

5

Relações Coletivas de Trabalho e a atuação do Tribunal Superior do Trabalho nos anos 1990

As transformações no Direito do Trabalho e nas Relações Coletivas vivenciadas nos anos 1990 não se limitaram a mutações legislativas, reorientações governamentais e impactos decorrentes da desestruturação do mercado de trabalho brasileiro, pois atingiram também o Poder Judiciário. Neste capítulo discute-se o papel da jurisprudência trabalhista na conformação do Direito do Trabalho brasileiro nos anos 1990. Com uma compreensão de que as ideologias exercem um papel na construção e reconstrução dos sentidos da norma jurídica é possível investigar a atuação de uma corte a partir das percepções e visões de mundo expressas nos argumentos judiciais. Analisa-se como o discurso hegemônico que pugnou pela flexibilização dos direitos laborais teve também impacto nas cortes trabalhistas, em especial em seu Tribunal Superior, provocando uma reinterpretção de inúmeras regras tutelares do trabalho e um questionamento de alguns dos princípios jurídicos clássicos que estruturaram a interpretação dos dispositivos legais e das demais regras trabalhistas.

Examina-se, em especial, o papel exercido pelo Tribunal Superior do Trabalho no âmbito das Relações Coletivas de Trabalho. De um lado, através do reforço às políticas macroeconômicas de estabilização independentemente da degradação das condições salariais dos trabalhadores. Por outro, através de uma reviravolta no processo de atribuição de sentidos aos textos legais laborais que possibilitaria uma aparente contratualização (coletiva) das relações laborais, ou de estímulo a uma contratação falaciosa. A contenção do poder normativo, sem uma prévia reformulação do sistema de equacionamento dos conflitos coletivos, restringiu as possibilidades de utilização dos dissídios coletivos em um ambiente de ampla fragilização do poder sindical. Houve também a sinalização, para os sindicatos e empresários, de que o Judiciário admitiria a redução de direitos previstos em norma legal, em face da existência de dispositivo diverso oriundo de

negociação coletiva. Assim, o Tribunal Superior do Trabalho contribuiria não só para a construção de uma dicotomia que opôs o legislado ao pactuado, como também para uma visão da negociação coletiva como espaço para a legitimação jurídica de práticas empresariais flexibilizantes. Em síntese, faz-se uma reflexão sobre a atuação da Justiça do Trabalho, em especial sobre como o TST foi um ator da reforma trabalhista brasileira.

A valorização da autonomia privada coletiva no espaço das cortes laborais ocorreu com uma retração do poder normativo da Justiça do Trabalho, por meio de estímulos à negociação coletiva direta apontada como uma forma privilegiada de resolução de conflitos. Isto se deu a partir da tendência à rejeição de pretensões individuais, pleiteadas em reclamações trabalhistas, sob o argumento de que contrariavam regras coletivas pactuadas pelas categorias profissionais. Em movimento pendular, os textos laborais passaram a oscilar entre a legalidade atacada e desprestigiada, e os textos pactuados, prestigiados. Mas apesar de se optar por atribuir efeitos amplos aos resultados negociados a partir da autonomia negocial, o conceito de autonomia coletiva não foi ampliado de forma consentânea à sua utilização como mecanismo de equacionamento dos conflitos, o que faria pressupor não só a valorização da autonormação, mas também que o Tribunal Superior do Trabalho potencializasse as dimensões da auto-organização e a autotutela. Adotou, no entanto, uma interpretação que reduzia os recursos de poder dos sindicatos profissionais nas Relações Coletivas de Trabalho, quando restringiu os direitos sindicais e a capacidade de autotutela dos trabalhadores, instituiu exigências que dificultam o acesso das coletividades ao Poder Judiciário e admitiu a modificação da lógica expansiva da autonormação, com a ampliação da autonomia privada coletiva, mesmo em prejuízo, em um ambiente de fragilização dos sindicatos. Na interpretação da Constituição, alguns princípios foram privilegiados em detrimento de outros, como, por exemplo, a liberdade sindical e o direito de greve, interpretados restritivamente, e maximizadas a autonomia privada coletiva e a capacidade de flexibilização através dos acordos e convenções.

Este capítulo está dividido em cinco seções. Na primeira, analisar-se-á o papel do TST na flexibilização dos direitos individuais e posicionamentos ideológicos dos julgadores, posicionamentos, públicos e doutrinários de seus

Ministros. Na segunda, serão estudados o TST e a desindexação da economia, a contribuição do tribunal para a estabilização econômica. Na terceira parte, se fará uma discussão sobre a política judiciária de valorização da autonomia privada coletiva e a contenção do poder normativo da Justiça do Trabalho. Para tanto, será comentada a política de restrições aos dissídios coletivos, com condicionamentos processuais e de reconstrução dos precedentes, e apresentada uma pesquisa sobre o conteúdo dos dissídios coletivos ajuizados no âmbito do TST, sempre com o objetivo de incentivar a livre negociação. E ainda uma segunda dimensão desta valorização da autonomia privada coletiva, através da modalidade de interpretação atribuída aos acordos e convenções. Na quarta parte, buscar-se-á demonstrar como foi falacioso tal incentivo à autonomia coletiva, encerrando uma falsa contratualização ao indicar o fracionamento do conceito de autonomia coletiva, através da redução dos direitos sindicais e da autotutela, examinando o direito de greve. Ao final, uma quinta seção analisa tendências e resultados da política dos anos 1990 e a reforma do Judiciário.

5.1

Rumo à “modernidade”: a releitura judicial do Direito do Trabalho nos anos 1990

Na década passada, como já foi visto, ganhou força um certo diagnóstico econômico que correlacionava direitos do trabalho com rigidez, obstáculo à produção, ao crescimento, à reestruturação produtiva, atribuindo aos direitos e a seus “custos” a dificuldade de inserção das empresas no mercado internacional, avaliação hegemônica nas formulações das políticas públicas, principalmente após o Plano Real, que contaminou amplos segmentos econômicos, políticos e também judiciais. A consequência desta análise e sua proposta desregulamentadora e flexibilizante não se circunscreveu aos debates econômicos, políticos ou jurídico-doutrinários, mas esteve presente dentro do Judiciário, em especial o trabalhista.

Estudos sobre as ideologias que estruturam a magistratura e o comportamento dos juízes vêm sendo realizados no âmbito da sociologia do Direito, ao menos desde a ocorrência do fenômeno da explosão de litigiosidade nas sociedades contemporâneas, propiciadas pelo desenvolvimento de condições

teóricas, tais como o desenvolvimento da sociologia das organizações e da ciência política (Santos, 1995). São considerados clássicos os estudos de Renato Treves acerca das diferenciadas linhas político-teóricas que permeiam a magistratura italiana (1993).²⁷⁹ Na última década, agregando elementos da filosofia e da teoria do Direito, do constitucionalismo contemporâneo e da ciência política, os estudos sociológicos foram redimensionados e reorientados para a compreensão do fenômeno da crescente judicialização das relações sociais e políticas na sociedade contemporânea. No Brasil, tais análises ganharam relevância no período de consolidação democrática e constitucional, e buscam examinar o processo que tem sido denominado de judicialização da política (Werneck Vianna et al., 1999; Werneck Vianna et al., 2002), além da função política do Judiciário e os desafios que se lhe apresentam (Faria, 1992, 1995, Campilongo, 1994; Lopes, 1989, 1994).

Embora as inter-relações entre análises sociológicas e jurídicas no âmbito das relações de trabalho sejam clássicas no Brasil, como mostram os distintos

²⁷⁹ A sociologia jurídica esteve voltada inicialmente para a análise das implicações da norma jurídica, ocupando-se da compreensão do pluralismo jurídico e da efetividade das normas estatais. Entre o final da década de 1950 e os anos 1960, houve um deslocamento dos estudos de sociologia do Direito, que passaram a buscar compreender o papel das instituições. Segundo Boaventura de Souza Santos, tal deslocamento nas abordagens da sociologia do Direito foi propiciado por condições teóricas e sociais. Dentre as condições teóricas destaca: o desenvolvimento da sociologia das organizações, a partir dos estudos de Weber; o interesse manifestado pela ciência política e pela teoria dos sistemas na análise dos tribunais, vistos como subsistemas de um sistema político maior; e o desenvolvimento das análises sobre litígios e mecanismos de prevenção no âmbito da antropologia jurídica. O interesse sociológico pelas dimensões processuais e organizacionais do Direito também respondeu a fenômenos sociais específicos, relacionados com a ampliação das lutas sociais e a emergência de atores coletivos, recodificando os sentidos do Direito e a eclosão da crise da administração de justiça com o fenômeno da explosão de litigiosidade. (Santos, 1993, 1995). Uma boa indicação das pesquisas relevantes sobre o tema do judiciário encontra-se em Renato Treves (1993), ele próprio autor de um clássico estudo sobre as tendências ideológicas internas à magistratura italiana. Treves distinguiu na magistratura italiana três grandes tendências ideológicas que designou como estrutural-funcionalista, conflitivismo-pluralista e conflitivismo dicotômico de tipo marxista, importantes para rever o mito do apoliticismo da função judicial. Ao efetuar um panorama dos estudos sobre ideologia político-social da jurisprudência italiana no campo do trabalho, sublinha a existência de pesquisas mais históricas como a de Neppi Modena que, segundo Renato Treves, propõe indagações “*di carattere prevalentemente storico si dimostra tra l’altro che la posizione assunta dalla magistratura italiana di fronte alle rivendicazioni operaie è stata, salvo rare eccezioni, una posizione di netta ostilità verso queste rivendicazioni e di aperto sostegno del patronato; una posizione che si è protratta durante tutto il período esaminato e quindi anche negli anni in cui il fascismo conquistò il potere. In quegli anni, la magistratura si trovò infatti pienamente d’accordo con le direttive fasciste in merito alla repressione del movimento operaio e dimostrò soltanto una certa riluttanza a seguire le direttive stesse là dove si trattava di giudicare gli atti la cui incriminazione urtava contro i principi del liberalismo conservatore all’luce dei quali la magistratura si era formata*” (Treves, 1993, p.254).

olhares dos precursores Oliveira Viana (1938, 1943) e Evaristo de Moraes Filho (1978), são poucos os estudos cujo objetivo era examinar o papel desempenhado pela Justiça do Trabalho na estruturação das relações de trabalho no país e ainda hoje permanecem poucas as pesquisas que visam a compreender especificidades da atuação deste ramo especializado, mesmo no contexto das análises sobre judicialização.

Em outro universo de análise que pretende discutir as relações entre direito e economia, encontram-se os estudos elaborados com o objetivo de examinar os impactos do sistema judiciário para o funcionamento do mercado (Pinheiro, 2005). Nesta perspectiva, registre-se a pesquisa de Armando Castelar Pinheiro (2005) que, partindo da percepção de que assegurar o cumprimento dos contratos é importante para atribuir previsibilidade às transações econômicas, procura observar a possibilidade de o Judiciário brasileiro garantir condições mais favoráveis ao funcionamento dos mercados. Castelar Pinheiro observou em seu levantamento que os magistrados não percebem como freqüente o fenômeno que vem sendo designado de judicialização da política e menos ainda a politização das decisões judiciais, muito embora no que diz respeito à área trabalhista tal percepção seja maior.²⁸⁰

O autor, entretanto, trabalha com a pressuposição de que a politização poderia resultar “na tentativa de alguns magistrados de favorecer certos grupos sociais vistos como a parte mais fraca nas disputas levadas aos tribunais” (2005, p.265). E para examinar a relevância de tal relação indagou aos magistrados que decisão tomariam entre duas alternativas extremas: o respeito aos contratos independentemente de suas repercussões sociais e a desconsideração dos mesmos tendo em vista a busca de justiça social. Concluiu ser mais freqüente a segunda alternativa, principalmente nas áreas do consumidor, trabalhista e previdenciária. Em relação à opção de que “a busca da justiça social às vezes justifica decisões

²⁸⁰ A “politização” na área trabalhista foi vista por 17% dos magistrados como muito freqüente, 28,1% como algo freqüente, 25,9 como pouco freqüente e 12% como nunca ou quase nunca freqüente. Em tal levantamento - realizado com 741 magistrados (6,5% da magistratura nacional) integrantes das justiças federal, estadual e do trabalho – o autor observa que enquanto os magistrados avaliam que a Justiça do Trabalho (em 1ª instância) é o melhor ramo/grau do Judiciário, tal esfera é vista pelos empresários como o pior ramo.

que violem os contratos” no campo trabalhista, 37,8% dos magistrados responderam que em geral deveria prevalecer, e apenas 8% disseram que tal posição deve sempre prevalecer (Castelar, 2005, p.268). Para o autor, a “falta de neutralidade” dos julgadores traria conseqüências negativas para o funcionamento dos mercados, tendo em vista que as incertezas sobre o cumprimento dos contratos tornariam as transações mais arriscadas.

