

# O QUÊ ESPERAR DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA: UM “VALE-TUDO” OU UM “FAIR PLAY”?

Virgínia Leite Henrique<sup>1</sup>

## Resumo

O presente estudo busca discutir a negociação coletiva e o polêmico poder normativo como instrumentos de construção de direitos, considerando a atividade sindical e a intervenção do Poder Judiciário, no exercício de um juízo de equidade.

Palavras-chave: negociação coletiva, poder normativo, equidade, sindicato

- *que o Direito sirva à pessoa humana, à dignidade da pessoa humana; que outra valia terá, se isto não fizer?*
- *que nós, juristas, emprestemos nossa colaboração e a força de nossa liderança à obra de construção de uma sociedade mais justa; não estaremos de mãos vazias se falharmos neste propósito?*
- *que o Direito pelo qual lutamos, que o Direito a que servimos, que o Direito ao qual juramos fidelidade nos esponsais da juventude, contribua para o resgate do humanismo, nesta época que inverte valores, que exige certificado de consumidor, não apenas daqueles que penetram nos shopping center, mas de todos que desejem ter reconhecida sua condição de seres humanos;*
- *que apesar de todas as forças contrárias, que apesar de todos os desalentos possíveis, que apesar da dificuldade de resistir, que apesar de nos sentirmos às vezes um rato à face do leão, que apesar de tudo...*
- *a crença nos dê suprimento,*
- *a união de propósitos nos dê coragem,*
- *as vitórias parciais de cada dia nos assegurem que o futuro chegará.*

(João Batista Herkenhoff) <sup>2</sup>

Os processos decisórios e as configurações normativas que se estabelecem por meio da atuação judicial podem contribuir tanto para a expansão dos direitos, modificando práticas, como para a legitimação de uma dada ordem, com o bloqueio dos impulsos de mudança. Como o Direito não é texto legal, a atividade judicial não se limita à mera subsunção ou aplicação das regras. Todo jurista, dentre eles o juiz, é agente de produção de sentidos da própria norma. O jurista intervém na produção de seu objeto e o constrói. O processo de construção de sentidos das normas não deve ser naturalizado, pois tal discurso reforça a lógica da isenção e o processo de legitimação do poder constituído.

(Sayonara Grillo) <sup>3</sup>

O Direito do Trabalho, como ramo jurídico nascido dos conflitos e lutas de classe, tem como fonte formal não apenas as regras jurídicas oriundas do Estado em sua face legislativa,

---

<sup>1</sup> Procuradora do Trabalho do Ministério Público do Trabalho. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas, em Direitos Sociais pela Universidade de Castilla-La Mancha – Espanha e em Política Social pela Universidade Federal de Mato Grosso. Doutora em Direitos Sociais pela Universidade de Castilla-La Mancha – Espanha. Doutoranda em Direito do Trabalho pela PUC Minas.

<sup>2</sup> HERKENHOFF, João Batista. *Movimentos Sociais e Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 55.

<sup>3</sup> SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Decisões Judiciais e (Des)Construção dos Direitos: uma revisita à interpretação dos direitos coletivos pelos Tribunais Superiores*. O mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2009. p. 418-438.

conforme preconizava Kelsen em sua teoria monista, que tem o Estado como único centro de positivação e dotado de coerção/sanção.

O Direito Laboral, de forma bastante própria, peculiar e democrática, tem como importantíssima fonte do direito não apenas as leis, mas também a negociação coletiva, criadora de instrumentos jurídicos que, a par das regras heterônomas, regularão as relações jurídicas entre empregado e empregador ou ainda entre as entidades representativas de tais classes.

É, pois, a negociação coletiva valiosíssima fonte autônoma, já que oriunda da imediata participação de seus destinatários principais, tendendo a traduzir um processo crescente de democratização das relações de poder existentes na sociedade.

Com efeito, a negociação coletiva, ao romper com o monopólio estatal na criação do direito, encerra manifestação do pluralismo social inato às sociedades democráticas. É o exemplo mais claro da ruptura do monismo estatal, concorrendo, junto com a tutela normativa do Estado, a equilibrar a radical desvantagem do trabalhador na negociação individual de suas condições laborais.

Assim, a negociação coletiva tem, em si, essa raiz democrática e criadora de direitos, representando a força da organização dos trabalhadores na criação de condições de trabalho que sejam cada vez menos desiguais. Essa origem e fundamentalidade não pode ser esquecida, sob pena de ser usada indevidamente para fins de flexibilizar aquelas outras fontes, as heterônomas, tornando-se, assim, não mais instrumento de avanço democrático, mas sim de retrocesso arbitrário, já que fundado na força do capital.

Como representa esse espaço de reconhecimento de independência frente ao Estado e possibilidade de criação de direitos “para além” da tutela estatal, nem sempre foi a negociação coletiva efetivamente livre, seja no Brasil, seja em outras experiências externas. Vejamos o caso espanhol.

Fazendo um retrocesso histórico, tem-se que a Espanha viveu um longo período de sombras, inclusive no que diz respeito ao fenômeno associativo, extremamente reprimido e silenciado. Assim, negociação que havia era eminentemente corporativa, com o monopólio normativo do Estado, o que refletirá em certa debilidade histórica da negociação coletiva na Espanha. Era a época da intervenção autoritária e administrativa através do Ministério do Trabalho.

Em 1978, com a Constituição Espanhola, dá-se uma ruptura em tal modelo, inclusive no que diz respeito à negociação coletiva, com o reconhecimento pleno da autonomia coletiva

(conforme, por exemplo, os artigos 7, 28 e 37), garantindo-se o reconhecimento constitucional da negociação coletiva e suas implicações processuais no acesso à justiça constitucional.

