não a transpuser corretamente para seu ordenamento jurídico nacional, ou se não o fizesse no prazo determinado. Apenas os Regulamentos têm efeitos diretos, pois podem ser invocados diretamente pelos particulares em tribunais nacionais”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical: direito, política e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 248.

⁷⁶³ ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosul e União Européia: estrutura jurídico-institucional*. Curitiba: Juruá, 1996, *passim*.

⁷⁶⁴ O Paraguai foi suspenso do Mercosul em junho de 2013, após o ingresso da Venezuela e retornou ao Bloco em fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://onial.wordpress.com>>. Acesso em 30: set. 2015.

⁷⁶⁵ “O ordenamento jurídico do Mercosul é menos desenvolvido. As normas emanadas dos órgãos com capacidade decisória (Conselho e Grupo do Mercado Comum e Comissão de Comércio), decisões, resoluções e diretrizes, respectivamente, são obrigatórias apenas para os Estados-partes. O Tratado de Assunção, o Protocolo de Brasília e o Protocolo de Ouro Preto podem ser considerados como direito originário do Mercosul, enquanto que as decisões, resoluções e diretrizes podem ser consideradas direito derivado, ainda que não aplicáveis diretamente aos particulares, ou seja, sem efeito direto. Todas as normas do ordenamento jurídico do Mercosul dependem de incorporação via mecanismos constitucionais de cada Estado-membro”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical: direito, política e globalização*. *Op. cit.*, p. 247.

⁷⁶⁶ ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosul e União Européia: estrutura jurídico-institucional*. *Op. cit.*, p. 35.

⁷⁶⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical: direito, política e globalização*. *Op. cit.*, p. 248.

⁷⁶⁸ BRANCO, Luizella Giardino Branco. *Sistema de solução de controvérsias no MERCOSUL – perspectivas para a criação de um modelo institucional permanente*. São Paulo: LTr, 1997, p. 168.

no Mercosul), aplicando-se, quanto a estes contratos, as regras jurisdicionais do Estado onde o trabalho é prestado⁷⁶⁹ ou, concorrentemente, dos Estados onde é prestado.

Da mesma forma, a mediação efetivada pelo Grupo do Mercado Comum⁷⁷⁰ e a arbitragem⁷⁷¹ excluem o tema que nos interessa: o trabalhista.

Portanto, os conflitos trabalhistas, ou são resolvidos no plano interno dos estados integrantes do bloco – com livre acesso dos trabalhadores à jurisdição dos quatro Estados integrantes, pelo art. 3º do Protocolo de Las Leñas,⁷⁷² e aplicando-se o princípio da territorialidade⁷⁷³ –, ou, no plano supranacional, apenas pela via da negociação.

Posto assim, será na perspectiva da negociação (coletiva) supranacional que serão colocadas as posições das empresas e dos trabalhadores.

7.4.2 A posição das empresas

Neste tópico, confrontaremos a atuação empresarial no contexto internacionalizado regional, naquilo que possa interessar no que diz respeito às suas relações com o trabalho, em duas perspectivas: a estratégia de trabalho e a (ausência de) estratégia para a associação.

7.4.2.1 Estratégia de trabalho

As empresas que atuam para fora das fronteiras nacionais, ainda que apenas nos limites do bloco regional, são empresas internacionais (transnacionais ou multinacionais). Mesmo que em bloco reduzido, como o do cone sul, destacam-se no cenário jurídico pela

⁷⁶⁹ MORAIS, Alexandre Carlos; SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. *Notas sobre jurisdição internacional no âmbito do Mercosul*. Disponível em: <www.cesumar.br>. Acesso em: 15 out. 2014.

⁷⁷⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical: direito, política e globalização*. *Op. cit.*, p. 248.

⁷⁷¹ Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (Buenos Aires, 1998). Ratificado pelo Brasil pelo Decreto 4.719, publicado no Diário Oficial da União de 05.06.2003. Cf. ARAÚJO, Nadia. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, *passim*.

⁷⁷² PERES, Antônio Galvão. *Contrato internacional de trabalho: acesso à justiça. Conflitos de jurisdição e outras questões processuais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 67.

⁷⁷³ A Convenção de Direito Internacional Privado de 1928, de Havana: o Código Bustamante (art. 198), integrado ao ordenamento brasileiro através do Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929. Atualmente, na perspectiva brasileira, pela aplicação da Lei n. 7.064/82, que determina a aplicação da lei nacional, ou da estrangeira mais favorável (art. 3º, II), considerando a revogação da Súmula 207 do TST, que também consagrava o princípio da *lex loci executionis*, aplicando a lei do local da prestação de serviços e não o da contratação. Cf. sobre o tema: JAEGER, Guilherme Pederneiras. O Direito do Trabalho à luz do Direito Internacional Privado: um exercício de teorização. In: *Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e outros estudos*. STÜMER, Gilberto (Organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, *passim*.

adoção de práticas extralegais, considerando que obedecem às regras e às determinações emanadas da sua sede, sem a necessária correspondência com as regras do local onde desempenhem as suas operações.⁷⁷⁴ Este *self-regulating* derivado da globalização, ou direito do mercado, é fenômeno mundial da supremacia das regras corporativas privadas transnacionais sobre o direito nacional estatal, gerando, inclusive, a crise da teoria normativista do direito.⁷⁷⁵

Há, entre elas, um traço comum no trato das relações trabalhistas no contexto da nova morfologia do trabalho, que vem a ter um conteúdo polissêmico, envolvendo vários sentidos, mas com (quase) um só objetivo: o econômico, no contexto de um mercado ampliado.

Na perspectiva do novo “sentido do trabalho”, uma nova lógica empresarial foi adotada: a organização em cadeia, a fragmentação e a terceirização, mediante a utilização de vários fornecedores de elementos integrantes de suas atividades-meio e fim.

Além disso, a política de pessoal é toda no sentido do avanço das companhias em questões antes de domínio sindical – como é o caso da melhoria do ambiente de trabalho, da utilização de programas empresariais, inclusive os informatizados, de esquemas para o atingimento de metas mediante ganhos adicionais, como prêmios, bônus, participação nos lucros –, e enfim, na adoção de toda uma metodologia que sugere a aproximação do empregado com a empresa, no sentido de que os problemas entre eles possam ser solucionados diretamente, sem qualquer intervenção ou participação do sindicato profissional.⁷⁷⁶

Essa metodologia das corporações transnacionais dificulta a representação sindical profissional, sendo um dos óbices à efetivação da negociação coletiva.

De outro lado, o uso da tecnologia, hoje indispensável na atividade empresarial – seja na atividade-meio, seja na atividade-fim – faz surgir um novo tipo de relacionamento trabalhista: aquele que tem como objetivo a utilização ou a produção de “bens imateriais”, típico da globalização.⁷⁷⁷

⁷⁷⁴ BREVILHIERI, Etienne Maria Bosco; SOARES, Denis Marcos Veloso. *Contratos internacionais firmados no Brasil: a possibilidade de escolha da legislação aplicável mediante a lei de arbitragem*. Disponível em: <www.unifeb.edu.br>, p. 3. Acesso em: 14 nov. 2014.

⁷⁷⁵ O chamado “direito da globalização”, na expressão de Paolo Grossi, citado por Paolo Montalenti. MONTALENTI, Paolo. Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione. *Rivista Trimestrale di diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 66, n. 2, jun. 2012, p. 391.

⁷⁷⁶ OLIVEIRA, Sirlene Márcia de. Os trabalhadores das centrais de teletividades no Brasil: da ilusão à exploração. In: ANTUNES, Ricardo [Et. al.]. *Infoproletários*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009, p. 134.

⁷⁷⁷ BAGNASCO, Arnaldo. De la sociologia del trabajo a la sociedad. CASTILLO, Juan José. (Org.). *El trabajo del futuro*. Madrid: Complutense, 1999, p. 142.

A par do problema da ausência de mensuração quantitativa e qualitativa do trabalho subjetivo e cognitivo, produtor de bens imateriais – instalando, inclusive, um outro, consistente na mudança de referência do trabalho com o mercado, alterando o conceito de subordinação, em razão da sofisticação das técnicas informatizadas de trabalho –, as empresas vêm, nesse aspecto, mudando sua estratégica de relacionamento com os trabalhadores, no sentido de “[...] moderação e racionalização do poder patronal”.⁷⁷⁸

No particular, do ponto de vista trabalhista, há uma vantagem da regionalização em relação à internacionalização produtiva não regionalizada. Se, fora dos blocos regionais, as empresas promovem deslocamentos de suas unidades produtoras (*offshore factory*), dentro do bloco pode-se fazer destacamentos temporários de trabalhadores, em razão da livre circulação. Estes destacamentos, embora apresentem problemas jurídicos,⁷⁷⁹ são menos traumáticos do que os deslocamentos internacionais.

Em síntese, a colocação dessas estratégias empresariais de trabalho, dentro da divisão internacional regionalizada, vem a ser um dos marcos analíticos das possibilidades que serão confrontadas nas conclusões do estudo.

7.4.2.2 A (ausência de) estratégia para a associação

Se os trabalhadores padecem da crise de representatividade pelos órgãos sindicais de categoria profissional existentes no âmbito internacional, como se viu (*supra*, 7.3), o mesmo pode-se dizer a respeito da representatividade coletiva das empresas que integram o Mercosul.

Não existe, assim como ocorre com os trabalhadores, como adiante se demonstrará (*infra*, 7.4.3.1), qualquer ente coletivo qualificado de representação patronal com aptidão para atuar no contexto supranacional do bloco regional.

Valendo-se das estruturas associativas empresariais existentes nos estados-membros, é de se constatar que, se, no Brasil, são aplicáveis aos empregadores (categoria econômica), à luz do paralelismo sindical aqui existente, as mesmas regras aplicáveis aos sindicatos de

⁷⁷⁸ JEAMMAUD, Antoine; FRAGALE FILHO, Roberto; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. *Trabalho, cidadania e magistratura*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000, p. 24.

⁷⁷⁹ Pela necessidade de isonomia entre o trabalhador deslocado e o do país do destino (do acolhimento). Cf. GAVA, Rodrigo. Em busca da liberdade (os rendimentos e a flexibilização das normas laborais no destacamento temporário de trabalhadores tutelados à luz do direito comunitário). *Revista LTr*, São Paulo: LTr, out. 2007, pp. 1268-1271.

trabalhadores (categoria profissional)⁷⁸⁰, o mesmo não ocorre nos demais países integrantes do pacto regional.

Na Argentina, após a derrogação da legislação específica para as organizações patronais ao fim da era peronista, estas passaram a ser estruturadas à luz do seu Código Civil, assim como ocorre no Uruguai.⁷⁸¹ No Paraguai, prevalece uma estrutura associativa patronal inorgânica e individualista.⁷⁸²

Com exceção do Brasil, há pluralismo acentuado nas estruturas associativas empresariais, que exercem as mais variadas atividades, inclusive a de *lobby* perante o Estado.⁷⁸³

O traço comum entre elas, incluindo as do Brasil e excepcionando as do Paraguai, é o da participação nas negociações coletivas. No Paraguai, as negociações coletivas são feitas por empresa.

É de se fazer essa constatação para se estabelecer um ponto de partida importante, naquilo que possa interferir ou influir nas projeções, que adiante serão feitas, para uma negociação coletiva supranacional do Mercosul.

7.4.3 A posição dos trabalhadores

Em contraponto à posição das empresas, impõe-se uma abordagem, pontual, da forma de atuação coletiva dos trabalhadores no Mercosul, fundada em duas perspectivas: a da (inadequada e) extralegal atuação da representação sindical profissional supranacional; e a das iniciativas empiricamente construídas, objetivando um enfrentamento das questões de interesse dos trabalhadores, notadamente relacionadas com a nova morfologia do trabalho contemporâneo.

Portanto, a exposição de elementos de um quadro atual de como, porque e até que ponto os trabalhadores atuam coletivamente no Mercosul, em suas relações com o empresariado.

⁷⁸⁰ O princípio do paralelismo sindical simétrico, que tem como referência a atividade econômica empresarial, para se definir a correspondente categoria profissional. CLT, art. 511, §§ 1º e 2º.

⁷⁸¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical: direito, política e globalização*. *Op. cit.*, p. 284.

⁷⁸² *Id.*, p. 285.

⁷⁸³ *Ibid.*, p. 285-286.

7.4.3.1 A (inadequada e) extralegal representação coletiva em atuação

Se há uma crise de representatividade dos empregadores (*supra*, 7.4.2), também há dos trabalhadores, aqui pelos órgãos sindicais existentes de categoria profissional. Quanto a estes, a crise é factível, tanto no âmbito estatal⁷⁸⁴, quanto internacional (*supra*, 7.3), podendo-se dizer o mesmo, até com maior ênfase, no que concerne ao bloco regional sul.

De início, tem-se aqui a mesma constatação feita em relação à representação empresária: inexistente qualquer entidade sindical ou não sindical, legitimamente constituída, para a representação coletiva dos trabalhadores e com atribuições específicas supranacionais em nível regional – embora nesse plano internacional vigore o abstencionismo (*supra*, 7.3), no sentido da inexistência de elementos limitativos da liberdade de associação sindical ou de seu controle, diante do factível vazio normativo a respeito.

Entretanto, se no contexto internacionalizado-regional vigora o abstencionismo, no plano interno nacional dos países integrantes do Mercosul vigora o modelo intervencionista ou regulamentarista, de inspiração corporativa, com a única exceção do Uruguai.⁷⁸⁵ Aliás, esse é o traço característico da estrutura sindical latino-americana, que contém mais elementos limitadores do que garantidores do exercício da liberdade sindical: quem pode filiar-se; obrigação de registro; condicionamentos para a aquisição de personalidade sindical; quem pode e quantos podem ser dirigentes; imposição de estrutura, organização interna, funcionamento, metodologia de greve e de negociação coletiva; dentre tantas outras regras.⁷⁸⁶

A estrutura sindical interna de alguns dos países integrantes do bloco é a vertical e confederativa. Exemplo é a do Brasil, que adota a estrutura vertical piramidal: na base, os sindicatos; no centro, as federações; e, no ápice, as confederações.⁷⁸⁷

Assim, as Centrais Sindicais, entes horizontais, estão fora da estrutura sindical confederativa hierarquizada, vertical e piramidal.⁷⁸⁸ É que estas centrais têm representação supracategorias e não possuem personalidade jurídica sindical, ou seja, não existem como entidades sindicais.⁷⁸⁹

⁷⁸⁴ Alude-se aqui ao caso brasileiro.

⁷⁸⁵ URIARTE, Oscar Ermida. Intervenção e autonomia no direito coletivo do trabalho. *O direito coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais*. v. 1, *op. cit.*, p. 15.

⁷⁸⁶ *Loc. cit.*

⁷⁸⁷ Art. 533 e 562 da Consolidação das Leis do Trabalho.

⁷⁸⁸ Contra: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 143.

⁷⁸⁹ Nesse sentido: SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. 17. ed., v. 2, São Paulo: LTr, 1997, p. 1.117; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.

Paradoxalmente, a representação profissional dos trabalhadores no Mercosul é feita exatamente pelas Centrais Sindicais dos países do bloco, cuja forma de atuação será abordada no item seguinte.

7.4.3.2 As iniciativas dos trabalhadores para o diálogo com as empresas

Como já se demonstrou, a representação dos trabalhadores é conduzida no Mercosul pelas Centrais Sindicais que, nas palavras de José Rodrigo Rodriguez, “[...] *ganharam poderes efetivos de negociação ao longo de sua existência à margem da lei, não têm poderes jurídicos para negociar*”.⁷⁹⁰ As Centrais atuam a partir de uma entidade: a Coordenadora de Centrais Sindicais do Cone Sul (CCSCS), criada em 1986, bem antes da criação do Mercosul, pelo Tratado de Assunção em 1991. Dos países integrantes do bloco, fazem parte a CUT paraguaia, a CGT argentina, o PIT-CNT uruguaio, a CUT, CGT e Força Sindical brasileiras.⁷⁹¹ Por iniciativa das Centrais, em 1992, foi criada a Comissão Sindical do Mercosul.⁷⁹²

Em 1994, na Cúpula de Ouro Preto, o Subgrupo de Trabalho de Relações Trabalhistas, do qual participam as Centrais, havia feito o encaminhamento de 35 Convenções da OIT, a serem ratificadas pelos quatro países. Esse item foi retirado de pauta, na última hora, a pedido da representação argentina, e os temas trabalhistas foram abandonados.⁷⁹³

Somente alguns anos depois, fatores externos ao Mercosul, como as negociações com a Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) e a União Europeia, levaram à disponibilização de um espaço para a negociação trabalhista, na pressão pela adoção de uma “cláusula social”, defendida pelos países de capitalismo avançado, os do eixo “central”.⁷⁹⁴

Depois de extensas negociações polarizadas, foi aprovada a Declaração Sociolaboral, na qual prevaleceu a tese da representação brasileira no Subgrupo de Trabalho de Relações

111; ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Curso de direito sindical: teoria e prática*. São Paulo: LTr, 1991, p. 44 e SAAD, Eduardo Gabriel. Federação, confederação e central sindical. In: TEIXEIRA FILHO, João Lima (Coordenador). *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr, 1989, p. 334.

⁷⁹⁰ RODRIGUES, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical: direito, política e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 264.

⁷⁹¹ RICUPERO, Bernardo. Em busca de um sindicalismo sem fronteiras. A participação sindical no SGT-11 do Mercosul: o caso da CUT. *Cadernos Cedec n. 51*. São Paulo: Cedec, 1995, p. 3.

⁷⁹² SOARES FILHO, José. *Integração regional sul-americana*. São Paulo: LTr, 2014, p. 160.

⁷⁹³ CASTRO, Maria Sílvia Portela de. Movimento sindical no Mercosul: trajetória e perspectivas de ação. In: LORENZETTI, Jorge; FACCIO, Odilon Luís (Organizadores). *O sindicalismo na Europa, Mercosul e Nafta*. São Paulo, LTr, 2000, p. 265.

⁷⁹⁴ *Id.*, p. 116.

Trabalhistas, em harmonia com a pretensão das empresas, no sentido da subscrição de um documento não vinculativo, mas abrangente, em contraposição à tese dos trabalhadores, que pretendiam um instrumento vinculativo.⁷⁹⁵

Outra iniciativa da CCSCS resultou no Fórum Consultivo Econômico e Social do Mercosul (FCES), criado em Buenos Aires, em 1997, que “*tem permitido aos sindicatos o estabelecimento de uma negociação mais qualificada com os segmentos empresariais*”.⁷⁹⁶

O perfil da atuação sindical regional tem a intenção de se pautar – conforme declarado no documento intitulado “*Da Aliança Social à Ação Continental*”, entregue por ocasião do Encontro dos Presidentes dos Países das Américas, realizado em Santiago do Chile nos dias 16 e 17 de abril de 1998 – no sentido de “*desenvolver trabalho permanente com as organizações populares, impulsionando a globalização dos direitos sociais e econômicos, frente ao processo de globalização de capitais e mercados em marcha*”.⁷⁹⁷

Do ponto de vista prático, entretanto, apenas os primeiros passos foram dados em direção a uma negociação coletiva transnacional do cone sul.

São informados encontros nos setores da siderurgia, especificamente dos empregados do Grupo Gerdau⁷⁹⁸ e das instituições bancárias.⁷⁹⁹

De concreto, é noticiada uma única convenção coletiva transnacional no Mercosul, no setor automobilístico, efetivada, de um lado, pela Volkswagen da Argentina e a do Brasil e, de outro, pelos Sindicatos dos Metalúrgicos filiados à CUT do Brasil⁸⁰⁰ e o Sindicato de Mecânicos de Automotores da Argentina.⁸⁰¹

⁷⁹⁵ RODRIGUES, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical. Op. cit.*, p. 266.

⁷⁹⁶ SCHUTTE, Giorgio Romano; CASTRO, Maria Sílvia Portela de; JACOBSEN, Kjeld Aagaard. *O sindicalismo na Europa, Mercosul e Nafta*. São Paulo, LTr, 2000, p. 133.

⁷⁹⁷ PASSOS, Edésio; SILVA, Diana de Lima e. Sindicalismo, relações de trabalho na América Latina e crise neoliberal. In: SILVA, Diana de Lima e; PASSOS, Edésio. *Impáctos da globalização – relações de trabalho e sindicalismo na América Latina*. São Paulo: LTr, 2001, p. 139.

⁷⁹⁸ Realizado em 1998 e 1999, organizados pela Confederação Nacional dos Metalúrgicos, filiada à CUT e pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias do Aço (Steelworkers) do Canadá. RODRIGUES, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical. Op. cit.*, p. 268.

⁷⁹⁹ No período compreendido entre 1993 e 1994, são noticiados pelo menos cinco encontros por iniciativa dos sindicatos dos bancários dos quatro países integrantes do bloco, que trataram de questões estruturais, sem incursão, propriamente, nas questões trabalhistas sindicais. SCHUTTE, Giorgio Romano; CASTRO, Maria Sílvia Portela de; JACOBSEN, Kjeld Aagaard. *O sindicalismo na Europa, Mercosul e Nafta*. São Paulo: LTr, 2000, p. 128.

⁸⁰⁰ Do Brasil, participaram da negociação a Confederação Nacional dos Metalúrgicos, os Sindicatos dos Metalúrgicos do ABC e de Taubaté, as Comissões de Fábrica de São Bernardo do Campo e Taubaté; da Argentina, os Sindicatos de Mecânicos e Afins de Transporte Automotor da Argentina e a Comissões Internas de Trabalhadores das plantas de General Pacheco e Córdoba. RODRIGUES, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical. Op. cit.*, p. 269.

⁸⁰¹ MANSUETI, Hugo Roberto. Armonización legislativa del trabajo en la integración MERCOSUR. Disponível em: <www.webmaster@aw.com.ar>. Acesso em: 20 maio 2014.

A despeito da dual representação dos trabalhadores, tanto pela representação sindical⁸⁰², quanto pela representação direta⁸⁰³, o conteúdo da convenção representa um avanço paradigmático, na medida em que prevê: (a) acesso às informações empresariais; (b) realização de encontros, no mínimo, anuais; (c) diretivas para solucionar as divergências por meio das negociações coletivas; (d) homogeneização de programas de treinamento e capacitação profissional, com a participação sindical em sua elaboração; e (e) a indicação das Comissões Internas como interlocutoras para o trato dos assuntos trabalhistas.⁸⁰⁴

7.4.4 Rumo à efetivação da negociação coletiva regional no cone sul

Do ponto de vista essencialmente jurídico, não existem impedimentos à efetivação da negociação coletiva em qualquer dos países que integram o Mercosul.⁸⁰⁵ Pelo contrário, essa é indicada expressamente como metodologia adequada para a solução dos conflitos coletivos de trabalho em todas as respectivas Constituições, com exceção da do Uruguai.⁸⁰⁶

Tem também fundamento exposto no art. 13 da Declaração Sociolaboral do Bloco, segundo o qual, constituem-se deveres dos Estados-membros:

[...] fomentar o diálogo social nos âmbitos nacional e regional, instituindo mecanismos efetivos de consulta permanente entre representantes dos governos, dos empregadores e dos trabalhadores, a fim de garantir, mediante o consenso social, condições favoráveis ao crescimento econômico sustentável e com justiça social da região e a melhoria das condições de vida de seus povos.

Não se pode negar que um espaço institucional adequado foi criado a partir do Subgrupo de Trabalho do Mercosul. É digno de nota que, em comparação com outras experiências de integração, o Mercosul apresenta-se bem mais receptivo à participação dos trabalhadores. No processo de integração para o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA), esse espaço simplesmente inexistiu e, na Comunidade Econômica Europeia

⁸⁰² Aqui entendida *lato sensu*, envolvendo, tanto os entes com personalidade sindical, como a Confederação Nacional dos Metalúrgicos, quanto aqueles que não a detém, como a CUT.

⁸⁰³ Do lado brasileiro, as Comissões de Fábrica de São Bernardo do Campo e Taubaté; e, do lado argentino, pelas Comissões Internas de Trabalhadores das plantas de General Pacheco e Córdoba.

⁸⁰⁴ RODRIGUES, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical*. *Op. cit.*, p. 269-270; e SOARES FILHO, José. *Integração regional sul-americana*. *Op. cit.*, p. 168-169.

⁸⁰⁵ FILAS, Rodolfo Capón. *O novo direito sindical argentino*. 2. ed. La Plata: S. I., 1993, p. 372.

⁸⁰⁶ “A doutrina uruguaia entende que o art. 57 da Constituição reconhece implicitamente a negociação coletiva, pois ela é inerente à liberdade sindical.” RODRIGUES, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical*. *Op. cit.*, p. 286.

(CEE), esse ambiente receptivo aos trabalhadores somente foi criado em 1972, portanto, passados mais de vinte e quatro anos do Tratado de Roma, que o instituiu.⁸⁰⁷

Se, de um lado, a nova morfologia do trabalho é indicativa de uma mudança paradigmática de conceitos e princípios jurídicos do Direito do Trabalho – que tornam inadequados ou ultrapassados alguns dos seus instrumentos normativos de produção estatal, invocando uma releitura deles, a partir da polimorfia ínsita à contemporânea relação laboral⁸⁰⁸ –, de outro, intensifica-se o redimensionamento dos critérios de regulação do trabalho produtivo, encaminhando-se para a primazia da autonomia privada coletiva: a negociação coletiva.⁸⁰⁹

Uma negociação em novo referencial, em razão do esfacelamento jurídico da “coletividade do trabalho” na empresa. “*Tem-se, assim, uma empresa onde, ao contrário do que pressupõem as regras sobre negociação coletiva e sobre a defesa dos interesses sindicais, não existe uma coletividade de trabalho, mas sim diversas coletividades de trabalhadores*”.⁸¹⁰

No plano internacional e regional, a exemplo do que ocorreu na Europa a partir da década de 1980, é de se generalizar a negociação coletiva, ampliando e descentralizando as instâncias negociais. A negociação deve ter novas funções, novos objetos e novos sujeitos.⁸¹¹

É nesse ponto que a lógica da representação (sindical) dos trabalhadores no Mercosul, por Centrais Sindicais, está equivocada.

Como já se viu acima, com a polissemia do trabalho contemporâneo, a empresa deixou de ser polo de coletividade de trabalho. É nesse contexto que se assiste à proliferação das instâncias de negociação e à sua descentralização. A tendência – e aqui reside um ponto importante para as conclusões deste trabalho – é a transferência do eixo da negociação do setor ou da categoria para a empresa, exigindo novas estruturas representativas.⁸¹² Alude-se a uma representação dual dos trabalhadores, na qual os comitês ou comissões de empresa por

⁸⁰⁷ RICUPERO, Bernardo. *Em busca de um sindicalismo sem fronteiras*. A participação sindical no SGT-11 do Mercosul: o caso da CUT. *Op. cit.*, p. 16.

⁸⁰⁸ Márcio Túlio Viana aponta para a releitura de vários conceitos, como os de subordinação, de atuação do poder diretivo do empregador, do *jus variandi*, que vai sendo potencializado, em detrimento do impedimento à alteração unilateral, da comutatividade. VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no século XXI. *Revista LTr*, São Paulo, v. 63, jul. 1999, *passim*.

⁸⁰⁹ LEONARDO DA SILVA, Sayonara Grillo Coutinho. *Relações coletivas de trabalho*. *Op. cit.*, p. 116.

⁸¹⁰ JEAMMAUD, Antoine; FRAGALE FILHO, Roberto; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. *Trabalho, cidadania e magistratura*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000, p. 80.

⁸¹¹ SUPIOT, Alain.[et. al.] *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 150.

⁸¹² *Loc. cit.*

organização ou local de trabalho atuam em complementação à ação sindical,⁸¹³ pelo particularismo das novas metodologias e especificidades do trabalho desenvolvido.