A oposição proposta no levantamento que requeria que o magistrado se posicionasse entre a opção A, de que os contratos devem sempre ser respeitados, ou B, onde se afirmava que às vezes a justiça social justifica decisões que violem os contratos, já indica a dificuldade da dicotomia, principalmente quando se considera a distinção conceitual que a expressão “contrato” adquire no âmbito do Direito do Trabalho em relação às demais áreas do Direito, e o amplo universo de magistrados de ramos judiciários diversos. Se a doutrina jurídica não atribui à autonomia das vontades o mesmo valor no Direito do Trabalho e no Direito civil, e se na área trabalhista a expressão contrato remete a dois objetos distintos (contratos individuais e contratos coletivos), valorados de forma diferenciada, parece significativo os percentuais de magistrados que não se inclinaram a admitir que nem mesmo às vezes a justiça social justificaria decisões que violassem contratos (9,2% sempre devem prevalecer e 11,1% em geral devem prevalecer os contratos), ou ainda de magistrados (23,8%) que admitem que as duas posições têm igual chance de prevalecer, o que não foi considerado por Castelar Pinheiro. O autor, que trabalha com uma perspectiva que pressupõe que a atividade jurisdicional pode ser neutra, não estabelece relações entre o que denomina politização da decisão²⁸¹ e decisões em favor do funcionamento do mercado ou do capital, mas apenas com decisões que potencialmente favoreçam grupos sociais mais fracos, como os trabalhadores.

Armando Castelar Pinheiro observa, entretanto, que na magistratura pesquisada, além de predominar uma visão favorável às reformas econômicas dos anos 1990 e pró-redução da presença do Estado na economia, há um apoio

²⁸¹ Para o autor, a “politização” significa que “as decisões judiciais sejam baseadas mais nas visões políticas do juiz do que a interpretação rigorosa da lei” (Castelar, 2005, p.278).

majoritário dos juízes à flexibilização da legislação trabalhista: 19,2% concordariam inteiramente e 36,6% tenderiam a concordar com as reformas que estavam sendo implementadas no país (Pinheiro, 2005, p.275).

Especificamente sobre a magistratura trabalhista e a Justiça do Trabalho, no período pós-constituição de 1988 foram realizados estudos pioneiros e isolados: José Eduardo Faria (1992, 1995) discutiu os dilemas da Justiça do Trabalho; Maria Célia Paoli (1994) refletiu sobre a relação entre trabalhadores e o Judiciário diante dos desafios democráticos; Eliane Botelho Junqueira (1999) efetuou um diagnóstico da Justiça do Trabalho a partir do exame de conflitos individuais no TRT da 1ª Região; Rogério Coelho (1996) apresentou uma abordagem crítica da atuação do Tribunal Superior do Trabalho, em especial sobre a crise ideológica da Justiça do Trabalho e a atuação do TST na greve dos petroleiros. E, mais recentemente, os trabalhos de Adalberto Moreira Cardoso (1999b, 2002) sobre relações de classe e a judicialização dos conflitos trabalhistas nos anos 1990 e a pesquisa de Pessanha e Morel (2005), que busca traçar um perfil dos posicionamentos da magistratura trabalhista brasileira.²⁸²

No âmbito dos estudos a respeito do processo de judicialização no Brasil contemporâneo, Adalberto Cardoso refletiu sobre a explosão de demandas trabalhistas ocorridas nos anos 1990 no que concerne aos conflitos individuais de trabalho. Cardoso recusa certa leitura econômica (Camargo 2002; Pastore, 2000) que correlaciona a explosão de processos à criação constitucional de direitos que seriam custosos e onerosos às empresas. Por tais leituras, os empregadores não teriam como fazer frente aos direitos ampliados com a Constituição de 1988. Tal vertente, incorporada pelo Ministério do Trabalho e Emprego na segunda metade dos anos 1990 e que compreendia o aumento do número de feitos trabalhistas como um processo social decorrente de um modelo de relações laborais que não abriria espaço para negociações nas empresas favorecendo a solução judicial dos

²⁸² Existem ainda estudos de casos específicos, como o ensaio de Biavaschi, Gimenez, Krein (2003) sobre a jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho da 4ª, 6ª, 9ª e 15ª Regiões no período de 1997-2001, diante da proliferação de cooperativas de mão-de-obra no país; o trabalho de Karen Artur (2004) sobre a atuação do Tribunal Superior do Trabalho e dos doutrinadores jurídicos como agentes de novas noções contratuais do trabalho etc.

conflitos, foi também considerada insatisfatória por Cardoso. O autor se propõe a buscar “uma explicação plausível para a intensificação do processo de judicialização das relações de trabalho”, a partir do pressuposto de que em modelos legislados “o aumento da judicialização é consequência natural da deslegitimação da norma leal pelos capitalistas” (2002, p. 495), em um cenário no qual teria se tornado pouco custoso descumprir as regras, seja pelo redirecionamento da capacidade de ação sindical no país, seja pelo afrouxamento da fiscalização.

Em um modelo legislado, o problema da legitimidade das regras deve ser analisado tanto no que concerne aos mecanismos de produção, quanto da aplicação ou operacionalização do Direito. Desta forma, Cardoso adverte ser necessário perceber que “os tribunais são, então, o lugar das disputas entre representantes do capital e do trabalho pela interpretação da norma legal. São palco da luta de classes (...) loci de pressões de toda ordem de agentes interessados” (2002, p. 513). Sugere ainda que, ao lidar com o tema da judicialização das relações de trabalho, é importante ter em mente não só que desde a década de 1930 tais relações foram mais ou menos juridificadas, mas também que a validade e a legitimidade das regras legais trabalhistas sempre foram e permanecem contestadas tanto por empregados quanto por empregadores.²⁸³ Especificamente no contexto do final dos anos 1990, a queda da taxa de formalidade relacionada a injunções econômicas e de estruturação do mercado de trabalho, a diminuição do assalariamento com registro em carteira e a ampliação do número de reclamações trabalhistas seriam indicadores de que “a economia brasileira tratou de flexibilizar no grito o direito do trabalho nos anos 90, via contestação da norma legal” (2002, p.521). A hipótese de Cardoso para

²⁸³ “Dados analisados (...) mostram que o recurso judiciário cresceu exponencialmente desde a instituição daquela justiça especial em 1939, mas nos anos 90 ocorreu verdadeira explosão de demandas: enquanto nas décadas de 70 e 80 a média de acréscimo no número de processos era pouco superior a 35 mil por ano, na última década do século 20 esse valor saltou para mais de 110 mil processos por ano. Em 1998, as 1.109 Varas do Trabalho existentes no país acolheram perto de dois milhões de processos trabalhistas, 98% dos quais relativos a conflitos individuais.” (Cardoso, 2002, p.493). Os picos de crescimento dos processos na história brasileira não estariam relacionados aos momentos de expansão econômica e os indícios indicam que o processo de judicialização relaciona-se mais a aspectos de conjuntura política do que se poderia imaginar se fosse apenas um fenômeno estritamente jurídico.

explicar o processo de judicialização dos anos 1990, época em que diante da fragilização dos sindicatos restou aos trabalhadores individualmente negociar no balcão judiciário, passa pelo diagnóstico de que os capitalistas estariam “testando os limites da nova ordem constitucional, num ambiente em que os trabalhadores organizados não conseguem impedi-lo” (2000, p.532).

A intensificação exponencial do número de litígios propostos perante a Justiça do Trabalho foi acompanhada de uma migração não só na incidência de conteúdo dos pleitos presentes nestas demandas, como também da clientela demandante. Se em 1989 não havia uma relação linear entre demitidos e demandantes, em 1999 tornou-se estável. No final da década a Justiça do Trabalho teria se transformado num lugar para a “garantia de direitos rescisórios, enquanto dez anos antes acolhia também demandas relativas a direitos contratuais e legais burlados durante a vigência dos contratos” (Cardoso, 2002, p544), o que demonstraria ser inegável a recusa empresarial em admitir a ampliação dos custos por ocasião da demissão. Para Cardoso, “a nova configuração das relações de classe no Brasil conferiu à Justiça do Trabalho, na década de 1990, um lugar central”, tornando-se imperioso examinar sua natureza e funcionamento neste contexto.²⁸⁴

O esforço para compreender analiticamente a Justiça do Trabalho, sua atuação concreta, tendências ideológicas e jurisprudenciais apenas se inicia no país, trazendo dificuldades adicionais à pesquisa. Neste capítulo, pretende-se contribuir com os esforços de construção de um conjunto de análises sobre o papel da Justiça do Trabalho, mais especificamente o exercido por seu Tribunal Superior na década de 1990.

²⁸⁴ “Se aquelas relações sempre foram juridificadas, a novidade nesses anos foi sua crescente judicialização: capital e trabalho defrontam-se não mais (ou primordialmente) por meio de mecanismos de representação coletiva, como sindicatos, comissão de empresa ou centrais sindicais, mas, cada vez mais, pela mediação de advogados e juízes do trabalho, intérpretes do direito. O Direito do Trabalho é constitutivo do que são as classes sociais, de seu lugar no mercado de trabalho e das relações possíveis entre elas. Em face disso, inquirir sobre a natureza e o funcionamento da Justiça do Trabalho (dinâmica processual, atuação de advogados e juízes, jurisprudência consolidada, eficácia jurídica etc) é tarefa obrigatória na análise das relações de classe entre nós, assim como o é a investigação sobre os mecanismos de produção das leis trabalhistas. Infelizmente, os dois temas são inteiramente negligenciados pela sociologia do trabalho no Brasil.” (Cardoso, 2003, p.190-191).

5.1.1.

Em busca de uma política judiciária: posicionamento dos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho e flexibilização jurisprudencial

Ao refletir sobre o Direito do Trabalho na Alemanha, Wolfgang Däubler destaca o relevante papel do Judiciário trabalhista, que desenvolveu “uma rede fina de normas quase-jurídicas cujo conhecimento é indispensável” para os assessores jurídicos do mundo do trabalho. E ainda o papel da doutrina jurídica que, no campo do direito laboral, “não é absolutamente nenhum discurso livre de influências dominantes”, no qual raramente se troca de posição. A “quase todos os autores se atribui uma certa inclinação para esse ou aquele lado” e “sobretudo os interesses das federações patronais e dos sindicatos (com restrições) encontram maneiras de manifestar-se em doutrinas científicas” (1997, p.51). Segundo Däubler, a racionalidade dominante presente nos julgados é especialmente visível nos conflitos trabalhistas. A jurisprudência se revela um instrumento de controle mais flexível, que diminui as possibilidades de deslegitimação da ordem jurídica. Quando um standard jurisprudencial é contrário ao empregado, ficará a critério do empregador cumpri-lo ou não, pois a priori não haveria demandante, nem juiz, e ninguém faria questão de que a jurisprudência fosse imposta com o mesmo rigor que a lei, sem que a ordem jurídica deixasse de aparentar confiabilidade. Além disto, “restrições da parte do Poder Judiciário são aceitas sem que haja reações violentas de intensidade comparável” (Däubler, 1997, p.115). Assim, embora não se trate de um sistema que compulsoriamente aplique os precedentes, como nos de common law, também na Alemanha o “direito real” que influenciaria o comportamento dos empregadores e empregados estaria apenas em parte na lei, em face da relevância assumida pela interpretação e pela jurisprudência, e nesta se concretizam as condições de compra e venda de uma mercadoria específica que é a força de trabalho.