Com efeito, o item 1, do art. 37, determina que *“la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”*.

Entretanto, por meio de tal lei, o Estado não pode fazer retroceder a atividade negocial, é dizer, há a consagração constitucional da negociação coletiva, o que supõe que ela tenha um espaço regulativo próprio. O que a lei faz, in casu, o Estatuto dos Trabalhadores, é apenas regular o procedimento negociador, observando esse espaço democrático negocial.

Não muito diferente é a realidade brasileira, com algumas variantes próprias.

Em terras tupiniquins também sempre houve – e há – o interesse de o Estado, enquanto Estado de classe burguês, reter em seu âmbito, como uma “supermãe”, essa força negocial.

Isso porque, em se fortalecendo os sindicatos e possibilitando-lhes “alto poder de fogo” nas negociações, haveria a possibilidade de, cada vez mais, serem criados direitos de forma livre e independente, tal como eram, no início da história do sindicalismo brasileiro, os sindicatos.

Com efeito, ainda que incipiente, o movimento sindical antes de 1930 era um movimento autêntico, autônomo, sem vinculação estatal, que se desenvolvia no chão de fábrica e em reuniões clandestinas (já que era tido como questão de polícia), com grande viés revolucionário e explosivo.<sup>4</sup>

Com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder e a necessidade de obtenção de respaldo popular, foi implantado, pelo “pai dos pobres”<sup>5</sup>, um modelo sindical atado, vinculado e dependente ao Estado, que negava o conflito entre classes, de índole eminentemente corporativista. Neste modelo, está inserida uma negociação sob a tutela do Estado, de forma autoritária e repressora da efetiva liberdade coletiva.

Tal realidade se manteve íntegra até a Constituição Republicana de 1988 que estabeleceu diversas regras que favorecem o caminho da normatização autônoma, em especial: art. 7º, incisos VI, XIII, XIV, XXVI; art. 8º; art. 9º, art. 10 e art. 11. Todos são

---

4 Sobre o sindicalismo à época, veja-se a clássica obra *Sindicato e Estado*, de Azis Simão (SIMÃO, Azis. *Sindicato e Estado*. São Paulo: Dominus, 1966). Sobre a história do sindicalismo no Brasil, além do livro de Azis Simão, veja-se também a obra de José Albertino Rodrigues: *Sindicato e Desenvolvimento no Brasil* (RODRIGUES, José Albertino. *Sindicato e desenvolvimento no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Símbolo, 1979), dentre outras inúmeras obras que se dedicam ao instigante tema.

5 Registre-se que, malgrado conhecido como “pai dos pobres”, Vargas jamais deixou de figurar como “mãe dos ricos”.

preceitos que valorizam a atuação sindical, a participação obreira nos locais de trabalho e a negociação coletiva. Ademais, proibiu a intervenção e interferência do Estado no sindicato, reforçando o papel dos sindicatos na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas.

Entretanto, no que tange à negociação coletiva, valorizou-a, mantendo-se o recurso ao Estado no caso de malogro daquela realizada diretamente entre as partes, no exercício do chamado “poder normativo”.

Antes de falarmos desse polêmico instituto, é necessário, porém, analisar de forma mais detida os dispositivos constitucionais que tratam da negociação coletiva com vistas a verificar a interpretação necessária a ser dada aos mesmos para que seja preservado o instituto enquanto instrumento democrático e criador de direitos, como dito outrora.

Assim, não se nega, nem se poderia negar já que estamos diante de texto expresso de lei e, neste caso, até a interpretação mais pobre, gramatical e literal, não pode ser desprezada: o constituinte originário reconheceu expressamente as convenções e acordos coletivos de trabalho (inciso XXVI) e, no tocante a salários e duração do trabalho, permitiu sua flexibilização via negociação coletiva (incisos VI, XIII e XIV). Tal flexibilização, entretanto, se dá em caráter excepcional, para ultrapassar situações de crise, ou para adaptá-los às necessidades e peculiaridades da produção e do trabalho.

Desta forma, a negociação coletiva, enquanto criadora de direitos, não pode levar à diminuição destes, salvo nestas duas hipóteses excepcionais, desde que haja fundada justificativa para tanto. Em outros termos, valoriza-se a negociação coletiva, sim, dentro de um sistema de proteção constitucional. É dizer: ela não pode ser utilizada para negar todo o arcabouço de solidariedade e justiça social construído e defendido enquanto valor fundamental da Constituição Republicana de 1988.

Ademais, como se sabe, a legislação brasileira, ao contrário do que se propagandeia, não é fruto de benesses, nem estabelece uma contrapartida econômica justa e equilibrada à prestação laboral. É fruto de intensas lutas e embates, não sendo dádiva e, portanto, não podendo ser desconsiderada, flexibilizada ou desregulamentada a bel prazer de quem quer que seja.

Somado a tal fato, a notória fragilidade da maioria absoluta das organizações sindicais brasileira, seja de ordem financeira, técnica ou jurídica, impossibilita uma relação contratual equilibrada entre tais entidades e os órgãos de representação patronal, não se podendo esquecer jamais que, ao fim e ao cabo, o conflito interno existente é entre capital e trabalho, havendo, no modo de produção capitalista, sempre a preponderância do primeiro. Logo, em

uma perspectiva de construção de uma sociedade que tem como norte a imposição constitucional da justiça social, da dignidade humana e da supressão das desigualdades, é imperiosa a intervenção judicial e legislativa impondo limites à negociação coletiva irrestrita, devendo ser reconhecida sua plena autonomia se e quando promotora de avanços e incrementos aos direitos dos trabalhadores, salvo as hipóteses excepcionais previstas na CR/88 que indicam a possibilidade de transação e não renúncia quanto a salário e jornada (incisos IV, XIII e XIV).