Portanto, um novo eixo da negociação coletiva: da negociação por categoria, para a negociação por empresa ou por segmento da empresa; da intermediação ou representação sindical, para a representação direta.⁸¹⁴

A propósito, nada muda essa conclusão, o alcance internacionalizado das empresas: as transnacionais, grupos empresariais ou em nível comunitário-regional, pois não implica em recentralização.⁸¹⁵ Pelo contrário, quanto maior o âmbito transnacional da empresa, maiores são as dificuldades de se negociar fora dela e de se encontrar entes dos trabalhadores com representatividade específica para negociar. A propósito, as iniciativas a respeito demonstram bem essa constatação: o caso da negociação coletiva exitosa no âmbito do Mercosul foi o de uma única empresa transnacional (supra, 7.4.3.2) – Volkswagen – e os acordos Marco Internacionais ou Marco Globais, quase todos negociados e efetivados em nível de empresa transnacional (*Supra*, 7.3). Exemplos emblemáticos dessa mudança no eixo da representação coletiva internacional são os Conselhos de Empresa Europeus (CEEs) e os Conselhos de Empresas Mundiais (CEMs), que se traduzem na “[...] expressão mais avançada de um internacionalismo operário ao nível da empresa”.⁸¹⁶

Nesse ponto, reside o grande salto epistemológico da negociação coletiva transnacional: o de passar a ter a função de atuar como instrumento de gestão participativa dos trabalhadores na empresa.⁸¹⁷ A negociação, processando-se no âmbito da empresa, deixa de se dirigir apenas ao trabalhador, enquanto categoria profissional, e passa a se direcionar ao trabalho, envolvendo todos os que participam, direta ou indiretamente, da atividade empresarial, com os valores e objetivos da empresa.

⁸¹³ BENITES, FA. Intervencionismo estatal e modelo sindical. *Revista democracia e mundo do trabalho*, n. 3, Porto Alegre: 2001, p. 69-67.

⁸¹⁴ Cf. sobre o tema da representação direta por Comissão da Empresa: BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical. Op. cit.*, p. 324-357. Contra: entendendo que o futuro do movimento sindical é o da sua internacionalização: SOUSA SANTOS, Boaventura; COSTA, Hermes Augusto. Para ampliar o cânone do internacionalismo operário, SANTOS, Boaventura de Sousa [et. al.] *Trabalhar o mundo. Os caminhos do novo internacionalismo operário*. Porto: Edições Afrontamento, 2004, *passim*.

⁸¹⁵ Contra: SUPIOT, Alain.[et. al.] *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa. Op. cit.*, p. 166-167.

⁸¹⁶ SOUSA SANTOS, Boaventura de; COSTA, Hermes Augusto. *Introdução: para ampliar o cânone do internacionalismo operário. Op. cit.*, p. 23. Acesso em: 27 out. 2014.

⁸¹⁷ SUPIOT, Alain.[et. al.] *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa. Op. cit.*, p. 154.

Portanto, no contexto da superação da função tradicional de instituição de novas condições de trabalho, “*quatro novas funções são incorporadas à negociação coletiva: a de flexibilização, de instrumento de gestão da empresa, de especificação da aplicação do imperativo legal e a função legislativa.*”⁸¹⁸ A flexibilização aqui, não com a forte carga ideológica que o termo carrega,⁸¹⁹ mas no sentido de “*adaptação das regras trabalhistas à nova realidade das relações de trabalho, que permite, e muitas vezes exige, um reordenamento do sistema jurídico, não necessariamente no sentido de diminuição de direitos ou de exclusão de regras positivadas, mas no sentido de regular, de modo diferente, as relações de trabalho.*”⁸²⁰

No caso específico do Mercosul, devem ser adicionados: a consciência do integracionismo; o gradualismo, que é da essência de qualquer processo de integração;⁸²¹ e a ética como paradigma de conduta dos administradores no *corporate governance* empresarial.⁸²²

Essa é a perspectiva para a negociação coletiva transnacional no bloco regional sul.

A análise ontológica da nova morfologia ou dos novos sentidos do trabalho, a partir das consequências da internacionalização dos métodos de produção, da mundialização da economia e seus reflexos na atividade empresarial, faz-nos crer que, embora não tenha o trabalho perdido a sua centralidade social, nem ficado à margem do contexto contemporâneo de sociabilidade e de referência de valor nas estruturas capitalistas avançadas, mudou, sensivelmente.

Assim, não obstante se diga que o Direito do Trabalho tenha, como se demonstrou ao longo da história, ampla capacidade de ajustar-se como figura de “*variável*” ao mercado de trabalho – daí a profusão, a instabilidade e a opacidade de seus textos e normas⁸²³ –, não terá a condição, a partir de normas de produção estatal, de mudar os seus conceitos, de reelaborar os seus princípios, para compatibilizá-los às mudanças. No plano transnacional e no caso específico do Mercosul, pela inserção das chamadas “cláusulas sociais” nos contratos

⁸¹⁸ *Id.*, p. 154.

⁸¹⁹ Confundindo-se com outra coisa, que é a desregulamentação. Assim, expressamente: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 139.

⁸²⁰ *Loc. cit.*

⁸²¹ E do próprio Tratado de Assunção: CHIARELLI, Carlos Alberto. *Integração: direito e poder – Mercosul e Mercado Comum Europeu*. São Paulo, LTr, 1992, p.50-51.

⁸²² MONTALENTI, Paolo. Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione. *Rivista Trimestrale di diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, junho-2012, p. 401.

⁸²³ JEAMMAUD, Antoine; FRAGALE FILHO, Roberto; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. *Trabalho, cidadania e magistratura*. *Op. cit.*, p. 13.

comerciais internacionais, pela aplicação do art. 13 da Declaração Sociolaboral e seguindo movimento universal, a partir das iniciativas da Organização Internacional do Trabalho.⁸²⁴ E encontra na negociação coletiva ambiente processualmente demarcado para a institucionalização de procedimentos argumentativos (racionalidade comunicativa), como pressuposto da democracia participativa na criação do direito do trabalho autoproduzido: a legitimação como um processo de produção do consenso por meio do discurso.⁸²⁵

Portanto, o discurso processualizado pode acessar os trabalhadores na governança empresarial, oportunizando a instituição de um ponto de equilíbrio entre os interesses dos *shareholders* (acionistas, cotistas, titulares do empreendimento)⁸²⁶ e dos *stakeholders* (os portadores de outros interesses, sobretudo os trabalhadores).⁸²⁷ Cria, assim, uma nova estrutura para a negociação coletiva: a da promoção da eficácia do processo, inevitável, por meio da inovação das regras do trabalho, formais e substanciais.⁸²⁸

7.5 A convenção coletiva transnacional e seu enquadramento na ordem jurídica nacional

No exame do fenômeno “globalização”, viu-se que este produziu um ambiente volátil, com ordens jurídicas multivalentes e, na ausência do espaço dos lugares – da circunscrição territorial estatal –, o espaço dos fluxos teve o efeito de gerar a produção da *soft law*, que são técnicas regulatórias adaptáveis às flutuações do mercado e aos interesses do capital internacional e que têm sua *ratio* fundante nas negociações coletivas, das quais os acordos marco internacionais são exemplos mencionados (*supra*, 7.3).

⁸²⁴ SOARES FILHO, José. *Integração regional sul-americana*. Op. cit. p. 159.

⁸²⁵ Alberto Febbrajo, citando Habermas. FEBBRAJO, Alberto. Legitimazione e teoria del sistemi. *Sociologia del diritto*, Milano, n. XI, 1984, p. 28.

⁸²⁶ Inclusive os empregados que detêm essa condição.

⁸²⁷ BALANDI, Gian Guido. Governance e diritto del lavoro. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè dicembre-2011, p. 120 e 128. Para Guilherme Dray: “O tema em apreço centra-se, de resto, na ideia proveniente deste país nos anos 80 do século XX, de que o grande objetivo do governo das sociedades, mais do que ser o da simples obtenção de valor para o acionista (*Shareholder value*), deve ser o de obter valor para os *stakeholders* em geral. Nesta perspectiva, a administração das empresas deve preocupar-se, também, para além dos sócios ou acionistas da mesma, com a produção de riqueza suscetível de ser distribuída também por todos aqueles que se relacionam com a empresa, nomeadamente os trabalhadores, os fornecedores, a comunidade local, os credores e, em última instância o próprio Estado (*Stakeholder value*). DRAY, Guilherme. *A influência dos Estados Unidos da América na afirmação do princípio da igualdade no emprego nos países da lusofonia*. Op. cit., p. 71.

⁸²⁸ MARIUCCI, Luigi. La crise della governance nel diritto del lavoro. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, dezembro-2011, p. 136.

O que procuraremos demonstrar, sinteticamente, é como o conteúdo da negociação coletiva transnacional vai inserir-se na ordem jurídica interna, o que se fará apenas na perspectiva do caso brasileiro.

Demonstramos que a nossa ordem jurídica é aberta ao direito internacional e que aquelas normas convencionais relacionadas com a efetivação dos direitos humanos ocupam um *status* de supralegalidade, inclusive aquelas relacionadas com a proteção ao trabalhador e incentivo à negociação coletiva, como as da OIT.⁸²⁹

Isso é um ponto importante, mas não basta, pois inexiste internamente um modelo específico de integração desses instrumentos transnacionais de negociação coletiva, nem mesmo a nível do bloco Mercosul, considerando que até mesmo as convenções coletivas internas padecem de limitações infraconstitucionais, como, *v. g.*, a respeito da representatividade (*supra*, 2.2), em nível territorial (*supra*, 5.5.2.1) e temporal (*supra*, 5.5.2.2).

O mais relevante é que o sistema constitucional brasileiro, como já dito, consagra o da negociação coletiva e, o mais importante, proclama a autonomia privada coletiva, alçando-a ao *status* de supralegalidade: CF, art.7º, VI, XIII, XIV, XXVI, e 8º, VI e, mais especificamente, na CLT, sob o pálio da Lei n. 13.467/2017, que introduziu o § 3º ao art. 8º.

Então, a conjugação da: (a) receptividade constitucional ao direito internacional, inclusive o que incentiva à negociação coletiva; e (b) a colocação das normas autoproduzidas em negociação coletiva a nível hierarquicamente superior às de produção estatal, leva ao reconhecimento e recepção interna dos instrumentos da negociação coletiva transnacional. Assim, “*a simples manifestação volitiva dos atores não estatais é capaz de gerar os efeitos impositivos dos ajustes privados dentro de sua abrangência de representação, quer na categoria ou na empresa participante*”.⁸³⁰ No nível da empresa, em negociação direta, como proposto (*supra*, 2.3), não só é mais viável o próprio processo negocial, pela desnecessidade de representação empresarial mas, principalmente, a própria recepção interna do objeto pactuado, que pode transformar-se em regulamento empresarial multinacional.

Sabendo-se que as diferenças entre os instrumentos da negociação coletiva transnacional (inclusive os acordos Marco Internacionais) e os da nacional (convenções e

⁸²⁹ Sobre a integração das normas da OIT no Brasil, ver: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 79, n. 3, jul/set. 2013, pp. 233-254.

⁸³⁰ CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Contrato coletivo de trabalho transnacional*. *Op. cit.*, p. 222.

acordos coletivos) residem exclusivamente no local da celebração e na tipologia dos sujeitos estipulantes, conclui-se que todos têm a mesma fonte direta: a manifestação de vontade dos sujeitos da negociação.

Então, reconhecer os instrumentos das negociações coletivas transnacionais significa tão somente o reconhecimento da mesma autonomia privada coletiva, recepcionando-a internamente, quando manifestada externamente. Portanto, a “*recepção dos contratos coletivos transnacionais, dentro desta perspectiva, limitar-se-ia ao reconhecimento da existência de manifestação de vontade de atores privados, a partir de referenciais não nacionais*”.⁸³¹

Tratando-se de “recepção orgânica” de instrumentos da negociação coletiva transnacional, com fundamento na autonomia privada coletiva, o condicionante seria uma verificação e certificação do pleno exercício da manifestação livre e soberana da vontade dos sujeitos da negociação, bem como a representatividade adequada destes, e desde que suas normas respeitem o chamado “núcleo rígido indisponível” da Constituição (*infra*, 8.4).⁸³²

⁸³¹ Loc. cit.

⁸³² Para Wolney de Macedo Cordeiro, além disso, outro condicionante seria “a garantia de um conteúdo adicional de direitos sociais.” *Id.*, p. 223. Não nos parece, contudo, que a recepção interna do conteúdo eficaz dos instrumentos da negociação coletiva transnacional deva ter como condição a de se estatuir normas mais benéficas ao empregado do que as nacionais, pois a proteção constitucional brasileira é à autonomia privada coletiva, que se sobrepõe ao princípio da condição mais benéfica ao trabalhador, desde que respeitado o “núcleo rígido indisponível”: CF, art.7º, VI, XIII, XIV, XXVI, e 8º, VI e CLT, art. 8º, § 3º.

8 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO FONTE (DEMOCRÁTICA) DE AUTOPRODUÇÃO NORMATIVA

A construção de direitos e garantias, na ideia de Häberle⁸³³, deve ser de forma a implantar e potencializar meios de participação direta do cidadão, em máxima extensão possível da interpretação constitucional de democracia participativa e ao fim e ao cabo do modelo, falido, de democracia representativa, inclusive a sindical.

A questão central das fontes normativas do direito, portanto, é a de que são indispensáveis modelos participativos nos respectivos processos criativos, que permitam uma interligação aos processos políticos dominantes e que, socialmente, possam responder às exigências de implementação de condições de igualdade e oportunidade.⁸³⁴

Nesses termos, o pressuposto da democracia participativa no processo de criação do direito, como forma de outorgar-lhe legitimidade, está na ordem do dia.

Na perspectiva da (anômala) criação judicial do direito, hoje enormemente difundida nas ações coletivas e na chamada jurisdição constitucional, em razão do descrédito generalizado quanto ao o modelo de democracia representativa do Executivo e dos parlamentos, o que se tem, em viés discursivo, de um lado, é o deficit de representatividade democrática dos membros da magistratura – notadamente nos países de *civil law*, como o Brasil – e, de outro, a confrontação das concepções substancialista e procedimentalista de jurisdição, pois, para aqueles que buscam a construção de um modelo de legitimidade para a criação judiciária do direito, este adviria de um diálogo com dois caminhos: (a) a aceitação de valores formais-procedimentais ‘abertos’ na Constituição, com a processualização de seus conteúdos; e (b) a concretização de direitos fundamentais por uma atividade hermenêutica concretizante da normatividade constitucional. Essa legitimidade na criação judiciária vincular-se-ia à hermenêutica de concreção de valores constitucionais: se democratizante e processualista, inclinar-se-ia mais para uma ideia de jurisdição procedimental; se axiológica e ativista-concretista, inclinar-se-ia para a ideia de uma jurisdição substancialista.⁸³⁵

⁸³³ HÄBERLE, Peter. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 38.

⁸³⁴ LIMA, Newton de Oliveira. *Substancialismo versus procedimentalismo*: discussões sobre a legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

⁸³⁵ Loc. cit.

No Brasil, tem-se dito, há décadas, que não cabe mais ao Estado a liderança das relações sociais na sociedade contemporânea, cabendo aos atores não estatais, trabalhadores e empresários o salto de meros figurantes para protagonistas principais na criação de um novo contrato social que, na área específica das relações entre o capital e o trabalho, “*ampara-se sobre o instituto da negociação coletiva*”.⁸³⁶ Tanto que o fez a Constituição Federal, ao consagrar a autorregulamentação, no art. 7º, XIII, XIV e XXVI, autorizando, “*assim, a possibilidade de equiparação da positividade da convenção coletiva de trabalho e do acordo coletivo de trabalho às fontes jurídicas com origem na atuação legislativa*”,⁸³⁷ e, “*em atividade exegética, é possível inferir-se que as permissões constitucionais têm como instrumento único os convênios coletivos e não a lei*”.⁸³⁸

Assim, a partir da premissa inicial de que o núcleo legitimador do direito está na democracia participativa, no presente capítulo examinar-se-á a negociação coletiva, exemplo eloquente da autorregulamentação,⁸³⁹ tanto como via de acesso a trabalhadores e empregadores à ação comunicativa e discursiva (*medium linguistico*),⁸⁴⁰ em prática intersubjetiva na construção de legítimas e estruturantes saídas para as crises entre o capital e o trabalho – na condição que lhe foi atribuída no histórico precedente do Tribunal Superior do Trabalho (DC n. 309/2009)⁸⁴¹ –, quanto na feição de instrumento para a procedimentalização na criação democrática do direito do trabalho, como forma de conferir-lhe legitimidade: uma proposta de democracia deliberativa processualmente demarcada em relação triádica: discurso – inclusão – processo.

8.1 As fontes estatais do direito e a (i)legitimidade normativa

⁸³⁶ Artigo do então Ministro do Trabalho. PAIVA, Paulo. Por um novo contrato social. Aproxima-se o momento da consagração do pluralismo como elemento básico da liberdade. *Folha de São Paulo*. São Paulo: Editoria Dinheiro: 13.07.95, p. 2.

⁸³⁷ PEDRASSANI, José Pedro. *Supralegalidade dos convênios coletivos*. São Paulo: LTr, 2014, p.111.

⁸³⁸ Loc. cit.

⁸³⁹ ALMEIDA, Renato Rua de. Negociação coletiva e boa-fé objetiva. *Revista LTr*, São Paulo, abr. 2010, p. 393; e CARNEIRO FILHO, Roberto. Dos fundamentos de validade das normas jurídicas trabalhistas negociadas coletivamente. *Revista LTr*, São Paulo, nov. 2009, p. 1333.

⁸⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p. 53.

⁸⁴¹ Como instrumento para a processualização do despedimento coletivo. Seção de Dissídios Individuais N. TST-RODC-309/2009-000-15-00.4, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado. *Revista LTr*, São Paulo, 2009, p. 1.105-1.125.

A questão está em como o Estado Democrático de Direito, enquanto âmbito jurídico de dimensão espaço-temporal e multicultural,⁸⁴² pode assegurar meios de participação dos destinatários da normatividade formal, conferindo-lhe legitimidade substancial.

As críticas, que estão sendo confirmadas definitivamente, vertem no sentido de que a normatividade de fonte formal estatal advém de uma sociedade ainda de tradição e autoridade com fundamentos na ótica weberiana,⁸⁴³ habilidosa e eficiente na implementação de uma pauta própria de valores, secular, repetitiva e alienante na persecução da exclusão de qualquer tipo de democracia participativa.⁸⁴⁴ Assim, o que se pretende, nos limites da proposta da tese, é uma compreensão da falibilidade do Estado na implementação de um conteúdo normativo com base teórica em razões discursivas e democráticas, dissociado da simples “confiança antropológica nas tradições”⁸⁴⁵ e na autoridade, que constituem a base para o alcance e a manutenção do poder.

Isso passa por uma abordagem pontual da mudança de eixo das correspondentes vias de produção normativa, a partir da crise da democracia representativa do legislativo e do deficit de representatividade democrática do judiciário.

8.1.1 A crise da democracia representativa

O tema é vasto. Aqui, será tratado apenas na perspectiva brasileira, que ostenta um modelo de representação política jungido a práticas norteadas pelo poder econômico e que, hoje, está sendo descortinado à luz de vários e incontáveis escândalos envolvendo desvios de verbas públicas.

⁸⁴² HABERMAS, Jürgen. *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. TAYLOR, Charles [et. al.], Princeton: Princeton University Press, 1994, p. 107-148.

⁸⁴³ “Dentro da ótica weberiana, falar em legitimidade é referir-se a *razões de obediência* (por Weber entendidas como ‘motivos de justificação interior’), a um comando dirigido aos dominados.” CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006, p. 121.

⁸⁴⁴ Para Rosemiro Pereira Leal: “O Estado é o mito que, por ensino de vários pensadores (Hobbes, Hegel, Cassirer, Leowenstein), foi criado como aparelho imprescindível (instituição) de unificação pressuposta das vontades a possibilitar a naturalização (ontificação) do imaginário-fantástico das multidões a serviço das reinações dos estadistas (líderes carismáticos), dos soberanos, monarcas, chefes tribais. Embora se afirme que o Estado, tal qual atualmente se pode conceituar, é obra do séc. XVI, a soberania lhe precede numa mitologia secular de opaca inerência humana que vai do subjetivo ao coletivo e que tem impregnações dirigentes nas legislações atuais.” LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 21.

⁸⁴⁵ CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 246.

Uma das raízes dessa crise reside no nosso (falso) federalismo, que centraliza quase toda competência legislativa na União, atribuída, em larga escala, ao autoritarismo das “democracias formais e constitucionais”, que tomaram conta da América Latina na década de noventa, quase todas com base em modelos neoliberais: os neo-autoritarismos ou neo-presidencialismos autoritários.⁸⁴⁶

Acrescente-se a isso o modelo de representação parlamentar, que recruta deputados pelo voto proporcional, abrindo as portas para a influência do poder econômico nas campanhas, nas quais se vende “[...] *um representante como se vende um sabão em pó. Quem fabricar melhor seu representante, tiver mais dinheiro para contratar uma boa empresa de ‘marketing’ e conseguir muito tempo de mídia, conquista e mantém o poder*”.⁸⁴⁷

Nesse ambiente é que são criadas condições de plausibilidade para os “líderes dos parlamentos”, verdadeiros manipuladores de valores que se opõem às discussões essencialmente inclusivas, apresentando, pelo contrário, decisões bem ao estilo schmittiano de democracia.⁸⁴⁸ Um ambiente em que não estão presentes os elementos indispensáveis a uma legítima democracia representativa, entendendo-se esta como a que seja permeada pela total independência do representante, pelo sufrágio restrito, pela essência do chamado “mandato representativo” ou “mandato livre”, pela (verdadeira) separação dos poderes, pela publicidade e pelo livre debate no plenário das assembleias.⁸⁴⁹

Pelo contrário. Assiste-se, no parlamento brasileiro, a um jogo midiático em que poucos parlamentares “decidem”, cunhados de “alto clero”, e muitos “assistem”, tidos como do “baixo clero”, estes completamente à margem do indispensável debate parlamentar e das decisões parlamentares relevantes. E, mesmo entre os juristas, não há, sequer, a preocupação em se saber “[...] *se o corpo de legisladores é apto a compreender os diversos paradigmas*

⁸⁴⁶ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo*. São Paulo: Max Limonad, 1998, *passim*.

⁸⁴⁷ Não só no Brasil. “Nos Estados Unidos, um Senador democrata gastou 60 milhões de dólares para se eleger nas eleições de 2000. Nos EUA o salário de um Senador é de 150.000 dólares ano, para um mandato de seis anos. Quais interesses sustentam este Senador? Quem ele representa? O povo? Hoje se sabe que na ‘grande democracia do norte’, só tem chance de chegar ao poder quem tem atrás de si os milhões de dólares das megacorporações da indústria armamentista, da indústria de tabaco, da indústria farmacêutica e outras.” MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *A crise da democracia representativa: o paradoxo do fim da modernidade*. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 31 ago. 2015. Cf. PALAST, Gregory. *A melhor democracia que o dinheiro pode comprar*. 2. ed. Tradução: Patrícia de Cia. São Paulo: Francis, 2004.

⁸⁴⁸ Em leitura de Carl Schmitt, Maria Regina Felicíssimo aponta que, de acordo com a sua tese de teoria política, às decisões dos representantes do Estado se sobrepõem às discussões. Cf. FELICISSIMO, Márcia Regina. *O Conceito de representação política na teoria de Carl Schmitt*, Belo Horizonte, 2001, UFMG, p. 31.

⁸⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006; *Teoria da Democracia Participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

teóricos que a lei pode assumir nos diferentes modelos de democracia (se seguidas as cogitações de Habermas): liberal, republicada, procedimentalista (proceduralista)[...].⁸⁵⁰

Até mesmo a chamada “Lei da Ficha Limpa”, de iniciativa popular, é tida como “lei para inglês ver”, pois veio a instrumentalizar aquilo que os parlamentares deveriam ter feito por iniciativa própria e não fizeram, ou seja, “*fez o que deveria ser obrigação regimental dos partidos políticos, negar legenda a criminosos*”.⁸⁵¹

Nesse quadro, a situação que se apresenta é a de “[...] *retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva*”.⁸⁵² E o resultado é a judicialização dos grandes temas, inclusive mediante o exercício de uma jurisdição criativa de direitos, “[...] *com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade*”.⁸⁵³

Como dito por Habermas, se na cena política ainda se encontra o enfrentamento de alguns atores que discutem sobre alguns fins e distribuição de bens coletivos, somente nos tribunais há o discurso jurídico, em que são postos e debatidos os direitos individuais heterogêneos e multiculturais.⁸⁵⁴

8.1.2 O deficit de representatividade democrática do judiciário

É bem factível que “[...] *desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular*”.⁸⁵⁵

⁸⁵⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática. Op. cit.*, p. 86.

⁸⁵¹ KLEIN, Antônio Carlos. Os partidos políticos e o paradoxo da democracia representativa. *Revista Latino-americana de direitos constitucionais*. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha: dezembro-2014, p. 384.

⁸⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br>>, p. 6. Acesso em: 01 set. 2015.

⁸⁵³ Luís Roberto Barroso aponta casuas: a) a redemocratização do país; b) a constitucionalização abrangente; e c) o sistema brasileiro de constitucionalidade. *Ibid.*, p. 3-4; Cf. BRUTI LIBERATI, Edmondo. *Il governo dei giudici e i giudici del governo. Autorità e crisi dei poteri*. Milano: Cedam, 2012, *passim*.

⁸⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. La luta por el reconocimiento em el Estado Democrático del Derecho. In: TAYLOR, Charles [et. al.], *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. 2. ed. México: FCE, 2009, p. 156.

⁸⁵⁵ “Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da

No Brasil, esse avanço do Judiciário, que não tem participação no processo legislativo, em esferas típicas de atuação dos outros poderes, “[...] é especial, pela extensão e pelo volume”.⁸⁵⁶

Embora se diga que “[...] o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo”⁸⁵⁷ e reconheça-se o deficit da representatividade democrática dos membros da magistratura brasileira, recrutados por quase um único critério, que vem a ser o da capacidade intelectual aferida em concurso público, o fato é que o Judiciário está a decidir conflitos, não mais apenas pela aplicação do direito, mas verdadeiramente pela criação dele, “em inexorável dimensão política”.⁸⁵⁸

E isso não ocorre, apenas, na chamada jurisdição constitucional a cargo do Supremo Tribunal Federal. Entre nós, há uma jurisdição criativa de direitos em pleno vigor há anos, v. g., na tutela processual coletiva (ações populares, civis públicas, de improbidade, de cumprimento de convenções coletivas, dissídios coletivos), no âmbito da qual há regulação de comportamentos⁸⁵⁹ e reconhecimento de identidades, no fenômeno tão amplamente difundido como a judicialização da política e das relações sociais.⁸⁶⁰ Pouco se percebeu, na jurisdição civil, que, quando se proíbe o fumo em aeronaves e em aeroportos; determina-se a abertura de vagas em instituições de ensino; ou, em hospitais, a distribuição de medicamentos, tutelam-se conflitos de interesses sociais coletivos.⁸⁶¹ Até mediante o controle de políticas públicas, está-

Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.” BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Op. cit.*, p. 1-2.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, p. 2.

⁸⁵⁷ *Id.*, p. 18.

⁸⁵⁸ *Loc. cit.* Para José Guilherme de Souza: “[...] a neutralidade ideológica do judiciário deve ser entendida como uma falácia.” *A criação judicial do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 81; Cf. BRUTI LIBERATI, Edmondo. *Potere e giustizia*. In: *Governo dei giudici*. La magistratura tra diritto e politica. Milano: Feltrinelli, 1996, *passim*. Para Thamy Pogrebinski, entretanto, enfrentando o caso brasileiro, é “muito inexpressivo o total de decisões que declararam a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso Nacional” e, negando o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal em confronto com a atividade legislativa do Congresso Nacional, conclui que aquela Corte não ocupa “um vácuo normativo deixado pelo Poder Legislativo”. POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 10-11.

⁸⁵⁹ Pode-se citar apenas um exemplo, dentre tantos: a sentença publicamente notória, proferida em ação civil pública, que proíbe o fumo em aeronaves.

⁸⁶⁰ VIANNA, Luiz Werneck, CARVALHO, Maria Alice Resende, MELO, Manuel Palácios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 149; para Perfecto Andrés Ibáñez: “[...] a la 'politización de la judicialización.’” ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2007, p. 115.