As reflexões de Däubler cabem perfeitamente na realidade brasileira. Apesar de o Brasil não pertencer a um sistema de common law, a força das decisões e interpretações judiciais, principalmente no âmbito da trabalhista, é incontestável. O impacto dos julgados de tribunais superiores nos sistemas continental de tradição romano germânica vem sendo reconhecido no âmbito da teoria jurídica, como indicam Viola e Zaccaria: “dal punto di vista del diritto, è prevedibile che la

norma generale prodotta dall'attività interpretativa di una corte superiore costituisca la base per future decisioni, e in tal senso essa può dirsi a pieno titolo vigente” (Viola e Zaccaria, 2003, p.239). Portanto, ainda que não exista vinculação formal entre as decisões proferidas nos primeiros graus e as decisões de sua instância máxima, é possível trabalhar com um cenário de forte vinculação pragmática não só do conjunto da magistratura trabalhista às súmulas, orientações jurisprudenciais, decisões e precedentes do Tribunal Superior do Trabalho, como também do corpo técnico da advocacia trabalhista que, em especial no âmbito da proposição de ações, exerce um forte papel seletivo nos novos litígios e demandas.²⁸⁵

A análise aqui apresentada se centra nos debates e decisões tomadas pelo Tribunal Superior do Trabalho nos anos 1990, ou seja, trata-se de um conjunto de interpretações e intérpretes específicos, de um Tribunal localizado, em um período histórico definido. Não se pretende, pois, discutir as ideologias ou auto-percepções dos magistrados trabalhistas como um todo ou de fazer generalizações

²⁸⁵ É importante também observar o aspecto de autoridade contido na jurisprudência: “*Le decisioni dei tribunali tendono a convertirsi in prassi autoritative: anche per ribadire la própria autorità interpretativa, il próprio potere vincolante di fatto – possibile próprio perché la giurisprudenza agisce istituzionalmente – la giurisprudenza, anche in omaggio alla mentalità di ceto, opera per radicare stabilmente prassi giudiziarie, per trasformare, giovandosi dell’ azione combinata di elementi di fatto e di diritto, opinioni in tradizioni*” (Viola e Zaccaria, 2003, p.235). Tal autoridade não se estabelece somente dentro da instituição, mas atua como elemento de seletividade das demandas que se processarão no Judiciário: “*Il giurista che non rispetti tale regola, sai pure non scritta, della prassi giuridica, rischierà, come tale, d’esser messo fuori gioco: se un avvocato non tiene conto dell’ordinamento precedente della giurisprudenza, ben difficilmente potrà avere successo e comunque ne risponderà ai propri clienti; le decisioni di un giudice o di un tribunali che trascurino precedenti essenziali di corti superiori potranno essere oggetto d’impugnazione e di revisione, mentre un funzionario pubblico che non consideri importanti precedenti può essere responsabile per violazione di doveri d’ufficio.*” (Viola e Zaccaria, 2003, p.237-238). Supomos que tal seletividade seja grande na advocacia trabalhista, como observa Rogério Coelho em sua análise sobre a atuação do TST: “Para o êxito dessa política, contribuí também a rápida adequação dos demais operadores do Direito, particularmente dos advogados, que vão logo pautando seus juízos de viabilidade das pretensões de seus clientes pelos novos enunciados, em nome do pragmatismo que preside o exercício da advocacia trabalhista - já definida ironicamente por um de seus membros como uma "advocacia de resultados" (1996). Ademais, o artigo 896 da CLT estabelece como um dos pressupostos para a admissibilidade do recurso de revista o dissenso entre a decisão dada no processo com a jurisprudência dominante do TST. Assim, com uma única decisão do TST cristalizando ou modificando uma jurisprudência se definem concretamente as possibilidades imediatas de sucesso de uma demanda: realidades que seriam demandáveis em um dia tornam-se não demandáveis em outro. Até 1994, por exemplo, reclamações trabalhistas postulando diferenças de planos econômicos eram amplamente distribuídas na Justiça do Trabalho. Com a mutação da posição do TST, reduziram-se substancialmente as chances de vitória e, portanto, os ajuizamentos deste tipo de reclamação.

com vistas a atribuir um papel “a-histórico” para a Justiça do Trabalho, mas sim de um determinado Tribunal. A relação verticalizada que se estabelece dentro do Judiciário, baseada não só em uma hierarquia processual ou de instâncias de revisão, como também funcional, possibilita a disseminação daquelas decisões, critérios e valores que se espraiam através da doutrina jurídica trabalhista e sua assimilação pela magistratura. Ademais, não se trata de analisar uma jurisprudência em sua acepção clássica (de jurisprudência horizontal) como um conjunto reiterado de decisões de um mesmo tribunal, mas de decisões consolidadas por um tribunal superior - jurisprudência vertical (Sgarbi, 2007), pois o Tribunal Superior do Trabalho é a máxima instância de apreciação das regras trabalhistas. E exatamente porque estamos diante de uma jurisprudência vertical (Sgarbi, 2007) deve ser reconhecido seu papel de orientação decisiva dos magistrados das primeiras instâncias.²⁸⁶

Além de tudo, em contextos judiciais de explosão de litigiosidade e de ampliação demasiada do número de processos e da carga de trabalho atribuída à magistratura é ainda mais provável que haja pressão por uma racionalização das demandas e reorientação das decisões das primeiras instâncias à luz dos entendimentos dos tribunais superiores, o que torna ainda mais forte o impacto das decisões das Cortes Superiores. É possível supor que em nome da celeridade, da economia processual, para evitar a proliferação de recursos (que passam a ser considerados protelatórios) e o prolongamento de processos, o que contribuiria para ampliar o congestionamento do Judiciário, magistrados que não concordem

²⁸⁶ Na acepção de jurisprudência como resultado da atividade judicial, Adrian Sgarbi diferencia três significados distintos com que o termo é utilizado e classifica-os como jurisprudência horizontal, vertical e o do *stare-decisis*: “Jurisprudência-horizontal: esta é a acepção mais simples e óbvia. Por jurisprudência remete-se ao conjunto de decisões de um mesmo juízo a respeito de uma matéria reiterada ou similar. (...) ‘Jurisprudência-vertical’: Embora essencialmente essa versão se aproxime da anterior, a distinção está na posição superior do tribunal em relação ao órgão julgador de primeiro grau. É que, nas estruturas judiciárias, recursos (por exemplo: apelação) são previstos tornando possível que o caso seja apreciado por mais juízes (um colegiado) com maior tempo no exercício do ofício.(...) Jurisprudência como “*stare decisis*”: literalmente, significa “ater-se ao que foi decidido”. Trata-se de um princípio jurídico adotado principalmente nos modelos jurídicos de tradição “*common law*” (como o inglês e o norte-americano), diferentemente do modelo romano-germânico (como o brasileiro). Neste modelo, os códigos (*statute law*), ainda que existentes, desempenham papel secundário. A regra do direito reside, de fato, nas decisões pronunciadas pelas jurisdições superiores que, por esse motivo, decidem marcando explicitamente o “dispositivo” (solução da questão) e as “razões de decisão” (...)” (Sgarbi, 2007, p. 400).

com as orientações jurisprudenciais dominantes a ela se curvem com maior frequência.

A pesquisa envolveu o levantamento dos posicionamentos doutrinários dos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, entrevistas semi-estruturadas com um terço de seus ex-Presidentes após Constituição de 1988, o levantamento dos Enunciados de Súmulas do Tribunal e suas revisões, de precedentes normativos e orientações jurisprudenciais,²⁸⁷ de dados estatísticos sobre processos ajuizados e julgados,²⁸⁸ a consulta aos Relatórios Anuais da Justiça do Trabalho de 1990 a 2004, bem como de decisões judiciais diversas publicadas em revistas especializadas, além da criação de um banco de dados contendo decisões proferidas pela SDC do TST em dissídios coletivos e ações anulatórias durante os anos 1990.

Posicionamentos públicos e doutrinários dos Ministros, e análise das argumentações presentes nos votos e acórdãos também foram coletados. Nas reflexões dos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho foram encontrados temas presentes na sociedade em geral e no universo específico dos juslaboralistas, com destaque e variações temporais ao longo da década, que acompanhavam a pauta mais ampla do país. Temas como globalização, desemprego, flexibilização, competitividade, revolução tecnológica, reestruturação produtiva, terceirização, privatização, estiveram nos discursos e falas ministeriais, com ênfases diferenciadas. Na agenda nacional, o primeiro quinquênio foi marcado por um processo de disputa e de afirmação da hegemonia neoliberal, como já foi visto, tendo prevalecido o debate sobre direito sindical e reformulação mais global do sistema de equacionamento dos conflitos e sobre política salarial. Este temário deu lugar às discussões sobre a reforma trabalhista, a flexibilização e a afirmação da autonomia privada coletiva como instrumento de flexibilização. Tal diferenciação também pode ser vista nas preferências

²⁸⁷ O posicionamento doutrinário foi apurado através de levantamento nas Revistas LTr de toda a década de 1990. As entrevistas foram realizadas em São Paulo e em Brasília, respectivamente, nos dias 06 de setembro, 13 e 14 de outubro de 2005.

²⁸⁸ As estatísticas foram obtidas através de tabulações específicas preparadas pela Subsecretaria de Estatística do TST.

doutrinárias dos Ministros, nos primeiros anos posicionando-se sobre limitação da greve, organização sindical, contrato coletivo e estruturação da Justiça do Trabalho,²⁸⁹ e no segundo quinquênio da década de 1990 sobre compensação de horas, possibilidades de flexibilização através do acordo e convenção etc.²⁹⁰

Acompanhando tais temas mais gerais, detectou-se a tentativa dos Ministros de se posicionarem sobre questões que preocupavam o Tribunal e potencialmente afetam seu trabalho e prerrogativas. Nos primeiros anos, o debate sobre o contrato coletivo de trabalho,²⁹¹ o aumento do número de dissídios coletivos e de reivindicações postuladas, a explosão do número de processos e consolidação

²⁸⁹ Como exemplo, podem ser vistos no início da década os seguintes artigos. Orlando Teixeira da Costa: Direito alternativo ou flexibilização, no qual exprime uma visão crítica da flexibilização (1992); Rigidez e flexibilidade do Direito do Trabalho no Brasil (1990); Do abuso de direito na greve (1990); Sobrevivência das normas coletivas após a expiração do prazo convencional (1990); Direito Coletivo do Trabalho e crise Econômica (1991). Marcelo Pimentel: Composição dos conflitos: Algumas idéias para a revitalização da Justiça do Trabalho (1989); Abuso do direito de greve (1990). C. A Barata Silva: Organização sindical no serviço público (1990). José Ajuricaba Costa e Silva: Problemas da Justiça do Trabalho no Brasil (1993); Conflitos coletivos no trabalho rural (1993); A Justiça do Trabalho da Grã-Bretanha (1992); O Sistema brasileiro de solução dos conflitos coletivos (1990); Extensão e efeitos do abuso do direito de greve (1990). Manoel Mendes de Farias: O início da existência de um sindicato – registro peculiar – limites da competência da Justiça do Trabalho – Dissídio Coletivo (1993). Almir Pazzianotto Pinto: 50 anos de CLT – O Estado Novo e a codificação do Direito do Trabalho como projeto político (1993) e O servidor público civil – Sindicalização - Direito de greve (1990). Marco Aurélio Prates de Macedo: Discurso do Presidente do TST no 1º de maio de 1990: Homenagem a Lindolfo Collor (1990).

²⁹⁰ Após 1995: Costa e Silva, José Ajuricaba Costa e Silva: Processo da globalização da economia e seus reflexos no Judiciário trabalhista (1997); Participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa (1995); Discurso do Ministro no 8º Congresso de Direito Processual do Trabalho da LTr (1995); Contratação coletiva de trabalho (1995). Milton de Moura França: Compensação de horas de trabalho. Imprescindibilidade de acordo ou convenção coletiva (art. 7º, XIII, da CF). Breves considerações (1996); Manoel Mendes de Freitas: Convenção e Acordos Coletivos (1998). Indalécio Gomes Neto: Anulação de cláusula de convenção coletiva de trabalho (1998). José Luciano de Castilho: O Direito do Trabalho no limiar do século XXI: perspectivas (1997). Ursulino Santos: A Convenção e o acordo coletivo na ótica da nova Constituição (1998); Inconstitucionalidade de Enunciado de Súmula e Precedente Normativo (1996) e Leonaldo Silva: Capital e trabalho (1997).

²⁹¹ Em artigo publicado em outubro de 1993, no contexto do Fórum sobre Contrato Coletivo promovido no governo Itamar, o Ministro José Ajuricaba Costa e Silva recusa a proposta de contrato coletivo porque introduziria uma rigidez ainda maior que a lei: “Nem mesmo o ‘contrato coletivo do trabalho’ do modelo angloamericano, serve atualmente aos interesses do Brasil. Além de sua aplicação, quando contendo a cláusula do *closed shop*, *union shop* ou *agency shop*, representa uma ameaça à liberdade sindical (...) representa, outrossim, não só pela regulamentação exageradamente minuciosa das condições de trabalho, como por sua longa duração, um enrijecimento das normas disciplinadoras das relações trabalhistas, superior ao da própria lei, obstaculizando, mais ainda, a flexibilização dessas normas, que é, dentro de certos limites, indispensável e desejável para enfrentar a situação atual de recessão e desemprego no país.” (Costa e Silva, 1993, p.1171).

institucional da Justiça do Trabalho em decorrência da Constituição. Em meados da década, foram substituídos por observações sobre a tramitação da reforma do judiciário, as propostas de extinção ou unificação do Tribunal Superior do Trabalho, com a discussão sobre o fim dos juízes classistas, permanecendo no cenário a apreensão com o número de processos.