No mesmo sentido, as palavras de Jorge Luiz Souto Maior, comentando o art. 7º, da Constituição da República, e seus incisos, notadamente os XXVI, VI, XII e XIV:

(...) as normas são destinadas, como dito no caput do artigo, à melhoria da condição social dos trabalhadores. Assim, constitui equívoco de natureza sistêmica buscar nos preceitos fixados nos incisos do art. 7º um sentido que forneça a possibilidade de se reduzirem direitos trabalhistas pela aplicação de tais preceitos.

(...)

Como se vê, nada autoriza dizer que os modos de solução de conflitos trabalhistas possam ser utilizados como instrumentos de meras reduções dos direitos dos trabalhadores, sendo relevante realçar os fundamentos que lhe são próprios, conforme acima destacado: a) fixar parâmetros específicos para efetivação, em concreto, dos preceitos normativos de caráter genérico referentes aos valores humanísticos afirmados na experiência histórica; b) melhorar, progressivamente, as condições sociais e econômicas do trabalhador.<sup>6</sup>

Afinal, como observa Sayonara Grillo, “*constitucionalizar a autonomia coletiva não é reconhecer um princípio de flexibilização*”.<sup>7</sup>

Assim, a negociação coletiva tudo pode, sim, desde que em favor dos trabalhadores, como criador de direitos, ou, nas palavras de Godinho Delgado, quando “*as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão geral de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável*”.<sup>8</sup> E, nos casos excepcionais em que há autorização constitucional para flexibilização (salário e duração de trabalho), há limites a tal autonomia privada coletiva, devendo implicar tal flexibilização em transação (e não renúncia) setorial de parcelas justtrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta). É o que o doutrinador supra citado e Ministro do TST consagrou com o nome de “adequação setorial negociada”.

---

6 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Fundamentos para a solução dos conflitos coletivos de trabalho. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz e CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Curso de Direito do Trabalho. v. III. São Paulo: LTr, 2008.

7 SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Decisões Judiciais e (Des)Construção dos Direitos: uma revisita à interpretação dos direitos coletivos pelos Tribunais Superiores. O mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2009. p. 418-438.

8 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9. ed.. São Paulo: LTr, 2010, p. 1229.

Entender de forma diversa, de prevalência do negociado sobre o legislado, conduziria, nas palavras de Sayonara Grillo, “a um „absenteísmo judicial” que pode estimular o esvaziamento dos direitos constitucionais, contribuindo para construir uma percepção de que a negociação coletiva seria um espaço para flexibilização e perda de direitos”.<sup>9</sup> Ou pode configurar, nas palavras de Branco, um “ativismo judiciário negativo, pois ergue condições que obstam a fruição de direitos”.<sup>10</sup>

Mészáros ironiza a utilização dos termos “flexibilidade” e “desregulamentação” como se fossem dadas aos trabalhadores. A respeito dos termos, comenta o autor:

Dois dos slogans mais apreciados pelas personificações do capital nos dias atuais, tanto nos negócios como na política, soam interessantes e progressistas. E, muito embora sintetizem as mais agressivas aspirações antitrabalho e políticas do neoliberalismo, pretendem ser tão recomendáveis, para toda criatura racional, como a maternidade e a torta de maçã, pois a “flexibilidade” em relação às práticas de trabalho – a ser facilitada e forçada por meio da “desregulamentação” em suas variadas formas –, corresponde, na verdade, à desumanizadora precarização da força de trabalho.<sup>11</sup>

O discurso neoliberal e que, em alguma medida, foi absorvido pelos Tribunais, notadamente pelas cortes superiores, prega, pois, a flexibilização e a desregulamentação do direito do trabalho exatamente porque é ele, direito do trabalho que, ainda que de forma tacanha e já extremamente flexibilizado, assegura padrões mínimos de civilidade.<sup>12</sup>

---

9 SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Decisões Judiciais e (Des)Construção dos Direitos: uma revisita à interpretação dos direitos coletivos pelos Tribunais Superiores. O mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2009. p. 418-438.

10 BRANCO, Ana Paula Tauceda. O ativismo judiciário negativo investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes et al. (org.). Jurisprudência do TST: leituras críticas em defesa do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

11 MÉSZÁROS, István. Desemprego e precarização: um grande desafio para a esquerda. In: ANTUNES, Ricardo (org.). Riqueza e miséria do trabalho no Brasil, p. 27-44, São Paulo: Boitempo, 2006, p. 34.

12 As leis sobre contrato a tempo parcial (art. 58-A da CLT), contrato de trabalho por prazo determinado (Lei n. 9.601/98), cooperativas de trabalho (Lei n. 8.949/94), consórcio de empregadores (Lei n. 10.256/01), contrato de estágio (Lei n. 6.464/77), participação nos lucros ou resultados (Lei n. 10.101/00), banco de horas (Lei n. 9.061/98 e MP 1.709/98), suspensão temporária do contrato de trabalho (art. 476-A da CLT), redução do prazo prescricional do rurícola (Emenda Constitucional nº 28/2000), eficácia liberatória ampla das Comissões de Conciliação Prévia (art. 625-E, da CLT), permissão do trabalho aos domingos (Lei n. 10.101/00), a denúncia à Convenção 158, da OIT dez meses depois de sua ratificação (Decreto n. 2.100/96), a proibição de cláusulas de reajuste automático de salários (Plano Real – MP n. 1.053/94) e muitas outras são alguns exemplos da flexibilização descrita.