⁸⁶¹ Estranhos ao dualismo sempre estabelecido entre interesse público e privado e que atendam a uma necessidade coletiva, de massa, referente a uma qualidade de vida e tendo um objeto comum e indivisível a

se a decidir para além da ordem jurídica infraconstitucional posta: decide-se não simplesmente pela interpretação e aplicação de normas, como se faz com os conflitos essencialmente jurídicos, mas pela criação delas, a exemplo do que se faz para a decisão dos conflitos econômicos ou de interesses trabalhistas nos dissídios coletivos.⁸⁶²

Na esfera trabalhista, isso é ainda mais factível, pois, a despeito de a EC 45/2004 ter tido a pretensão de restringir a jurisdição normativa (criativa de direitos), única até então prevista expressamente em todas as Constituições após a de 1946, condicionando-a ao comum acordo dos litigantes como pressuposto (processual objetivo) para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica (CF, art. 114, § 2º)⁸⁶³, é perceptível o poder normatizador do Tribunal Superior do Trabalho, inclusive mediante os seus Precedentes Normativos,⁸⁶⁴ e das ações civis públicas trabalhistas, também no antigo campo de atuação dos dissídios coletivos.⁸⁶⁵

O que se diz é que “a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”,⁸⁶⁶ e que “[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”,⁸⁶⁷ associado “[...] a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”, a partir da consagração da teoria da “vontade da

uma universalidade, categoria ou grupo. Expressamente: GRINOVER, Ada Pellegrini. Significato sociale, politico e giuridico della tutela degli delli interessi diffusi. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1999, p. 17-18.

⁸⁶² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris Editor, 1999, tradução José Carlos Barbosa Moreira e Sérgio Bermudes, *passim*; FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004, *passim*; JEAMMAUD, Antoine. Transformações do trabalho e seus reflexos nos tribunais. In: *Trabalho, cidadania e magistratura*, Rio de Janeiro, 2000, Edições Trabalhistas, p. 62; DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 98; BORGES, Jorge Luiz. Racionalidade e politicidade das decisões judiciais. In: MONTEIRO, Cláudia Servilha Monteiro (Coordenadora). *Temas de Filosofia do Direito*. Florianópolis: Ed. Fundação Boiteux, 2004, p. 65; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. In: MILARÉ, Édís. (Coord.) *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 129.

⁸⁶³ Onde a jurisdição normativa, dita criativa de direitos, sempre foi amplamente exercida por expressa autorização constitucional.

⁸⁶⁴ KAREN, Artur. *O novo poder normatizador do TST: dissídios individuais e atores coletivos*. São Paulo: LTr, 2012, p. 48-52.

⁸⁶⁵ MAIA FILHO, Paulo Américo. *A ação civil pública como via alternativa ao dissídio coletivo: a tutela jurisdicional normativa dos direitos sindical e de greve e das políticas públicas relativas aos servidores*. *Op. cit.*, pp. 155-177.

⁸⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Op. cit.*, p. 3-4.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, p. 6.

Constituição” (*Wille zur Verfassung*), de Hesse (1959),⁸⁶⁸ bem como da transformação do Estado tradicional e burocrático em Estado gestor, e de uma justiça tão somente legal e formal em justiça material, em razão da mudança do vetor hermenêutico do Judiciário para a práxis da norma constitucional, e não apenas para o seu conteúdo, na persecução da efetivação dos direitos fundamentais fundada no humanismo.⁸⁶⁹

Mas essa interpretação constitucional compromissária e diretiva – que impõe tarefas, altera a teoria das fontes em que se sustentava o positivismo e permite a invasão da filosofia pela linguagem⁸⁷⁰ a partir da hermenêutica (giro ontológico) – não abre espaços para que a justiça constitucional seja o espelho dos valores dos membros da magistratura.⁸⁷¹

Assim, seja na adoção de uma postura procedimentalista (Habermas,⁸⁷² Garapon,⁸⁷³ Luhmann⁸⁷⁴), que vislumbra a Constituição enquanto garantia de procedimentos para a realização do direito, seja na de uma substancialista, que prega a possibilidade de se obter da Constituição meios de transformações sociais (Bonavides,⁸⁷⁵ Miranda,⁸⁷⁶ Streck⁸⁷⁷), é de se dizer que a criação do direito não pode ser, última *ratio*, atributo do solipsismo judicial (*Selbstsüchtiger*).⁸⁷⁸

A partir das teorias discursivas do Estado democrático de direito (Habermas⁸⁷⁹), do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari⁸⁸⁰), da legitimação pelo

⁸⁶⁸ HESSE, Konrad, MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo II, 3. ed., Coimbra: Ed. Coimbra, 1996, p. 546. *Die Normative Kraft der Verfassung. A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, *passim*.

⁸⁶⁹ GARCIA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporâneo*. 2. ed. Madrid: Alianza, 1985, p. 14.

⁸⁷⁰ CARDOSO, Benjamin. *A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale*. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, Palestra 1: “O método da filosofia”, pp. 1-33.

⁸⁷¹ HOMMERDING, Alberto Narciso. Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil. Prefácio de Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Nalini, entretanto, invocando um protagonismo judicial estruturante, sustenta que a Constituição é “[...] o que os juízes dizem que ela é”. NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millenium, 2002, p. 254.

⁸⁷² HABERMANS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. 2, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, pp. 9-42.

⁸⁷³ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Do original: *Lê gardien des promesses*. Tradução de Maria Luiza Carvalho. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2000, 272.

⁸⁷⁴ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, *passim*.

⁸⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 506.

⁸⁷⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II, 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996, p. 546.

⁸⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 319.

⁸⁷⁸ LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 110. Para o autor: “[...] por juízes magnânimos, produtores de respostas, cuja legitimidade ora se remete às próprias origens de formação ou de justificação do Estado.” *Op. cit.*, p. 26.

⁸⁷⁹ HABERMANS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. v. 2, *Op. cit.*, pp. 9-42.

⁸⁸⁰ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 7. ed. Padova: Cedam, 1994, pp. 73-90.

procedimento (Luhmann⁸⁸¹) e do processo justo (Greco⁸⁸²), a legitimidade da decisão, notadamente da criativa (de direitos), só poderia ser encontrada se democraticamente construída por todos os sujeitos da relação processual, a partir de um contraditório participativo.⁸⁸³

A jurisdição, entretanto, desenvolve-se como instrumento do exercício do “poder” dos juízes,⁸⁸⁴ sendo recorrentes as invocações quanto à: (a) necessidade de eliminação de faculdades processuais por alterações normativas infraconstitucionais ou até mesmo por opção “arbitrária” do “führer” da relação processual, da qual as partes seriam simples “colaboradoras” ou até mesmo “embaraçadoras” da prestação jurisdicional; (b) visão “iluminada” do julgador, a quem se confere o poder supremo de descobrir e decidir a respeito dos valores da sociedade, inclusive para além da ordem jurídica, seja material ou processual, criando-a ou suprimindo-a.⁸⁸⁵

Essa outorga dos mais amplos e (quase) ilimitados poderes ao juiz é exponencialmente crescente, inclusive não só para a “criação” do direito, mas para a “criação” do seu próprio processo (procedimento, *iter* procedimental), sob o pretexto de adaptá-lo às particularidades do caso concreto em nome da celeridade e da efetividade, a exemplo do que se fez no Brasil, com o novo CPC;⁸⁸⁶ na Alemanha, com o *Zivilprozessordnung* de 2001;⁸⁸⁷ na Inglaterra;⁸⁸⁸ na França;⁸⁸⁹ e na Itália.⁸⁹⁰

⁸⁸¹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, *passim*.

⁸⁸² Greco construiu a teoria do processo justo ou de um justo procedimento, apoiando-se no art. 111 da Constituição italiana, no art. 6º, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, e nas disposições IV a XI, da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 225-286.

⁸⁸³ Aqui entendido como o núcleo legitimador do discurso argumentativo da decisão e como resultado do seu percurso construtivo a partir dos argumentos circulantes (tese e antítese) de todos os sujeitos do processo. GENTILE, Aurelio. “Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Anno LXIII, n. 2, giu. 2009, pp. 752-753. Na doutrina processual brasileira: LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 27.

⁸⁸⁴ É assim tanto na jurisdição de CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. v. 1. Campinas: Bookseller, 2002, p. 58 e 254, quanto na de DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002., pp. 68-69 e 92-109, especialmente p. 93.

⁸⁸⁵ LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. *Op. cit.*, p. 24.

⁸⁸⁶ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as *disposições* deste Código, incumbindo-lhe: VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

⁸⁸⁷ Concedendo os mais amplos e (quase) ilimitados poderes de condução e instrução do processo ao “führer” da relação processual: o juiz. “Art. 39, Richterliche Aufklarungs und Hinweispflicht.” CAPONE, Remo. Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001. *Rivista di diritto civile*, Padova, I, 2006, p. 543.

É nesse ambiente de ruptura com o processo, que a lei, e não o juiz, deve estabelecer que se criam direitos e determina-se, no plano da jurisdição, a instalação do “estado de exceção schmittiano”, centrado na utilização de meios “extraconstitucionais” e na obsessão de se decidir rapidamente um conflito ou de emprestar efetividade-celeridade a uma ilegítima decisão dita “soberana”.⁸⁹¹

Alude-se a Schmitt – que desconsiderava os direitos individuais, atribuindo-os ao liberalismo, ao centrar sua tese de teoria política no Estado, tido por ele como a única e verdadeira fonte de “autoridade” – exatamente porque é isso que se faz ao outorgar-se todos os poderes ao “führer” da relação processual, permitindo-o, além de criar direitos substanciais, também criar, flexibilizar ou relativizar direitos processuais do jurisdicionado-cidadão, notadamente dos réus, centrando-se na tese de um único núcleo de autoridade: o do Estado-juiz.

Se em Schmitt, como dito por Habermas,⁸⁹² “*a democracia, privada do seu elemento central, a discussão, reduz-se a uma simples aclamação das massas reunidas*”, na ideia instrumental-processual brasileira (e estrangeira), a jurisdição – também expurgada a atuação procedimentalmente discursiva dos envolvidos em conflito,⁸⁹³ em ambiente seguro do respeito ao devido processo legal e não judicial (criado casuisticamente por um só dos sujeitos da relação processual: o juiz)⁸⁹⁴ – reduz-se a instrumento autoritário e antidemocrático de

⁸⁸⁸ Com o case management inglês, também prevê o estabelecimento de regras processuais casuísticas, estabelecidas em virtude das particularidades do conflito, inclusive do valor envolvido (*fast track*, *track*, ou *multi track*), compreendendo uma fase pre trail, ou pre-actions-protocols, que permite ao juiz inglês determinar às partes que apresentem suas provas antecipadamente, na operação tecnicamente denominada *disclosure*. GALLI FONSECA, Elena Zuccone. Il calendario del processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 2012, p. 1404-1405.

⁸⁸⁹ No sistema francês, também é do juiz a escolha do modelo processual a seguir, com a diferença de que se permite às partes uma “contratação” a respeito (*contrat de procedure*). *Ibid.* p. 1403.

⁸⁹⁰ Que optou por outorgar amplos poderes ao juiz que, entretanto, deverá fixar um calendário para o estabelecimento dos atos processuais, inclusive para a colheita de prova. *Ibid.* p. 1405.

⁸⁹¹ SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Madrid: Revista de Occidente, 1968, pp. 194-195.

⁸⁹² HABERMAS, Jürgen. Le besoin d’une continuité allemande: Carl Schmitt dans l’histoire des idées politiques de la RFA. *Revue Les Temps Modernes*, Paris, n. 575, juin. 1994, p. 130.

⁸⁹³ LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. *Op. cit.*, p. 20.

⁸⁹⁴ O insuperável Calmon de Passos advertia: “Como acentua Przewoski, a democracia não é nem mesmo, em termos radicais, o poder do povo, a transferência de soberania ao povo, abatido o Príncipe, mas, sim, a destruição de qualquer Príncipe, qualquer Senhor ou Soberano, encarado o poder político pragmaticamente, como um sistema de negociações e de equilíbrios parciais e instáveis entre interesses e opostos. Falar-se de cidadania sem esses pressupostos é violentar-se a realidade, alienar para dominar, manipular ideologicamente com vistas a desmobilizar resistências e assegurar privilégios. Em termos de processo e de tutela jurisdicional, o que lhes empresta legitimidade não é o traduzirem-se em ato de poder (decisão do magistrado), sim em ato de um servidor que se desincumbe, com fidelidade, do que lhe foi deferido para servir, fidelidade que se objetiva e comprova com a obediência a quanto foi colocado como expectativa previamente formalizadas para a solução dos conflitos sociais, fidelidade a um justo que não é captado de

aclamação do poder da magistratura,⁸⁹⁵ cuja representatividade democrática é, apenas, simbólica,⁸⁹⁶ “[...] o que é preocupante, se recordarmos que os novos dominadores se pretendem legitimados sem o respaldo da vontade popular”.⁸⁹⁷

Em síntese, “[...] não assumindo a sua condição imanente de veículo dos substratos ideológicos que provêm do tecido social, o judiciário, mantendo-se pretensamente neutro, está, na verdade, aderindo à ideologia do poder”⁸⁹⁸ e inserindo-se na máquina de dominação, eis que “[...] a dominação estatal lato sensu passa por um processo de racionalização da obediência que resulta da manipulação ideológica do imaginário social”.⁸⁹⁹

8.2 Autoprodução normativa e legitimidade

Embora o tema legitimidade, enquanto fenômeno jurídico de dimensão universal, envolva múltiplas análises, em várias perspectivas, e não obtenha consenso,⁹⁰⁰ já estabelecemos como premissas que: (a) em termos gerais, na produção do direito, a

algo metafísico, religioso ou enraizado na tradição, valioso em si mesmo e por si mesmo, a ser revelado por este novo ‘homem sagrado’ da sociedade moderna, o magistrado, sim ao justo discursivamente definido pelos que participam da tarefa democrática de auto-regulação de sua convivência política, o que reclama sempre, e prioritariamente, o respeito às regras do jogo e a vinculação de todos ao devido processo legal (constitucional).” CALMON DE PASSOS, J. J. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, set-out. 1999. *Op. cit.*, pp. 30-35.

⁸⁹⁵ Contra, entendendo o Judiciário como parte importante do fluxo comunicativo que integra a democracia, DWORKIN, para quem: “Membros de minorias organizadas, teoricamente, têm mais a ganhar com a transferência [de poder para os juízes], pois o viés majoritário do legislativo funciona mais severamente contra eles, e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum. Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas.” DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 32; no mesmo sentido: RODOTÀ, Stefano. *Repertorio di fine di secolo*. Laterza: Roma-Bari, 1992, *passim*.

⁸⁹⁶ A propósito, Eros Grau: “Temo os juízes, ao depois, porque eles são escolhidos segundo critérios que procuram apurar a sua habilitação e qualificação não para o exercício da prudência (phrónesis), porém, para o exercício de uma técnica (tekné), o que decorre da circunstância de o direito ser visualizado exclusivamente como poiésis (= direito posto pelo Estado), e não como praxis social – perversão que seria superada ainda pelo conhecimento da força normativa dos princípios. Os juízes pretendem ser técnicos; e o são, em regra, a serviço nem ao menos da Justiça, mas de quem lhes dá emprego, o Estado. De técnicos se transformam, em regra, em burocratas [...]” GRAU, Eros Roberto. Quem tem medo dos juízes (na democracia)? *Revista Justiça e Democracia*, São Paulo, n. 1, 1996, p. 109.

⁸⁹⁷ CALMON DE PASSOS, J. J. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 106; BRUTI LIBERATI, Edmondo.

⁸⁹⁸ SOUZA, José Guilherme. *A criação judicial do direito*. *Op. cit.*, p. 84.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 84.

⁹⁰⁰ Para Luis Alberto Warat: “[...] o consenso sobre a legitimidade do poder é decorrência de um trabalho discursivo e que só é obtido quando, adequadamente, manipula-se as palavras[...]” WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1984, 2. ed., p. 8.

legitimidade somente será obtida mediante o exercício da (efetiva) democracia participativa (*supra*, 8.1); e (b) em termos específicos, há déficit de legitimidade na criação do direito de fonte estatal, seja a legislativa (*supra*, 8.1.1), seja a judiciária (*supra*, 8.1.2).

Neste ponto, o debate pontual que pretendemos suscitar em torno da legitimidade na criação do direito, como já anunciamos (*supra*, 8), busca pela abordagem crítico discursiva que constrói e desconstrói fundamentos, expõe a tensão entre a faticidade e a validade na ideia de Habermas, mas vai além do seu desenvolvimento no âmbito interno de uma sociedade plural e contraditória, com vínculos sócio-psíquico-discursivos relevantes,⁹⁰¹ para projetar-se externamente.

Se a legitimidade, em Schmitt, fundava-se na legalidade de um Estado-Nação, tinha como pressuposto a “homogeneidade substancial de todo o povo”, e ancorava-se em uma democracia fundada num “povo indivisivelmente homogêneo”,⁹⁰² entendendo-se como tal aquele que tem a mesma etnia, cultura, língua, território, história e destino comuns autodeterminados, algo que só artificialmente concebeu-se,⁹⁰³ hoje a diferença e o desacordo são os traços fundamentais da sociedade contemporânea, plural e multicultural.⁹⁰⁴

Além disso, esses contrastes se agudizam nos Estados que se reúnem em entidades supranacionais e, mais ainda, para os indivíduos ou grupos que integram a sociedade internacional da informação,⁹⁰⁵ e não pertencem ao “espaço dos lugares”, mas “ao espaço dos fluxos”; localizados numa jurisdição real ou imaginária (virtual) e cujas reivindicações, notadamente as trabalhistas, não são mais respondidas dentro da lógica do princípio territorial estatal.⁹⁰⁶

Exemplos são: os deslocamentos empresariais (*offshore factories*); os sistemas de inversão e de governança global, que determinam o valor do trabalho, quem trabalha e quem não; as redes de informação, os meios de comunicação globais e a cibertecnologia, que determinam quem está incluído nos circuitos de poder da comunicação, e quem não; a biopolítica do clima, das doenças, das armas e a biotecnologia, que determinam quem viverá

⁹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 25.

⁹⁰² SCHMIDT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão, Belo Horizonte: 2007, p. 61.

⁹⁰³ Como bem observado por Karl Popper em relação, v. g., ao Terceiro Reich. POPPER, Karl. *El mito del marco comum: em defensa de la ciencia y la racionalidad*. Barcelona: 1994, p. 182-183.

⁹⁰⁴ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. *Op. cit.*, p. 78.

⁹⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Do original *Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie*. São Paulo: Loyola, 3. ed., 2007, p. 127-148.

⁹⁰⁶ FRASIER, Nancy. *Escalas de justicia*. *Op. cit.*, p. 19-20.

muito tempo e quem morrerá jovem. Tudo isso, não mais pertence ao “espaço dos lugares”, mas ao “espaço dos fluxos”, pois não se localiza na circunscrição jurisdicional ou territorial de um estado.⁹⁰⁷

Nesse contexto, parece consolidar-se a tese de Habermas, no sentido de que “[...] *sob as condições das sociedades complexas, somente é possível uma democracia concebida a partir da teoria da comunicação*”⁹⁰⁸ em espaço, mesmo que virtual, deliberativo e inclusivo das diferenças racionalmente motivadas e com ofertas de teorizações capazes de viabilizar o convívio das múltiplas cosmovisões, encontrando saídas para as crises de cooperação.⁹⁰⁹

A sociedade, seja nacional multicultural, supranacional ou internacional da tecnologia da informação, “[...] *consciente de suas contingências, cada vez mais fica dependente de uma razão procedimental [...]*”⁹¹⁰ como fator de legitimação jurídica pelo procedimento e pela instituição da racionalidade comunicativa. Isso leva, necessariamente, à abertura no sentido argumentativo, a todos os partícipes, do processo democrático de criação do direito, implicando a própria supressão ou restrição das fontes de direito estatais, com a substituição destas por constantes procedimentos linguísticos argumentativos de institucionalização da linguagem jurídica.⁹¹¹

Embora Habermas sustente que o discurso não se aparta do poder⁹¹², a institucionalização de procedimentos argumentativos por uma democratização radical autossustentável, como proposto, leva a uma só via: a da autoprodução normativa, pois os

⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 22-25.

⁹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. “Uma conversa sobre questões da teoria política: entrevista de Jürgen Habermas a Mikael Carlehedem e René Gabriels”. Tradução de Marcos Nobre e Sérgio Costa. São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, 1997, p. 87.

⁹⁰⁹ Expressamente: “As instituições da democracia, geradas no âmbito da sociedade civil, tem grande impacto no aperfeiçoamento geral de toda a sociedade. Observe-se, por exemplo, o papel impressionante dos números e diversificados meios de comunicação de massa (entre os principais, televisão, internet, jornais e revistas, por exemplo)”. DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves [Et. al.]. *Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo: 2015, p. 24.

⁹¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. *Op. cit.*, v. 1, p. 12.

⁹¹¹ Dito por Lucas Borges de Carvalho: “A esse respeito, vimos que Habermas aposta na ampliação do processo democrático, que passa a incluir espaços públicos autônomos e informais, responsáveis por canalizar os diversos interesses sociais até o sistema político formal. Esta é, para o autor alemão, a única forma de qualificar o debate público e manter o poder administrativo sob o olhar firme da sociedade civil organizada.” CARVALHO, Lucas Borges de. *Jurisdição constitucional e democracia*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 169.

⁹¹² HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. 2. ed. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: 2003, p. 126.

destinatários são os únicos legitimados a testificar incessantemente a validade e a eficácia dos princípios.⁹¹³

Em síntese, o procedimento e a racionalidade comunicativa só legitimarão o direito produzido quando, por meio deles, os destinatários se reconhecerem autores da produção normativa.⁹¹⁴

8.3 A processualização do despedimento coletivo

Neste tópico, examinar-se-á a negociação coletiva enquanto via autorreguladora,⁹¹⁵ na condição que lhe foi atribuída no precedente do Tribunal Superior do Trabalho (DC n. 309/2009)⁹¹⁶, ou seja, como instrumento para a processualização do despedimento coletivo.

Não se fará propriamente um estudo de caso do aludido precedente judicial, mas utilizar-se-á dele como ponto de partida na adoção da premissa e tese nele consignada: da processualização do despedimento coletivo na negociação coletiva para, em prospecção fenomenológica, verificar: (a) do ponto de vista processual, sua natureza intrínseca de precedente judicial, na feição que o sistema *common law* confere aos precedentes, e como teria cabimento no contexto das especificidades técnicas do dissídio coletivo de natureza jurídica; (b) do ponto de vista do direito material, se criou e se poderia ter criado limitações ao poder potestativo do empregador de demitir coletiva e imotivadamente seus trabalhadores, e se é resultado de uma estratégica ação sindical para a defesa do emprego, bem como para a procedimentalização do direito coletivo do trabalho na negociação coletiva, como forma de conferir-lhe legitimidade; e (c) finalmente, se a reforma trabalhista, sob o pálio da Lei n. 13.467, de 13/07/2017, lhe teria retirado a *ratio* discursiva.

8.3.1 A natureza de precedente do RODC 309/2009

⁹¹³ ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 135.

⁹¹⁴ Loc. cit.

⁹¹⁵ ALMEIDA, Renato Rua de. Negociação coletiva e boa-fé objetiva. *Revista LTr*, São Paulo, abr. 2010, p. 393; e CARNEIRO FILHO, Roberto. Dos fundamentos de validade das normas jurídicas trabalhistas negociadas coletivamente. *Revista LTr*, São Paulo, nov. 2009, p. 1333.

⁹¹⁶ Seção de Dissídios Individuais N° TST-RODC-309/2009-000-15-00.4, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado. *Revista LTr*, São Paulo, 2009, p. 1.105-1.125.

Desde o “Projeto Florença” em 1971,⁹¹⁷ capitaneado por Mauro Cappelletti, com a sua teoria do “Acesso à Justiça”,⁹¹⁸ que assistimos, de forma intensa e progressiva, a uma aproximação entre os sistemas de *civil law* e os de *common law*.⁹¹⁹

Talvez o exemplo mais significativo seja o da adoção, em países de *civil law*, como o Brasil, do sistema de precedentes judiciais vinculativos e verticalizados, como é o caso da súmula vinculante (CF, art. 103-A) e até mesmo o da súmula impeditiva de recursos (CPC de 1973, art. 557, *caput*; CPC de 2015, art. 932, IV, “a”).⁹²⁰

É sabido que o precedente concebido com base na teoria do *stare decisis* tem cunho fortemente coercitivo e vinculativo (*binding authority*), cria direito, e é típico do sistema de *common law*.⁹²¹ “O precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos”.⁹²² Não se confunde com o costume, antes pelo contrário, este é que, se observado pelo tribunal, transforma-se em precedente.⁹²³ Tem todo um fundamento argumentativo, efetivado concretamente em decisão de um único caso que será fonte de direito para os futuros que tenham a mesma base de fato e a mesma tese ou princípio jurídico (*ratio decidendi*),⁹²⁴ portanto, em diálogo tridimensional entre fato, valor e norma.

Diferentemente dos precedentes mono processuais do sistema de *common law*, o que se chama de precedente em alguns países de *civil law*, como o Brasil (Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes Normativos), é resultado de reiteradas decisões, centenas e

⁹¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Social and political aspects of civil procedure: Reforms and trends in Western and Europe. *Michigan Law Review*, v. 69, n. 5, abril de 1971, p. 858.

⁹¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth, Access to Justice: The worldwide movement to make rights effective. A general report. Publicação no Brasil com o título: *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Grancie Northfleet, Porto Alegre, Fabris, 2002, *passim*.

⁹¹⁹ No direito italiano desde os anos 1950, conforme DENTI: “Agli inizi degli anni ‘50 risalgono le prime riflessioni scientifiche sulla garanzia del due process of law di tradizione anglo-americana, proseguite, nel decennio successivo, com l’intento di avvalorarne l’immanenza anche nella nostra Carta costituzionale: cio, segnatamente, sulla scorta della lettura evolutiva dell’art. 24 Const. Compiuta nel frattempo dal giudice delle leggi, attraverso quella sua opera di concretizzazione dei principi costituzionali che há saputo trasformali da garanzie puramente formali in garanzie sostanziali.” DENTI, Vitório, *La giustizia civile*. A cura di ROTA, Fábio, Bologna, Mulino, 2004, p. 71.

⁹²⁰ Hoje, até institutos dotados do maior grau de especificidade do sistema *case law* foram importados para legislação processual brasileira. Alude-se ao *distinguishing* e ao *overruling*, previstos, respectivamente, no art. 896-C, §§ 16 e 17 da CLT, que regula o processamento dos recursos de revista e de embargos no Tribunal Superior do Trabalho.

⁹²¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

⁹²² Loc. cit.

⁹²³ *Ibid.*, p. 15.

⁹²⁴ CALZOLAIO, Ermanno. Riforma del processo di cassazione e precedente giudiziale: riflessioni nella prospettiva della comparazione “*civil law-common law*”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, set. 2009, p. 1012.

milhares de julgamentos repetitivos sobre a mesma matéria, com o mesmo padrão normativo e têm, dessa forma, natureza jurisprudencial plúrima,⁹²⁵ como pressuposto de uniformizar e de pacificar a interpretação divergente sobre tema jurídico de dimensão nacional. Ser produto da multiplicação forense e ser objeto de interpretações divergentes, portanto, vêm a ser pressupostos para o seu caráter vinculante (CF, art. 103-A, § 1º).⁹²⁶

Além dessas diferenças, há uma outra, intrínseca. O precedente judicial como fonte de direito do sistema *common law* vincula pelos seus fundamentos (*ratio decidendi* ou *holding*)⁹²⁷, ao passo que as súmulas vinculantes no sistema adotado pelo Brasil vinculam pelos seus comandos abstratos.⁹²⁸ As súmulas limitam em abstrato os sentidos, não sendo, pois, precedentes na acepção que lhes confere o sistema aglo-americano.

A decisão em estudo foi proferida em sede de dissídio coletivo de natureza jurídica. Sendo este uma ação de competência originária de um tribunal trabalhista, foi proposto originalmente perante o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª Região, chegando, em grau de recurso ordinário, ao Tribunal Superior do Trabalho (TST). A decisão do TST, substitutiva da proferida no TRT da 15ª Região (CPC de 1973, art. 512), não foi sumulada, não tem caráter vinculante o que, em princípio, já lhe retira o caráter de precedente judicial.