O aumento substancial do número de demandas trabalhistas esteve na pauta em toda a década, motivando reflexões diferenciadas sobre as formas de se lidar com tal crescimento. Ainda durante os trabalhos constituintes tramitara no Congresso a proposta de reforma enviada pelo TST, com a qual se pretendeu modernizar a Corte adequando-a ao exercício de crescentes atribuições. Promulgada em dezembro de 1988, a Lei 7.701 promoveu a separação e especialização do Tribunal Superior do Trabalho em órgãos distintos, turmas, pleno e seções. Desde então, ao Tribunal Pleno compete aprovar os enunciados das súmulas da jurisprudência dominante em dissídios individuais, aprovar os precedentes da jurisprudência predominante em dissídios coletivos, elaborar o Regimento Interno etc. Foram criadas a Seção de Dissídios Individuais – SDI e a Seção Especializada em Dissídios Coletivos – SDC ou seção normativa à qual cabe apreciar os dissídios coletivos de natureza econômica ou jurídica de competência originária do TST, os recursos ordinários interpostos contra as decisões proferidas nas regiões em dissídios coletivos (RO-DC) etc.²⁹²

²⁹² A competência da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST - SDC – TST, também denominada Seção Normativa, tem sua competência definida no artigo 2º da Lei 7.701/88. Originalmente cabe à Seção: “a) conciliar e julgar os dissídios coletivos que excedam a jurisdição dos Tribunais Regionais do Trabalho e estender ou rever suas próprias sentenças normativas, nos casos previstos em lei; b) homologar as conciliações celebradas nos dissídios coletivos de que trata a alínea anterior; c) julgar as ações rescisórias propostas contra suas sentenças normativas; d) julgar os mandados de segurança contra os atos praticados pelo Presidente do Tribunal ou por qualquer dos Ministros integrantes da seção especializada em processo de dissídio coletivo; e e) julgar os conflitos de competência entre Tribunais Regionais do Trabalho em processo de dissídio coletivo.” Em última instância, compete à SDC julgar: “a) os recursos ordinários interpostos contra as decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho em dissídios coletivos de natureza econômica ou jurídica; b) os recursos ordinários interpostos contra as decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho em ações rescisórias de mandados de segurança pertinentes a dissídios coletivos; c) os Embargos Infringentes interpostos contra decisão não-unânime proferida em processo de dissídio coletivo de sua competência originária, salvo se a decisão atacada estiver em consonância com precedente jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou da Súmula de sua jurisprudência predominante; d) os Embargos de Declaração opostos aos seus acórdãos e os Agravos Regimentais pertinentes aos dissídios coletivos; e) as suspeições argüidas contra o Presidente e demais Ministros que integram a seção, nos feitos pendentes de sua decisão; e f) os

A Lei 7701/88 inseriu-se no contexto da busca pela modernização da Justiça do Trabalho com a racionalização dos serviços judiciais. Ao refletir, à época, sobre a revitalização do ramo especializado, o Presidente do TST durante a Constituinte, Ministro Marcelo Pimentel, ao diagnosticar as razões para o congestionamento judiciário, citava duas tarefas:

A Justiça do Trabalho, parece evidente, sobretudo agora com seu amplo poder normativo, precisaria, primeiro, aparelhar-se para enfrentar a nova realidade (...); em segundo lugar, precisaria (...) definir uma política judiciária destinada a racionalizar os seus trabalhos e tolher novos congestionamentos. (1989, p.584, grifo do autor).

Ou seja, além das reformulações legais e administrativas existiram responsabilidades a serem assumidas pela instituição, que deveria adotar uma direção consciente ao definir uma política judiciária. Mas que política judiciária seria esta de que falou o Ministro? Assentada em que pressupostos? Em primeiro lugar, diante da então incontestada ampliação do poder normativo da Justiça do Trabalho, deveriam os magistrados observar que “o conflito coletivo que sentença normativa resolve é potencialmente gerador de novos conflitos interindividuais”. Ou sendo mais claro, como foi o Ministro, deve o julgador saber que “quanto mais normas coletivas produzir o tribunal, mais lides estará propiciando” (Pimentel, 1989, p.584). Diante de tal potencial proliferação de regras (e conflitos individuais decorrentes do descumprimento da decisão) que poderiam advir da ampliação do poder normativo, tem-se que os dissídios coletivos e os conflitos deveriam ser pensados “não apenas em relação à necessidade praticamente imperiosa de resolvê-lo com a norma, mas sobretudo, no que diz [respeito aos] efeitos que essa normatização oficial irá gerar nas relações de trabalho” (Pimentel, 1989, p.584). Tais efeitos estavam claros no raciocínio desenvolvido: um virtual

Agravos de Instrumento interpostos contra despacho denegatório de recurso ordinário nos processos de sua competência.” Tal lei é regulamentada pelo Regimento Interno do TST, que estabelece, no artigo 66, a composição da SDC: “Integram a Seção Especializada em Dissídios Coletivos o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal, o Corregedor-Geral e os seis Ministros mais antigos. Os Ministros componentes da Seção Especializada em Dissídios Coletivos integrarão também outras Seções do Tribunal. Parágrafo único. O *quorum* para o funcionamento da Seção Especializada em Dissídios Coletivos é de 6 (seis) Ministros.”

descumprimento das sentenças normativas resultaria em mais processos ajuizados, o que deveria ser evitado. A disjuntiva ampliação de direitos/ aumento das demandas estava presente, daí por que a orientação:

O poder normativo deve ser exercitado de forma indutora da negociação para que esta seja, preferencialmente e, tanto quanto possível, a fonte produtora de normas. A criatividade dos magistrados será desafiada no sentido de convencer as partes a mais negociação, para que os julgadores não se vejam incapazes de atender a demanda de dezenas de milhares de normas anuais (...) (Pimentel, 1989, p. 589).

A formulação de uma política judiciária exigia um esforço consciente no sentido de que a Justiça do Trabalho assumisse um papel de “indução” das negociações coletivas, para evitar o aumento do número de demandas nos Tribunais, que adviriam do crescimento de sentenças normativas, estabeledoras de muitas normas. O argumento é claro: a ampliação do poder normativo poderia gerar a proliferação de sentenças normativas criadoras de milhares de direitos anuais, que não necessariamente seriam cumpridos pelas empresas e provocaria um aumento da litigiosidade judiciária, com o crescimento potencial do volume de trabalho de uma estrutura judiciária, que poderia então enfrentar um colapso. E em segundo lugar, no que concerne aos dissídios individuais e ao congestionamento das reclamações trabalhistas, o ex-Presidente do TST propõe ao lado da ampliação do número de Varas (ex-Juntas), procedimento de queixas dentro das empresas e estímulo à arbitragem de dissídios individuais dentro das médias e grandes empresas, criando-se o que denominou “via evasiva”.

A ampliação do poder normativo exigiria não só um melhor aparelhamento dos julgadores e da estrutura judiciária, mas também especialização, sensibilidade política e capacidade de orientação “pedagógica”, o que se alcançaria com a institucionalização de uma seção específica para tais julgamentos de dissídios coletivos, voltada para um “papel educativo das partes e orientador da conciliação e arbitragem” (Pimentel, 1989, p.587).²⁹³ Tal perspectiva sugere uma ação

²⁹³ Merecem ser transcritos os seguintes trechos: “A especialização trará contribuição importante dos magistrados para a paz social, através de uma jurisprudência *sui generis*, baseada prudentemente na oportunidade, na conveniência social e política, na paz social, não raro devendo

consciente, pragmática e orientada por fins de uma racionalidade judiciária, baseada em uma autopercepção sobre a atuação dos magistrados nas cortes superiores, e que acabaria sendo paulatinamente implantada ao longo da década de 1990 talvez até com mais ênfase que o imaginado àquela altura. Por ora não será analisado o tema dos dissídios coletivos, para que se possam observar detidamente as reflexões dos magistrados sobre o congestionamento do Judiciário.

Nas reflexões de Marcelo Pimentel, a racionalização das atividades judiciárias em termos de dissídios individuais exige o reconhecimento de que “a interpretação do direito passa a ser a função primordial da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho”. Na fala do Ministro: “A justiça não se constrói através de julgados mas de jurisprudência: o saber jurídico sedimentado e pronunciado com sentido educativo” (Pimentel, 1989, p.588). Há, pois, um chamado ao exercício de um papel de influência do TST, não só no comportamento dos julgadores de todas as instâncias, mas também na conduta dos agentes sociais e econômicos para a observância das diretrizes e formulações do Tribunal:

Nos dissídios individuais, a uniformização crescente do significado e sentido das normas vigentes deverá, após algum tempo, também facilitar a solução antecipada das lides, sobretudo mediante a conciliação, a mediação e a arbitragem, devendo ser valorizado o sistema de queixas internas na empresa. Este é um ponto ainda a resolver com legislação nova e mais moderna. (Pimentel, 1989, p.589).

Não obstante a almejada redução do número de processos, o Tribunal deveria se manter como um importante e presente ator, mesmo em caso do

ser alcançada através de pronunciamentos enérgicos, mas muitas vezes devendo ser pacificadora. Fazer justiça, mais do que simplesmente prestar justiça, exige sensibilidade política e experiência nos conflitos e nas composições; a arte política não pode ser desprezada quando se reclama do magistrado a solução *ad hoc* para conflitos coletivos de grande repercussão política”. E ainda outro sentido para a especialização: “mais um motivo para a especialização de magistrados em direito coletivo do trabalho, porque os tribunais trabalhistas deverão doravante decidir os conflitos com o sentido de orientação para a autocomposição, buscando evitar que se perpetue o hábito do ajuizamento do dissídio em prejuízo da negociação exaustiva. A Justiça, forma de composição heterônoma dos conflitos, deve ensinar a composição autônoma e direcionar as partes para ela.” (Pimentel, 1989, p.588).

estabelecimento de mecanismos internos de composição de conflito, irradiando a lógica judicial que preside seus julgamentos para as instâncias extrajudiciais.

Ao longo da década, outros argumentos foram paulatinamente se incorporando no discurso dos Ministros. Em agosto de 1993, por ocasião das discussões sobre o Congresso Revisor, o Ministro José Ajuricaba da Costa e Silva, à época Presidente do TST, sinalizava a manutenção de perspectiva semelhante à de Pimentel, dentre os magistrados. Em conferência sobre os “Problemas da Justiça do Trabalho no Brasil,”²⁹⁴ após discorrer sobre a efetiva atuação da Justiça do Trabalho (que no ano de 1991 resolvera, em primeira instância, conflitos envolvendo cerca de 2.500.000 litigantes), realiza o seu diagnóstico quanto aos problemas do ramo especializado, não só a respeito do julgamento dos dissídios coletivos, mas faz também uma crítica à atuação dos Tribunais Regionais, e acrescenta uma avaliação do mérito dos julgamentos e do próprio Direito do Trabalho:

Por outro lado, existe em alguns Tribunais do Trabalho a tendência a uma aplicação exagerada do princípio da proteção, ínsito no Direito do Trabalho, mas que deve ser aplicado com moderação e equilíbrio, para que não conduza à falência das empresas e ao conseqüente desemprego, ao comprometimento da economia como um todo, o que põe em risco a própria sobrevivência do Direito do Trabalho, pois este só é efetivo em países de economia sólida e próspera (Costa e Silva, 1993, p.910).

Como se pode ver, os argumentos econômicos, a disjuntiva Direito do Trabalho como óbice ao desenvolvimento, uma reflexão sobre o momento de aplicação das regras e princípios do direito laboral e os efeitos financeiros do ato de julgar na vida das empresas ingressaram no discurso do TST, ainda que de forma tênue, sem uma explicitação coerente. No entanto, o diagnóstico apresenta as “soluções para esses problemas” que estariam sendo discutidas e implementadas pelo Tribunal Superior do Trabalho: a) um anteprojeto de lei para criar um Conselho da Justiça do Trabalho, com o que se objetivaria uma “melhor

²⁹⁴ A Conferência foi proferida em 26 de julho de 1993, no V Congresso Brasileiro de Direito Processual do Trabalho, organizado anualmente pela editora LTr, na cidade de São Paulo (Costa e Silva, 1993, p.907).

coordenação pela cúpula do judiciário trabalhista dos serviços dos Tribunais Regionais...”; b) anteprojeto sobre reforma processual; c) a elaboração, pela Comissão de Corregedores dos TRTs, de anteprojeto de lei condicionando o ajuizamento das reclamações trabalhistas à apreciação por órgãos externos de conciliação e arbitragem; d) a recusa ao fim do poder normativo da Justiça do Trabalho, apontando como alternativa a postura jurisprudencial adotada pelo TST com a IN 4/93.²⁹⁵

Ainda dentro do mesmo campo argumentativo que correlacionava direitos com o número de processos, além das variáveis já conhecidas, “novos direitos constitucionais” e os “excessivos direitos criados no exercício do poder normativo,” surgem explícitas outras variações nos discursos dos Ministros: a “interpretação e aplicação do princípio protetor” e a própria CLT como responsáveis pela explosão de litigiosidade:

Não obstante os seus indiscutíveis aspectos positivos, a CLT contém um projeto político superado, cuja inadaptabilidade ao Brasil e ao mundo moderno pode ser aferido pelo número de reclamações individuais e pela quantidade de dissídios coletivos em morosa tramitação pelas diversas instâncias da Justiça do Trabalho (Pazzianoto, 1993, p.1166).

A judicialização dos conflitos de trabalho do final dos anos 1980 e da década de 1990 mais que um fenômeno sócio-político seria uma questão jurídica, ou talvez um problema gerado pelo descompasso entre regras e uma “realidade” apresentada como dada, naturalizada e sem atores ou dissensos em face da inadequação do Direito às novas realidades econômicas.²⁹⁶ Em um Tribunal que discutia mecanismos e “soluções” possíveis para o “problema” do aumento dos processos, e ainda se movendo naquele universo de análise, mas em caminho distinto, o Ministro José Luciano de Castilho Pereira propunha uma indagação:

²⁹⁵ A Instrução Normativa será examinada em item específico. O anteprojeto foi convertido no Projeto de Lei 3.118, de 1992, da Câmara dos Deputados e previa que os Presidentes dos Tribunais Regionais teriam o poder de credenciamento de órgãos de conciliação ou arbitragem.