Ademais, ainda no vazio da lei, a jurisprudência tem admitido a precarização de direitos através de instrumentos como a terceirização (v. g., a Súmula do Enunciado 331, do Tribunal Superior do Trabalho).

Destaque-se que o fluxo flexibilizatório já havia iniciado bem antes das últimas décadas do século passado.

Em 1966, foi editada a Lei 5.107, que criava o FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) em substituição à indenização calculada quando da dispensa por tempo de serviço, reduzindo de maneira acentuada os custos da dispensa e, em consequência, aumentando a alternância de trabalhadores nos postos de trabalho. A transformação permitiu que os empresários da construção civil utilizassem os depósitos de FGTS, que representavam créditos do trabalhador. Em outras palavras, o trabalhador passou a financiar a construção civil, sem nenhum retorno, salvo a taxa de juros muito baixa. O General Castelo Branco atendeu aos reclamos dos

Uma vez balizados tais parâmetros, imperioso destacar que, enquanto fontes do direito, os instrumentos normativos oriundos da negociação coletiva criam regras aumentando um degrau (ou, excepcionalmente, rebaixando, no caso específico de salário e jornada) no padrão de direitos daquela categoria a que aplicáveis os instrumentos negociais. Assim, fixando esse novo patamar, o mesmo deve ser considerado para as negociações futuras, ou seja, ainda que o instrumento perca a vigência, as regras nele insertas criam um novo padrão de direitos àqueles que estavam sob sua égide. Em outras palavras, a elas deve ser reconhecida sua ultratividade, já que são tão fontes quanto aquelas oriundas do Poder Legislativo Estatal.

Mas, e se a negociação coletiva se frustra, é dizer, se as partes convenientes não chegam à celebração de acordo ou convenção coletiva, como perguntaria Lênin, “o que fazer?”

Neste contexto, retomamos a discussão adiada, referente ao polêmico poder normativo.

Diversos são os meios de solução dos conflitos coletivos, havendo aqueles judiciais, no qual se insere o poder normativo, e aqueles extrajudiciais, sendo estes últimos usualmente adotados nos países que seguem o modelo anglo-saxão (EUA e Inglaterra, por exemplo). Caso típico seria a arbitragem, pensada como ferramenta de resolução não-estatal de conflitos sob o fundamento de morosidade do Judiciário e incapacidade deste de compreensão dos fenômenos econômicos que se pretende regular. Sob este aspecto, pode se mostrar tão ou mais autoritária que o próprio Estado, especialmente quando apresenta como norte a resolução dos conflitos sob a perspectiva da “lex mercatoria”.

No Brasil, há a adoção da solução judicial do conflito coletivo via exercício do poder normativo, sendo que, a partir de 2004, com alterações decorrentes da promulgação da Emenda Constitucional n. 45.

O poder normativo, juntamente com a unicidade sindical e o financiamento compulsório das entidades sindicais, é visto por muitos como resquício anacrônico de

---

investidores norte-americanos, substituindo, pois, a estabilidade no emprego pelo regime do FGTS idealizado por Roberto Campos.

Muitos outros exemplos, como a ausência de proteção contra a despedida arbitrária, a possibilidade de redução de salário e jornada via negociação coletiva, entre outros, poderiam ser citados, o que demonstra, sem sombra de dúvida, que o nosso direito já é flexível, sendo falaciosa a alegação de que é necessário desregulamentá-lo ou flexibilizá-lo para diminuir o custo da mão de obra, que, segundo afirmam, seria extremamente onerosa. Em profundo estudo do Direito Comparado, Souto Maior desmascara a falsidade da referida afirmação, demonstrando que, comparativamente, os direitos fundamentais dos trabalhadores brasileiros são iguais ou menores que os direitos assegurados a trabalhadores de outros países, sendo o custo da mão de obra no Brasil por hora baixíssimo, se comparado com outros países (SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. . O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo: LTr, 2000, p. 140-154 e 173-174).

períodos corporativistas no que tange à organização sindical, que negavam o conflito, propugnando a colaboração entre as classes tendo como fim maior o Estado. Nas palavras de Mussolini: “*Tudo no Estado; nada contra o Estado, nada fora do Estado*”.

De fato, o poder normativo surgiu, inclusive, antes da judicialização da Justiça do Trabalho, é dizer, mesmo em sua fase administrativa, já havia a previsão de competência normativa aos então Conselhos Regionais do Trabalho (que viriam a ser os futuros Tribunais Regionais Trabalhistas), no julgamento dos conflitos coletivos, consoante previsto no Decreto-lei n. 1.237, de 1939.

Conferindo-se status jurisdicional, aos Tribunais Regionais e ao Tribunal Superior do Trabalho foi transferida tal competência normativa, com delegação à lei a especificação dos casos em que tal seria exercida. É o que se colhe do art. 123, §2º, da Constituição de 1946.

Pelo que se vê, mesmo após a democratização, pós-Governo Vargas, o poder normativo manteve-se intacto, assim permanecendo, inclusive, nas Constituições posteriores (de 1967 e Emenda n. 1, de 1969).

A alteração deu-se apenas com a Constituição de 1988 que, aliás, ampliou o alcance do poder normativo, desde que entendido enquanto instrumento de construção de novos direitos.

Isso porque, ao invés de depender da delegação legislativa, o constituinte originário permitiu ao Judiciário Trabalhista o exercício do poder normativo de forma ampla, podendo criar direitos desde que respeitados os instrumentos anteriores e os regramentos legais.