Entretanto, foi proferida em caráter mono processual, no sentido de ser a primeira manifestação da Corte Superior do Trabalho a respeito especificamente do tema (com aquela posição) e, como se demonstrou posteriormente, passou a ser fonte de direito material e a

⁹²⁵ Tratando especificamente da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, Maurício Martins Reis, adverte: “O fato de determinado julgamento do STF em controle concreto de constitucionalidade não se revestir da condição de súmula vinculante, nos termos do art. 103-A da CF não lhe retira a força de precedente obrigatório, porquanto os casos futuros de controversia constitucional reiterada acerca do mesmo tema jurídico se submeterão ao critério normativo previamente constituído.” “E, por conseguinte, uma (no sentido de exclusiva) decisão constitucional bem fundamentada pela Suprema Corte do Brasil, nos termos do art. 93, IX, da CF/1988, entenda-se, com o efetivo atendimento dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, a despeito de ser avulsa, vinculará tanto quanto uma súmula, independentemente do respectivo quorum de deliberação judicante e do tempo de maturação do debate. REIS, Maurício Martins. As súmulas são precedentes judiciais: de como as súmulas devem ser interpretadas como se fossem precedentes de jurisprudência. *Revista de processo*, São Paulo, abr. 2014, p. 418.

⁹²⁶ *Ibid.*, p. 422-423.

⁹²⁷ No sentido de que a *ratio decidendi* corresponde a motivação ou fundamentação: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 12; e REQUIÃO, Maurício. O caráter normativo do precedente. *Revista de Processo*, São Paulo, set. 2013, p. 339. Fazendo uma distinção entre fundamentos e a *ratio decidendi*, ao argumento de que: “Com efeito, deve-se perceber que a norma do precedente é diferente do texto do precedente, sendo equivocado reduzi-la à fundamentação ou qualquer combinação de elementos da decisão do qual advém – da mesma forma que não se deve reduzir a norma legal ao texto da lei.” MACEDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, nov. 2014, p. 372.

⁹²⁸ STRECK, Lenio; ABBoud, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 62.

nortear, como autêntico precedente do sistema de *common law*, (quase) todos os julgamentos que se seguiram, tanto da própria Corte, quanto dos Tribunais Regionais do Trabalho.⁹²⁹ Consolidou-se a tese segundo a qual o respeito ao precedente “*é uma questão de princípio*”⁹³⁰ e o seu abandono “*aumenta a carga da argumentação a quem dele pretenda apartar-se; e mais, esse respeito pode constituir, em ocasiões, o último recurso ou a última garantia de racionalidade quando já se esgotaram todos os outros argumentos*”.⁹³¹

O precedente, como se demonstrará, representou uma ruptura de paradigma, tanto no plano processual – ao mudar a histórica posição jurisprudencial a respeito das situações de cabimento do dissídio coletivo de natureza jurídica (*infra*, 8.3.2) – quanto no do direito material coletivo do trabalho, ao instituir uma condição de procedimentalidade para o despedimento coletivo (*infra*, 8.3.3 e 8.3.4), traduzindo exemplo expressivo de como uma decisão judicial é fonte de direito.

8.3.2 A metamorfose do dissídio coletivo de natureza jurídica

Sempre se entendeu que no dissídio coletivo de natureza jurídica, ou de direito, não se cria norma, nem se estabelecem novas condições de trabalho, não se exercendo jurisdição normativa, como se faz no dissídio de coletivo de natureza econômica.

O seu objetivo seria a interpretação de normas coletivas preexistentes, sejam leis, acordos coletivos, convenções coletivas e até sentenças normativas de abrangência a determinada categoria, e, também, a eliminação da dubiedade ou obscuridade de tais normas, que ensejam dúvidas na sua incidência sobre as relações de trabalho. De provimento (sentença) declaratório, mas em permanente relação de complementaridade com os dissídios de natureza econômica, como forma de aperfeiçoar-lhes o conteúdo das respectivas sentenças normativas. Tem em “[...] *mira a interpretação jurisdicional genérica do sentido de lei ou de normas coletivas vigentes (convenções, acordos, sentenças normativas, regulamentos, costumes)*”.⁹³² Uma decisão declaratória, mas revestida “[...] *de uma normatividade que a*

⁹²⁹ Cf. ROCHA, Cláudio Jannotti da; ANDRADE, Flávio Carvalho M. de. As recentes decisões dos Tribunais Regionais proferidas nos casos de dispensa coletiva após o leading case n. 0309/2009 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ago. 2013, p. 969-975.

⁹³⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: C.E.C., 1997, p. 33.

⁹³¹ FERNANDES, Atahualpa. *Direito, evolução, racionalidade e discurso jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 289.

⁹³² COSTA, Carlos Coqueijo, *Direito processual do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986., p. 109.

distingue daquela proferida em um dissídio individual”,⁹³³ e não se prestaria à obtenção de qualquer condenação concernente às obrigações correspondentes.

A atividade jurisdicional interpretativa de adaptação, até então exercida nos dissídios coletivos de natureza jurídica, portanto, incidia na elucidação normativa, para alcançar o verdadeiro sentido e abrangência da norma interpretada, contrapondo-se, pois, aos dissídios coletivos de natureza econômica, cujo objetivo é o estabelecimento, pela criação, de novas condições de trabalho. Naquela atuação jurisdicional, operava-se, na prática, a elucidação e a determinação de cálculos de reajustes salariais e vantagens econômicas em geral, o que, sem tal atuação, poderia ensejar um conflito de interesse, ou econômico, e até greve.

Além da interpretação das normas (cláusulas) autônomas e de sentenças normativas, admitia-se, em tese, a interpretação “de disposições legais particulares de categoria profissional ou econômica e de atos normativos” (art. 220, II, do Regimento Interno do TST).

Ocorre que, tanto o Tribunal Superior do Trabalho quanto os tribunais regionais sempre tiveram postura restritiva ao cabimento dos dissídios de natureza jurídica para a interpretação de norma legal. A tese prevalecente era a de que, no dissídio coletivo jurídico, a interpretação não podia ser de normas gerais, devendo ter pertinência específica e particularizada à categoria suscitante, algo muito difícil de ocorrer.⁹³⁴

As limitações impostas ao uso desse instrumento processual eram tão eloquentes que se apontava o uso da ação civil pública como forma de substituí-lo, com vantagens, em seu antigo campo de atuação.⁹³⁵

⁹³³ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves citando MARANHÃO, Délio e SUSSEKIND, Arnaldo, *As ações coletivas e o Direito do Trabalho*, São Paulo: Saraiva, 1994. p. 66.

⁹³⁴ Orientação Jurisprudencial n. 7, da SDC, do Tribunal Superior do Trabalho, com o seguinte enunciado: “DISSÍDIO COLETIVO. NATUREZA JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO DE NORMA DE CARÁTER GENÉRICO. INVIABILIDADE. Não se presta o dissídio coletivo de natureza jurídica à interpretação de normas de caráter genérico, a teor do disposto no art. 313, II, do RITST.” Após a EC n. 45/2004, os julgados reafirmaram essa posição: (a) inadmitindo pedido de interpretação e declaração do alcance da Lei n. 10.101/2000, que trata da participação nos lucros e resultados das empresas: TRT, da 2ª Região, Proc. n. 20.206 (2004.00.25-55) Rel. Desembargadora Anélia Li Chum, DJ-SP de 03/12/2004; (b) inadmitindo pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 522, da CLT, para efeito da estabilidade prevista no art. 543, § 3º, da CLT: TST-SDC, Proc. n. EI-ED-ED-ED-DC-80.7883/2001.4, Rel. Min. Vantuil Abdala, julgado em 16/08/2007, DJU de 09/11/2007.

⁹³⁵ Eduardo Von Adamovich: “É o caso, v.g., do cabimento simultâneo do dissídio de natureza jurídica para interpretar direitos de natureza individual homogênea sobre os quais divirjam os integrantes de determinada categoria e seus empregadores e a ação civil pública para a mesma declaração de interpretação e consequente condenação genérica nas mesmas prestações. A possibilidade de tutela antecipada ou mandamental, com declaração e condenação e posterior liquidação individualizada, nos termos dos arts. 91 a 100, do CDC, como já se viu, é mais adequada e efetiva do que as antigas ações de cumprimento que só poderiam ser promovidas depois de proferida a sentença declaratória no dissídio, para, só então, obter-se a condenação e posterior execução, com inegável prejuízo de tempo, esforço e dinheiro.” ADAMOVICH, Eduardo Henrique Von. *Sistema da Ação Civil Pública no Processo do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2005, 175. No mesmo sentido:

Entretanto, toda essa postura restritiva mudou radicalmente a partir do precedente proferido no RODC 390/2009, embora, processualmente, ao resumido argumento de que “[...] a hipótese dos autos é excepcionalíssima, e não se enquadra inteiramente na figura clássica do dissídio coletivo de natureza jurídica”.⁹³⁶

Assim, embora não se enquadrasse na figura clássica desse instituto processual, como a doutrina e a jurisprudência até então o concebia, o fato é que se estava em julgamento exatamente o cabimento desse instrumento processual, no qual, a despeito de sua limitação técnica, pois até então dotado apenas de provimento declaratório, foi alçado a instrumento com aptidão condenatória.⁹³⁷ Nas decisões dos Regionais que se seguiram, o precedente em questão foi usado, mas agora acrescentando-se provimento constitutivo negativo (desconstitutivo das demissões efetivadas) e condenatório relacionado com obrigação de fazer: reintegração;⁹³⁸ alguns até com enunciados normativos, criativos, consubstanciados no estabelecimento de critérios objetivos (normas) para as demissões dos não reintegrados.⁹³⁹ Portanto, o dissídio coletivo de natureza jurídica passou a ter natureza declaratória, constitutiva, condenatória e até mesmo normativa, a exemplo do que ocorre com o dissídio coletivo de natureza econômica.

Também representou a ruptura com o entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial (OJ) n. 7, da Seção de Dissídios Coletivos do TST, no sentido de descabimento do dissídio jurídico para a interpretação de cláusulas genéricas.⁹⁴⁰

MAIA FILHO, Paulo Américo. A ação civil pública como via alternativa ao dissídio coletivo. São Paulo: LTr, 2011, p. 177-179.

⁹³⁶ Apesar de o acórdão não ter vastos fundamentos para a rejeição das preliminares de descabimento da ação de dissídio coletivo de natureza jurídica, esse tema foi amplamente debatido. Tanto que os Ministros João Oreste Dalazen, Dora Maria da Costa, Fernando Eizo Ono e Milton de Moura França entendiam pelo descabimento da via processual eleita (acolhiam as preliminares) e, aplicando a fungibilidade, recebiam o a ação (dissídio coletivo) como “[...] reclamação trabalhista típica sob a forma de dissídio individual plúrimo, davam provimento ao recurso a fim de anular o processo, a partir do acórdão recorrido, determinando o envio dos autos para distribuição a uma das Varas do Trabalho de São José dos Campos, para instrução e julgamento da lide”; (certidão de julgamento).

⁹³⁷ Embora não se tenha concedido reintegração, confirmou-se o provimento condenatório do TRT da 15ª Região, relacionado a obrigação de pagar “a cada empregado dispensado uma compensação financeira de dois valores correspondentes a um mês de aviso prévio, até o limite de sete mil reais.”

⁹³⁸ Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região DC 0060900-44.2012.5.13.0000, Relator Desembargador Paulo Maia Filho, DJe de 04.09.2013.

⁹³⁹ Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, DC 00002/2009-0, Relatora Desembargadora Ivani Contini Bramante. *Revista LTr*, São Paulo, ago. 2013, p. 971.

⁹⁴⁰ OJ n. 7, da SDC do TST, com o seguinte enunciado: DISSÍDIO COLETIVO. NATUREZA JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO DE NORMA DE CARÁTER GENÉRICO. INVIABILIDADE. (inserida em 27.03.1998). Não se presta o dissídio coletivo de natureza jurídica à interpretação de normas de caráter genérico, a teor do disposto no art. 313, II, do RITST.

No precedente, ao argumento de que inexistia no ordenamento jurídico normas específicas regrado o despedimento coletivo e à luz do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁹⁴¹, bem como do art. 8º da CLT,⁹⁴² invocou-se:

[...] Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF).⁹⁴³

Não ficou nisso. Utilizou-se da força normativa dos princípios, das normas do direito comparado inspiradas na Convenção 158 da OIT, denunciada pelo Brasil, tudo para um *“reconhecimento da distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes”*, na perspectiva de que:

O decreto de abusividade tem por fundamento os princípios gerais e os princípios fundamentais consagrados na Constituição da República, como a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (no art. 1º, III e IV); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento econômico; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (no art. 3º, I, II, III e IV); a independência nacional e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, I e II).

Em síntese, o precedente, além de conter comandos constitutivo e condenatório, o fez na interpretação e aplicação não só de normativos legais abstratos, mas de princípios positivados e não positivados, normas de conteúdo programático, além de normas de direito comparado inspiradas na Convenção 158 da OIT, sem vigência, pois denunciada pelo Brasil.

O precedente do RODC 309/2009 do TST e os dele derivados, portanto, representam uma (enorme) mudança de eixo interpretativo do instituto do dissídio coletivo de natureza

⁹⁴¹ Antiga Lei de Introdução ao Código Civil, cuja nomenclatura foi alterada pela Lei n. 12.376/2010. Art. 4º – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁹⁴² 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.

⁹⁴³ Ementa do acórdão do DC 309/2009. Revista LTr, São Paulo, 2009, p. 1.105-1.125.

jurídica, de modo a aparelhá-lo como instrumento de grande potencial processual para a tutela de conflitos coletivos de trabalho, dotando-o de provimentos declaratório, constitutivo, condenatório e até mesmo o normativo, sem o óbice imposto pela EC n. 45/2004, no art. 114, § 2º, da CF (do comum acordo dos litigantes, como pressuposto processual objetivo), ao dissídio coletivo de natureza jurídica.

É por isso que Eduardo Von Adamovich, ao concluir trabalho sobre a função criativa da tutela processual coletiva, enfatizava, há mais de oito anos, que:

[...] a explicação do alcance da decisão jurisdicional e de seus efeitos criadores é muito mais estrutural do que política e aí talvez o esforço acima realizado sirva para mostrar que este foi o erro em que incidiram todos os que julgaram poder conter esta feição da atividade jurisdicional com o uso de instrumentos de ordem estritamente política, impostas por via legislativa [...].⁹⁴⁴

8.3.3 A estratégia da ação sindical em face do despedimento coletivo. A conformação do direito potestativo do empregador de demitir aos princípios internacionais e constitucionais de proteção ao emprego

Se a década de 1990 foi marcada pela perda do poder reivindicativo dos sindicatos, pressionados a negociar modalidades de flexibilização das condições mínimas de trabalho em troca da penosa empregabilidade (manutenção nos postos de trabalho),⁹⁴⁵ a crise econômica de 2008/2009 fez com que a ação sindical lançasse mão de estratégias para a defesa do emprego contra as demissões em massa, mediante a utilização do dissídio coletivo de natureza jurídica.⁹⁴⁶

⁹⁴⁴ ADAMOVICH, Eduardo Von. A justiça geométrica e o Anteprojeto de Código de Processos Coletivos: Elementos para uma justificativa histórico-filosófica, ou por uma visão atual do alcance e da função criadora da jurisdição coletiva. In: *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*, GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro e Watanabe, Kazuo [Organizadores], São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 65. p. 65. O mesmo autor, ao redigir o 14º Enunciado, da Comissão III, que tratou das Lides Sindicais e Direito Coletivo, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada pelo TST, em novembro de 2007, assim se posiciona: “O poder normativo da Justiça do Trabalho não decorre de escolha política do legislador. É mera consequência da projeção na dimensão transindividual do provimento da jurisdição de equidade em face de causa de pedir que por definição, no processo coletivo, tangencia a teoria da individualização. Só confirma tal constatação o argumento de que a nova redação do art. 114, § 2º, da Constituição, teria dado feição de arbitragem jurisdicional ao poder conferido àquela Justiça para decisão dos dissídios coletivos.”

⁹⁴⁵ SILVA, Sayonara Grillo C. L. Mudanças normativas e sindicalismo – transformações recentes. Revista LTr, São Paulo, set. 2011, p. 1045.

⁹⁴⁶ Expressamente: *Loc. cit.*

Em parte a estratégia deu certo, quando se estabeleceu, no precedente judicial objeto do estudo, uma clara distinção entre o despedimento individual e o coletivo, ao argumento de que:

[...] A dispensa coletiva, embora não esteja tipificada explícita e minuciosamente em lei, corresponde a fato econômico, social e jurídico diverso da despedida individual, pela acentuação da lesão provocada e pelo alargamento de seus efeitos, que deixam de ser restritos a alguns trabalhadores e suas famílias, atingindo, além das pessoas envolvidas, toda a comunidade empresarial, trabalhista, cidadina e até mesmo regional, abalando, ainda, o mercado econômico interno. É um fato manifestamente diferente da dispensa individual.

A dispensa coletiva no direito brasileiro, por ser ato, conduta ou fato massivo, envolvendo significativa coletividade de trabalhadores, é matéria típica, específica e obrigatória do DIREITO COLETIVO DO TRABALHO, que pode ser definido como o complexo de institutos, princípios e regras jurídicas que regulam as relações laborais de empregados e empregadores e grupos jurídicos normativamente especificados, considerada sua atuação coletiva, realizada autonomamente ou através das respectivas entidades sindicais. Possui, portanto, regras e princípios específicos, diversos do Direito Individual.

[...]

Nesse sentido, a dispensa coletiva não é um direito potestativo do empregador, não existindo na ordem jurídica previsão para que ato de tamanho impacto seja realizado arbitrariamente e de maneira estritamente individual.⁹⁴⁷

O precedente lança mão do direito comparado na proteção em face do despedimento coletivo na Comunidade Europeia e em países como Portugal, México e Argentina.

Em Portugal, o despedimento coletivo deve ser precedido da chamada “comunicação de intenção”, com a indicação de “*critérios objetivos, que não sejam direta ou indiretamente discriminatórios, incongruentes, não razoáveis ou por outra forma considerados abusivos por desvio ao fim econômico que justifica a concessão ao empregador do correspondente poder potestativo do despedimento*”.⁹⁴⁸ Para ser lícito, requer-se uma motivação legal, esteja ela relacionada com o mercado (redução da atividade da empresa), ou com questões estruturais

⁹⁴⁷ Trechos do acórdão do precedente 339/2009.

⁹⁴⁸ Art. 53 da Constituição de Portugal e art. 359 e 360, n. 1, que dispõe: “[...] considera-se despedimento coletivo a cessação de contratos de trabalho promovida pelo empregador e operada simultânea ou sucessivamente no período de três meses, abrangendo, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respectivamente, de microempresa ou de pequena empresa, por um lado, ou de média ou grande empresa, por outro, sempre que aquela ocorrência dê lugar a encerramento de uma ou várias secções ou estrutura equivalente ou a redução do número de trabalhadores e seja determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos”. Cf. SILVA, Filipe Fraústo da. *Observações acerca da seleção social no procedimento de despedimento coletivo*. Colóquio Anual Sobre Direito do Trabalho do Supremo Tribunal de Justiça, realizado no passado dia 14 de Outubro de 2009, anotado para publicação no volume de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Luís Carvalho Fernandes. Disponível em: <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/>>. Acesso em: 17 out. 2017.

(desequilíbrio econômico-financeiro, reestruturação orgânica) ou tecnológica (alterações nas técnicas ou nos processos de fabrico, informatização de serviços); permite-se, inclusive, nos casos de fechamento de estabelecimentos, departamentos ou seções de fábrica, que se avalie os critérios objetivos de seleção dos que vão ser despedidos, contextualizando-os com a territorialidade ou especialização da estrutura empresarial, quando se verifique pluralidade de estruturas individualizáveis.⁹⁴⁹

Acrescentaríamos a Itália, ali mencionada apenas pontualmente, na condição de eterna fonte de inspiração para as normas trabalhistas no Brasil. O sistema italiano faz clara distinção entre a dispensa individual e aquela coletiva para a redução de pessoal desde 1947 (Acordo Coletivo de 7 de agosto de 1947) e os que lhe seguiram. Com a edição da Lei n. 604/1966, essa distinção ficou legal e funcionalmente estabelecida: a motivação para o despedimento individual é subjetiva, enquanto que a motivação para o despedimento em massa é objetiva (razões relacionadas com a atividade produtiva, a organização do trabalho, o mercado, dentre outras – arts. 3º e 11), condicionando-o à prévia autorização administrativa ou à obtida em negociação coletiva.⁹⁵⁰ A partir daí, todas as normas que lhe seguiram, estabeleceram o mesmo critério, até a Lei n. 223/91, mencionada no precedente.

Para pôr fim ao cotejo com a legislação internacional a respeito, tem-se a União Europeia, como podemos inferir da Diretiva n. 98/59/CE do Conselho da União Europeia, de 20 de julho de 1998, que assim dispõe:

Artigo 1º, 1. Para efeitos da aplicação da presente directiva:

a) Entende-se por «despedimentos colectivos» os despedimentos efectuados por um empregador, por um ou vários motivos não inerentes à pessoa dos trabalhadores, quando o número de despedimentos abranger, segundo a escolha efectuada pelos Estados-membros:

i) ou, num período de 30 dias: – no mínimo 10 trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente mais de 20 e menos de 100, – no mínimo 10 % do número dos trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente no mínimo 100 e menos de 300 trabalhadores, – no mínimo 30 trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente no mínimo 300;

ii) ou, num período de 90 dias, no mínimo 20 trabalhadores, qualquer que seja o número de trabalhadores habitualmente empregados nos estabelecimentos em questão;

⁹⁴⁹ COSTA, Maria Manuela Dias. *O despedimento coletivo*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Portucalense em dezembro de 2013. Disponível em: <<http://repositorio.uportu.pt/bitstream/>>. Acesso em: 17 out. 2017. Contra: XAVIER, Bernardo da Gama Logo. *O Despedimento Coletivo no Dimensionamento da Empresa*. Lisboa: Verbo, 2000, p. 449.

⁹⁵⁰ SARTORI, Alessandra. Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge n. 92/2012. *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Bologna, v. 3, 2014, p. 469-475.

b) Entende-se por «representantes dos trabalhadores» os representantes dos trabalhadores previstos pela legislação ou pela prática dos Estados-membros. Para o cálculo do número de despedimentos previsto no primeiro parágrafo, alínea a), são equiparadas a despedimentos as cessações do contrato de trabalho por iniciativa do empregador por um ou vários motivos não inerentes à pessoa do trabalhador desde que o número de despedimentos seja, pelo menos, de cinco.

É de se dizer que, se o direito à negociação coletiva foi elevado a princípio fundamental pela Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho de 1998⁹⁵¹ e pela Convenção n. 98 de 1949, também da OIT, a decisão objeto do precedente 309/2009, que remete as partes à negociação antes da prática da demissão em massa, tem respaldo no controle de convencionalidade, entendendo-se este “*como parâmetro adicional de validade dos atos normativos e da legislação infraconstitucional, os quais, se incompatíveis com os referidos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão vigentes, porém inválidos (ou ilegítimos)*”.⁹⁵²

Acrescente-se que o Tribunal Superior do Trabalho tem antecedentes remotos com a mesma tese, todos no sentido de serem criadores de limitações ao direito potestativo do empregador em demitir imotivadamente o empregado. Aqui, alude-se a um deles em particular, relacionado com a regulamentação da estabilidade provisória da gestante, ao tempo em que esta somente era prevista constitucionalmente em norma de caráter programático, o que se efetivou pelo exercício jurisdicional do poder normativo, em sede de dissídio coletivo de natureza econômica, invocando-se, analogicamente, a regra do art. 543 da CLT relativa aos dirigentes sindicais, em decisão posteriormente confirmada pelo STF, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 79.317-SP.⁹⁵³

⁹⁵¹ Item “2”, letra “a”.

⁹⁵² PINTO, Melina Silva. A imprescindibilidade da negociação coletiva anterior à demissão em massa de empregados, sob a perspectiva dos princípios fundamentais e do controle de convencionalidade. *Revista LTr*, São Paulo, set. 2012, p. 1102-1106.

⁹⁵³ Orlando Teixeira da Costa transcreve a decisão que inadmitiu o recurso extraordinário interposto pelo sindicato de categoria econômica, da lavra do então Ministro do TST, em 1974, Mozart Victor Russomano, da qual se transcreve os seguintes trechos: “A matéria tem, no meu entendimento, alta relevância. Em ação de dissídio coletivo, a Justiça do Trabalho, neste caso, enfrentou o problema da estabilidade provisória da gestante. Tratando-se de estabilidade provisória, dois exemplos são, corretamente, apontados no direito brasileiro: a) do dirigente sindical; b) da gestante. A estabilidade do dirigente sindical encontra base no texto do art. 543 da Consolidação. [...] O fundamento dessa estabilidade é óbvio, mas, apenas, como fundamento ou razão de decidir, cumpre ser lembrada: o líder dos movimentos sindicais está na crista da onda das reivindicações operárias, terminando por ser alvo das atenções e, eventualmente, das represálias patronais. Para isso, o legislador moderno (e dá-se, assim, à afirmativa sentido amplo, em termos de direito comparado) defende-o das perseguições, cobrindo-o com o escudo protetor de uma estabilidade que nasce com a candidatura, terminando com a derrota eleitoral ou – em caso de eleição – doze meses após o cumprimento do mandato sindical. Com a gestante, que é o caso dos autos, ocorreu, do ponto de vista do direito positivo,

Orlando Teixeira da Costa cita outros precedentes com a mesma *ratio decidendi*:

Explorando esse filão, os precedentes normativos dos tribunais acabaram por instituir outras modalidades de estabilidade temporária, assimilando o exemplo de Russomano, no que diz respeito à fundamentação da norma. Podemos, pois, a esta altura indicar pelo menos mais cinco outros tipos de estabilidade especial, restritivos ao princípio do direito potestativo do empregador de despedir. São as estabilidades do acidentado, do alistando, do suplente de CIPA, do idoso e dos integrantes da categoria profissional que obteve sentença normativa favorável.⁹⁵⁴

No caso do precedente 309/2009, vê-se que não se chegou a “criar estabilidade”. Se a legislação brasileira não proíbe o despedimento coletivo, também não o fez o aludido precedente judicial,⁹⁵⁵ eis que o recurso ordinário empresarial, no particular, foi provido para, nas palavras da decisão, “*afastar a declaração de abusividade das dispensas*”.⁹⁵⁶

O que se fez foi determinar a sujeição do despedimento coletivo a um diálogo prévio, vinculando o litígio de dimensão material e processual coletivo à necessidade de sua processualização, em sede de negociação coletiva, para a construção de uma legítima decisão, como enfrentaremos no tópico seguinte.

Portanto, é de se atribuir à estratégica ação sindical a criação de histórico precedente judicial que, embora não crie modalidade de estabilidade, conforma o direito potestativo do empregador de demitir sem justa causa, ao estabelecer a tese normativa de que “*a negociação coletiva legitima a dispensa em massa de trabalhadores*”.

8.3.4 A negociação coletiva como instrumento de processualização do despedimento coletivo e o disposto no art. 477-A da CLT

algo semelhante. A raiz da estabilidade provisória da gestante está, hoje, no art. 165, inciso XI, da Constituição da República. Ali declara o constituinte que a gestante terá direito a repouso remunerado antes e depois do parto. E, nesse ponto, o legislador ordinário dispôs minuciosamente, na forma do art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho. [...] Ao revés do que ocorreu, porém, com a estabilidade do dirigente sindical, o legislador ordinário não indicou o momento em que se extingue essa estabilidade. Por isso, no uso de seu poder normativo, a decisão recorrida (em momento relevante da história da competência da Justiça do Trabalho para a solução dos conflitos coletivos e criação de normas propícias à segurança da vida social) veio considerar que essa estabilidade merece ser disciplinada mais precisamente. Tomou, então, como paradigma, a regra referente aos líderes sindicais (CLT, art. 543).” TEIXEIRA DA COSTA, Orlando. *Direito coletivo do trabalho e crise econômica*. São Paulo: LTr, 1991, p. 73-76.

⁹⁵⁴ *Id.*, p. 78.

⁹⁵⁵ Expressamente: PINTO, Melina Silva. A imprescindibilidade da negociação coletiva anterior à demissão em massa de empregados, sob a perspectiva dos princípios fundamentais e do controle de convencionalidade. *Op.cit.*, p. 1102.

⁹⁵⁶ No particular, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Relator e Kátia Arruda.