²⁹⁶ A percepção da economia como algo dado, neutro, se observa, por exemplo, na seguinte conclusão do Ministro José Ajuricaba sobre a globalização: “Como fenômeno econômico que é, ela é neutra, não tem ideologia nem *parti pris*, não existe para favorecer uma minoria privilegiada e prejudicar a maioria” (Costa e Silva, 1997, p.1449).

A existência de leis trabalhistas (...) tem feito com que a Justiça do Trabalho receba um crescente número de reclamações trabalhistas – já ultrapassando um crescente número de um milhão por ano. Flexibilizando o mínimo legal, certamente as reclamationárias diminuirão. Mas isto será sinal de que a vida dos trabalhadores mudou? (Pereira, 1997, p.1312).

Crítico do que denominava situações estrangeiras, como o contrato coletivo de trabalho e a flexibilização (embora admitisse sua ocorrência com a garantia de direitos “mínimos básicos”), o posicionamento do Ministro Castilho Pereira mais do que sugerir as divergências existentes em um Tribunal não monolítico, indicava a existência de uma avaliação corrente (alvo de sua ressalva) que relacionava flexibilização, ou redução dos direitos como uma das alternativas possíveis para “resolver o problema” do crescente número de ações. A reflexão sobre as conseqüências sociais para os trabalhadores, que resgatava um discurso historicamente construído da Justiça do Trabalho como um ramo especializado, voltado para a proteção do hiposuficiente, uma ideologia do juslaboralismo (Vianna, 1999), estava, entretanto, em franco processo de revisão.

Se na primeira metade do século os elementos econômicos se articularam aos jurídicos para sustentar um novo direito tutelar, tal rearticulação, no final do século, deveria levar a uma revisão deste Direito. Não sem antes afirmar que “era um entusiasta defensor” da doutrina social da Igreja, e de se ocupar em descrever a globalização econômica e o sistema trabalhista inglês, o Ministro José Ajuricaba Costa e Silva fazia uma autocrítica pública e pugnava uma revisão da orientação:

O Direito do Trabalho brasileiro, diversamente daquele que vigora nos países do Common Law, com os Estados Unidos à frente, é um direito sobretudo elaborado com a preocupação de fazer justiça, sem se importar muito (o que reconheço ter sido algumas vezes um erro) com suas conseqüências para a economia das empresas, dos mercados e mesmo do país.

Estou convencido agora de que se faz necessário reverter esta orientação, para se dar a devida importância à economia, pois, embora não seja um marxista, reconheço que sem prosperidade econômica inexistente um Direito do Trabalho capaz de regulamentar, com justiça, as relações entre trabalhador e empregado (Costa e Silva, 1997, p.1447).

Diante das transformações econômicas e do desemprego, o papel da Justiça do Trabalho de aplicar a legislação pressupõe não só uma legislação como

condições mínimas de garantias para que os trabalhadores pudessem recorrer ao Judiciário, como também “condições econômicas que tornem exequíveis as decisões proferidas” (Costa e Silva, 1997, p.1451). Por um lado, o Ministro temia que “se a legislação for significativamente reduzida, a Justiça especializada perderá sua razão de existir” (Costa e Silva, 1997, p.1451). Mas, por outro, recomendava aos julgadores que compreendessem que, no contexto da globalização, suas decisões deveriam ser suportáveis para as empresas: “Finalmente, é necessário também que as condições econômicas das empresas permitam-lhes suportar o impacto das decisões que lhes sejam desfavoráveis e não ameacem, como represália, migrarem para países onde estejam a salvo de tais decisões.” (Costa e Silva, 1997, p.1451). Sem aprofundar por agora como as novas relações entre direito e economia impulsionariam mutações jurisprudenciais perceba-se como acabariam se refletindo nos diagnósticos e soluções propostos para o “problema” da ampliação do número de processos.

Durante toda a década passada, o TST exerceu forte papel orientador com a edição e reedição de vasta lista de Enunciados e Orientações Jurisprudenciais, assim como atuou no sentido de obter a ampliação da estrutura física do Judiciário Trabalhista. O crescimento do número de Varas do Trabalho em certa medida acompanhou proporcionalmente a ampliação dos processos (Cardoso, 2004), embora permanecesse distante dos parâmetros legais (Junqueira, 1999). E o processo de judicialização dos conflitos individuais permaneceria como fenômeno marcante. Ao final da década, a Presidência do TST explicitaria os termos do debate em curso. O “problema” representado por 16 milhões de processos interpostos no período de dez anos poderia ser resolvido através de três vias: a da simplificação do processo, a do crescimento físico da Justiça do Trabalho e uma terceira que seria mais eficaz:

Uma terceira via é sugerida por aqueles que desejam ir logo às causas, argumentando com a inadiável modernização das relações de trabalho, simplificando-se a legislação para livrá-la de muita carga dispendiosa e inútil, privilegiando-se as negociações diretas, a flexibilidade dos contratos e a firmeza dos distratos, como instrumentos adequados à prevenção e solução de divergências.

(...)

Não é correto assistirmos inermes à proliferação de ações individuais e coletivas, corroendo as entranhas da economia, trazendo-lhe pesado clima de desconfiança,

acumulando incalculável passivo trabalhista e incentivando inversões em equipamentos destinados a suprimir mão-de-obra.

(...)

Se pretendemos dar novos rumos às relações de trabalho, não bastará nos limitarmos à recompilação de textos conhecidos. Será indispensável revermos questões como da hipossuficiência, unicidade sindical, preparação profissional dos jovens, modalidades inéditas de prestação de serviços, tratamento diferencial ao micro e pequeno empregador, revalorização da eficácia do distrato, globalização e reflexos na economia. Como lembrou Joseph Brodsky, para se construir uma sociedade genuinamente nova "não se começa pelas fundações ou pelo teto: mas fabricando tijolos novos." (Pazzianoto, 2000)

A clareza do argumento justifica a longa transcrição: modernização, flexibilidade dos contratos e firmeza dos distratos são instrumentos para prevenir divergências. Mais que recompilação textual, pugna-se por modificações conceituais e estruturantes. Ações judiciais seriam passivos trabalhistas que corroem a segurança jurídica necessária para o investimento privado: a lógica que orienta a construção desse discurso assimila e incorpora elementos presentes nas condutas e comportamentos empresariais.

Em seu estudo sobre a criação de novas modalidades contratuais através da atuação dos doutrinadores jurídicos e do TST, Karen Artur (2004) registra que a "entrada ou veiculação de argumentos econômicos ou sociológicos no mundo dos juristas" produz debates que devem ser acompanhados, pois "deles resultarão mudanças de interpretação de conceitos de direito." Pela especificidade das relações que lhe são submetidas e do próprio ramo jurídico com o qual dialoga (o Direito do Trabalho), pode-se dizer que a Justiça do Trabalho sempre esteve permeada por argumentos econômicos e sociológicos. Mas parece que a observação da autora destaca um momento em que componentes de um discurso econômico diferenciado são utilizados na construção de uma representação de uma realidade que exigiria um redimensionamento de conceitos jurídicos e, quiçá, do próprio papel da Justiça e do intérprete. Neste contexto, se afirma que a Justiça do Trabalho não deve ser um obstáculo ao desenvolvimento econômico,²⁹⁷ e dela

²⁹⁷ Prossegue o Ministro em seu discurso de posse: "A Justiça do Trabalho não tem motivos nem como se opor à introdução de novos métodos de produção, à privatização de estatais ineficientes, à preocupação com custos, à estabilidade da moeda, embora espere que tudo se faça no sentido de

se espera menos um papel passivo, de não impedir a atuação econômica dos agentes no mercado, mas um papel ativo, que atue no sentido de consolidar novos conceitos capazes de oferecer uma estrutura jurídica mais adequada à modernização do país.

Em um momento histórico de fragilização do trabalho e de declínio dos valores do bem-estar e da proteção na sociedade, argumentos liberais e empresariais adquiriam uma força notável dentre as preocupações dos Ministros do Tribunal e se agregavam às discussões sobre política judiciária. À racionalização burocrática, administrativa, a função orientadora de um conjunto de precedentes se somavam rediscussões conceituais sobre os direitos. Além da busca de soluções procedimentais, almejava-se por “ir direto às causas” do “dilúvio de ações judiciais”, nas expressões utilizadas pelo Ministro Pazzianotto. Onde há amplo poder normativo constitucionalmente estabelecido, pugna-se por uma retração normativa. Os tempos de reestruturação exigiriam um ativismo judicial capaz de reelaborar normas jurídicas aplicáveis às relações de trabalho. Com a percepção de que a atividade de interpretação é um processo de atribuição de sentido que envolve valoração, escolha e decisão do julgador, abrem-se as portas para a reflexão sobre como as decisões são construídas e que valores as influenciam.

5.1.2.

O TST como ator no processo de flexibilização

Um redimensionamento da jurisprudência trabalhista e dos princípios do Direito do Trabalho com a erosão do princípio da tutela e da proteção foi apontado por Márcio Túlio Vianna (1999) como fenômeno presente no Brasil.²⁹⁸

nos libertar da pobreza e do subdesenvolvimento, proporcionando-nos a desejada condição de país evoluído, ágil, dinâmico, comercialmente competitivo.” (Pazzianotto, 2000)

²⁹⁸ “Toda lei tem uma parte visível, acabada, expressa por suas palavras. Mas tem uma parte inacabada, em potência, que ainda está por ser escrita. É que, na verdade, a norma jurídica se faz em vários momentos. Há o momento do legislador, que a formula, mas há também o momento do aplicador, que a (re) interpreta. E como o seu aplicador não é apenas o juiz, mas também os seus

Por sua vez, Freitas Júnior relacionou o desgaste doutrinário dos princípios clássicos do Direito laboral a uma atmosfera de ruptura paradigmática (1999, p.63). Em um tempo e espaço nos quais o discurso em torno da flexibilização dos direitos do trabalho foi construído, alguns autores, inclusive magistrados, destacaram a atuação da jurisprudência (Camino, 2004; Uriarte, 2004; Correia, 2004; Russomano, 2004) na flexibilização de direitos.

Carmem Camino atribui à atuação dos tribunais trabalhistas, em especial ao TST, um papel mesmo de desconstrução de direitos, ao reorientar sua jurisprudência em direção a valores liberais. Dentre os exemplos trazidos pela autora para explicitar esta “nova leitura do direito do trabalho, sem obediência a seus princípios” (2004, p.47), encontra-se um vasto rol de Enunciados de Súmulas, dos quais chama-se atenção para a releitura de uma regra procedimental que afeta os ‘recursos de poder’ atribuídos aos empregados individualmente, pois repercutem diretamente em suas condições de litigar judicialmente e de rediscutir as determinações empresariais.²⁹⁹

destinatários, também eles participam, de certo modo, de sua construção.(...) Em tempos neoliberais, esse modo de ser da norma jurídica tem permitido outras formas de flexibilizar, que convivem com a prática legislativa. Como são dissimuladas, essas outras formas têm eficácia maior e - por isso - utilização mais freqüente. Pela mesma razão, como veremos adiante, provocam mudanças mais duradouras e profundas. (...) Outras mudanças, enfim, são completamente informais, dispensando o próprio legislador. É o caso, por exemplo, das decisões que enfatizam o progresso nas comunicações para depois concluir que os empregados estão cientes dos seus direitos e já não precisam de tanta proteção. Todas essas transformações - produzidas pelo novo modelo e respaldadas pela ideologia - escapam em boa parte ao controle social, inserindo-se subrepticamente no sistema jurídico. E como em geral afetam conceitos, valores e princípios, acabam ruindo por dentro os alicerces do Direito e alterando, por isso, a leitura de outras normas.” (Vianna, 1999)

²⁹⁹ A respeito se destaca, também, o tema da prescrição, pois redefiniu o tempo em que os atos unilaterais praticados pelo empregador ao longo de um contrato de trabalho poderiam ser revistos pelo Judiciário. Na hipótese de uma empresa A suprimir um direito B adquirido por um empregado C, 10 anos antes do término do contrato de trabalho, causando prejuízos periódicos e sucessivos a C pela ausência mensal do direito B, independentemente de qual sua origem ou natureza jurídica, poderia o Judiciário, ao final do contrato, avaliar aquela supressão e deferir ao empregado o recebimento do direito B, ao menos durante o lapso temporal vigente à época (dois anos). Este era o sentido do Enunciado 168, ex-Prejulgado 48; revisto seis meses após a Constituição de 1988 ampliar a prescrição para recebimento de direitos trabalhistas, de dois para cinco anos, com a edição do Enunciado 294. A partir da Resolução 4, de 1989, salvo se o direito B decorrer de lei, o Judiciário não poderá apreciar o ato unilateral do empregador. Assim, embora com a Constituição o lapso temporal tenha ampliado a possibilidade de cobranças de direitos, com o cancelamento do Enunciado 168 o Tribunal Superior do Trabalho reduzia o rol dos direitos possíveis de serem cobrados. Em síntese, afirmam o seguinte os Enunciados: “E. 168: Na lesão de

Como se sabe, o ato de homologação da rescisão contratual é solene, e o recibo de quitação passado por um empregado com mais de um ano de trabalho só tem validade jurídica se realizado perante o Sindicato ou autoridade do Ministério do Trabalho, sendo certo que qualquer que seja a causa ou forma da extinção devem ser especificados os valores e a natureza das parcelas pagas. Assim, os efeitos jurídicos da quitação dada pelo empregado ao empregador, feita sob aquelas condições, seriam válidos apenas quanto àquelas parcelas (§§ 1º e 2º do art. 477 da CLT). A interpretação se voltou para a definição do que seriam as parcelas quitadas: valores pagos ou direitos discriminados? Sob tal discussão jurídica se definem concretamente as possibilidades de um empregado que recebeu X reais a título do direito Y (horas extras, por exemplo) rediscutir judicialmente a questão. O argumento seria o de que apesar de ter recebido X, deveria ter recebido 3X sob aquele título. Em 1973, o Enunciado 41 explicitou que “a quitação, nas hipóteses dos §§ 1º e 2º do art. 477 da CLT, concerne exclusivamente aos valores discriminados no documento respectivo”. Ou seja, pacificou o entendimento de que na rescisão homologada o empregado apenas quitava valores recebidos, não impedindo a discussão judicial sobre a (in)correção do devido.