É o que se colhe da redação original do parágrafo segundo, do art. 114, *in verbis*:

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

Como veremos posteriormente, entretanto, não será esta a leitura dada pelo “guardião da Constituição”, o Supremo Tribunal Federal, o que fará com que, de fato, a visão que se tem do poder normativo seja, realmente, de nocividade.<sup>13</sup>

Isso porque, se o poder normativo não for lido enquanto possibilidade de instrumento de criação de direitos, resta clara sua faceta autoritária uma vez que utilizado apenas enquanto instrumento de controle do conflito.

---

13 Sobre o histórico do poder normativo e posição veementemente contrária ao instituto, veja-se o artigo de Pedro Carlos Sampaio Garcia, chamado O fim do poder normativo (publicado no livro coordenado por Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava: Justiça do Trabalho: competência ampliada. Anamatra, LTr, p. 381-396).

Pode-se argumentar, ademais, que, ao possibilitar a intervenção do Estado na regulação dos conflitos coletivos, poder-se-ia cogitar em efeitos nefastos e perversos quanto ao crescimento, amadurecimento e desenvolvimento das próprias organizações sindicais enquanto entidades autônomas e responsáveis pela construção de seus espaços de luta e negociação, enfraquecendo a própria liberdade negocial já que sempre haverá a tutela estatal a quem recorrer.

Isso sem falar na atuação, na grande maioria das vezes desastrosa e perversa, do Judiciário utilizando-se do poder normativo para reprimir com as greves. Nas palavras de Carrion:

A negociação coletiva é inconcebível sem a pressão da greve ou de sua ameaça, como o mostra o Direito Comparado nas democracias. E a greve só deve terminar com a vitória ou a derrota das pretensões, pela negociação.<sup>14</sup>

Trata-se, pois, para muitos, de instituto incompatível com a democracia pluralista e representativa, cabendo ao Estado apenas regular as relações, via legislação, bem como interpretar os fatos jurídicos, através do Judiciário.

Pensamos de forma diversa.

Primeiro porque, a “teoria da separação dos poderes” refere-se às funções de cada Poder, existindo aquelas atípicas. O poder normativo representa, pois, uma exceção a tal tradicional repartição de funções do Estado, ou melhor dito, através dele o Poder Judiciário exerce uma função atípica, criando, através da sentença normativa, “ato-regra”, como já caracterizava Duguit.

Ademais, embora tenha raízes no corporativismo estatal, que busca a eliminação do conflito, fato é que, o poder normativo representa manifestação genuína do princípio da equidade, que deve ser observado pelo Judiciário de maneira geral, quando a Lei de Introdução ao Código Civil determina que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (art. 5º) e, em especial, ao Judiciário Trabalhista que tem a equidade como fonte (art. 8º<sup>15</sup>) e como norte (especialmente no exercício do poder normativo – art. 114, da CR/88).

Segundo o dicionário Aurélio, equidade, do latim *aequitate*, seria:

---

14 CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 697.

15 "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".

S. f. 1. Disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um. 2. Conjunto de princípios imutáveis de justiça que induzem o juiz a um critério de moderação e de igualdade, ainda que em detrimento do direito objetivo. 3. Sentimento de justiça avesso a um critério de julgamento ou tratamento rigoroso e estritamente legal. 4. Igualdade, retidão, equanimidade. [Var. pros.: equidade.]<sup>16</sup>

Ou seja, equidade traduz a idéia de conferir à norma uma aplicação finalística, de acordo com o fim social a que se destina, promovendo o bem comum, tomando como parâmetro a justiça e o sopesamento de interesses.

Entretanto, como estranha Miguel Reale, "*nascido sob a cálida luz da equidade, o Direito do Trabalho nem sempre lhe tenha atribuído o papel relevante que lhe cabe*".<sup>17</sup>

E, se a equidade é própria do Direito do Trabalho, é na seara coletiva que ela se realiza por excelência, ao conferir, a Constituição da República, em sua redação original, a possibilidade de o Judiciário Trabalhista "estabelecer normas e condições" que regerão as relações entre empregado e empregador ou mesmo entre entes sindicais. E, como indaga o magistrado José Roberto Dantas Oliva, "*ora, o que é isto, senão julgamento por equidade, atuando o juiz como se fora legislador e estabelecendo regras de caráter geral, com aplicação no âmbito das categorias representadas?*"<sup>18</sup>

Arion Sayão Romita também destacava a equidade na atuação do Judiciário Trabalhista nos dissídios coletivos:

Quando a controvérsia coletiva tem por objeto o estabelecimento ou criação de novas condições de trabalho, o magistrado julga como um ponderador de interesses econômicos em conflito; ele não se prende a nenhuma regra de direito escrito, à maneira do juiz ordinário. Está liberto, por assim dizer, da lei, e só tem diante de si o princípio da equidade. Não há na controvérsia qualquer texto de lei ou de contrato a invocar, há apenas uma situação de fato, para a qual o juiz tem que estabelecer uma regulamentação, a vigorar como se ele fosse legislador. Não haveria novidade nisso: o juiz legisla para suprir lacunas e encher os espaços vazios no direito positivo; sua atuação, dentro dos limites das lacunas, tem caráter criador. Quando, por não existir uma norma material, uma norma instrumental conferir ao juiz o poder de compor um conflito de interesses, não se 'acerta' um estado jurídico preexistente, forma-se ex novo um comando; o juiz não declara, cria direito; em vez de 'acertar', o juiz dispõe; tipo de processo, a que se pode dar também o nome de processo ou juízo por equidade. A dispositividade, pois, integra e define a natureza da sentença normativa, como um poder de normar, de juridicizar relações da vida; cria direito objetivo, de que se seguirão direitos subjetivos.<sup>19</sup>

---

16 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. 2. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 675.