Entender a negociação coletiva como instrumento de exercício da democracia para a construção de decisões legítimas foi o marco paradigmático de uma compreensão procedimentalista para a autorregulamentação das relações entre o capital e o trabalho. Este representa o grande salto epistemológico das negociações coletivas, impulsionado pelo precedente 309/2009,⁹⁵⁷ as quais passam a ser instrumento de promoção do discurso plural e democrático no referencial argumentativo de abertura à racionalidade prática procedimental, como se demonstrará (*infra*, 8.4).⁹⁵⁸

Se a intenção da Lei n. 13.467/2017, ao introduzir o art. 477-A da CLT, foi a de desconstruir a *ratio* fundante da posição jurisprudencial da Justiça do Trabalho a respeito do despedimento coletivo, na vã tentativa de equipará-lo à despedida individual, esta restou frustrada pela inobservância das demais disposições legais e constitucionais a respeito do direito coletivo do trabalho.

No particular, pretendeu-se adotar a doutrina do *employment at-will*, no sentido da tentativa de consagração, por norma infraconstitucional, do grau máximo de flexibilidade laboral, a flexibilidade contratual de saída coletiva,⁹⁵⁹ ignorando-se que a norma necessita ter um substrato de fato que lhe dê conformação jurídica adequada.

É sabido que os despedimentos individuais em massa, conjugados, constituem o suporte fático do despedimento coletivo.⁹⁶⁰ A despedida em massa é aquela “*cujas características fogem aos parâmetros habituais de rotatividade normal de mão de obra do*

⁹⁵⁷ Esse nexos causal entre o precedente e a procedimentalização para a construção de uma legítima decisão em sede de conflito coletivo de trabalho não é originalmente nossa. Nesse sentido: 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*. São Paulo, dez. 2014, p. 57-59; e PESSANHA, Elina, ALEMÃO, Ivan, SOARES, José Luiz. TST, Dissídios coletivos, demissão massiva. Novos desafios para a Justiça do trabalho. In: COUTINHO; MELO FILHO; SOUTO MAIOR; NEVES FAVA (Organizadores). *O mundo do trabalho*. v. 1, São Paulo: LTr, 2009, p. 87.

⁹⁵⁸ Nesse sentido, tanto para a processualização judicial, quanto administrativa: FAZZALARI, Elio. La dottrina processualística italiana: dall “azione” ao “processo”(1864-1994). *Rivista di diritto processuale*. Padova, 1994, *passim*.

⁹⁵⁹ LEAL, João amado. *Contrato de trabalho*. Lisboa: Almedina, 2016, p. 295.

⁹⁶⁰ Marcos Bernardes de Mello: “O fato jurídico, como os efeitos jurídicos, quando entram na composição de um suporte fático, são tomados como fato jurídico ou como efeito jurídico, tal qual são. Não voltam a ser fato desqualificado de jurídico, mas continuam a ser fato adjetivado de jurídico. A distinção entre mundo dos fatos (geral) e mundo do direito é puramente lógica, nunca fática. O que interessa, portanto, como bem demonstram Pontes de Miranda e Enneccerus-Nippeerdey, é a existência do fato jurídico ou do efeito jurídico, como tal, porque é essa existência que importa à composição do suporte fático do outro fato jurídico; quer dizer: - se a norma jurídica tem como pressuposto de sua incidência (= suporte fático) fato já jurisdicizado por outra norma jurídica (= fato jurídico), somente se comporá seu suporte fático se aquele fato já existir jurisdicizado”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. *Op. cit.*, p. 59.

segmento econômico, em determinado período de tempo.”⁹⁶¹ Portanto, a coletiva atua num campo normativo hiperindividualista e atomizado, distinguindo-se da plúrima.⁹⁶² O que distingue a relação coletiva da individual é a “[...] *natureza do interesse. A relação coletiva de trabalho é uma relação entre sujeitos de direito (é evidente que todo grupo existe em função dos indivíduos que o compõem), contudo, o interesse considerado não é o de cada um dos participantes do grupo, mas a síntese desses interesses*”.⁹⁶³ E o interesse gerado por uma demissão em massa transcende os individuais de cada trabalhador demitido, pois se reflete em toda a comunidade.

Suportes fáticos diversos não podem ter artificialmente o mesmo tratamento jurídico.⁹⁶⁴ Jamais o coletivo pode ser reduzido juridicamente ao individual e vice-versa, tampouco nas relações de trabalho, seja em razão da diversidade da qualificação objetiva das despedidas, seja em razão da alteridade na valorização especial atribuída aos seus efeitos, pautada pelo humanismo enquanto princípio constitucional.⁹⁶⁵

⁹⁶¹ Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que: “[...] não há como considerar que a dispensa de onze empregados do Banco Santander, no Estado da Paraíba, possa ser considerada como dispensa massiva, seja por não se constatar o impacto social que as dispensas ocasionaram, na região onde ocorreram, seja por inexistir uma causa real única, vinculadora, justificada em motivos econômicos, tecnológicos ou estruturais do empregador.” RO - 60900-44.2012.5.13.0000 Data de Julgamento: 14/12/2015, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 19/02/2016. Também entendeu que: “As demissões em massa efetuadas por interventor judicial, com a própria chancela, portanto, do Poder Judiciário, não se confundem com dispensas realizadas por puro arbítrio do empregador e não podem ser taxadas de arbitrárias e abusivas”. AIRR - 180700-54.2011.5.21.0008 Data de Julgamento: 17/12/2014, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015.

⁹⁶² Na distinção entre despedida coletiva e a individual plúrima, o Tribunal Superior do Trabalho: “Versa o caso sobre a dispensa de 180 empregados num interregno de 4 meses, período esse de incremento de produção e recuperação de postos de trabalho. A descaracterização da hipótese de demissão coletiva, no caso vertente, emerge já do seu aspecto causal, que constitui o núcleo do conceito, por se tratar de premissa básica e constante na sua formulação, segundo as normas de direito internacional e direito comparado. Não se verifica aqui a existência de fato único, seja ele de ordem econômica, tecnológica ou estrutural, alheio à pessoa do empregado, que possa moldar o caso à hipótese de demissão coletiva. Trata-se, na espécie, de dispensa plúrima”. RO - 147-67.2012.5.15.0000 Data de Julgamento: 15/04/2013, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 19/04/2013.

⁹⁶³ ROMITA, Arion Sayão. *Temas de direito social. Op. cit.*, p. 112.

⁹⁶⁴ Enoque Ribeiro dos Santos, no tema: “No momento atual, não apenas de sedimentação da quarta dimensão dos direitos humanos, entre eles, o direito de informação, de democracia, de pluralidade, e, surgimento da quinta dimensão de direitos fundamentais, relacionada aos avanços da cibernética e da informática, o Brasil ao sancionar a Lei n. 13.467/2017, que em seu art. 477-A coloca no mesmo patamar institutos tão diversos e regidos por regimes jurídicos díspares – a dispensa individual, a plúrima e a coletiva –, não apenas se afasta dos sistemas modernos de tutela da segurança no emprego vigentes nos países de economia avançada, como se posta em sentido diametralmente oposto.” SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A dispensa coletiva na Lei n. 13.467/2017 da Reforma Trabalhista. Disponível em: <<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/>>. Acesso em: 17 out. 2017.

⁹⁶⁵ “O ‘jurídico’ é deste modo um certo aspecto puramente humano-social que revestem as coisas e os fatos, tudo (todas as coisas) entrando ou podendo entrar dentro do respectivo conceito, consoante as pretensões, poderes ou expectativas juridicamente tuteladas que originam. Pode-se dizer que a ‘juridicidade’ dos fatos,

Para que se entenda a qualificação objetiva do despedimento coletivo, é preciso compreendê-la enquanto “fato institucional”, no sentido de que as mesmas regras constitucionais e internacionais que disciplinam a sua *praxis*, ao mesmo tempo a constituem.⁹⁶⁶ Em uma compreensão, devemos entender que a estrutura da linguagem são regras constitutivas e, portanto, na via negocial, quando dizemos eu “prometo”, significa eu “afirmo”.⁹⁶⁷ Então, o despedimento coletivo é identificável assim como é toda a negociação que o cerca, pois os atos de promessas e renúncias, ínsitos à negociação coletiva, permitem identificá-la como fato institucional.⁹⁶⁸

Portanto, a despedida em massa, sendo um “fato institucional”, só pode ser interpretada por meio das instituições jurídicas constitucionais e supranacionais que constituem e estruturam *ex nihilo* a sua prática:⁹⁶⁹ os princípios previstos na Constituição Federal, da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da função social da empresa, previstos nos artigos 1º, III e IV e 170, caput e III, da CF; da democracia na relação trabalho capital e da negociação coletiva para solução dos conflitos coletivos (arts. 7º, XXVI, 8º, III e VI, 10 e 11 da CF), bem como as Convenções Internacionais da OIT, ratificadas pelo Brasil, nas recomendações n. 98, 135 e 154, e, finalmente, o princípio do direito à informação, previsto na Recomendação n. 163, da OIT e no artigo 5º, XIV, da CF.⁹⁷⁰

Sabendo-se que as regras constitutivas ou institutivas criam a instituição, diferem-se das regulativas, que são regras consequencialistas, isto é, estipulam as consequências da instituição, indicando os deveres e *obrigações* dela decorrentes.⁹⁷¹ Assim, o disposto no art. 477-A da CLT, quando dispensa “*autorização prévia de entidade sindical ou de celebração*

sendo o que acabamos de dizer, não é, portanto, uma qualidade objetiva deles, mas uma ‘valorização especial’ atribuída aos seus efeitos pela lei no ponto de vista das relações humanas, sob a forma de direitos e deveres que deles fazemos depender.” MONCADA, Cabral L. *Lições de direito civil*. v. II, *Op. cit.*, p. 145.

⁹⁶⁶ Sobre “fato institucional”: SEARLE, John. *The construction of social reality*. Nova York: Free Press, 1995, *passim*.

⁹⁶⁷ RABENHORST, Eduardo Ramalho. O direito como fato institucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFPB*, João Pessoa, n. 1, 1998, p. 162.

⁹⁶⁸ *Loc. cit.*

⁹⁶⁹ Eduardo Ramalho Rabenhorst explica o “fato institucional”: “Por exemplo: as regras de um jogo de xadrez constituem inteiramente a significação de cada uma das peças destes jogo. Em outras palavras, a prática do jogo de xadrez não é conceptível sem as regras que estruturam este jogo, tal como, por exemplo, a regra enunciando que o ‘rei está em xeque e mate quando, ao ser atacado, ele não pode nem se defender nem fugir’. O mesmo vale para todas as regras institucionais: não podemos caracterizar ações do tipo: ‘Ele votou em Lula’ ou ‘Ele se casou’, ‘Ele foi nomeado Procurador da República’ sem nos referirmos às regras que constituem as instituições do sufrágio, do casamento, e da nomeação a um cargo.” RABENHORST, Eduardo Ramalho. O direito como fato institucional. *Op. cit.*, p. 159.

⁹⁷⁰ RO - 1000191-61.2014.5.02.0000 Data de Julgamento: 11/04/2016, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 29/04/2016.

⁹⁷¹ MACCORMICK, Neil e WEINBERGER, Ota. *Pour une théorie institutionnelle du droit: nouvelles approches du positivisme juridique*. Bruxelles: Paris, Story-Scientia: LDGJ, 1992, *passim*.

de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”, encerra típica regra consequencial e de pretensão regulativa.⁹⁷² Sendo regra regulativa de determinado fato, teria de amoldar-se às que o instituem, notadamente se estas são de *status* constitucional, o que não ocorre. Toda instituição pressupõe uma regra regulativa e, em razão dela, “*nós devemos cumprir nossas promessas*”, mas todo ente, individual ou coletivo, só estará obrigado a manter o seu engajamento se a regulação estiver no compasso das regras que construíram a instituição.⁹⁷³

Então, mesmo após a edição do vigente art. 477-A da CLT, subsiste a *ratio* da tese proclamada pelo Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que, quando se tratar de despedida coletiva, que atinge um grande número de trabalhadores, devem ser observados os princípios e regras do Direito Coletivo do Trabalho, que seguem determinados procedimentos, tais como a negociação coletiva.⁹⁷⁴ Não há proibição de despedida coletiva, notadamente em casos em que não há mais condições de trabalho na empresa, mas esta deve ser processada pela via negocial, a fim de que traga menos impacto social, atendendo às necessidades dos trabalhadores, mediante a adequação da crise empresarial.

Além disso, essa tentativa de desjuridicização do despedimento em massa, no escopo do legislador ordinário de equipará-lo juridicamente a uma fração do seu suporte de fato, além de ofender todos os princípios do direito coletivo internacional e constitucional local, como acima indicado, leva-nos a fazer duas conexões fundamentais: entre o dever de negociar e a mediação (*supra*, 5.5), e entre esta e a proceduralização discursiva para a obtenção de uma legítima decisão autocompositiva.

A Constituição Federal, no art. 114, §§ 1º e 2º, consagra a obrigatoriedade de submissão das partes à mediação extrajudicial – negociação coletiva – como pressuposto

⁹⁷² Sobre as “regras regulativas” Eduardo Ramalho Rabenhorst: “Uma regra regulativa seria, por exemplo, uma regra de etiqueta enunciando que ‘nós devemos comer segurando o garfo com a mão esquerda’. Ora, parece óbvio que nós podemos comer sem respeitar tal regra. Porém, nós não podemos jogar xadrez sem observarmos as regras que constituem tal jogo. E por que? Porque as regras do jogo de xadrez constituem ‘*ex nihilo*’ tal prática. Em outras palavras, o jogo de xadrez não é possível sem estas regras”. RABENHORST, Eduardo Ramalho. O direito como fato institucional. *Op. cit.*, pp. 159-160.

⁹⁷³ *Ibid.*, p. 161.

⁹⁷⁴ Para Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado: “Todas essas várias normas constitucionais (princípios e regras da Constituição de 1988) continuam em plena vigência no país, embora, a partir da vigência da Lei n. 13.467/2017, mostrem-se claramente desrespeitadas pelo afastamento do ser coletivo obreiro da dinâmica das dispensas massivas deflagradas pelo empregador em sua empresa ou estabelecimentos delas componentes.” DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. v. 1, *Op. cit.*, p. 183.

processual constitucional da arbitragem e da jurisdição (propositura da ação de dissídio coletivo).⁹⁷⁵

A recusa à negociação direta ou à mediação para fins de negociação coletiva é conduta ilícita e histórica prática antissindical, como já se demonstrou (*supra*, 1.5). Encontra-se capitulada, expressamente, no art. 616, §§ 1º e 2º, da CLT, e revela-se tanto em conduta explícita⁹⁷⁶ quanto velada, dissimulada, mediante a oferta ou aceitação insignificante de cláusulas, ou pela invocação da falta de autorização ou de ratificação da categoria econômica às propostas, ou mesmo pela pressão ou coação que possa ser exercida sobre os trabalhadores, para a aceitação da proposta empresarial (*supra*, 1.5).⁹⁷⁷

Impõe-se a compreensão de que a negociação é um dever, não sendo facultativa, mas obrigatória, sendo sua recusa notória prática antissindical, tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos da América do Norte (desde a Lei Wagner de 1935; reiterada pela Lei *Taft-Hartley* de 1947), Suécia, Espanha, França, México, Panamá, Equador, Guatemala, Venezuela, Chile, Argentina e Uruguai.⁹⁷⁸

Portanto, à luz do art. 114, §§ 1º e 2º, da CF e restando incólume o disposto no art. 616, §§ 1º e 2º, da CLT, após a regência da Lei n. 13.467/2017, a empresa ou a entidade sindical de categoria econômica representante não pode recusar-se à negociação nas situações de despedimento coletivo, sob o pretexto de que este equipara-se ao individual, na forma do art. 477-A da CLT.

Quando a negociação direta é frustrada, a entidade sindical profissional (trabalhadores) pode buscar a mediação do Ministério do Trabalho e Emprego, nos termos do Decreto n. 1572/1995 (art. 2º), sem prejuízo das partes elegerem, de comum acordo, um

⁹⁷⁵ Dentre tantos: BORBA, Joselita Nepomuceno. *Direito coletivo do trabalho e mediação*. São Paulo: LTr, 2002, p. 37.

⁹⁷⁶ CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. *Teoria e prática do sindicalismo brasileiro*. São Paulo: LTr, 1974, p. 71.

⁹⁷⁷ Como ocorreu, *v.g.*, na ação civil pública proposta contra a SADIA S/A. TRT da 3ª Região RO 01628-2006-104-03-00-3, Relator Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal; DJ de 27.06.2007. Na Itália, a Fiat, com apoio governamental, anunciou, em 2010, que deslocaria sua produção para o exterior, se os trabalhadores não aceitassem suas condições impostas em negociação coletiva. Sobre esse caso, ver: MARIUCCI, Luigi. La crise della governance nel diritto del lavoro. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, dic. 2011, p. 136. Sobre como a ação civil pública pode reprimir a prática antissindical de recusa à negociação coletiva, *Cf.* MAIA FILHO, Paulo Américo. O resgate da competência jurisdicional normativa trabalhista. Quando a ação civil pública é melhor do que o dissídio coletivo? In: *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho?* COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Organizadores). São Paulo: LTr, 2011, pp. 649-652.

⁹⁷⁸ SOARES FILHO, José. *Elementos de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011, pp. 104-107. Tratando da questão na perspectiva norte-americana: KAUFMANN, Marcus de Oliveira. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 35, n. 135. São Paulo: RT, jul./set. 2009, pp. 112-165.

mediador. Em situação de desequilíbrio, pode, desde já, optar por tal mediação, sem passar pela negociação direta. Portanto, configurada a recusa à negociação direta e à mediação do Ministério do Trabalho e Emprego, evidenciada estará a conduta ilícita e a prática antissindical acima indicada.

O precedente 309/2009, portanto, acessa trabalhadores e empregadores à ação comunicativa e discursiva (*medium linguisticum*),⁹⁷⁹ em prática intersubjetiva, na construção de uma legítima “saída” para a crise que está por trás do despedimento coletivo. E coloca a negociação coletiva mediada como instrumento de estratégia (sindical) adaptativa para que as partes envolvidas, usando uma argumentação acoplada a uma perspectiva real (e viável), articulem e conectem os vínculos trabalhistas rompidos, sabendo-se que toda discussão racional e intersubjetiva permitida desenvolve-se, *ultima ratio*, na perspectiva de manutenção dos vínculos.⁹⁸⁰ Não indica que a via negocial seja exitosa e que dela se extraia uma convenção ou acordo coletivo como condição para o despedimento coletivo, o que é vedado pelo art. 477-A da CLT, nem, tampouco, aponta para uma suposta autorização sindical profissional para o despedimento coletivo.⁹⁸¹ Apenas indica para os sujeitos coletivos de trabalho o processo negocial como via procedimental para uma tentativa de solução para a crise do direito coletivo do trabalho, o que é compulsório na forma do que preceituam os art. 114, §§ 1º e 2º, da CF e 616, §§ 1º e 2º, da CLT. Tanto é assim, que o Tribunal Superior do Trabalho indica o mesmo caminho, mesmo nas situações de fechamento de unidade fabril, nas quais a manutenção do emprego é infactível.⁹⁸²

⁹⁷⁹ *Id.*. *Era das transições*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p. 53.

⁹⁸⁰ O Supremo Tribunal Federal tem posição a respeito de todos os princípios fundamentais que levam à preservação dos vínculos de emprego: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. A conversão da medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional acerca da ‘relevância e urgência’ dessa espécie de ato normativo. 2. Os valores sociais do trabalho constituem: a) fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 1º da CF); b) alicerce da Ordem Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (artigo 170, caput e inciso VIII); c) base de toda a Ordem Social (artigo 193). Esse arcabouço principiológico, densificado em regras como a do inciso I do artigo 7º da Magna Carta e as do artigo 10 do ADCT/88, desvela um mandamento constitucional que perpassa toda relação de emprego, no sentido de sua desejada continuidade.” ADI 1721-DF, Relator o Ministro Carlos Ayres Britto, Plenário, DJ de 29.06.2007, p. 20.

⁹⁸¹ Como diz a entrevista com o advogado Marcelo Mascaro. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/carreira/14-mudancas-da-reforma-trabalhista-na-clt-que-pouca-gente-sabe/>>. Acesso em: 17 out. 2017.

⁹⁸² Assim proclamou: “Nesse contexto, a negociação coletiva prévia com a entidade sindical dos trabalhadores fazia-se ainda mais necessária, tendo em vista que não se tratava de mera redução de pessoal, mas de

E, nesse contexto, a *praxis* tem revelado que as partes vêm encontrando saídas estruturantes para o despedimento em massa. Exemplos são categorias profissionais como: (a) os aeronautas, onde o poder potestativo do empregador de resilir unilateralmente os contratos de trabalho de seus empregados, em casos de dispensa coletiva, foi regulado objetivamente, ao serem instituídas normas a serem observadas em caso de necessidade de redução da força de trabalho;⁹⁸³ (b) metalúrgicos, para a instituição de cláusula de paz e trégua, mediante a fixação de um prazo de suspensão das demissões;⁹⁸⁴ e (c) servidor celetista de autarquia estadual (Universidade de São Paulo).⁹⁸⁵

Portanto, à luz do que dispõe o art. 477-A da CLT, o despedimento coletivo só será equiparado juridicamente ao individual quando equiparados os suportes fáticos: cada individualidade que é fração do suporte fático do despedimento coletivo equipara-se para fins de repercussão jurídica trabalhista individual; mas, o todo que se compõe pela unificação dessas frações repercute no direito coletivo do trabalho. Assim, o despedimento coletivo reflete-se individualmente quando consideradas cada despedida individual; e coletivamente quando enfocada como ela é: em sua dimensão coletiva.

Desse modo, se o precedente admite que os sujeitos coletivos envolvidos em conflito passem de destinatários da decisão a protagonistas dela, o faz na perspectiva de que encontrem, em procedimento discursivo, juridicamente institucionalizado, condições ideais para uma legítima decisão autocompositiva, como expressão de validade da democracia participativa, como se demonstrará adiante (*infra*, 8.4).

8.4 A negociação coletiva como fonte (democrática) do direito do trabalho

dispensa da totalidade dos empregados do estabelecimento, com conseqüências mais graves para os trabalhadores desempregados”. RO - 6-61.2011.5.05.0000 Data de Julgamento: 11/12/2012, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 22/02/2013.

⁹⁸³ AIRR - 10484-47.2013.5.01.0008 Data de Julgamento: 06/09/2017, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/09/2017; Processo: AIRR - 11265-57.2013.5.01.0012 Data de Julgamento: 06/09/2017, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/09/2017.

⁹⁸⁴ RO - 7739-28.2012.5.02.0000 Data de Julgamento: 10/11/2014, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 14/11/2014; RO - 1000191-61.2014.5.02.0000 Data de Julgamento: 11/04/2016, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 29/04/2016.

⁹⁸⁵ RR - 557-65.2011.5.02.0019 Data de Julgamento: 08/10/2014, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/10/2014.

Como já se colocou, as lutas por justiça em um mundo globalizado não podem ter êxito sem uma união com as lutas por democracia em um plano metapolítico. Não haverá distribuição, ou reconhecimento, sem representação.⁹⁸⁶

Se, no contexto westfaliano-keynesiano, a filosofia produzia teorias monológicas, com reflexões sobre “marcos” e políticas distributivas jungidas à circunscrição territorial dos Estados soberanos, sem a preocupação da participação inclusiva dos destinatários,⁹⁸⁷ é de se dizer o mesmo sobre o sindicalismo interno e tradicional que, com o seu deficit de representatividade democrática por categoria, utiliza-se da representação para o uso de reivindicações trabalhistas como instrumento de luta de classes e, em alguns casos, para a promoção pessoal e política, sem a preocupação do direito à participação efetiva daqueles cuja esfera subjetiva estaria afetada pelo comando decisional sindical.

A combinação da “territorialidade estatal” com a “efetividade social”, que parecia ter um sentido “emancipador”, na verdade, serviu para uma incorporação progressiva, como “sujeitos de (in)justiça”, de uma classe trabalhadora totalmente subordinada a grupos de “status” e aos detentores do capital. Esta classe, embora situada, nos termos de uma cidadania formal, em um território estatal, estava, em termos gerais, excluída da cidadania ativa⁹⁸⁸ e, em termos mais específicos, excluída dos processos reivindicativos trabalhistas.

O caminho do sindicalismo, portanto, pode estar naquilo que Frasier denomina de “política transformativa” ou “justiça metapolítica”. Buscando exercer pressão sobre as “fontes extraterritoriais” (*offshore sources*), os futuros (ou atuais) trabalhadores ativistas da globalização devem apelar diretamente para o “princípio de todos os afetados” (*all-affected principle*), ultrapassando o modelo da compartimentalização territorial estatal como espaço político, em direção ao “governo das multinacionais”. É o que já fazem os povos indígenas e os ecologistas, excluídos, assim como os trabalhadores, do marco territorial estatal no modelo westfaliano-keynesiano.⁹⁸⁹

Os trabalhadores que desenvolvem suas atividades virtualmente, ou se inserem no contexto de uma corporação global, não podem mais ter como referencial a circunscrição ou a proximidade geográfica como elemento de definição de uma possível unidade, nem mesmo sindical. Devem, no contexto do *all-affected principle*, buscar uma “[...] co-imbricação ou

⁹⁸⁶ FRASIER, Nancy. *Escalas de justicia*. *Op. cit.*, p. 24.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 21.

⁹⁸⁸ *Id.*, p. 23.

⁹⁸⁹ *Id.*, p. 23.

*um marco estrutural ou institucional comum, que configuram as suas possibilidades segundo pautas de vantagens e desvantagens”.*⁹⁹⁰

A internacionalização dos métodos de produção e a mundialização da economia deixaram, portanto, uma única saída para a efetividade das reivindicações trabalhistas: aquela que se projeta extraterritorialmente,⁹⁹¹ na qual os trabalhadores podem atuar para a obtenção de resultados diante de estruturas e forças extraterritoriais (*offshore sources*), que não se localizam no “espaço dos lugares”, mas no “espaço dos fluxos”.⁹⁹²

É nesse contexto que se propõe a utilização da negociação coletiva como instrumento de autoprodução normativa, inclusive em nível transnacional, estruturando-a em termos procedimentais para dotá-la de ferramentas (opcionais) de representação direta, inclusive informacionais, alçando-a ao status de instrumento procedimental democrático, linguístico argumentativo, de institucionalização da comunicação.

No plano interno, “*o neoconstitucionalismo iniciado no 2º pós-guerra permite que constituições invasivas (Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, Brasil e outras) horizontalize os Direitos Fundamentais por sobre a esfera das relações entre particulares*”;⁹⁹³ Assim, além dos pressupostos formais para a concreção dos direitos humanos (uma constituição rígida, vinculante e fomentadora de uma jurisdição constitucional), dos materiais (incidência direta da constituição nas relações privadas, sociais e políticas), é de se acrescentar “*o exercício da ‘ponderação de interesses’ e a utilização de incrementos de novas metologias constitucionais, como a ‘argumentação jurídica’*”.⁹⁹⁴ Um canal onde o exercício da ponderação de interesses efetive-se na ação comunicativa em negociação coletiva, que vem a ser pressuposto até para a deflagração da greve.⁹⁹⁵

Como se viu (*supra*, 3.3.3 e 4.2), o dever negocial advém, em primeiro lugar, da “informação” (*disclosure*) para que as partes possam se posicionar no processo da

⁹⁹⁰ Loc. cit.

⁹⁹¹ MOODY, Kim. *Workers in a Lean World: Unions in the International Economy*. Londres: Verso, 1997, *passim*.

⁹⁹² MUNCK, Ronaldo; WATERMAN, Peter. *Labour Worldwide in the Era of Globalization: Alternative Union Models in the New World Order*. New York: Palgrave Macmillan, 1999.

⁹⁹³ MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GARCIA, Ivan Simões. Judicialização e justificação na concretização dos direitos fundamentais. In: GARCIA, Ivan Simões (Organizador). *Direito do trabalho nos 25 anos da Constituição*. *Op. cit.*, p. 128.

⁹⁹⁴ *Ibid.*, p. 129.

⁹⁹⁵ Nesse sentido é a OJ n. 11 da SDC do 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.

negociação; e, em segundo, pela “reação”⁹⁹⁶ revelada pelo movimento procedimental comunicativo da parte pautado pela liberdade.