Em dezembro de 1993, o Tribunal reviu tal interpretação para admitir a eficácia liberatória da quitação passada pelo empregado no que concerne às parcelas, e não aos valores, com a aprovação da Resolução 22, de 1993, com a qual editou-se o Enunciado 330.³⁰⁰ Com uma ampla eficácia liberatória atribuída aos atos de homologação das rescisões contratuais, atribuía-se “segurança jurídica aos distratos,” com potenciais efeitos nos custos da despedida e no número de demandas. Sabe-se que na onda de reação a tal Enunciado inúmeras entidades

direito que atinja prestações periódicas, de qualquer natureza, devidas ao empregado, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma delas e não do direito do qual se origina”. Enunciado 294: “Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrentes de alteração do pactuado, a alteração é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei”.

³⁰⁰ Era a seguinte a redação original do Enunciado 330: “A quitação passada pelo empregado, com assistência da entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos §§ do art. 477, da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo.”

sindicais recusariam-se a prosseguir as atividades de homologação contratual, pressionando os serviços das Delegacias Regionais do Trabalho. Não é possível, entretanto, aquilatar a extensão e a eficácia de tal reação sindical em face da ausência de pesquisas específicas sobre o tema. De toda forma, menos de dois meses após o TST recuar e modificaria parcialmente o novo Enunciado, para validar expressamente as ressalvas apostas pelos sindicatos ou órgão ministerial, criando brechas à eficácia liberatória dos atos homologatórios, embora tenha mantido a redefinição conceitual do que seriam parcelas.³⁰¹ Mesmo não tendo obtido êxito em atribuir total eficácia liberatória às quitações, o que obstaría a rediscussão dos valores pagos pelos empregadores, é visível a extensão da reviravolta interpretativa dada pelo Tribunal.

O caso mais clássico de flexibilização incentivada pelo Tribunal Superior do Trabalho sem sombra de dúvidas foi a da terceirização, com a edição do Enunciado 331.³⁰² Através da Resolução 23, também de dezembro de 1993, o TST

³⁰¹ A redação original adotada pelo TST foi publicada no DJ de 21.12.1993. Em 18 de fevereiro de 1994, seria publicada a Resolução 4, acrescentando a seguinte locução: “salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.” Em 2001, o Enunciado foi novamente revisto.

³⁰² Súmula TST 331: “Contrato de prestação de serviços- legalidade- revisão do Enunciado n. 256. I- A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3.1.74); II- A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República); III- Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7013, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei 8.666/93)”. Aprovado em 1993 e revisto em 2000. Uma estrutura de redação afirmativa contida em vários enunciados de súmulas possibilita uma leitura que vise a assegurar direitos. O inciso IV do Enunciado da Súmula 331 é um exemplo típico, ao afirmar que o inadimplemento das obrigações trabalhistas implica responsabilidade subsidiária, o que, em última instância, possibilita a execução trabalhista contra o tomador de serviço, desde que tenha participado do processo, e pode levar a um maior zelo das empresas contratantes na fiscalização do cumprimento das obrigações por parte das contratadas. No entanto, é importante lembrar que a discussão existente à época na jurisprudência oscilava entre a ausência total de responsabilidade e a responsabilidade solidária, prevista pela Lei 6.019, de 1974, para os casos de trabalho temporário (e que poderia ser aplicada por analogia), e na CLT para os casos de grupo econômico. A afirmação de uma responsabilidade subsidiária, que exige que o empregado execute o empregador para, somente após frustrado todo o

cancelou o Enunciado 256,³⁰³ que declarava a ilicitude da exteriorização das funções, pois reafirmava os conceitos de empregado e empregador, estabelecendo-se que a relação de trabalho ocorria entre trabalhador e tomador de serviços. Existem textos legais no sistema brasileiro que prevêm que atividades de vigilância, guarda e transporte de valores (Lei 7.102/83) podem ser prestadas por terceiros, e que a jurisprudência admitia sua extensão para serviços de asseio e conservação, mas não mais que isto. Com o Enunciado 331, o Tribunal admitiu uma ampliação substancial da exteriorização de funções, através da interposição de mão-de-obra de trabalhadores que exercessem “atividades-meio”, obstando apenas a exteriorização do trabalho voltado às “atividades-fim” da empresa.

O alijamento jurídico dos trabalhadores da estrutura da unidade produtiva, que ademais contribui para o esfacelamento jurídico da coletividade do trabalho, faz com que a terceirização seja considerada “o mais simbólico instituto da reforma trabalhista brasileira” (Menezes, 2004). Como se viu, as evidências indicam também que dentre as novas modalidades contratuais criadas na década de 1990 a terceirização é amplamente adotada pelas empresas (Chahad, 2003), sendo razoável correlacionar os poucos efeitos concretos dos incentivos legais à flexibilização negociada aos instrumentos contratuais precários (como contrato temporário) que foram adotados no governo FHC, com a prévia admissão da terceirização pela jurisprudência.

Uma reconstrução primorosa de como o Tribunal atuaria como portador de novas noções contratuais de trabalho foi feita por Karen Artur (2004). A partir do instrumental sociológico que percebe a construção de um ator social que é influenciado e influencia outros grupos, concluiu que “operando dentro do debate da flexibilização, doutrinadores e juízes absorvem, modificam ou refutam o discurso econômico, aplicando, através de suas decisões, suas concepções de

esforço de execução, poder executar a empresa tomadora do serviço, prolonga o processo judicial e, em certa medida, dificulta a realização dos direitos.

³⁰³ O Enunciado de 1986 tinha a seguinte redação: “salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância previstos nas Leis nº 6019, de 3.1.74 e 7.012, de 20.6.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços”.

direito do trabalho” (2004, p.17). Em momento de abertura comercial indiscriminada, a busca por competitividade das indústrias no mercado internacional teria sido determinante para tal redirecionamento. Sobre o E. 331, o Ministro Francisco Fausto relatou:

Acontece que nós recebemos um processo aqui, muito complicado, que veio do Rio Grande do Sul, que a empresa mostrava “por a + b” que as empresas da América do Sul estavam fazendo a terceirização naquele setor, que não me recordo qual. Mas, dentro desse processo, ficou provado que se a empresa não terceirizasse as atividades-meio, ela perderia condições de competitividade com as outras empresas da América do Sul. A partir daí, o TST evoluiu para criar uma nova jurisprudência, permitindo a terceirização em atividade-meio. É possível, então, que isso tenha se desdobrado para o sistema financeiro etc., mas a raiz de tudo estava aí. (Fausto, apud Artur, 2004, p.79).³⁰⁴

A subcontratação de serviços vinha sendo utilizada por segmentos empresariais e pela administração pública nos anos 1980 e se disseminou no país na década de 1990. Foi exemplo típico de flexibilização unilateral promovida pelo empresariado brasileiro. Assim seria possível objetar que o TST não teria atuado para flexibilizar a relação de trabalho, apenas não teria obstado tal prática empresarial. Mas também é possível afirmar que o papel orientador dos Enunciados contribuiu para que tais práticas se disseminassem e que a segurança jurídica atribuída a tais modalidades contratuais, com o Enunciado 331, pode ter contribuído para sua proliferação pelo país.

Como não há regra legal versando sobre terceirização e nem mesmo admitindo o reconhecimento da licitude dessa forma contratual de interposição

³⁰⁴ A modernização do Direito do Trabalho e a geração de empregos foram argumentos constantes em decisões do Tribunal que pugnavam por um abrandamento da Súmula 256, como se verifica do seguinte julgado: “Não se pode admitir a equiparação de empresa prestadora de serviço legalmente constituída – com a locação de mão-de-obra, onde, não raro, a intermediação é operada por empresas ‘fantasmas’, que visam, essencialmente, a burlar a lei e a mascarar as relações de trabalho perante o Poder Judiciário. A existência dessas empresas prestadoras de serviços decorre de modernização das relações de trabalho, às quais a Justiça do Trabalho não pode ser refratária. A evolução destas relações deve ser atentamente observada sob pena de prejudicar as partes contratantes uma estrutura mundial consagrada que, a toda evidência, gera inúmeros empregos. Entende-se que o Verbete Sumular nº 256 tem que ser interpretado restritivamente, de forma exemplificativa e não taxativa, devendo, antes de mais nada, examinar cautelosamente os fatos e, mais do que isto, deve ter a atenção voltada à evolução da realidade sócio-econômica que, necessariamente, deve impregnar o Direito do Trabalho, posto que dinâmico” (RR 7133/89, TST, 2ª T, DJ 30.8.1991, apud Artur, 2004, p.78-79).

permanente, Artur demonstra que o papel de “normatização da terceirização [que] ocorreu através da jurisprudência do TST” (2004, p.12). Segundo a autora, o intercruzamento do direito e da economia “mostrou que a jurisprudência se adapta e impõe limites ao mercado, criando, através de suas interpretações, novas noções de legitimidade do contrato de trabalho” (Artur, 2004, p.13). Registra que aproximadamente dez anos após o estabelecimento do Enunciado 331, quando era Presidente do TST o Ministro Francisco Fausto, em 2003 divulgou notícia informando que o Tribunal debateria a ampliação das hipóteses de terceirizações para admitir as chamadas atividades-fim. Após, teria reconsiderado a possibilidade, ao ponderar sobre argumentos levados ao Tribunal pela CUT.³⁰⁵

Deste modo, o Tribunal Superior do Trabalho, sustentou Artur, seria um dos palcos de disputa entre argumentos liberais e intervencionistas. O ingresso de argumentos sociológicos (estudos dos impactos negativos da terceirização sobre os trabalhadores) ao lado dos econômicos indicariam que as decisões seriam construídas com formulações em prol da justiça e da eficiência econômica empresarial. Por um lado, “o discurso da necessidade e da reestruturação econômica e de suas exigências de flexibilização (apresentado como um termo positivo, exigência de práticas econômicas ‘modernas’)” emerge das decisões que também seriam construídas avaliando “as denúncias de precarização (o outro lado da flexibilização, negativo, denunciado pelos sindicatos e por pesquisas sociológicas)” (Artur, 2004, p.30). Para a autora, o Tribunal colheria e compatibilizaria, assim, demandas diferenciadas.