17 REALE, Miguel. "A equidade no Direito do Trabalho". Revista da Faculdade de Direito. v. LXIX, fasc. I, São Paulo: USP, 1974, p. 12.

18 OLIVA, José Roberto Dantas. O Magistrado em face da Equidade como instrumento válido de Interpretação e Integração Normativa. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, São Paulo, n. 20, 2002.

19 ROMITA, Arion Sayão. Equidade e Dissídios Coletivos. Rio de Janeiro: Editora Brasília/Rio, 1976, p. 86-87.

No mesmo sentido de tomar a equidade enquanto elemento próprio do poder normativo é a fala do então Ministro Coqueijo Costa, no trecho das decisões abaixo:

O juiz do trabalho está permanentemente autorizado a decidir por equidade (CLT, art. 8-oito), mormente no julgamento de ação coletiva de interesse ou econômico, em que o Tribunal cria a norma, partindo do branco, como se diz em doutrina. (TST RODC nº 300/79, em 14.02.80, T. Pleno, Rel. Min. Coqueijo Costa. DJ 23.05.80)<sup>20</sup>

Poder normativo. 1. O poder normativo, atribuído à Justiça do Trabalho, limita-se, ao norte, pela Constituição Federal; ao sul, pela lei, a qual não pode contrariar; a leste, pela equidade e o bom senso; e a oeste, pela regra consolidada no art. setecentos e sessenta e seis, conforme a qual nos dissídios coletivos serão estipuladas condições que assegurem justo salário aos trabalhadores, mas 'permitam também justa retribuição às empresas interessadas. (TST RODC nº 30/82, em 27.05.82, T. Pleno, Rel. Min. Coqueijo Costa. DJ 12.08.82).<sup>21</sup>

Assim, não há dúvida de que, no poder normativo, há, ou deveria haver, o exercício, por excelência, de um juízo de equidade. Diz-se “deveria haver” porque tal atuação foi mitigada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal e que, em seguida, em uma espécie de disciplina judiciária, foram seguidas pelos demais Tribunais (Superiores e Regionais), como veremos a seguir.

Uma terceira variável que vai além do poder normativo e repousa na própria organização da classe trabalhadora não pode ser esquecida, no debate dos “prós” e “contras” do poder normativo.

Isso porque, embora se fale que o poder normativo pode levar ao imobilismo das entidades sindicais profissionais, sem ele a realidade das condições de trabalho pode ficar ainda pior. É dizer: insistir no discurso de deixar os “parceiros sociais” definirem livremente seus interesses, como se houvesse, efetivamente, igualdade entre eles pode representar, no mínimo, uma “faca de dois gumes”.

Na feliz imagem de Márcio Túlio Viana, *“como um filho pródigo, o Direito do Trabalho começa a voltar à casa do pai, o Direito Civil – se não na matéria que regula, pelo menos no modo e na razão de regulá-la”*<sup>22</sup>, ou seja, como normas que regulam relação entre “iguais”. E isso vale para a seara coletiva.

Em um contexto de um sindicalismo débil, fraco, desorganizado, o poder normativo poderia ser utilizado positivamente, em favor da classe trabalhadora, se e quando tivesse em

---

20 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 20 nov. 2011. Transcrito como no original.

21 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 20 nov. 2011. Transcrito como no original.

22 VIANA, Márcio Túlio. Prefácio. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O Direito do trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo: LTr, 2000, p. 15.

vista aquele ponto fundamental tratado anteriormente quanto à negociação coletiva: sua finalidade criativa de direitos, consagrando um patamar superior de direitos.

Em o fazendo, não há como se negar a existência de vantagens para a classe trabalhadora que, no caso de não conseguir negociar com a classe patronal de forma equânime e equilibrada, poderia obter do Estado a construção de novos e mais amplos direitos, tomando-se este Estado como espaço de luta e possibilidade de conquistas e avanços para a classe trabalhadora (e não apenas um Estado classista). Afinal, como define o jurista e Ministro do TST, o poder normativo seria aquele “*constitucionalmente conferido aos Tribunais Trabalhistas de dirimirem os conflitos coletivos de trabalho mediante o estabelecimento de **novas e mais benéficas condições de trabalho**, respeitadas as garantias mínimas já previstas em lei*”.<sup>23</sup> (negritamos).

Essa, porém, não é a forma como foi delineado para ser aplicado o poder normativo pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, conforme decidido pelo STF, as decisões em dissídio coletivo deveriam se sujeitar às seguintes limitações:

- não poderia a Justiça do Trabalho produzir normas ou condições contrárias à Constituição da República;
- não poderiam tratar de matérias reservadas pela Constituição à lei (por exemplo, ampliação do prazo do aviso prévio) (princípio da reserva legal);
- elas se revestiriam do caráter de regras subsidiárias, somente sendo suscetíveis de operar no vazio legislativo. Como regra subsidiária ou supletiva, estaria subordinada sempre à supremacia da lei.

Embora, de fato, seja óbvio que o poder normativo não poderia violar a Constituição, nem as leis vigentes, fato é que ele poderia e deveria ser exercido tanto no vazio da lei, seja matéria reservada a ela ou não, quanto no caso de definir normas e condições superiores ao já disposto em lei. É dizer, os únicos limites que teria o poder normativo seriam a Constituição e as leis, não podendo contrariá-las, salvo para ampliar os direitos ali conferidos.

Entretanto, como visto, o posicionamento da Corte Superior foi diverso e, assim o fazendo, o STF praticamente liquidou com o poder normativo, desvirtuando-o da forma como previsto constitucionalmente.<sup>24</sup>

O golpe fatal, entretanto, viria com a Emenda Constitucional n. 45/2004.