A necessidade de uma estrutura comunicativa para a negociação coletiva foi vista, há mais de 30 anos, quando se discorreu sobre o modelo “*full voice*” das negociações norte-americanas,⁹⁹⁷ “*contrariando o senso comum do ‘monopoly effect’ – o efeito do monopólio salarial – do sindicalismo*”.⁹⁹⁸ E isto a partir da percepção de que “[...] *a sindicalização e a negociação coletiva podem contribuir a mais eficiência e a mais produtividade devido ao acesso a mais informação (‘mais vozes’)*”.⁹⁹⁹

Essa ideia de democracia participativa e deliberativa radica “*da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica*”.¹⁰⁰⁰ E, que prevaleça a compatibilização discursiva da “eleição da melhor solução para a melhor autorregulamentação normativa”, pela “força dos melhores argumentos”, sem qualquer elemento repressivo, potencializando-se o discurso em parâmetros racionais que permitam, na argumentação desenvolvida, “*o enfoque multidimensional presente nas relações de trabalho (com ênfase no sujeito do trabalhador, no objeto do trabalho e no meio ambiente do trabalho)*”.¹⁰⁰¹ Esse agir comunicativo conectado à argumentação jurídica deve ser entendido com as propriedades da teoria da argumentação padrão.¹⁰⁰²

Seria uma via de superação na perspectiva do debate pós-marxista, pois¹⁰⁰³ os trabalhadores, sem mais pertencerem ao “espaço dos lugares”, mas ao “espaço (virtual ou

⁹⁹⁶ Para Enzo Roppo: “A experiência da contratação coletiva oferece, assim, um exemplo bastante peculiar de resposta e reação a fenômenos de prevaricação contratual consumada por partes econômica e socialmente ‘fortes’ em prejuízo das partes econômica e socialmente ‘débeis’ (e por isso defraudadas, de fato na sua liberdade contratual. A peculiaridade do exemplo consiste no fato de aquela resposta e aquela reação terem nascido e terem se desenvolvido sobre o próprio terreno da autonomia privada.” ROPPO, Enzo. *O contrato*. *Op. cit.*, p. 326. Cf. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. *Op. cit.*, pp. 53 e ss.

⁹⁹⁷ Por dois economistas de Harvard: MEDOFF, James; FREEMAN, Richard. *What do unions do?* New York: Basic Books, 1985, *passim*.

⁹⁹⁸ GACEK, Stanley Arthur. Práticas antissindicais: o papel da OIT e do Judiciário. *Revista LTr*, São Paulo, ago. 2014, p. 973.

⁹⁹⁹ *Loc. cit.*

¹⁰⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a faticidade e validade*. *Op. cit.*, p. 158.

¹⁰⁰¹ DELGADO, Gabriela Neves; BORGES, Lara Parreira de. A revisitação do princípio da proteção pelo discurso constitucional trabalhista no Tribunal Superior do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves [Et. al.]. *Direito Constitucional do Trabalho*. *Op. cit.*, p. 42.

¹⁰⁰² Teoria da argumentação padrão desenvolvida pós década de 1980. Assim, expressamente: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GARCIA, Ivan Simões. Judicialização e justificação na concretização dos direitos fundamentais. In: GARCIA, Ivan Simões (Organizador). *Direito do trabalho nos 25 anos da Constituição*. *Op. cit.*, p. 131.

¹⁰⁰³ Instalado por GORZ, André. *Adeus ao proletariado: para além do socialismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982, *passim*; e desenvolvido por HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. *Op. cit.*, *passim*;

imaginário) dos fluxos”, perdem a referência como categoria ou classe e, nesse contexto, estariam sendo superados, enquanto referência de vida em sociedade, por outras entidades extraídas da tecnologia e da comunicação.¹⁰⁰⁴

A negociação coletiva é o caminho, pois pode apresentar-se inclusive na medida em que proporciona ambiente processualmente demarcado para a institucionalização de procedimentos argumentativos (racionalidade comunicativa), como pressuposto da democracia participativa na criação do direito do trabalho autoproduzido: a legitimação como um processo de produção do consenso por meio do discurso.¹⁰⁰⁵

O problema principal é que, na sociedade contemporânea, além da diversidade de racionalidades, contamos também com uma pluralidade de códigos binários orientadores da comunicação nos diversos sistemas sociais (lícito/ilícito para o sistema jurídico),¹⁰⁰⁶ o que dificulta, na perspectiva do processo de criação normativa que lida com várias ordens-base,¹⁰⁰⁷ o desenvolvimento de formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir, de antemão, o primado definitivo de uma das ordens: uma *ultima ratio* jurídica.

É nesse contexto que se impõe um (novo) olhar para a negociação, a partir do seu “ponto cego”, entendendo-se este como aquele no qual o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação. Considerando essa alteridade, sua identidade deve ser reconstruída, como já se apontou (supra, 4.2), enquanto negócio jurídico complexo, desenvolvendo-se como um “organismo” ou “sistema de processos” instituídos em dois planos distintos: um, pela criação normativa e instituição de obrigações: o processo negocial; outro, pelos efeitos advindos do seu objeto (convenção ou acordo), que instituem vínculos jurídicos vários, que se projetam, também processualmente, como “ordem em cooperação”,¹⁰⁰⁸ no escopo do atingimento de sua tutela específica: o seu adimplemento, mediante a pacificação dos conflitos coletivos de trabalho e conformação dos contratos individuais.

¹⁰⁰⁴ OFFE, Claus. Trabalho como categoria sociológica fundamental? In: *Trabalho e sociedade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, v. 1, *passim*.

¹⁰⁰⁵ Alberto Febbrajo, citando Habermas. FEBBRAJO, Alberto. Legitimazione e teoria del sistemi. *Sociologia del diritto*, n. XI. Milano: FAE, 1984, p. 28.

¹⁰⁰⁶ ELMAUER, Douglas. Transconstitucionalismo: Do acoplamento estrutural à racionalidade transversal. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 108, jan./dez. 2013, pp. 855-864.

¹⁰⁰⁷ Como já se mostrou, estatais, não estatais, internas, internacionais.

¹⁰⁰⁸ Em sentido análogo, tratando das obrigações do direito civil. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 11. reimp., 2017, pp. 6-8; XAVIER, Luciana Pedrosa [Et. al.] *A obrigação como processo: breve releitura trinta anos após*. FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre direito civil*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 302-306.

A visão procedimentalista do primeiro plano, o processo negocial, permite que se identifique a sua viabilização em três níveis. Existe um nível, fechado, que constitui um núcleo de direitos fundamentais invioláveis.¹⁰⁰⁹ Um outro, aberto, constituído pelos direitos disponíveis. Entre os dois, um terceiro, no qual residem as convenções de interpretação e que se propõe a conectar os dois outros níveis, entrelaçando-os. Este nível intermediário é controlado ou reflete um conjunto de fatores externos aos dois outros. E esse é o ponto importante, pois o que pertence aos dois níveis laterais (fechado e aberto) não é estático mas, pelo contrário, é dinâmico, e migra de um lado ao outro pelo canal do nível intermediário. Em outras palavras, o que hoje é direito indisponível (fechado), pode amanhã ser disponível (aberto) e vice-versa, em processo transformativo metabolizado pelo eixo negocial (nível intermediário), que reflete fatores internos, mas, sobretudo, externos, espelhados inclusive fenomenologicamente por questões sociais, econômicas, políticas e hoje, sobretudo, tecnológicas.

Alude-se a níveis múltiplos, não para se sustentar um modelo hierárquico entre direitos indisponíveis e disponíveis, mas para demonstrar uma conexão escalonada de direitos, fundada em uma multiplicidade de ordens jurídicas, nacionais e transnacionais, estatais e não estatais, cujos tipos estruturais, embora diversos e peculiares, possibilitam entrelaçamentos processualizados, a partir dos quais nenhum deles apresenta-se, de pronto, legitimamente detentor da última *ratio* discursiva. O nexos circular entre os níveis,¹⁰¹⁰ confrontados com ordens jurídicas múltiplas, entrelaçadas e com problemas jurídicos, sociais, trabalhistas, econômicos e tecnológicos, deve ter em vista a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores e a limitação ou controle do poder econômico dos empregadores.

Vejamos na França o caso da ruptura com a tese de que o direito às férias insere-se no chamado “núcleo de indisponibilidade absoluta”; primeiro, por força de negociações coletivas que permitiam a cessão de férias de um empregado a outro, fundada no princípio da solidariedade¹⁰¹¹ e, depois, pela revogação do Código de Trabalho francês (art. 1.225-65, itens

¹⁰⁰⁹ Que o Supremo Tribunal Federal chama de “núcleo de indisponibilidade absoluta”: RE 590415-SC, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 29.05.2015; e RE 895759-PE, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 13/09/2016, ambos do Plenário.

¹⁰¹⁰ Entendendo-se como circular aquele em que não há posição de hierarquia e no qual a relação entre o direito e os princípios norteadores da negociação é representada por círculos que se comunicam processualmente ao juízo do melhor argumento.

¹⁰¹¹ Márcio Azevedo: “Essa prática de cessão dos dias de folga, fundada no princípio da solidariedade, já acontecia em grandes empresas francesas, por força de negociação coletiva, mas ainda não se tratava de uma garantia geral, disposta em lei, para todos os trabalhadores. Depois do falecimento de *Mathys*, que ocorreu no final de 2012, seus pais se empenharam em impulsionar o trâmite legislativo até a promulgação da Lei nº

1 e 2) pela Lei n. 459, de 09 de maio de 2014, a partir do chamado “Caso Mathys” na cidade de Luar, permitindo-se que colegas de trabalho doassem 350 dias de férias para um pai cuidar de um filho doente;¹⁰¹² e, no mesmo país, em sentido contrário, ampliando-se o conceito de folgas e de limitação da duração ativa do trabalho, as chamadas “folgas de e-mails” fora do horário de trabalho, inseridas em convenções coletivas de trabalho.¹⁰¹³

É que, na sociedade contemporânea, há uma diferença acentuada (códigos, funções e objetivos), entre o direito, a economia e a política, em razão da construção do regente constitucionalismo, que institui uma técnica que os separa, mas, ao mesmo tempo, estabelece diálogos. Essa “técnica” chama-se direitos fundamentais, impedindo que o direito se renda à economia, à política e até à tecnologia, funcionando para o equilíbrio do sistema fundado nas diferenças.¹⁰¹⁴ Nesse sentido, os diálogos estabelecidos tecnicamente pelos direitos fundamentais devem ser instituídos, concreta e procedimentalmente, nas situações de conflitos coletivos de trabalho, mediante a participação discursiva das partes, em meio a uma malha de pretensões e em procedimentos negociais preferencialmente mediados, como se viu

459, de 09 de maio de 2014, que alterou o Código do Trabalho Francês, no capítulo que trata da proteção parental, mais especificamente nos itens 1 e 2, do artigo 1225-65. A nova legislação francesa prescreve, em linhas gerais, que um empregado pode ceder a outro colega da mesma empresa, com a concordância do empregador, de forma anônima e gratuita, no todo ou em parte, seus dias de repouso e férias, para que o colega possa assumir o encargo de cuidar de um filho, menor de 20 anos, acometido de uma doença grave, invalidez ou acidente que necessite da indispensável presença dos pais, devendo tal condição constar em atestado médico específico. O fundamento principiológico dessa novidade leva em conta que, para se construir uma sociedade livre, justa e solidária, não se pode olhar o indivíduo isoladamente, mas inserido em um contexto social, em que as pessoas (e não meros indivíduos) constituem um tecido social complexo, em que essas pessoas são interdependentes e, portanto, solidárias. Essa questão e as reflexões surgiram a partir dos debates do Direito Trabalhista no mundo, em palestra proferida pela Professora Maria Cristina de Cicco, na Universidade de Roma II, Tor Vergata, em maio de 2014. Aqui no Brasil, não há notícias de uma aplicação tão emblemática do princípio da solidariedade nas relações de trabalho, muito embora seja possível encontrar sólidos fundamentos constitucionais para tanto. A legislação trabalhista brasileira é atrasada em relação ao velho mundo, nesse ponto, pois sequer disciplina uma efetiva proteção aos trabalhadores com responsabilidade familiar. Alguns mitos precisam ser derrubados. É hora de avançar.” *Cessão de férias para outro*, Disponível em: <www.emtempo.com.br/cessao-de-ferias-para-outro/>.

¹⁰¹² Palestra de Elza Antônia Pereira Boiteux, com o tema “A teoria dos direitos fundamentais e direitos humanos no preenchimento das lacunas do direito” no VII Congresso Internacional de Direito do Trabalho, promovido pela Academia Brasileira de Direito do Trabalho, São Paulo, 28 de setembro de 2017. “É a Lei Mathys, que entrou em vigor desde maio de 2014, quase cinco anos depois da morte do menino (que dá nome à lei) por um câncer no fígado em 2009. Na época em que o garoto estava doente, seu pai, Christophe Germain, recebeu de seus colegas de trabalho dias das férias de cada um para que ele ficasse em casa com o filho por 170 dias. Seguindo esse exemplo, a Bélgica também deve ter lei semelhante aprovada nos próximos meses. O projeto de lei belga prevê que a doação seja espontânea, anônima e gratuita.” Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/sera-possivel-doar-as-ferias-no-brasil>>; e em: <<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151015>>.

¹⁰¹³ Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38471356>>.

¹⁰¹⁴ Conferência de Celso Fernandes Campilongo, com o tema “Dimensões dos Direitos Fundamentais” no VII Congresso Internacional de Direito do Trabalho, promovido pela Academia Brasileira de Direito do Trabalho, São Paulo, 28 set. 2017.

(*supra*, 6.2 e 8.3.4), que permitam uma ampla abertura cognitiva entre os níveis laterais em contraste com os normativos existentes, mediante uma interlocução construtiva, utilizando-se de um “modelo de articulação” ou “modelo de convergência”.¹⁰¹⁵ Trata-se de se criar pontes, tendo como base a técnica separatista e de comunicação dialógica dos direitos fundamentais positivados constitucionalmente, que servirão “à manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação”.¹⁰¹⁶

Os sistemas jurídicos estatais e, sobretudo, os transnacionais cogentes (regulamentos das multinacionais)¹⁰¹⁷ são vistos de forma multicêntrica, de tal forma que, na perspectiva do centro (econômica) de uma ordem jurídica, a outra (trabalhista), é periferia. A procedimentalização das vias comunicativas, entretanto, pode proporcionar a criação de relações de observação mútua, modificando-as. É que, como menciona Habermas, a fundamentação advém dos pressupostos procedimentais de comunicação, pois não há critérios de valoração que não possam ser problematizados e que não precisem ser validados por uma concordância que se almeja racionalmente motivada, sob condições discursivas.¹⁰¹⁸ Trata-se de se entregar às partes a atividade cognitiva dos seus próprios conflitos, confiando-lhes a sua significação, pois “*não existem casos fáceis ou difíceis em si. Os casos somente são fáceis ou difíceis de acordo com a compreensão de quem os interpreta*”.¹⁰¹⁹

E aí reside o desafio do novo modelo proposto: o de ser transformativo. Se, hoje, as formas assimétricas relacionadas aos diversos âmbitos funcionais do sistema jurídico

¹⁰¹⁵ Em contraposição a um “modelo de resistência”.

¹⁰¹⁶ Marcelo Neves citando Luhman. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. *Op. cit.*, p. 251.

¹⁰¹⁷ “A corrupção sistemática das formas de direito dos Estados frágeis mediante as autorregulações privadas no plano transnacional, em benefício das grandes empresas multinacionais, não é algo a ser considerado apenas na perspectiva de uma crítica de esquerda ao capitalismo. Essa questão deve ser levada a sério também com vista às exigências de reconhecimento ou fortificação das autonomias discursivas das esferas plurais da sociedade mundial. As ordens jurídicas privadas transnacionais, enquanto 'direito como meio' da economia, desenvolvem um tipo de racionalidade instrumental no âmbito jurídico, conforme a qual todas as pretensões normativas emergentes das formas de direito dos países mais fracos tendem a ser julgadas como perturbações para a dinâmica de sua expansão.” NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. *Op. cit.*, pp. 282-283.

¹⁰¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 328. Eduardo Ribeiro Moreira e Ivan Simões Garcia esclarecem: “A partir das três visões do mundo, Habermas destaca os três tipos de atos da fala: o tipo constatativo; o tipo regulativo; e o tipo expressivo. Os dois primeiros são discursivamente rejeitáveis, já o último é resgatável no próprio agir comunicativo. A ética do discurso tão em voga em Habermas, transporta-se ao direito e corresponde à ética proposta pela argumentação. A proposta ética cognitivista contemporânea postula uma filosofia aplicada – aplicada ao direito, à política – superando as incertezas trazidas no pensamento crítico pós-moderno, o qual acentua o uso da linguagem”. MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GARCIA, Ivan Simões. *Judicialização e justificação na concretização dos direitos fundamentais*. In: GARCIA, Ivan Simões (Organizador). *Direito do trabalho nos 25 anos da Constituição*. *Op. cit.*, pp. 131-132.

¹⁰¹⁹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GARCIA, Ivan Simões. *Judicialização e justificação na concretização dos direitos fundamentais*. In: GARCIA, Ivan Simões (Organizador). *Direito do trabalho nos 25 anos da Constituição*. *Op. cit.*, p. 132.

identificam que “o contrato e a propriedade servem como acoplamentos estruturais entre o direito e a economia e constituem formas de direito fortes – se não as mais fortes – da sociedade mundial”¹⁰²⁰ e, em sentido inverso, em relação aos direitos sociais (notadamente os trabalhistas), proclama-se que “os acoplamentos permanecem no plano operativo ou, quando se estendem para o nível estrutural são muito fracos,”¹⁰²¹ a procedimentalização discursiva fundada nos princípios (*supra*, 3.3), aberta e ética dos sujeitos estipulantes pode resultar em êxito das pretensões trabalhistas inclusivas, hoje bloqueadas “pelos discursos do mercado e do poder”.¹⁰²² O desafio é que a negociação coletiva salte de instrumento de acoplamento operativo para instrumento de acoplamento estrutural entre o direito do trabalho e a dignidade da pessoa humana do trabalhador, sabendo-se que o direito, mesmo o autoproduzido pelos próprios destinatários, não pode substituir-se à economia na geração de emprego, pois não pode fugir dos seus princípios.¹⁰²³

Esse procedimento discursivo da negociação traz uma virada em direção à linguagem, que possibilita uma mudança na forma de entendê-la: a reflexão volta-se para a forma (o procedimento) adotado para a autocomposição e para a autoprodução normativa, que pode ser muito mais abrangente do que o sistema de produção estatal. Se hoje a legislação só contempla a tutela de direitos específicos do trabalhador, em torno do qual se construiu o Direito do Trabalho, a negociação coletiva pode inserir os menos específicos: intimidade, imagem, personalidade, regulando temas muito sensíveis como: (a) a imposição de vestimentas ou a utilização de logomarcas; (b) ter o empregador acesso à carga genética do empregado para uma avaliação prospectiva de eventuais doenças e afastamentos; (c) possibilidade de recusar fumantes;¹⁰²⁴ (d) o direito ao “esquecimento”, no sentido da vedação da utilização, pelo empregador, de toda a gama de informações e imagens digitais rastreadas eletronicamente e que às vezes constroem um perfil digital totalmente desconectado do perfil

¹⁰²⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. *Op. cit.*, p. 284.

¹⁰²¹ “Em suma: pode-se verificar que formas de direito fortes sobrepõem-se de maneira opressora a formas de direitos frágeis no sistema mundial de níveis múltiplos.” *Id.*, p. 285. Para o mesmo autor: “Por fim, as assimetrias das formas de direito conduzem à repressão das frágeis formas jurídicas do direito ambiental, do direito social e dos direitos humanos, permanentemente reprimidas pelas fortes formas de direito do contrato, da propriedade, do mercado e do poder.” *Id.*, p. 286.

¹⁰²² *Loc. cit.*

¹⁰²³ Como pretendeu a reforma trabalhista da Lei n. 13.467, de 13/07/2017. Nesse sentido: Conferência de Celso Fernandes Campilongo, com o tema “Dimensões dos Direitos Fundamentais” no VII Congresso Internacional de Direito do Trabalho, promovido pela Academia Brasileira de Direito do Trabalho, São Paulo, 28 de setembro de 2017.

¹⁰²⁴ Palestra da Professora Teresa Alexandra Coelho Moreira com o tema “Novas tecnologias e a privacidade. Experiências em Portugal e na União Europeia” no VII Congresso Internacional de Direito do Trabalho, promovido pela Academia Brasileira de Direito do Trabalho, São Paulo, 28 de setembro de 2017.

real do empregado, e que podem ser usados como critério de admissão e demissão; (e) o direito à desconexão, como o de não ser conectado por e-mails ou mensagens rápidas fora da jornada de trabalho; (f) o controle por geolocalização, mediante a introdução de “chips” em empregados para a realização de determinadas atividades laborais; (g) a preservação da intimidade de uma vida social digital do trabalhador; (h) o controle das telecomunicações privadas; (h) a regulação do direito à autodeterminação informativa do empregado;¹⁰²⁵ (i) o controle frio e subliminar feito por máquinas, digitalmente, por algoritmos,¹⁰²⁶ utilizando-se de pistas digitais que permitem uma prospecção do que o empregado fez e o que fará, isto é, o controle do “olho tecnológico”, que não pisca, não deixa pistas, não vai dormir e registra todos os passos do empregado;¹⁰²⁷ (j) o direito às imagens captadas pela execução dos serviços; (k) a proteção à propriedade intelectual do empregado.

Em síntese, tecnologia não rima com liberdade e autodeterminação, e dificulta a efetivação da finalidade legítima da negociação coletiva, que somente pode ser superada com a institucionalização jurídica do discurso processualizado¹⁰²⁸, o qual conduz ao caminho do exercício democrático da autonomia privada coletiva pelos sujeitos das relações entre o capital e o trabalho. E, nesse contexto, pode-se concluir que este exercício autônomo e coletivo, que no discurso realiza-se em negociação coletiva, projeta-se argumentativamente, segundo pretensões de validade, ficando submetido, em *última análise*, ao juízo do melhor argumento e ao referencial da democracia na criação normativa. Seria o salto do princípio do discurso para o princípio jurídico da democracia pelo *medium* da discursividade jurídica; a construção de normas trabalhistas autoproduzidas com bases epistemológicas racionais, fundadas na legitimidade do direito pelo meio da processualidade jurídica.

Portanto, trata-se da legitimidade na criação do direito do trabalho, com fundamento na sua gênese normativa a partir dos seus próprios destinatários, mediante a

¹⁰²⁵ Palestra do Professor Manuel Ramon Herrera Carbúcia com o tema “Controle eletrônico por parte do empregador e o direito à autodeterminação informativa do empregado. Quais os limites possíveis?” no VII Congresso Internacional de Direito do Trabalho, promovido pela Academia Brasileira de Direito do Trabalho, São Paulo, 28 de setembro de 2017.

¹⁰²⁶ A máquina determinando uma sequência lógica, finita e definida de instruções que devem ser seguidas para resolver um problema ou executar uma tarefa, inclusive com fixação de tempo: como, onde e por quanto tempo.

¹⁰²⁷ Palestra da Professora Tereza Alexandra Colho Moreira com o tema “Novas tecnologias e a privacidade. Experiências em Portugal e na União Europeia” no VII Congresso Internacional de Direito do Trabalho, promovido pela Academia Brasileira de Direito do Trabalho, São Paulo, 28 de setembro de 2017.

¹⁰²⁸ Entendido como instrumento para a obtenção do “[...] reconhecimento motivado racionalmente da pretensão de validade de uma norma de ação.” CADERMATORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade*. Op. cit., p. 158.

instrumentalização do processo participativo em negociação coletiva: a processualização da procedimentalidade.¹⁰²⁹

¹⁰²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade. Op. cit.*, p. 9-42.

CONCLUSÃO

O trabalho demonstrou que a autonomia privada coletiva, amplamente consagrada pela Constituição Federal (art.7º, VI, XIII, XIV, XXVI, e 8º, VI) e reafirmada na CLT – sob o pálio da Lei n. 13.467/2017, que introduziu o § 3º ao art. 8º –, encontra limites: (a) a partir da própria obrigatoriedade da participação sindical profissional (CF, art. 8º, VI); (b) em razão da compulsoriedade do processo negocial, para o qual nem trabalhadores nem empregadores podem recusar-se (CLT, art. 616); (c) no poder-dever do Estado em realizar a sua política econômica (CLT, art. 623); e (d) naquilo que se tem como núcleo mínimo indisponível, a ser encontrado mediante o exercício da técnica dos direitos fundamentais, em processo negocial participativo. A sua *ratio* reside na equação entre a liberdade individual do trabalhador (filosófica, primeiro estágio) e a coletiva (política, segundo estágio), ante as forças econômicas; ante o capital em sentido estrito; ante o Estado e até ante os organismos sindicais.

A revolução tecnológica, que modificou a morfologia do trabalho, retirando-lhe a essencialidade e a subjetividade, refletiu na crise da representatividade sindical profissional, afetando e dificultando a identificação dos sujeitos da negociação coletiva. Some-se a isso o fenômeno da transnacionalização do capital e dos métodos de produção, que retira os trabalhadores do “espaço dos lugares”, inserindo-os no “espaço (virtual, imaginário) dos fluxos”. Feitas estas constatações fenomenológicas, conclui-se que o caminho dos trabalhadores está na negociação direta, por empresa, seja no plano estatal interno (de forma subsidiária à sindical), seja no plano internacional externo, inclusive no âmbito do Mercosul, neste caso em razão das dificuldades do exercício transnacional da democracia sindical representativa.

Tratar a natureza da negociação coletiva enquanto método autocompositivo e de autoprodução normativa é identificar-lhe o aspecto processual, pois é ínsito ao princípio da cooperação o da “separação de planos”, que entende a negociação e o seu objeto (convenção ou acordo coletivo) como um “organismo” ou “sistema de processos” instituídos em dois planos distintos: um, pela criação normativa e instituição de obrigações: o processo negocial; outro, pelos efeitos advindos do seu objeto (convenção ou acordo), que instituem vínculos jurídicos vários, que se projetam, também processualmente, como “ordem em cooperação”,

até o atingimento da sua tutela específica: a pacificação dos conflitos coletivos de trabalho e conformação dos contratos individuais.

A gênese normativa da convenção coletiva é a que lhe imprime significação jurídica, a partir do seu conteúdo prevalente. Dentre as suas cláusulas normativas, destacam-se as designadas manipulativas, no sentido de interferirem diretamente na esfera de competência originária do legislador, atuando acima da lei, inclusive pela derrogação legislativa. Nesse campo, a autoprodução normativa modifica o ordenamento legal como forma de adaptá-lo à primazia da autonomia privada coletiva prevista na Constituição. Como espécies das cláusulas manipulativas, tem-se as aditivas, cujo conteúdo normativo é fiscalizatório e complementar à legislação, adicionando-lhe um elemento que falta; e as substitutivas, que revogam a legislação pela edição de um novo conteúdo normativo, uma nova regulamentação. Por fim, chegamos nas derogatórias, que são substitutivas, na medida em que substituem ou revogam um conteúdo normativo, fazendo surgir uma nova regulamentação, desta feita, menos benéfica ao empregado: CLT, sob o pálio da Lei n. 13.467/2017 (art. 611-A).

O estudo logrou provar que a intervenção judicial na autonomia privada coletiva, antes da EC n. 45/2015, operada mediante o exercício, muitas vezes ilegítimo, da jurisdição normativa, passou a ser efetivada pelo controle autoritário do conteúdo eficaz do seu objeto: a convenção coletiva. Nesse ilegítimo controle de legalidade do pactuado, todas as teorias interpretativas construídas na linha de posicionamento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho são ditadas pela exigência da preservação da condição mais benéfica ao trabalhador, atuando como mecanismos de substituição de cláusulas e de criação de um novo regime. Feita esta constatação, foi possível definir que esse controle de legalidade somente se apresenta legítimo se: (a) feito preventiva e processualmente, no contexto do próprio processo negocial, mediante as técnicas da mediação e do conglobamento; ou (b) realizado pelo controle (retrospectivo) de legalidade do instrumento da negociação (convenção ou acordo coletivo), à luz do regramento do art. 8º, § 3º, da CLT, aplicando-se o princípio da intervenção mínima na autonomia privada coletiva, desde que respeitado o núcleo mínimo indisponível de direitos.