O argumento de Artur tem a grande virtude de destacar a ambigüidade constitutiva do Direito do Trabalho e de indicar as evidências de que sindicatos, organizações empresariais e a OIT estariam promovendo mudanças nas interpretações jurídicas (2004, p.71). Mas parece que tal interlocução se ocorreu, o

³⁰⁵ “Eu mesmo cheguei a pensar na indústria metalúrgica de São Paulo, achando que nós deveríamos flexibilizar em atividade-fim porque senão a indústria paulista de automóveis e os metalúrgicos iam ficar numa situação muito difícil. Quando nós anunciamos nos jornais (não foi uma coisa que íamos fazer, eu disse que até seria possível que o Tribunal passasse a pensar na terceirização como atividade-fim), eu recebi a visita do Luiz Marinho, que me trouxe um amplo manancial de hipóteses em que a terceirização seria altamente prejudicial aos trabalhadores lá da área de São Paulo” (Ministro Francisco Fausto, *apud* Artur, 2004, p.90).

foi em épocas mais recentes, pois na década de 1990 houve claramente a hegemonia de certos valores da eficiência econômica e das necessidades empresariais. Naquele momento, portanto, as decisões do Tribunal não indicam a compatibilização de interesses diversos, mas a afirmação de um primado do discurso econômico de mercado, compreendido como realidade dada. Em uma avaliação sobre a atuação do Tribunal Superior do Trabalho e o Enunciado 331, assim se posicionou o Ministro Vantuil Abdala:

De outra parte, a realidade sócio-econômica estava a demonstrar que era inexorável a adoção pelas empresas do sistema de delegar a terceiros ou a terceiras a execução de serviços complementares à sua finalidade. (...) Estávamos, pois, diante da advertência de George Ripert: ‘quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o direito’. E como asseverou o Ministro Ajuricaba, o Enunciado nº 256, embora tenha dificultado a vida das empresas, não conseguiu fazê-las desaparecer, o que evidencia estar contra a realidade da vida e concluindo que o direito nasce dos fatos, ou seja, são os fatos que fazem surgir o direito e não o contrário” (Terceirização: a solução jurídica japonesa). (Abdala, 1996, p.588)

Se os conceitos de empregado e empregador sempre foram interpretados de forma a estabelecer uma relação de emprego direta com o tomador do serviço,³⁰⁶ o que significa que a contratação por empresa interposta era considerada ilícita (E. 256, supra), e se um dos pilares da reestruturação produtiva é a exteriorização de funções, através de inúmeros mecanismos, dentre os quais o da terceirização (Harvey, 2000; Gorz, 2003, 2004), a Justiça do Trabalho não deveria a ela se opor. Se a regra a ela se opõe, o papel do intérprete diante do que considera inexorabilidade das modificações econômicas da realidade deve ser a sua reinterpretação, abstraindo o caráter contra-fático do Direito, em particular a do Direito do Trabalho.

Se os argumentos sociológicos estariam ingressando no discurso do Tribunal para fazer um contraponto aos argumentos econômicos liberais, como sustenta Artur, é possível supor que o Tribunal Superior do Trabalho possa estar mais suscetível a influências de atores sociais diversos, o que ademais reforça o

³⁰⁶ “A expressão ‘tomador’ de serviços é tipicamente pós-moderna, verdadeiro eufemismo de ‘empregador’, aquele que ‘emprega’, ‘utiliza’ energia humana em sua atividade econômica e dela tira proveito.” (Camino, 2004, p.309).

argumento aqui exposto comparativamente com a postura da década em exame. Nos anos 1990, porém, as evidências colhidas nas pesquisas feitas pela autora deste estudo indicam que não teria sido assim: o Tribunal acolheu teses de um senso comum dominante, no sentido de que a proteção ao trabalhador em uma conjuntura de desemprego é prioritariamente assegurar o trabalho através da preservação do emprego, e não protegê-lo no trabalho, sofisticando uma afirmação corrente de que “emprego: ruim com ele, pior sem ele.”

O Tribunal Superior do Trabalho e seus julgados foram objeto de outro tipo de reflexão nos ensaios de Rogério Coelho (1996). Para o autor, nos anos 1990 o Tribunal teve uma atuação decisionista,³⁰⁷ que caracterizaria o aprofundamento de um movimento presente na jurisprudência trabalhista desde o final da década anterior. Com o objetivo de obter a “modernização do direito do trabalho” no plano das relações individuais, tal atuação teria se iniciado com um desmonte de uma jurisprudência de princípios, consolidada ao longo das décadas anteriores, e culminado com tal fase decisionista, na qual passariam a ser comuns julgamentos contra a lei e o Direito. Segundo Coelho, no bojo de uma nova doutrina juslaboralista e diante de uma unidade lógica, dos resultados produzidos e da recorrência dos fundamentos subjacentes ao conjunto das alterações, tratar-se-ia de uma postura judiciária, implementada a partir do Tribunal Superior do Trabalho, que antecipou a propalada desregulamentação das relações de trabalho (Coelho, 1996, p.7), principalmente através da edição de um conjunto de modificações de orientações consolidadas anteriormente.

O objetivo “modernizador” visaria a liberar as empresas das “amarras do Direito posto” em face das transformações no mundo produtivo, que estariam a exigir uma adequação, feita pelo julgador, à realidade social e econômica, através

³⁰⁷ O autor inscreve a atuação do Tribunal Superior do Trabalho dentro de uma tendência visualizada por Cárcova em Cortes Superiores latino-americanas no contexto de transição, em que as Cortes incorporam o decisionismo como uma prática quotidiana, opondo resistência a valores democráticos e com a promoção de uma “crescente degradação do ordenamento jurídico instaurado pelas Constituições emergentes do processo de transição. (Coelho, 1996, p.6). O conceito que remonta à Carl Schmitt designa uma prática judiciária na qual a Corte assume “uma decisão notoriamente contrária ao sistema jurídico e em oposição aos valores consagrados na Constituição, para atender a ‘uma razão de Estado’, que sobrepõe ao Direito, num gesto de indiferença com a sua degradação.” (Coelho, 1996, p.6).

da redução da “rigidez” do Direito do Trabalho, para permitir o desenvolvimento da livre iniciativa, portadora do progresso econômico. O desemprego e a ampliação do risco da atividade empresarial no contexto da globalização econômica também justificariam a difusão de valores que dão primazia à sobrevivência da empresa e à geração de empregos: “são valores que, naturalmente, tendem a conferir à livre iniciativa uma posição central na categorização dos interesses da sociedade” (Coelho, 1996). Através desta nova política judiciária e doutrinária, se conformaria um senso comum pelo estabelecimento de uma estratégia de progresso econômico empresarial e criação de empregos em substituição à estratégia distributiva assimilada pela Constituição. Tal decisionismo se constituiria em obstáculo político à concretização dos direitos dos trabalhadores, principalmente quando cada vez mais, para os julgadores, os interesses particulares da empresa passam a ser identificados com o interesse público (Coelho, 1996).

Como fundamento para tais decisões e como elemento unificador, Coelho observa a sobreposição de razões de Estado para justificar o afastamento de princípios, regras e valores constitucionais, que variam entre o imperativo da governabilidade até a assimilação do discurso da flexibilização e da desregulação. Os imperativos da estabilização econômica, de superação de crises emergenciais, justificariam a “dissolução generalizada dos direitos subjetivos” dos trabalhadores e de restrição do princípio tutelar, e seriam invocados tanto para evitar a aplicação de regras substanciais que, a critério do julgador, “poderiam ocasionar um ônus insuportável para o empregador ou simplesmente dificultar o bom andamento das atividades econômicas,” (Coelho, 1998) bem como para afastar a aplicação de regras procedimentais que visam a atribuir efetividade ao processo.

Coelho observa que tal política judiciária de recusa dos princípios clássicos do Direito do Trabalho atravessou fases distintas. Em um primeiro momento teria se voltado à diminuição das demandas jurisdicionais, com a consagração de prescrições durante o contrato de trabalho, obstando que decisões empresariais adotadas pudessem ser questionadas judicialmente, bem como à convalidação de

atos patronais que seriam sancionados com penas de nulidade absoluta no termo fixado pela prescrição (Coelho, 1996).³⁰⁸

Ao negar eficácia às normas tutelares reinterpretando-as em prejuízo do empregado, em um segundo momento, a política judiciária modernizadora atuaria no sentido de flexibilizar as condições de trabalho ao promover uma dissolução de direitos subjetivos dos trabalhadores, o que significaria uma reforma trabalhista pela via judicial.³⁰⁹ Para o jurista, tal via de flexibilização atribui à prestação jurisdicional um papel de legitimação crescente de violações massivas de direitos dos trabalhadores, na medida em que o fato ilícito se converte em lícito.

Em um terceiro momento, o Judiciário trabalhista teria exacerbado na postura decisionista com uma degradação do próprio sistema de resolução de conflitos. Após rever decisões que concediam direitos de reposicionamentos salariais aos trabalhadores, passou a admitir a própria anulação de suas decisões judiciais já transitadas em julgado, desconstituindo sentenças através de ações rescisórias, para impedir a execução de ações anteriormente ganhas pelos trabalhadores com vistas à recomposição salarial em virtude dos prejuízos advindos com planos econômicos.

Em uma perspectiva teórica que compreende a distinção entre enunciado e norma, a interpretação significa a reconstrução do texto, assemelhando-se à tradução, na feliz expressão de Guastini: “em direito, a interpretação é reformulação de textos normativos das fontes” (2005, p.26-27). Assim, a jurisprudência enseja uma ação criativa, e sua constituição não pode prescindir de

³⁰⁸ Significativo desta tendência à retração do direito de ação e que o autor aponta como uma primeira fase de contenção foi a adoção do Enunciado 294 do TST sobre prescrição parcial, já examinado.

³⁰⁹ “Cumpra observar que as razões de Estado e os imperativos de ordem econômica já estavam muitas vezes presentes na fase inicial, caracterizada pelo desmonte dos avanços acumulados pela jurisprudência de princípios. Distingue-se uma fase da outra apenas porque, na primeira, ainda se buscava alguma norma ou princípio jurídico para fundamentar as decisões modificativas da orientação que havia sido consolidada com base nos princípios tuitivos do Direito do Trabalho e nas normas que os veiculam. O imperativo da ordem econômica esteve presente, por exemplo, na edição do Enunciado 294 do TST, que consagra a fluência do prazo prescricional na vigência do pacto laboral, observando-se que foi invocada, explicitamente, nos acordos que lhe deram suporte, a necessidade de dar segurança e tranquilidade ao empregador, para o “bom desenvolvimento das atividades” (Coelho, 1996, p.82).

um trabalho de invenção, de reelaboração de reprodução (Viola e Zaccaria, 2003). Na atividade de interpretação, os juízes valoram, escolhem e têm uma atuação criadora, exercendo um papel fundamental na conformação da norma jurídica. Supera-se, desta forma, a perspectiva que muitos advogados e magistrados alimentam: a ilusão de que ao aplicar e consolidar determinadas regras e interpretações jurídicas, seriam neutros e isentos, esquecendo-se de que na afirmação de determinados sentidos das normas o julgador desempenha uma função social que atribui e fundamenta as ficções do Direito (Ruiz, 2001, p.5).

Tal concepção se, por um lado, abre um amplo espaço para a avaliação do conteúdo das decisões, dos processos políticos e sociais, dos valores contidos nas decisões e por uma análise do discurso do intérprete; por outro, sob o aspecto mais interno à ciência jurídica, coloca em cena uma reflexão sobre as possibilidades e sentidos desta atividade criativa.³¹⁰ Do ponto de vista da dogmática jurídica, a interpretação controla o sentido da norma, com o que constrói e reconstrói o ordenamento jurídico a partir de pressupostos teóricos, ideológicos, axiológicos e culturais do intérprete. Entretanto, isto não significa que tal atividade não tenha fronteiras.³¹¹

³¹⁰ Interpretação não declara, interpretação constitui a norma jurídica, permitindo várias soluções corretas, pois é atividade criadora. Mas admitir a possibilidade de várias soluções não significa que a interpretação possa se moldar a qualquer opção ideológica. Ao contrário, reconhecer que a Constituição impõe um estatuto político que é perfeitamente determinável significa exigir e valorar as opções do intérprete à luz daqueles valores políticos predominantes no pacto democrático-constitucional. “O direito – e, muito especialmente, a Constituição – é não apenas ideologia, mas também nível no qual se opera a cristalização de mensagens ideológicas. Por isso, as soluções de que cogitamos somente poderão ser tidas como corretas quando e se adequadas e coerentes com a ideologia constitucionalmente adotada” (Grau, 2003, p.148). Eros Grau observa que no que concerne à interpretação da Constituição, *estatuto jurídico do político* (Canotilho, 1991; Grau, 2003, p.142) há uma abertura ainda maior em face da menor densidade de suas regras. Mas os valores políticos penetram na Constituição, que os contempla como princípios que conformam a interpretação das regras abertas e genéricas, exatamente para permitir concretização e atualização constitucional.

³¹¹ A respeito, ver Rosângela Lunardelli Cavallazzi, que trabalha com o conceito de plano de plasticidade para se referir à possibilidade de introduzir elementos semiológicos que permitem orientar o sentido das normas valendo-se de sua textura aberta: “A interpretação faz parte da dogmática na qualidade de recurso de controle do sentido da norma. Isto é, para evitar ou neutralizar os diversos sentidos da norma. Interpretar é construir o sentido da norma” e “a construção do sentido da norma tornar-se a reconstrução do discurso do ordenamento, através da preservação e confirmação do senso comum teórico.” (Cavallazzi, 1993, p.113-114). No entanto, a autora adverte para os relativismos e extremismos, após demonstrar os mecanismos ideológicos que presidem a atitude dos juristas na construção de sentidos, pois não há como considerar que seja possível uma referência ilimitada, já que a formalização constrói um espaço dos possíveis, que

Tenha ou não agido o Tribunal Superior do Trabalho com uma inclinação decisionista (Coelho, 1996), ou buscado compatibilizar demandas diversas de eficiência e equidade (Artur, 2004), há indícios que apontam que teria agido direcionando sua jurisprudência aos valores mais liberais. Sem dúvida, o Tribunal Superior do Trabalho, nos anos 1990, foi um importante agente de flexibilidade jurídica, sendo possível afirmar que acolheu e impulsionou a flexibilidade jurisprudencial, como Uriarte designa um processo no qual, na ausência de mudanças legislativas, “a jurisprudência modifica sua orientação para interpretações desreguladoras ou mais favoráveis ao empregador do que as que até então vinha sustentando” (Uriarte, 2004, p.221).