---

23 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Processo Coletivo de Trabalho. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 13.

24 As decisões proferidas no RE 197911/PE e no RE 114836/MG, que tiveram relatoria dos Ministros Octávio Gallotti e Maurício Correa, respectivamente, são comumente lembradas como paradigmas desta visão do STF quanto aos limites estreitos do poder normativo.

Após doze anos de tramitação e sob a influência do Documento 319, do Banco Mundial, que traça um receituário de reforma do Judiciário para América Latina e Caribe, foi aprovada a EC 45 que traz, basicamente, três eixos principais: o da súmula vinculante; o do controle externo e o dos meios alternativos de conciliação.

Interessa-nos este último que, quanto ao tema, nos remete ao §2º, do art. 114, assim disposto com a nova redação: “Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”.

Apesar das discussões iniciais a respeito da possível violação ao art. 5º, XXXV, da CR/88, entendeu-se que não haveria qualquer violação já que a natureza jurídica da decisão normativa nunca foi jurisdicional.

Assim, fato é que o poder normativo ficou restrito aos casos em que as partes, de comum acordo, resolvam ajuizar dissídio coletivo, sendo que, pela letra da emenda constitucional, o poder normativo estaria limitado às disposições mínimas legais de proteção ao trabalho e aquelas convencionadas anteriormente, havendo espaço, pois, para aquela visão, digamos, “criadora” do poder normativo, ainda que restrito ou manco. A lei seria o piso e não o teto. Entretanto, como já dito, a visão do STF é que ele só pode ser exercido quando há lacuna na lei e autorização legal.

Desta feita, o poder normativo, com essa visão extremamente limitadora do STF, com a exigência de comum acordo praticamente desapareceu enquanto tal, transmudando-se em uma espécie de “arbitragem judicial pública”, ou um *tertium genus* entre a arbitragem privada e o processo judicial, sendo o único dissídio coletivo genuíno que restou foi o de greve em serviços essenciais, com comprometimento do interesse público, pelo Ministério Público do Trabalho.<sup>25</sup>

A exigência de “comum acordo” representou uma tentativa legislativa do constituinte em diminuir a força do instrumento do poder normativo na Justiça do Trabalho, como um mecanismo de transição para tal finalidade.

---

25 Como previsto no §3º do art. 114, da CR/88: “Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão de interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, compelindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito”. Discute-se se, neste caso, o Judiciário poderia julgar o conflito econômico inerente à greve ou apenas esta. Parte da doutrina entende que a decisão deve se limitar à análise dos atos praticados no exercício do direito de greve (esse o posicionamento, por exemplo, de Pedro Carlos Sampaio Garcia (O fim do poder normativo). Já outros, como Raimundo Simão de Melo (Processo Coletivo do Trabalho), entendem que, apreciando apenas o pedido de declaração de abusividade, a decisão normativa estaria incompleta já que, como preceitua o art. 8º, da Lei 7.783/89, cabe à Justiça do Trabalho decidir sobre a procedência total ou parcial ou improcedências das reivindicações, resolvendo, definitivamente, o conflito.

Sua origem, como lembra Ronaldo Lima dos Santos, está no paradigmático – e lamentável – caso da greve dos petroleiros, de 1995, na qual o Judiciário condenou o sindicato profissional, em dissídio coletivo, a quantias vultosas em caso de não cessação do movimento grevista. Através de acionamento pela CUT, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT oficiou o governo brasileiro, sugerindo, dentre outras medidas a serem implementadas, a transformação do sistema de solução dos conflitos coletivos pátrio, com a adoção da arbitragem quando requerida por ambas as partes, restando apenas o dissídio coletivo de greve em casos de atividades essenciais. De certa forma, ainda que não integralmente (já que não houve, de fato, o fim expresso do poder normativo), a sugestão da OIT foi seguida, com a adoção do “comum acordo”.<sup>26</sup>

A idéia do constituinte foi a de que, inexistindo o “comum acordo”, ausente seria a legitimidade do Judiciário para intervir no conflito, devendo os embates travados entre os atores sociais envolvidos ter seu desenvolvimento sem a intervenção do Estado, eclodindo, se assim entenderem os trabalhadores, com a greve, momento em que também não se mostra razoável ou cabível a interferência estatal, salvo quanto ao cumprimento dos requisitos legais. Em outras palavras, inverteu-se a lógica natural das coisas: primeiro se faz a greve para forçar a negociação, ao invés de ela ser a última alternativa, após o malogro das tentativas de entendimento.

Entretanto, a necessidade do “comum acordo” não pode levar a situações caracterizadoras de abuso de direito, como se dá, por exemplo, com empresa que se recusa a negociar e impediria, em tese, o acesso ao Judiciário pela ausência do “comum acordo”, nem tampouco exigir situações teratológicas como a assinatura conjunta do peticionamento, podendo ser considerado tacitamente realizado quando não há recusa formal e fundamentada ao dissídio coletivo.<sup>27</sup>

Seja defendendo o poder normativo, seja condenando-o, mitigando-o através da visão limitadora do STF e por meio do “comum acordo” ora exigido, o que o aproxima mais de uma arbitragem judicial voluntária do que efetivamente um poder coercitivo estatal, fato é que se trata de um instrumento que, como visto quanto à negociação coletiva, poderia ser usado em favor à criação de direitos, ou, ao contrário, para derogá-los ou flexibilizá-los.