A compreensão da negociação coletiva como uma “estrutura de processos” conduz à possibilidade da sua decomposição em planos e níveis, polarizados pelo fim que a atrai: a pacificação dos conflitos coletivos, mediante a legítima autoprodução normativa. Dessa dinâmica relação mediada e procedimentalizada entre os sujeitos estipulantes, pautada pelos princípios que a regem, notadamente os da boa fé objetiva e o da cooperação, extrai-se a

possibilidade da identificação dos limites da autonomia privada coletiva: o núcleo mínimo indisponível. Isso ocorre pelo dinamismo da análise discursiva das pautas valorativas dos sujeitos da negociação e pelo olhar comum, ou aproximado, que possam ter em relação à diversidade política, econômica, jurídica e tecnológica, a partir do entrelaçamento entre os interesses empresariais e o respeito à dignidade humana do trabalhador.

Em síntese, o que se propõe é uma negociação coletiva como método autocompositivo de solução dos conflitos coletivos de trabalho, que viabilize o exercício da ponderação de interesses, da argumentação, inclusive jurídica, e que proporcione o exercício democrático da autonomia privada coletiva, projetando-se, segundo pretensões de validade, no referencial da democracia participativa na criação normativa do direito do trabalho autoproduzido com bases epistemológicas racionais, fundadas na legitimidade do direito pelo meio da processualidade jurídica.

Como conclusões específicas, tem-se que é preciso que haja correspondência entre a dimensão cognitiva da negociação coletiva e a representatividade dos seus sujeitos estipulantes, notadamente para o exercício da chamada potestatividade derogatória. Esta representatividade (legitimidade) advém de cada manifestação individual, autorizando e ratificando o que foi pactuado. Essa transição da autonomia e liberdade individual para a coletiva deve ser substancial e processualmente apurada, e encontrar-se formalmente manifestada em assembleia deliberativa sindical, inclusive a ratificadora (CLT, art. 612).

Se a ideia da ação sindical caminhava para a fragmentação, seja por área territorial, seja pela maior especificação, agora, sem o imposto sindical (CLT, art. 578 e 579), tem de buscar o caminho inverso: a unificação, voltando-se para os princípios da agregação e da unicidade, e, também, para a negociação direta, mais efetiva, específica e menos dispendiosa.

O despedimento coletivo ou em massa só se legitima enquanto flexibilização de saída não abusiva se procedimentalizado na negociação coletiva, que é direito dos envolvidos e cuja recusa é prática antissindical (CLT, art. 616, §§ 1º e 2º). Sendo a despedida em massa um “fato institucional”, só pode ser interpretada por meio das instituições jurídicas constitucionais e supranacionais, que constituem e estruturam *ex nihilo* a sua prática: aquelas apontadas no RODC 309/2009, do TST, nada alterando o advento do art. 477-A da CLT, que contempla típica regra consequencial, de pretensão regulativa e cuja interpretação deve ser conformada com as institucionais.

As diferenças entre os instrumentos da negociação coletiva transnacional (inclusive os acordos Marco Globais) e os da nacional (convenções e acordos coletivos) residem

exclusivamente no local da celebração e na tipologia dos sujeitos estipulantes. Concluiu-se, assim, que todos têm a mesma fonte direta: a manifestação de vontade dos sujeitos da negociação. Portanto, reconhecer os instrumentos das negociações coletivas transnacionais significa tão somente o reconhecimento da mesma autonomia privada coletiva, recepcionando-a internamente, quando manifestada externamente, desde que certificado o pleno exercício da manifestação livre e soberana da vontade dos sujeitos, a representatividade adequada destes, bem como que suas normas respeitem o chamado “núcleo mínimo indisponível” da Constituição.

É da compreensão procedimentalista do “primeiro plano” da negociação (processo negocial), de que todos os sujeitos estipulantes constituem “meio essencial” para a sua viabilização que se apresenta a cooperação como princípio negocial de alta relevância. Dele decorre o direito à “informação”, para que os entes sindicais possam assumir uma “posição” no processo; e, a partir dela, uma “reação” revelada pelo movimento procedimental mediado e pautado pela liberdade, pelos princípios e pela utilização de técnicas comunicativas de negociação, como o conglobamento.

Como o conteúdo dos instrumentos da negociação (negócios jurídicos) são predominantemente normativos e obrigacionais, não só a formação (“primeiro plano”), mas também a efetivação deles (“segundo plano” - cumprimento) será operada, processualmente, em rito de colaboração. Neste “segundo plano”, tanto sujeito ativo e passivo na aplicação da norma criada (conteúdo normativo), quanto credor e devedor da obrigação (conteúdo obrigacional) deixam de ter posições de antagonismo, dialéticas e polêmicas em *status* de subordinação, como se o sujeito passivo da norma (e devedor da obrigação) fosse o único responsável pelo adimplemento da convenção ou acordo coletivo em “dever de submissão”. Seja a criação do contrato coletivo, seja o seu cumprimento, são estágios, dinâmicos, de um único processo, em que as partes atuam em condições de paridade.

A visão procedimentalista do primeiro plano da negociação coletiva, o processo negocial, permite a identificação de três níveis. Existe um nível, fechado, que constitui um núcleo de direitos fundamentais invioláveis e indisponíveis. Um outro, aberto, constituído pelos direitos disponíveis. Entre os dois, um terceiro, no qual residem as convenções de interpretação e que se propõe a conectar os dois outros níveis, entrelaçando-os. Este nível intermediário é controlado ou reflete um conjunto de fatores externos aos dois outros. O que pertence aos dois níveis laterais (fechado e aberto) não é estático mas, pelo contrário, é dinâmico e migra de um lado ao outro pelo canal do nível intermediário. O que hoje é direito

indisponível (fechado), pode amanhã ser disponível (aberto) e vice-versa, em processo transformativo metabolizado pelo eixo negocial (nível intermediário), que reflete fatores internos, mas, sobretudo, externos espelhados por questões sociais, econômicas, políticas e hoje, sobretudo, tecnológicas.

O estudo mostrou que hoje as formas assimétricas relacionadas aos diversos âmbitos funcionais do sistema jurídico estatal identificam que o contrato e a propriedade servem como acoplamentos estruturais entre o direito e a economia, e constituem formas de direito fortes da sociedade mundial; e, em sentido inverso, em relação aos direitos sociais (notadamente os trabalhistas), os acoplamentos permanecem no plano operativo ou, quando se estendem para o nível estrutural, são muito fracos; mas que a procedimentalização discursiva, fundada nos princípios, aberta, ética e instrumentalizada na negociação coletiva pode resultar em êxito das pretensões trabalhistas inclusivas, hoje bloqueadas pelos discursos do mercado e do poder.

O desafio proposto neste estudo é que a negociação coletiva salte de instrumento de acoplamento operativo para instrumento de acoplamento estrutural entre os interesses empresariais e a dignidade da pessoa humana do trabalhador, sabendo-se que o direito do trabalho, mesmo o autoproduzido pelos próprios destinatários em democracia participativa, não pode substituir-se à economia na geração de empregos, pois não pode fugir dos seus princípios.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costek. *Uberização do trabalho: subsunção real da viração*. Disponível em: <<http://passapalavra.info/2017/02/110685>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

ADAMOVICH, Eduardo Raymundo Von. *Comentários à CLT*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Sistema da Ação Civil Pública no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. A justiça geométrica e o Anteprojeto de Código de Processos Coletivos: Elementos para uma justificativa histórico-filosófica, ou por uma visão atual do alcance e da função criadora da jurisdição coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro e Watanabe, Kazuo (Org.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo: RT, 2007.

AGUIAR, Antonio Carlos de. A negociação coletiva de trabalho (uma crítica à Súmula n. 277, do TST). *Revista LTr*, São Paulo, vol. 77, n. 09, p. 1098-1103, set. 2013.

ALEMÃO, Ivan. *Direito das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: C.E.C., 1997.

ALMEIDA, Amador Paes de. *CLT comentada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosul e União Européia: estrutura jurídico-institucional*. Curitiba: Juruá, 1996.

ALMEIDA, Renato Rua de. Negociação coletiva e boa-fé objetiva. *Revista LTr*, São Paulo, v. 74, n. 4, p. 393-396, abr. 2010.

_____. O moderno direito do trabalho e a empresa: negociação coletiva, representação dos empregados, direito à informação, participação nos lucros e regulamento interno. *Revista LTr*, São Paulo, v. 62, n. 39, p. 37-41, jan. 1998.

ALVES, Giovanni. *Dimensões da precarização do trabalho*. Baurú: Canal 6 Editora, 2013.

_____. Terceirização e acumulação flexível do capital: notas teórico-críticas sobre as mutações orgânicas da produção capitalista. *Estudos de sociologia*. Araraquara: FCL-UNESP, v. 16, n. 31, 1. Sem. 2014.

ALVES, Giovanni. *Toyotismo como ideologia orgânica da produção capitalista*. Disponível em: <<http://www.estudosdotrabalho.org/artigo-giovanni-alves-toyotismo-ideologia.pdf>>, p. 4. Acesso em: 17 mar. 2017.

AMBROSIO, Graziella. *Conflito entre normas coletivas de trabalho*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Graziella_Ambrosio/publication/265819858_CONFLITO_ENTRE_NORMAS_COLETIVAS_DE_TRABALHO/links/551015dc0cf2752610a1d7d1/CONFLITO-ENTRE-NORMAS-COLETIVAS-DE-TRABALHO.pdf>, p. 10. Acesso em: 31 ago. 2017.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Curso de direito sindical: teoria e prática*. São Paulo: LTr, 1991.

_____. *Direito do trabalho: itinerários da dominação*. São Paulo: LTr, 1994.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

ANTUNES, Ricardo. A nova morfologia do trabalho no Brasil. Reestruturação e precariedade. *Revista Nueva Sociedad*, especial em português, jun. 2012. Disponível em: <<http://nuso.org/articulo/a-nova-morfologia-do-trabalho-no-brasil-reestruturacao-e-precariedade/>>. Acesso em: 14 out. 2014.

_____. *Adeus ao trabalho*. Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

_____. *O que é sindicalismo*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. *Os sentidos do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

ARAÚJO, Nadia. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____; BRAGA, Ruy (Org.). NOGUEIRA, Arnaldo Mazzei (et. al). *Infoproletários*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009.

AROUCA, José Carlos. *O sindicato em um mundo globalizado*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. Organização sindical – pluralidade e unicidade – fontes de custeio. *Revista LTr*, São Paulo, v. 76, n. 6, p. 663-668, jun. 2012.

_____. As perspectivas do direito coletivo do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 78, n. 2, p. 135-143, fev. 2014.

ARRUDA, Lilian et. al. Análises e propostas. Acordo Marco Internacional – uma ferramenta para garantir os direitos fundamentais no trabalho em um mundo globalizado? Aportes do Brasil. Fundação Friedrich Ebert (FES), 2012. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/09532.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2013.

AVILES, Antonio Ojeda. *Derecho sindical*. Madri: Tecnos, 1992.

AVONDOLA, Arianna. La riforma dell' art. 2103 C.C. dopo il Jobs Act. *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Milano, anno XXXV, n. 3, parte 1, p. 369-398, 2016.

AZAMBUJA, Alexandre. *Negociação coletiva e os instrumentos normativos negociados: acordo coletivo e convenção coletiva de trabalho*. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,negociacao-coletiva-e-os-instrumentos-normativos-negociados-acordo-coletivo-e-convencao-coletiva-de-trabalho,42706.html>>.

Acesso em: 21 jul. 2016.

BAGNASCO, Arnaldo. *De la sociologia del trabajo a la sociedad*. In: CASTILLO, Juan José. (Org.). *El trabajo del futuro*. Madrid: Complutense, 1999.

BAGOLINI, Luigi. *Filosofia do trabalho*. Tradução de João da Silva Passos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

BALANDI, Gian Guido. *Governance e diritto del lavoro*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, v. 65, n. 4, p. 115–130, dic. 2011.

BARASSI, Lodovico. *Diritto sindacale e corporativo*. Milão: Giuffrè, 1938.

BARBIERI, Marco (Coord.). *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*. Milão: Giuffrè, 2004.

BARBOSA, A. F.; VEIGA, João Paulo Cândido; VILMAR, Maria Lúcia. *O monitoramento de empresas multinacionais no Brasil: um modelo de análise comparada*. São Paulo: Mimeo, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Privatização do processo?* In: *Temas de direito processual, sétima série*, São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”*. *Revista de processo*, São Paulo, v. 7, n. 28, out/dez. 1982.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2015.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; Sílvia Marina Labete. *Sindicatos e sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1994.

BAYLOS, Antonio. *Representação e representatividade sindical na globalização*. *Revista trabalhista – direito e processo*, Rio de Janeiro, v 2, n. 5, p. 17-37, jan/mar. 2003.

BELL, Daniel. *O advento da sociedade pós-industrial: uma tentativa de previsão social*. São Paulo: Cultrix, 1977.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Problemas jurídicos do teletrabalho no Brasil*. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2795712.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2013.

- BELTRAN, Ari Possidonio. *A autotutela nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.
- BENITES, Flávio Antonello. Intervencionismo estatal e modelo sindical. *Revista democracia e mundo do trabalho*. n. 3, Porto Alegre: 2001.
- BENITES FILHO, Flávio Antonello. *Direito sindical espanhol: a transição do franquismo à democracia*. São Paulo: LTr, 1997.
- BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. 2. ed. Bahia: José Luiz da Fonseca Magalhães Editor, 1920.
- BIASI, Marco. Retribuzione di produttività, flessibilità e nuove prospettive partecipative. *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Milano, n. 2, parte I, p. 337, 2014.
- BIHR, Alain. *Da grande noite à alternativa: o movimento operário europeu em crise*. São Paulo: Xamã, 1998.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. v. 1. São Paulo: Forense Universitária, 1994.
- BOLAFFIO, Leon. *Derecho comercial: parte general*. Tomo I, v. 1. Buenos Aires: Ediar, 1947.
- BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *Ciência Política*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- _____. *Teoria da Democracia Participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BORBA, Joselita Nepomuceno. *Direito coletivo do trabalho e mediação*. São Paulo: LTr, 2002.
- BORGES, Jorge Luiz. Racionalidade e politicidade das decisões judiciais. In: MONTEIRO, Cláudia Servilha Monteiro (Coord.). *Temas de Filosofia do Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- BORGES, Bruna. *Dos eleitores brasileiros, 10% são filiados a partidos; PMDB domina* (matéria de 21.07.2014). Disponível em: <<http://eleicoes.uol.com.br/2014/noticias/2014/07/21/10-dos-eleitores-sao-filiados-a-partidos-pmdb-tem-a-maior-fatia.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2014.
- BORGOMEIO, Luca. *Il contratto collettivo di lavoro: rassegna di giurisprudenza (1944 – 1964)*. Milano: Giuffrè, 1966.
- BRANCO, Luizella Giardino Branco. *Sistema de solução de controvérsias no MERCOSUL – perspectivas para a criação de um modelo institucional permanente*. São Paulo: LTr, 1997.
- BREVILHIERI, Etienne Maria Bosco; SOARES, Denis Marcos Veloso. *Contratos internacionais firmados no Brasil: a possibilidade de escolha da legislação aplicável mediante*

a lei de arbitragem. Disponível em: < http://feb.unifeb.edu.br/index.php/gabarito-da-avaliacao-integrada-2016/doc_download/360-contratos-internacionais-firmados-no-brasil-a-possibilidade-de-escolha-da-legislacao-aplicavel>, p. 3. Acesso em: 14 nov. 2014.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BRUTI LIBERATI, Edmondo. *Il governo dei giudici e i giudici del governo*. Autorità e crisi dei poteri. Milano: Cedam, 2012.

_____. Potere e giustizia. In: *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*. Milano: Feltrinelli, 1996.

BUEN LOSANO, Nestor de. *Derecho del trabajo*. Ciudad de México: Porruá, 1977.

CABRAL DE MONCADA, L. *Lições de direito civil*. 3. ed. v. I. Coimbra, 1959.

_____. *Lições de direito civil*. 3. ed. v. II. Coimbra, 1959.

CADEMARTORI, Sérgio. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista. 2.ed. Campinas: Millennium, 2006.

CADIET, Loic. Procès équitable et modes alternatif de règlement des conflits. In: DELMAS-MARTY, Mireille; MUIR WATT, Horatia e RUIZ FABRI, Hélène (Org.). *Variations autour d'un droit commun*. Paris: Société de Législation Comparée, 2002.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires: EJE, 1962.

CALMON DE PASSOS, J. J. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, Porto Alegre, ano I, v.i, n 1, p. 30-35, set/out. 1999.

_____. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CALZOLAIO, Ermanno. Riforma del processo di cassazione e precedente giudiziale: riflessioni nella prospettiva della comparazione “civil law-common law”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, v. 63, n. 3, p. 1003-1022, set. 2009.

CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. *Sindicatos sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1992.

CAPONE, Remo. Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001. *Rivista di diritto civile*. Padova, v. 52, n. 4, p. 523-548, lug/ago. 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. v. 1, Porto Alegre: Fabris, 2008.

_____. Social and political aspects of civil procedure: Reforms and trends in Western and Europe. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 69, n. 5, p. 847-886, apr. 1971.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de José Carlos Barbosa Moreira e Sérgio Bermudes. Porto Alegre: Fabris, 1999.

_____ e BRYANT, Garth. *Access to Justice: The worldwide movement to make rights effective. A general report.* Publicação no Brasil com o título: Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARDOSO, Benjamin. *A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale.* Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARNEIRO FILHO, Roberto. Dos fundamentos de validade das normas jurídicas trabalhistas negociadas coletivamente. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 11, p. 1329-1333, nov. 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile.* v. II, Padova: Cedam, 1938.

_____. Il diritto corporativo nel sistema del diritto pubblico italiano. In: *Atti del primo convegno di studi sindacali e corporativi*, v. 1, Roma: Edizioni Il Diritto del lavoro, 1930.

CARVALHO, Lucas Borges de. *Jurisdição constitucional e democracia.* Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa; MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho.* 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho.* 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura.* São Paulo: Paz e Terra, 2007.

CASTRO, Maria Sílvia Portela de. Movimento sindical no Mercosul: trajetória e perspectivas de ação. In: LORENZETTI, Jorge; FACCIO, Odilon Luís (Org.). *O sindicalismo na Europa, Mercosul e Nafta.* São Paulo, LTr, 2000.

CATAUDELLA, Antonino. Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, p. 544, jun. 1966.

CESSARI, Aldo. Poteri creativi della giurisprudenza e 'natura dei fatti' nel diritto sindacale. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, p. 1, mar. 1969.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia.* São Paulo: Brasiliense, 1997.

CHESNASIS, François. A teoria do regime de acumulação financeirizado, conteúdo, alcance e interrogações. Disponível em: <www.puro.uff.br/sites/default/files/user52/01-Chesnais%20financeirização.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015.

CHIARELLI, Carlos Alberto. Direito coletivo do trabalho: partida e chegada? O sindicato em tempos de crise. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 3, p. 267-71, mar. 2009.

CHIARELLI, Carlos Alberto. *Integração: direito e poder – Mercosul e Mercado Comum Europeu*. São Paulo: LTr, 1992.

_____. *Teoria e prática do sindicalismo brasileiro*. São Paulo: LTr, 1974.

_____; SANTA MARIA, Filipe Diffini. Negociações coletivas de trabalho – resultados obtidos em exemplos pesquisados. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 11, p. 1316-1320, nov. 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. v. 1. Campinas: Bookseller, 2002.

CHIRONI, G. P. *Istituzioni di diritto civile italiano*. 2. ed. v. 2, Milano: Fratelli Bocca, 1912.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COCCO, G. *Trabalho e cidadania: produção e direitos na era da globalização*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1984.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Contrato coletivo de trabalho transnacional*. Curitiba: Juruá, 2014.

CORRÊA, Lélío Bentes. A efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais e seus sistemas de proteção no direito internacional. In: PAIXÃO, Cristiano [Et. al.]. *Os novos horizontes do direito do trabalho: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho*. São Paulo: LTr, 2005.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *As ações coletivas e o direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1994.

CORTE, Néstor. *El modelo sindical argentino*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1988.

COSTA, Carlos Eduardo Dantas. Organização e representação de trabalhadores no local de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 78, n. 6, p. 696- 705, jun. 2014.

COSTA, Carlos Coqueijo, *Direito processual do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

COSTA, Danilo Fernandes. O acordo do benzeno: uma negociação exemplar. In: BONCIANI, Mário (Org.) *Saúde, ambiente e contrato coletivo de trabalho: experiências em negociação coletiva*. São Paulo: LTr, 1996.

COSTA, Maria Manuela Dias. *O despedimento coletivo*. 2013. 107 f. Dissertação (Mestrado em Solicitadoria) – Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal, dez. 2013. Disponível em: <<http://repositorio.uportu.pt/bitstream/11328/1298/1/TMS%203.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. 11. reimp. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DANTAS, San Thiago. *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953.

DE LUCA, Carlos Moreira. *Convenção coletiva de trabalho: um estudo comparativo*. São Paulo: LTr, 1991.

DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves [et. al.] (Coord.). *Direito Constitucional do Trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015.

_____; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017.

_____. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores. *Revista do TST*, Brasília, v. 67, n. 2, p. 79-98, abr/jun. 2001.

DELLEGRAVE NETO, José Afonso (Coord.). *Direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

DENTI, Vitório. *La giustizia civile*. A cura di ROTA, Fábio. Bologna: Mulino, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed., v. 1, São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DRAY, Guilherme. *A influência dos Estados Unidos da América na afirmação do princípio da igualdade no emprego nos países da lusofonia*. Coimbra: Almedina, 2016.

DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica: um estudo crítico do processo petroquímico*. Coleção Mundo do Trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELMAUER, Douglas. Transconstitucionalismo: Do acoplamento estrutural à racionalidade transversal. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 108, p. 855-864, jan/dez. 2013.

ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. 35. ed. Tradução de Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosh, 1944.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Contratos nominados no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1953.

_____. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

ETALA, Carlos Alberto. *Derecho colectivo del trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre direito civil*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

_____. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, a. XII, v. 2, p. 861-880, set. 1958.

_____. *Istituzioni di diritto processuale*. 7. ed. Padova: Cedam, 1994.

_____. *Valori permanenti del processo*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, n. 44, p. 1-11, gen/mar. 1989.

_____. La dottrina processualística italiana: dall "azione" ao "processo" (1864-1994). *Rivista di diritto processuale*. Padova, v. 49, parte II, p. 911-925, 1994.

FEBBRAJO, Alberto. Legittimazione e teoria del sistemi. *Sociologia del diritto*. Milano, n. XI, 1984.

FELICISSIMO, Márcia Regina. *O Conceito de representação política na teoria de Carl Schmitt*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001.

FERNANDES, Atahualpa. *Direito, evolução, racionalidade e discurso jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 2004.

FERRARA, Luigi Carioca. *El negocio jurídico*. Madrid: Aguilar, 1956.

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*. Rio de Janeiro, v. 13, n. 50, p. 49–60, abr/jun. 2014.

FERRARIS, Federico. La nuova mediazione civile e commerciale. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, anno LXVIII (seconda serie), n. 6, p. 1462-1483, nov/dic. 2013.

FICHTER, Michael et al. *Acordos Marco Globais. Organizando as relações de trabalho globalizadas?* São Paulo: Fundação Friedrich Ebert (FES), 2012. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/iez/09560-20121221.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

_____. *Exporting Labor Relations across the Atlantic? Insights on Labor Relations Policies of German Corporations in the U.S.* Working USA: The Journal of Labor and Society, v. 14 (2), p. 129-143, 2011. Disponível em: <www.readcube.com/articles>. Acesso em: 07 ago. 2013.

FILAS, Rodolfo Capón. *O novo direito sindical argentino*. 2. ed. La Plata: S. I., 1993.

FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa [Et. al.]. *Direito e processo do trabalho em transformação*. Rio de Janeiro: Enselfelder, 2007.

_____. Deslocalização internacional e interna. *Revista LTr*, São Paulo, v. 77, n. 2, p. 154-158, fev. 2013.

FRANZESE, Lucio. L'accordo conciliativo tra conflitto e controversia. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. 68, n. 4/5, p. 870-888, jul/out. 2013.

FRASIER, Nancy. *Escalas de justicia*. Traducción de Antoni Martínez Riu. Barcelona: Herder, 2012.

FREIRE, Ricardo Maurício. *Devido processo legal: uma visão pós moderna*. Salvador: JusPodivm, 2008.

GACEK, Stanley Arthur. Práticas antissindicais: o papel da OIT e do Judiciário. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 78, n. 08, p. 973-977, ago. 2014.

GAETA, Lorenzo di. *La terza dimensione del diritto: legge e contratto collettivo nel novecento italiano*. Disponível em: <<http://www.aidlass.it/wp-content/uploads/2016/05/AIDLASS-2016-GAETA.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

GALLI FONSECA, Elena Zuccone. Il calendario del processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, v. 66, n. 4, p. 1393–1407, dic. 2012.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Do original: *Lê gardien des promesses*. Tradução de Maria Luiza Carvalho. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2000.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GARCIA, Ivan Simões. *Direito do trabalho*. Coleção tópicos de direito. v. 9, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Direito do trabalho nos 25 anos da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. *O sindicato e o processo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GARCIA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporâneo*. 2. ed. Madrid: Alianza, 1985.

GAVA, Rodrigo. Em busca da liberdade (os rendimentos e a flexibilização das normas laborais no destacamento temporário de trabalhadores tutelados à luz do direito comunitário). *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 71, n. 10, p. 1.264-1.276, out. 2007.

GENRO, Tarso. *Introdução à crítica do direito do trabalho*. Porto Alegre, 1979.

GENTILE, Aurelio. Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Anno LXIII, n. 2, giu. 2009.

GIASANTI, Lorenzo. *Corso di diritto sindacale: compendio di giurisprudenza*. Milano: Ed. Università degli Studi di Milano, 2014-2015.

GIUGNI, Gino. *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*. Milano: Giuffrè, 1960.

_____. *Direito sindical*. Tradução de Eiko Lúcia Tomioka. São Paulo: LTr, 1989.

GIUSSANI, Andrea. *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*. Bologna: Mulino, 2008.

GOLDIN, Adrián O. *El trabajo y los mercados*. Buenos Aires: Eudeba, 1997.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Eficiência econômica e a salvaguarda de direitos dos trabalhadores em tempos de domínio do mercado global: uma questão de equilíbrio. *Revista LTr*, São Paulo, v. 78, n. 8, p. 978–984, ago. 2014.

GOMES NETO, Idalécio. Modalidades da negociação coletiva. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 64, p. 32-45, 1995.

GOMES, Orlando. *A convenção coletiva de trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

_____. *A convenção coletiva de trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

_____; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Forense, 1972.

_____. *Questões de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1974.

_____. *Direito econômico e outros ensaios*. Salvador: Editora de Livros Salvador, 1975.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: RT, 1980.

_____. *Introdução ao Direito Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GORZ, André. *Adeus ao proletariado: para além do socialismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.

_____. *Imaterial*. São Paulo: Anablume, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Quem tem medo dos juízes (na democracia)? *Revista Justiça e Democracia*. São Paulo, n. 1, p. 101-110, 1996.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significato sociale, politico e giuridico della tutela degli interessi diffusi. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 1, p. 17-24, 1999.

GUEIROS BERNARDES, Hugo. Princípios da negociação coletiva. In: LIMA TEIXEIRA, João de. (Coordenador). *Relações coletivas de trabalho*. Estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind. São Paulo: LTr, 1989.

GUNTHER, Luiz Eduardo. *A negociação coletiva do trabalho como direito coletivo fundamental: necessidade de afirmação da tutela dos direitos de personalidade na atividade empresarial mundializada*. Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/118-390-1-pb.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2015.

HÄBERLE, Peter. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jurgen. *O discurso filosófico da modernidade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *The theory of communicative action (reason and rationalization of society)*. v. 1, London: Polity Press, 1991.

_____. *The theory of communicative action (the critique of functionalist reason)*. London: Polity Press, 1992.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *A inclusão do outro*. Do original Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

_____. *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. TAYLOR, Charles [et. al.], Princeton: Princeton University Press, 1994.

_____. La luta por el reconocimiento em el Estado Democrático del Derecho. In: TAYLOR, Charles [et. al.], *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. 2. ed. Ciudad de México: FCE, 2009.

_____. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. 2, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

_____. Le besoin d’une continuité allemande: Carl Schmitt dans l’histoire des idées politiques de la RFA. *Revue Les Temps Modernes*. Paris, n. 575, juin 1994.

_____. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. *Uma conversa sobre questões da teoria política: entrevista de Jürgen Habermas a Mikael Carlehedem e René Gabriels*. Tradução de Marcos Nobre e Sérgio Costa. São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, 1997.

_____. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

HARTMAN, Frederik H. *Las relaciones internacionales*. Buenos Aires: Instituto de Publicaciones Navales, 1998.

HAYEK, Friedrich. *Direito, legislação e liberdade*. São Paulo: Visão, 1985.

HAZAN, Bruno Ferraz. *A aderência contratual das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2012.

HESSE, Konrad, MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II, 3. ed., Coimbra: Ed. Coimbra, 1996.

_____. *A força normativa da Constituição*. (Die Normative Kraft der Verfassung). Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOBBSBAWN, Eric J. *A era das revoluções*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2015.

HOMMERDING, Alberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Prefácio de Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HUWS, Ursula. *The making of a cybertariat: virtual work in a real world*. New York, Londres: Monthly Review/The Merlin, 2003.

JAEGER, Guilherme Pederneiras. O Direito do Trabalho à luz do Direito Internacional Privado: um exercício de teorização. In: STÜMER, Gilberto (Org.). *Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e outros estudos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

JEAMMAUD, Antoine; FRAGALE FILHO, Roberto; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. *Trabalho, cidadania e magistratura*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000.

KAHN-FREUND, Otto. *Labor and law*. 3. ed. Londres: Stevens & Sons, 1983.

KAUFMANN, Marcus de Oliveira. *Das práticas antissindicais às práticas anti-representativas*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. Uma visão prospectiva da atuação jurisdicional em relação à organização sindical. Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 5, p. 563-574, maio 2009.

_____. O combate às práticas desleais: uma perspectiva comparada das relações coletivas de trabalho. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 35, n. 135, p. 112-165, jul/set. 2009.

KAYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Saraiva, 2012.

KAREN, Artur. *O novo poder normatizador do TST: dissídios individuais e atores coletivos*. São Paulo: LTr, 2012.

KELTNER. El servicio federal de mediación y conciliación de Estados Unidos como catalizador de la negociación colectiva. *Revista Internacional de Trabajo*, Ginebra, 1963.

KILIAN, Dóris Krause. *Negociação coletiva de trabalho*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

KLEIN, Antônio Carlos. Os partidos políticos e o paradoxo da democracia representativa. *Revista Latino-americana de direitos constitucionais*. Fortaleza, n. 16, p. 369-390, dez. 2014.

KLEIN, Jaime Luiz. *A crise da representatividade no Brasil*. Disponível em: <http://oficina-de-filosofia.blogspot.com.br/2014/05/sociedade-e-representatividade.html>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

KORKOUNOV, N. M. *Cours de théorie générale du droit*. Paris: V. Giard & Bière, 1903.

KRAHENBUHL, Lair. *Trajetória de um profissional de habitação*. São Paulo: Pini, 2011.

KRUEGER, Anne. *Problems with Overlapping Free Trade Areas. Regionalism versus Multilateral Trade Arrangements*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

LA CUEVA, Mário. *Derecho mexicano del trabajo*. Ciudad de México: Porrúa, 1949.

_____. *Derecho mexicano del trabajo*. Tomo II. Ciudad de México: Porrúa, 1959.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Obrigações*. Rio de Janeiro: RT, 1916.

LAMBERTUCCI, Pietro. Procedure di collocamento e impegno di rispettare la contrattazione collettiva: u'importante decisione della Corte di Cassazione. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. Milano, II, p. 6-ss, 1991.

LAZZARATO, M.; NEGRI, Antônio. *Trabalho imaterial, formas de vida e produção de subjetividade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, João amado. *Contrato de trabalho*. Lisboa: Almedina, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1956.

LEITÃO, Sérgio Proença. Repensando a questão da decisão organizacional e seu paradigma. *Revista de administração pública*. Rio de Janeiro, v. 29(2), abr/jun. 1995.

LEITE, Roberto Basilone. Cidadania pós-nacional e globalização social. *Revista LTr*, São Paulo, v. 68, n. 1, p. 45–51, jan. 2004.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). *Problemas de direito civil Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LIMA, Eusébio de Queiroz. *Teoria do estado*. 7. ed. Rio de Janeiro: 1953.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. Liberdade sindical e autorregulação: pelo assentamento de princípios e valores sindicais nacionais. *Revista LTr*, São Paulo, v. 79, n. 2, p. 151–160, fev. 2015.

- LIMA, Newton de Oliveira. *Substancialismo versus procedimentalismo*: discussões sobre a legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5141>. Acesso em: 28 ago. 2015.
- LIMA FILHO, Francisco das C. Negociação e conflito. A conformação da autonomia coletiva e a concertação social no modelo espanhol. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 71, n. 3, p. 89-133, set/dez. 2005.
- LIMA, Ruy Cirne. Contrato e acordo normativo. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, ano 7, n. 26, p. 179-180, São Paulo, out/dez. 1983.
- LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: RT, 1997.
- LOPES, Mônica Sette. *A convenção coletiva e sua força vinculante*. São Paulo: LTr, 1998.
- LUCA, Carlos Moreira. *Convenção coletiva do trabalho: um estudo comparativo*. São Paulo, LTr, 1991.
- LUCENA, Carlos. *A transnacionalização do capital*. Disponível em: <<https://portaltrabalho.wordpress.com/producao-cientifica/video-aulas-e-textos/aula-a-transnacionalizacao-do-capital/>>. Acesso em: 28 set. 2015.
- LUDOVICO, Giuseppe. L'onere di astensione dallo sciopero nelle clausole di tregua sindacale. Item 8: La libertà negoziale delle parti nella definizione delle reciproche posizioni. *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Milano, I, n. 2, p. 305-336, 2014.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980.
- LUISO, F. P. *Il modello italiano di mediazione*. Il “giusto” procedimento di mediazione (contraddittorio, riservatezza, difesa, proposta). Milano: Giuridica Italiana, 2012.
- MACCORMICK, Neil e WEINBERGER, Ota. *Pour une théorie institutionnelle du droit: nouvelles approches du positivisme juridique*. Bruxelles: Paris, Story-Scientia: LDGJ, 1992.
- MACEDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 237, p. 369-401, nov. 2014.
- MACHADO, João Bosco M. *Mercosul: processo de integração*. São Paulo: Aduaneiras, 2000.
- MACHADO, José Daniel; OJEDA, Raúl Horácio. *Tutela sindical*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006.
- MAGANO, Otávio Bueno. *Política do trabalho*. São Paulo: 1992.
- _____. *Convenção coletiva de trabalho*. São Paulo: LTr, 1972.
- _____. *Manual de direito do trabalho*. v. 3. São Paulo: LTr, 1984.

MAGGIOLINI, Piercarlo. *As negociações trabalhistas e a introdução de inovações tecnológicas na Europa*. Petrópolis: Ibase, 1988.

MAGNANI, Mariela. *Lezioni di diritto sindacale: soggetti, contratto, conflitto collettivo*. Pavia: Ed. Faculdade de Direito de Pavia, 2011-2012.

MAGRINI, Sergio. Sulla legittimità costituzionale della predeterminazione legislativa delle variazioni dell'indennità di contingenza nel semestre febbraio - luglio 1984 – nota Corte Cost. 7 febbraio 1985 n.34 (Comentários à decisão da Corte Constitucional de 07 de fevereiro de 1985, nº 34). *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Milano, n.2, p. 161, 1985.

MAIA FILHO, Paulo Américo. *A ação civil pública como via alternativa ao dissídio coletivo*. São Paulo: LTr, 2011.

MAISTRO JR, Gilberto Carlos. *O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva*. São Paulo: LTr, 2012.

MALLET, Estevão. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 2005.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARCHETTI, Paolo. *L'essere collettivo*. Milano: Giuffrè, 2006.

MARIUCCI, Luigi. La crise della governance nel diritto del lavoro. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, v. 65, n. 4, p. 131–136, dic. 2011.

MARRANI, Pelio. *Il contratto collettivo di lavoro: nella statica e nella dinâmica della economia industriale*. Padova: Cedam, 1935.

MARTÍNEZ, E.; SALAS, H.; MÁRQUEZ, D. *Los efectos económicos, políticos y socioculturales de la globalización en el sector lechero mexicano*. 3º Encuentro nacional sobre desarrollo regional en México – “México: desarrollo regional y proyecto nacional”, Tlaxcala. Documento apresentado para o 3º Encontro Nacional sobre Desenvolvimento Regional no México. Tlaxcala, abr. 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Comentários às súmulas do TST*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Polliana Henrique. Relações sindicais internacionais e a validade jurídica do Acordo Marco Internacional (International Framework Agreement). *Revista LTr*, São Paulo, v. 78, n. 5, p. 575–579, maio 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000.

MARRAS, Jean Pierre. *Relações trabalhistas no Brasil*. São Paulo: Futura, 2001.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich (1974). *A Ideologia Alemã*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1974.

MANSUETI, Hugo Roberto. *Armonización legislativa del trabajo en la integración MERCOSUR*. Disponível em: <www.webmaster@aw.com.ar>. Acesso em: 20 maio 2014.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Defeitos do negócio jurídico*. São Paulo: LTr, 2005.

MATURANA, H.; VARELA, F. *A árvore do conhecimento*. São Paulo: Palas Athena, 2005.

MAYER, B. *The dynamics of conflict resolution – a practitioner's guide*. San Francisco: Jossey-Bass, 2000.

MAZEAUD, Henri, Jean e Leon. *Leçons de droit civil*. v. 1. Paris: Montchrestien, 1969.

MAZZONI, G. *Il contratto collettivo del lavoro nella legislazione internazionale*. Florença: 1930.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 79, n. 3, p. 233-254, jul/set. 2013.

MEDOFF, James; FREEMAN, Richard. *What do unions do?* New York: Basic Books, 1985.

MEIRELLES, Davi Furtado. *Negociação coletiva no local de trabalho: a experiência dos metalúrgicos do ABC*. São Paulo: LTr, 2008.

_____. Liberdade sindical – o modelo ideal. *Revista LTr*, São Paulo, v.74, n.5, p.542-552, maio 2010.

_____. Apontamentos sobre o reconhecimento das Centrais Sindicais. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 2, p. 179–181, fev. 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1985.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Milão: Giuffrè, 1959.

_____. *Manuale di diritto civile e commerciale*. v. 1. Milão: Giuffrè, 1957.

_____. *Manuale di diritto civile e commerciale*. v. 4. Milão: Giuffrè, 1954.

_____. *Manuale di diritto civile e commerciale*. v. 5, 9. ed. Milão: Giuffrè, 1972.

MIRANDA, Jorge. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade. In: *Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo II, 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996.

MONTALENTI, Paolo. Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione. *Rivista Trimestrale di diritto e Procedura Civil*. Milano, v. 66, n. 2, p. 379-401, jun. 2012.

MONTECLARO, Lauro. *Desemprego estrutural e desemprego disfarçado*. CMI Brasil, 09 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2004/06/282636.shtml>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

MONTI, José L. *Los intereses difusos y su protección jurisdiccional*. Buenos aires: Ad-Hoc, 2005.

MOODY, Kim. *Workers in a Lean World: Unions in the International Economy*. Londres: Verso, 1997.

MORAES, Alexandre Carlos; SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. *Notas sobre jurisdição internacional no âmbito do Mercosul*. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/454/228>>. Acesso em: 15 out. 2014.

MORAIS FILHO, Evaristo de. *A ordem social num novo texto constitucional*. São Paulo: LTr, 1986.

_____. *O problema do sindicato único no Brasil*. São Paulo: Alfa-Omega, 1952.

_____. *Apontamentos do direito operário*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GARCIA, Ivan Simões. Judicialização e justificação na concretização dos direitos fundamentais sociais. In: GARCIA, Ivan Simões [Et. al.]. *Direito do trabalho nos 25 anos da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MOTTA, Fernando Cláudio Prestes. A co-gestão alemã: a conciliação do inconciliável. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 23, n. 1, p. 23-36, jan/mar. 1993.

MOUSINHO DE BRITO, Rildo Albuquerque. *Mediação e arbitragem de conflitos trabalhistas no Brasil e no Canadá*. São Paulo: LTr, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MUNCK, Ronaldo; WATERMAN, Peter. *Labour Worldwide in the Era of Globalization: Alternative Union Models in the New World Order*. New York: Palgrave Macmillan, 1999.

NADEAU, Denis. Solução dos conflitos trabalhistas no âmbito sindical no Canadá: arbitragem das reclamações. Tradução de Estevan Malet. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 67, n. 4, p. 117–128, out/dez. 2001.

NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millenium, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Compêndio de Direito Sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. *Conflitos coletivos de trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *Direito sindical*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Direito sindical*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *O processo de elaboração da norma jurídica trabalhista*. São Paulo: 1973.

NASSAR, Nazaré Sidrim. *Flexibilização do direito do trabalho*. São Paulo: 1991.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

NOGUEIRA, Arnaldo Mazzei (et. al). *Infoproletários*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009.

OBERER, Walker E., HANSLOWE, Kurt L. e HEINZ, Timothy J. *Labor law: collective bargaining in a free society*. 4th. ed., Saint Paul, Minesota: West Publishing, 1994.

OFFE, Claus. *Trabalho como categoria sociológica fundamental?* Trabalho e sociedade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. Da obrigatoriedade da participação dos sindicatos econômicos na negociação coletiva de trabalho. In: SANTOS. Enoque Ribeiro dos (coord.). *Direito coletivo moderno: da LACP e do CDC ao direito de negociação coletiva no setor público*, São Paulo: LTr, 2006.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *Convenção coletiva de trabalho no direito brasileiro: setor privado*. São Paulo: LTr, 1996.

OLIVEIRA, Pérola Toneti de; OLIVEIRA, Lourival José de. Os limites da negociação coletiva a partir do princípio da proporcionalidade. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 4, n. 1, p. 195-218, jan/abr. 2009.

OLIVEIRA, Sirle Márcia de. Os trabalhadores das centrais de teleatividades no Brasil: da ilusão à exploração. In: ANTUNES, Ricardo e BRAGA, Ruy (Org.). *Infoproletários: degradação real do trabalho virtual*. São Paulo: Boitempo, 2009.

PALAST, Gregory. *A melhor democracia que o dinheiro pode comprar*. 2. ed. Tradução: Patrícia de Cia. São Paulo: Francis, 2004.

PALIERO, Livia Maria. La mediazione in Germania: recenti prospettive. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, v. 66, n. 3, p. 889–914, sett. 2012.

PASSO CABRAL, Antônio. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

- PASSOS, Edésio; SILVA, Diana de Lima e. Sindicalismo, relações de trabalho na América Latina e crise neoliberal. In: SILVA, Diana de Lima e; PASSOS, Edésio. *Impactos da globalização – relações de trabalho e sindicalismo na América Latina*. São Paulo: LTr, 2001.
- PAUL, Ana Carolina. *Limites à autonomia privada*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC/SP, São Paulo, 2008.
- PAIVA, Paulo. Por um novo contrato social. Aproxima-se o momento da consagração do pluralismo como elemento básico da liberdade. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 13 jul. 1995, Editorial Dinheiro.
- PAULON, Carlos Artur. As cláusulas sindicais e a liberdade sindical. In: ROMITA, Arion Sayão (Coord.). *Sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1986.
- PEDRASSANI, José Pedro. *Supralegalidade dos convênios coletivos*. São Paulo: LTr, 2014.
- PEREIRA, Armand F. (Org.). *Reforma sindical e negociação coletiva*. Brasília: OIT, 2001.
- PERES, Antônio Galvão. *Contrato internacional de trabalho: acesso à justiça*. Conflitos de jurisdição e outras questões processuais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- PERUZZI, Marco. Il principio di effettività del diritto alle ferie in caso di trasformazione del contratto al part-time. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. Milano, n. 2, parte II, p. 263, 2014.
- PESSANHA, Elina; ALEMÃO, Ivan; SOARES, José Luiz. TST, Dissídios coletivos, demissão massiva. Novos desafios para a Justiça do trabalho. In: COUTINHO; MELO FILHO; SOUTO MAIOR; NEVES FAVA (Org.). *O mundo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.
- PESSI, Roberto. Ordinamento statuale e ordinamento intersindacale: promozione o regolazione? *Rivista italiana di diritto del lavoro*. Bologna: v. 1, p. 3-16, 2014.
- PIMENTA, Rachel Betty de Castro. *Condutas antissindicais praticadas pelo empregador*. São Paulo: LTr, 2014.
- PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; DURÇO, Karol Araújo. *A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br > Capa > v. 4, n. 1 (2011) > Pinho>. Acesso em: 23 ago. 2013.
- _____. e PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 11, p. 184-216, jan/jun. 2013.
- PINO, G. *Uno studio su Gino Giugnio e il conflitto collettivo*. Torino: Giappichelli, 2014.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. São Paulo; LTr, 1998.
- _____. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Perspectivas do trabalho e do direito na sociedade contemporânea. *Revista LTr*, São Paulo, v. 74, p. 16-26, jan. 2010.

PINTO, Melina Silva. A imprescindibilidade da negociação coletiva anterior à demissão em massa de empregados, sob a perspectiva dos princípios fundamentais e do controle de convencionalidade. *Revista LTr*, São Paulo, v. 76, n. 9, p. 1091-1106, set. 2012.

PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

POPPER, Karl. *El mito del marco comum: em defensa de la ciência y la racionalidad*. Barcelona: Paidós, 1997.

PRADO, Roberto Barretto. *Curso de direito coletivo de trabalho*. São Paulo: LTr, 1986.

PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. *A boa fé nas negociações coletivas trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2011.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

PROSPERETTI, Marco. Sulla riduzione ad equità del contratto rescindibile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, dic. 1966.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli, 2006.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. O direito como fato institucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFPB*, João Pessoa, n. 1, 1998.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Negociação coletiva atípica*. Lição de agregação. Coimbra: Almedina, 2009.

REIS, Maurício Martins. As súmulas são precedentes judiciais: de como as súmulas devem ser interpretadas como se fossem precedentes de jurisprudência. *Revista de processo*, São Paulo, v. 39, n. 230, p. 417-437, abr. 2014.

REQUIÃO, Maurício. O caráter normativo do precedente. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 223, p. 333-346, set. 2013.

RIBEIRO, Joana; LEITÃO, Nuno; GRANJO, Paulo. *Visões do sindicalismo*. Lisboa: Cosmos, 1994.

RICUPERO, Bernardo. *Em busca de um sindicalismo sem fronteiras*. A participação sindical no SGT-11 do Mercosul: o caso da CUT. Cadernos Cedec n. 51. São Paulo: Cedec, 1995.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Prevalência da negociação coletiva sobre a lei*. Revista LTr: Legislação do trabalho. São Paulo, v. 64, n. 10, p. 1236–1243, out. 2000.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; ANDRADE, Flávio Carvalho M. de. As recentes decisões dos Tribunais Regionais proferidas nos casos de dispensa coletiva após o leading case n. 0309/2009 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 77, n. 8, p. 969-975, ago. 2013.

RODOTÀ, Stefano. *Repertorio di fine di secolo*. Laterza: Roma-Bari, 1992.

RODRIGUES, Iran Jácome. *Sindicalismo e política: a trajetória da CUT*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

RODRIGUES, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical: direito, política e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUES, Leôncio Martins; VELLOSO, João Paulo dos Reis (Organizadores). *O futuro do sindicalismo: CUT, Força sindical e CGT*. São Paulo: Nobel, 1992.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROMITA, Arion Sayão. *Direito do trabalho: temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Sindicalismo, economia, estado democrático: estudos*. São Paulo: LTr, 1993.

_____. Sindicalização por categoria. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 4, n. 4, p. 33–58, 1996.

_____. *Direito do trabalho na futura constituição*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1986.

_____. A matriz ideológica da CLT. *Revista LTr*, São Paulo, v. 77, n. 11, p. 1307–1335, nov. 2013.

_____. *Temas de direito social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROXO, Sérgio. *Crise de representatividade no Brasil atinge sindicatos*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/crise-de-representatividade-no-brasil-atinge-sindicatos-12641859>>. Matéria atualizada em 31 maio 2014. Acesso em: 10 nov. 2014.

RUPRECT, Alfredo J. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

RUSCIANO, Mario. La metamorfosi del contratto collettivo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, v. 63, n. 1, p. 29–61, mar. 2009.

RUSSEL, Alfredo. *Curso de direito comercial brasileiro*. Tomo Segundo. Rio de Janeiro: Livraria Científica Brasileira Süsssekind de Mendonça, 1924.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Direito Sindical: princípios gerais*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975.

SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. 46. ed. São Paulo: LTr, 2013.

_____. Federação, confederação e central sindical. In: TEIXEIRA FILHO, João Lima (Coord.). *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr, 1989.

SACCO, Rodolfo. Autonomia contrattuale e tipi. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, v. 20, p. 786-787, set. 1966.

SANTORO PASSARELLI, Francesco. Lineamenti attuali del diritto del lavoro in Italia. *Rivista di diritto del lavoro*, I, p. 3 ss, 1953.

SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. *Diritto sindacale*, Roma: Laterza, 2007.

SANTOS, André Luis Nascimento. Brasil. Novas agendas sociopolíticas por novos pactos sociais ainda instáveis. Estabilidades futuras serão possíveis? *Cadernos Gestão Social*, Salvador, v.2, n. 1, p. 175-184, set/dez. 2009.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Fundamentos do direito coletivo do trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Epítome do modelo de construção dialógica de soluções judiciais no processo coletivo do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 78, n. 12, p. 1423–1432, dez. 2014.

_____. *A dispensa coletiva na Lei n. 13.467/2017 da Reforma Trabalhista*. Disponível em: <<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/482031778/a-dispensa-coletiva-na-lei-n-13467-2017-da-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 17 out. 2017.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Sindicato e ações coletivas*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

SANTOS, Ronaldo Teodoro. A autonomia sindical segundo os intelectuais: um debate inconcluso. *Revista de Ciências Sociais Política & Trabalho*, João Pessoa, n. 37, ano XXIX, p. 299-316, out. 2012.

SARCEDO, Cristiana Lapa Wanderley. *Representatividade sindical e negociação coletiva*. São Paulo: LTr, 2011.

SARTORI, Alessandra. Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge n. 92/2012. *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Bologna, anno XXXIII, v. 3, p. 467–499, 2014.

SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Madrid: Revista de Occidente, 1968.

_____. *Legalidade e legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão, Belo Horizonte: 2007.

SCHUTTE, Giorgio Romano; CASTRO, Maria Sílvia Portela de; JACOBSEN, Kjeld Aagaard. *O sindicalismo na Europa, Mercosul e Nafta*. São Paulo, LTr, 2000.

SCUDELER NETO, Julio Maximiniano. *Negociação coletiva e representatividade sindical*. São Paulo: LTr, 2007.

SEARLE, John. *The construction of social reality*. Nova York: Free Press, 1995.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: 1963.

SHIEBER, Benjamim. *Iniciação ao direito trabalhista norteamericano*. São Paulo: LTr, 1988.

SILVA, Cláudio Santos da. *Liberdade sindical no direito internacional do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, Filipe Fraústo da. *Observações acerca da seleção social no procedimento de despedimento coletivo*. Colóquio Anual Sobre Direito do Trabalho do Supremo Tribunal de Justiça, realizado no passado dia 14 de Outubro de 2009, anotado para publicação no volume de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Luís Carvalho Fernandes. Disponível em: <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3125/documento/artPC9161.pdf?id=2848>>. Acesso em: 17 out. 2017.

SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Direitos fundamentais e liberdade sindical no sistema de garantias: um diálogo com Ferrajoli. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, ano VI, n. 6, p. 245-265, jun. 2005.

_____. Mudanças normativas e sindicalismo – transformações recentes. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 9, p. 1.041-1.052, set. 2011.

_____. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa*. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

SOARES, Celso. A convenção sindical normativa como instrumento de direito coletivo através do processo. In: ROMITA, Arion Sayão (Coord.). *Sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1986.

SOARES FILHO, José. *Integração regional sul-americana*. São Paulo: LTr, 2014.

_____. *Elementos de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

SOUSA SANTOS, Boaventura [et. al.]. *Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SOUSA SANTOS, Boaventura; COSTA, Hermes Augusto. Para ampliar o cânone do internacionalismo operário. In: SANTOS, Boaventura de Sousa [et. al.] *Trabalhar o mundo*. Os caminhos do novo internacionalismo operário. Porto: Edições Afrontamento, 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho como instrumento de justiça social. LTr, São Paulo: 2000.

SOUZA, Inglez de. *Direito comercial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Typografia Leuzinger, 1919.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas do direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

STODIECK, Henrique. *Convenção Coletiva de Trabalho*, São Paulo: LTr, 1974.

STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. _____. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SUPIOT, Alain. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994.

_____. *Instituições de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997.

_____. *Direito constitucional do trabalho*. Renovar: Rio de Janeiro, 1999.

TARELO, Giovanni. *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*. Milano: Ed. Comunità, 1967.

TARTUFARI, Luis. *Derecho comercial: de la venta y del reporto*. Tomo 4, v. 1. Buenos Aires: Ediar, 1948.

TARUFFO, Michele. *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*. Tradução para o espanhol de Beatriz H. Quintero de Prieto, Bogotá: Temis, 2006.

_____. Cultura e processo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, v. 63, n. 1, p. 63-92, mar. 2009.

TARZIA, Giuseppe. Rassegna di legislazione: legge 5 novembre 1959, n. 940 (controversie di lavoro). *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, ano XV, n. 1, p. 72-79, jan/mar. 1960.

TEIXEIRA DA COSTA, Orlando. *Direito coletivo do trabalho e crise econômica*. São Paulo: LTr, 1991.

TEIXEIRA FILHO, João Lima. *Instituições de direito do trabalho*. v. 2. São Paulo: LTr, 1996.

_____. (Coord.). *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr, 1989.

_____. *Instituições de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999.

TROYANO, Annez Andraus. *Estado e sindicalismo*. Coleção Ensaio e Memória, Rio de Janeiro: Símbolo, 1978.

URIARTE, Oscar Ermida. Intervenção e autonomia no direito coletivo do trabalho. In: NICOLADELI, Sandro Lunardi [et. al.] (Org.). *O direito coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais*. v. 1, São Paulo: LTr, 2013.

URY, William; FISCHER, Roger. *Como chegar ao sim: como negociar sem fazer concessões*. 3. ed. Belo Horizonte: Solomon, 2014.

VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di diritto del lavoro*. Il diritto sindacale. 7. ed. Padova: Cedam, 2008.

VASAPOLLO, Luciano. *O trabalho atípico e a precariedade*. São Paulo: Expressão Popular, 2005.

VIANA, Márcio Túlio. Conflitos coletivos do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, ano 66, n. 1, p. 116-150, jan/mar. 2000.

_____. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no século XXI. *Revista LTr*, São Paulo, v. 63, n. 7, p. 885-896, jul. 1999.

VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

_____. _____. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

VIVANTE, Cesare. *Corso di diritto commerciale*. Vol. 7. Milão: Editore Livrajo Della Real Casa, 1906

_____. *Instituições de direito comercial*. Tradução de J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1918.

_____. *Trattato di diritto commerciale*. v. 1, 4. ed. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1931.

_____. *Trattato di diritto commerciale*. v. 2. Milano: Appiano, 1912.

_____. *Trattato di diritto commerciale: le obbligazioni*. v. 4. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1935.

_____, CARVALHO, Maria Alice Resende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALLACH, Lori. Um tratado para estabelecer o governo das multinacionais. *Le monde diplomatique Brasil*. Ano 7, n. 76, nov. 2013.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984.

WEFFORT, Francisco. A cidadania dos trabalhadores. In: LAMOUNIER, Bolivar; WEFFORT, Francisco; Benevides, Maria Victória (Org.). *Direito, cidadania e participação*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1981.

_____. Democracia e movimento operário: algumas questões para a história do período 1945-1964. Parte II. *Revista de Cultura Contemporânea*, n. 2, p. 3-11, jan. 1979.

XAVIER, Bernardo da Gama Logo. *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*. Lisboa: Verbo, 2000.

XAVIER, Luciana Pedroso. [Et. al.] A obrigação como processo: breve releitura trinta anos após. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre direito civil*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

ZALUAR, Alba. Para não dizer que não falei de samba: os enigmas da violência no Brasil. In: NOVAES, Fernando (Org.). *História da Vida Privada no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ZAPPAROLLI, Regina Célia; KRAHENBUHL, Mônica Coelho. *Negociação, mediação, conciliação, facilitação assistida*. São Paulo: LTr, 2012.