---

26 SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*. São Paulo: LTr, 2008.

27 Sobre a natureza jurídica do “comum acordo”, apesar da divergência doutrinária, havendo aqueles que defendem tratar-se de condição de ação, a maioria da doutrina e jurisprudência atribuem-lhe natureza jurídica de pressuposto processual. Cite-se, exemplificadamente, Pedro Carlos Sampaio Garcia (*O fim do poder normativo*), Raimundo Simão de Melo (*Processo Coletivo do Trabalho*), entre outros.

Como se trata de uma opção e se queremos que a opção seja, necessariamente, pela construção e consagração de direitos cada vez mais amplos, justos e mitigadores das distorções de classe existentes, é preciso revigorar aqueles que o utilizam, seja a negociação, seja o poder normativo. Dito em outras palavras, é preciso, urgentemente, fortalecer o sindicalismo.

A rigor, nenhum modelo se mostrará adequado sem um sindicalismo de base e atuante. Se há um vício de origem, com um patronato forte e uma classe trabalhadora fraca, não há nem haverá nenhum modelo que dê conta deste desequilíbrio e seja razoável de ser aplicado sem implicar em distorções e ingerências inadmissíveis, como tem ocorrido hoje com a negociação coletiva ou com o poder normativo.

De nada adianta transformar o poder normativo se, juntamente com tal transformação, não são realizadas outras reformas imprescindíveis no que diz respeito à democratização da relação capital - trabalho. Neste sentido, imperiosa a promulgação de legislação que coíba efetivamente práticas antissindicais, que garanta e incentive a organização nos locais de trabalho, que proteja o empregado contra a despedida arbitrária. Como destaca Márcio Túlio Viana, *“de nada vale um líder que não tenha a quem liderar... Assim, a proteção ao emprego é também um direito sindical”*.<sup>28</sup>

Sem tais transformações que auxiliem, de forma efetiva, no fortalecimento das organizações sindicais, nenhuma mudança, seja legislativa, seja jurisprudencial, será capaz de tornar as regras do jogo minimamente justas e possíveis de ser jogadas de forma competitiva pelos dois lados, sindicato patronal e profissional, ou, de forma mais radical – no sentido de raiz, como fala Marx -, pelos eternos conflitantes, capital e trabalho. Até hoje ainda não foi possível efetivamente jogar sob a máxima de que vença o melhor, seja no campo da negociação, seja no campo estatal. Quem tem vencido, hoje e sempre, é aquele que detém o poder, econômico, político, jurídico e estatal. Jogamos um jogo de cartas marcadas, de resultados esperados e pódios definidos. Fingimos que negociamos e o Estado finge que atua de forma imparcial como árbitro do jogo. Mas a partida ainda não terminou. Enquanto não soar o apito final que, neste caso, implicaria na liquidação do “time-sindicato” enquanto locus privilegiado de organização da classe trabalhadora, a bola permanece em jogo. Que todos nós, jogadores desse “jogo-luta” pela vitória da justiça social, continuemos em campo, sonhando em, um dia, parodiando Chico Buarque, “estufar esse filó”, mesmo não sendo reis...

---

28 VIANA, Márcio Túlio. O Movimento Sindical, o Congresso da CUT e a Reforma Trabalhista. Revista LTr, São Paulo, v. 67, n. 12, p. 1413-1423, dez. 2003.

## REFERÊNCIAS

- BRANCO, Ana Paula Tauceda. **O ativismo judiciário negativo investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho.** In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes et al. (org.). *Jurisprudência do TST: leituras críticas em defesa do direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 2009.
- BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho.** Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 20 nov. 2011.
- CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 1999.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 9. ed.. São Paulo: LTr, 2010.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa.** 2. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. **O fim do poder normativo.** In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes (org.) e FAVA, Marcos Neves (org.). *Justiça do Trabalho: competência ampliada.* Anamatra, LTr, p. 381-396.
- HERKENHOFF, João Batista. **Movimentos Sociais e Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Processo Coletivo de Trabalho.** 2ª Ed. São Paulo: LTr, 1996.
- MELO, Raimundo Simão de. **Processo Coletivo do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2009.
- MÉSZÁROS, István. **Desemprego e precarização: um grande desafio para a esquerda.** In: ANTUNES, Ricardo (org.). *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*, p. 27-44, São Paulo: Boitempo, 2006.
- OLIVA, José Roberto Dantas. **O Magistrado em face da Equidade como instrumento válido de Interpretação e Integração Normativa.** *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, São Paulo*, n. 20, 2002.
- REALE, Miguel. "A equidade no Direito do Trabalho". *Revista da Faculdade de Direito*. v. LXIX, fasc. I, São Paulo: USP, 1974.
- RODRIGUES, José Albertino. **Sindicato e desenvolvimento no Brasil.** 2. ed. São Paulo: Símbolo, 1979.
- ROMITA, Arion Sayão. **Equidade e Dissídios Coletivos.** Rio de Janeiro: Editora Brasília/Rio, 1976.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas.** São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. **Decisões Judiciais e (Des)Construção dos Direitos: uma revisita à interpretação dos direitos coletivos pelos Tribunais Superiores.** O mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2009. p. 418-438.

SIMÃO, Azis. **Sindicato e Estado.** São Paulo: Dominus, 1966.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Fundamentos para a solução dos conflitos coletivos de trabalho.** In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (org.) e CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (org.). Curso de Direito do Trabalho. v. III. São Paulo: LTr, 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. . **O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social.** São Paulo: LTr, 2000.

VIANA, Márcio Túlio. **O Movimento Sindical, o Congresso da CUT e a Reforma Trabalhista.** Revista LTr, São Paulo, v. 67, n. 12, p. 1413-1423, dez. 2003.

VIANA, Márcio Túlio. **Prefácio.** In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O Direito do trabalho como instrumento de justiça social.** São Paulo: LTr, 2000.