5.2.

Dissídios Coletivos e o Tribunal Superior do Trabalho

Como examinado anteriormente, uma das prerrogativas específicas da Justiça do Trabalho brasileira consiste no exercício de seu poder normativo através dos processos de dissídios coletivos, instrumento integrante tanto de uma estratégia mais ampla de deslocamento dos conflitos coletivos para o interior das estruturas estatais, quanto órgão de gestão econômica do mercado por parte do Estado nacional. Mesmo após a integração da Justiça do Trabalho no âmbito do Poder Judiciário, o Judiciário trabalhista, no exercício de seu poder normativo, teria agido como um “instrumento político no âmbito da gestão econômica” (Faria, 1995, p.31), estratégia que, segundo José Eduardo Faria, teria funcionado até o golpe militar de 1964. Para o sociólogo, a partir da política econômica imposta pelo regime militar, a neutralização de parte das prerrogativas da Justiça do Trabalho em matéria salarial teria contribuído para a destruição de canais de relação institucional do movimento sindical com o Estado, possibilitando, paradoxalmente, uma “politização dos direitos dos trabalhadores justamente para

constitui o direito: “Agora os tempos são outros e o exagero está nas mãos dos que reivindicam a redefinição ilimitada dos sentidos das leis. Desta forma, é importante a recuperação de um limite que o plano da plasticidade vem estabelecer, ou seja, a importância da determinação das fronteiras móveis por onde a flexibilidade tem que estar situada.” (Cavallazzi, 1993. p.131).

reduzir seu espaço jurídico; não podendo mais discutir seus direitos ‘tecnicamente’ ou ‘dogmaticamente’, a saída que resta ao movimento sindical é basicamente política” (1995, p.33). Assim, no final dos anos 70, a resistência às determinações dos Tribunais trabalhistas e dos “reiterados julgamentos de ilegalidade das greves” teria sido uma “atitude destinada a mostrar tanto às autoridades do Executivo, quanto aos magistrados que, dentro dos estritos limites do direito positivo” (Faria, 1995, p.33), já não haveria espaço de atuação consistente para os movimentos coletivos trabalhistas.

Diante da explosão de conflitos trabalhistas da época da redemocratização, na qual os sindicatos demandam mais direitos desafiando o Judiciário a lidar com conflitos mais complexos, por um lado, e, por outro, quando parte significativa do movimento sindical inicia um processo de contestação do poder adjudicatório dos tribunais em matéria de greve e conflitos coletivos de trabalho, como teria reagido a Justiça do Trabalho? Uma leitura sublinha que se convertera em um “mecanismo institucional de multiplicação de direitos” (Faria, 1995, p.39) ao universalizar conquistas das categorias mais fortes em favor das mais fracas, e das regiões mais desenvolvidas para as menos, tudo isto em resposta à expansão dos movimentos sindicais que politizavam seus pleitos e adotavam novas modalidades de confrontação.³¹² No entanto, é possível supor que ao mesmo tempo em que havia uma potencial universalização de direitos conquistados em determinados segmentos para outros, através de sentenças normativas e com a edição de precedentes, o posicionamento adotado pela Justiça do Trabalho também consistia em um teto, um máximo a balizar as negociações dos próprios setores mais

³¹² Sobre a Justiça do Trabalho e sua crise de identidade, José Eduardo Faria afirmara, em 1995, que a instituição, no contexto da redemocratização, se via em um dilema: “Por um lado, ela é tradicionalmente lenta, desestruturada e pobre (...). Por outro lado, graças ao ‘poder normativo’ de seus magistrados, a Justiça do Trabalho sempre conseguiu, apesar de suas conhecidas dificuldades operacionais, financeiras e logísticas, oferecer algumas respostas eficazes nos dissídios coletivos das categorias profissionais mais importantes e organizadas. Ao assumir uma postura judicial favorável a esses sindicatos, muitas vezes em total descompasso com as condições reais da economia, a Justiça do Trabalho acaba, assim, ‘roubando’ o espírito regulador, controlador e contemporizador da engenharia conservadora e corporativa inerente à sua própria origem histórica. E, ao substituir gradativamente a tradicional tutela dos hipossuficientes” pela adoção de “jurisprudência compensatória” voltada aos setores menos importantes e organizados, a Justiça do Trabalho, com o tempo, termina funcionando como um *locus* de expansão de novos direitos para categorias profissionais sem grande tradição de luta e sem grande capacidade de articulação e mobilização”. (1995, p.37).

dinâmicos, tanto do movimento sindical, quanto dos segmentos econômicos empresariais (Horn, 1999, p.29; 2006).

Tal diversidade de avaliações sobre os efeitos da atuação do poder normativo da Justiça do Trabalho no âmbito do julgamento dos dissídios coletivos sobre as Relações Coletivas de Trabalho também ocorre no que concerne ao impacto na economia brasileira. Nos capítulos anteriores, examinou-se a sucessão de leis estabelecendo políticas salariais centralizadas no campo de ação do Executivo, inseridas no conjunto das políticas econômicas voltadas para o controle inflacionário e que, em maior ou menor grau, buscavam cingir o poder normativo da Justiça do Trabalho e o exercício da autonomia coletiva aos parâmetros salariais fixados pelo governo. Como a cada plano econômico advinham regras de limitação da autonomia coletiva e do poder normativo, seria possível pressupor que o exercício deste poder pela Justiça do Trabalho teria se distanciado em relação à função clássica de gestão da política econômica. Seria, portanto, necessário limitar e subordinar o Judiciário trabalhista aos desígnios da política de governo. Ou seja, como os formuladores de políticas econômicas buscavam demarcar os parâmetros de atuação do poder normativo, vê-se neste esforço a idéia de que este poder atuaria reajustando o valor dos salários pagos em níveis incompatíveis com as políticas de estabilização e que, por isso, deveria ser contido em desfavor dos trabalhadores e/ou de sua liberdade de atuação.

Ultrapassa os objetivos desta tese avaliar o papel da Justiça do Trabalho na preservação, ou não, dos padrões remuneratórios dos salários pagos no país, o impacto efetivo de suas decisões nos índices inflacionários e nas políticas macroeconômicas desenvolvidas ao longo da década. No entanto, é possível traçar relações entre o papel desempenhado pelo Tribunal Superior do Trabalho diante de determinadas políticas de estabilização econômica, para estabelecer variações nos padrões de julgamentos e reconstruir o processo de atribuição de sentido às regras legais pertinentes, bem como observar quais matrizes discursivas foram utilizadas pelos julgadores ao conhecer e julgar as reivindicações econômicas dos trabalhadores na década passada. Independentemente de se considerar ou não que os julgados do Tribunal têm impacto para além das categorias econômicas e profissionais envolvidas nos conflitos que lhe são submetidos, é importante observar que as decisões em matéria de remuneração definem, ao menos dentre os

diretamente atingidos, maior ou menor valorização do trabalho em face do capital e indicam os critérios de ponderação utilizados. Mas, se além disto for possível concluir pela existência de determinados padrões de julgamento que se constroem ou se reconstroem no tempo, poderão ser avaliados os cenários judiciais com os quais os atores coletivos se defrontariam se optassem pela utilização do judiciário trabalhista como via para o equacionamento de seus conflitos coletivos. E, então, verificar se tais cenários acompanham ou reforçam as políticas neoliberais em voga na década passada no Brasil, principalmente em sua segunda metade.

5.2.1.

Esclarecimentos metodológicos

Para tanto, além das técnicas de pesquisa já descritas, construiu-se um banco de dados correspondente a 82,88% dos julgamentos ocorridos em dissídios coletivos originários, interpostos diretamente no Tribunal Superior do Trabalho entre 1990 e 2000, através dos seguintes passos:

Durante a pesquisa realizada em Brasília, em outubro de 2005, no Setor de Conservação e Arquivo do Tribunal Superior do Trabalho, foi possível observar a forma de catalogação dos Acórdãos proferidos por aquele Tribunal em todos os tipos de processos lá julgados que, entre 1941 até 2004, totalizavam 1.389.975. Em seu arquivo físico, a totalidade dessas decisões está armazenada por número, não havendo separação por tipo de processo, nem por ano de julgamento, o que tornaria inviável localizar especificamente os julgados provenientes do exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho. No entanto, parte substancial de tais decisões foi digitada e arquivada em meio eletrônico, sob o número do processo, compondo um arquivo informatizado que permanece em construção, ainda não totalmente digitalizado.

Antes da implantação do sistema de numeração única, ocorrida em 2002, os processos eram identificados por seu tipo, acrescidos do número do procedimento e do ano e mês de autuação no Tribunal, sempre precedidos pelo nome do

Tribunal julgador.³¹³ Em cada acórdão constam o número do processo e o tipo de recurso julgado.³¹⁴ E em um único processo pode haver mais de um acórdão, sendo certo que tratar-se-ão de decisões proferidas em procedimentos instaurados naquele mesmo feito, visando esclarecer ou reformar a decisão originária, tais como em embargos de declaração ou recurso de embargos.

Considerando que a pesquisa não se restringia a verificar o conteúdo de decisões pré-escolhidas, mas sim apurar a totalidade das decisões proferidas nos processos de dissídio coletivo durante a década de 1990, descartou-se o levantamento dos dados no arquivo físico porque a catalogação viabiliza somente a busca por número do processo. Priorizou-se o levantamento dos dados no arquivo informatizado do Tribunal Superior do Trabalho. A localização do inteiro teor de uma decisão no sistema informatizado do TST acessível ao público é realizada através da digitação do número inteiro do processo. Não é possível, portanto, localizar um determinado universo de decisões através de parâmetros específicos de busca (por exemplo, todas as decisões em dissídios coletivos julgados num certo espaço de tempo). Nos microcomputadores do Setor de Arquivo e Conservação, no entanto, foi possível acessar a lista das decisões proferidas pelo Tribunal já digitalizadas, organizadas por ordem alfabética e por ano da interposição. Assim, visualizou-se o nome dos arquivos de todos os processos autuados a cada ano, por ordem alfabética. Dessa forma, no primeiro levantamento, foram copiadas todas as decisões arquivadas em meio eletrônico cuja denominação eram TST – DC ou TST – AA, ano a ano, entre 1990 e 2000. Obteve-se, ainda, a íntegra de 30 decisões de Dissídios Coletivos interpostos em 1989 e 110 outras decisões da Seção de Dissídios Coletivos do TST em diversos procedimentos (RO-DC; E-DC; E-AA etc.), aleatoriamente, colhidas apenas para conhecimento de outras modalidades de julgado, sem o objetivo inicial de compor nosso banco de dados.

³¹³ Exemplo: DC para Dissídios Coletivos, RODC, para Recursos Ordinários em Dissídios Coletivos, AA, Ação Anulatória, ROAA, Recurso Ordinário em Ação Anulatória etc. E com o nome do Tribunal, eram assim cadastradas: TST – DC – 603.136/99.8. Acórdãos relacionados no anexo 3.

³¹⁴ Como por exemplo: DC – 603.136/99.8; TST-RO-DC-795/86.9; TST – ED – RODC – 562.457/99.6; EDC 177.734/95; EED 17.734/95.

O Setor de Estatística do TST, a pedido da autora desta tese, levantou e forneceu uma tabulação especial de dados sobre os dissídios coletivos e as ações anulatórias interpostas e julgadas no TST e nos diversos Tribunais Regionais do Trabalho do país, na década de 1990. Segundo tal levantamento, entre 1990 e 2000 foram julgados pelo Tribunal Superior do Trabalho 298 processos de Dissídios Coletivos interpostos diretamente naquele Tribunal e 43 Ações Anulatórias, também originárias. Porém, como no levantamento feito pela autora deste estudo no Setor de Conservação e arquivo foi localizado um número menor de acórdãos em dissídios coletivos interpostos e julgados entre 1990 e 2000, decidiu-se verificar dentre as decisões colhidas de processos do ano de 1989 aqueles que foram julgados durante os anos 1990, com o que acrescentaram-se ao universo de análise mais 20 decisões em dissídios coletivos. Durante a leitura do material colhido foram encontrados acórdãos contendo julgamentos de mais de um processo de dissídio coletivo, casos que foram tratados como decisões diversas, cada uma relativa a um processo específico. Dessa forma, ao final, o universo de decisões catalogadas corresponde a julgamentos realizados em 247 processos de dissídios coletivos apreciados, em sessão de julgamento, pela Seção de Dissídios Coletivos do TST, entre 1990 e 2000. Comparando com os elementos fornecidos pelo Setor de Estatística do TST, concluiu-se que o banco de dados corresponde, pois, a 82,88% dos julgamentos ocorridos em dissídios coletivos interpostos diretamente naquele Tribunal (247 decisões analisadas em 298 julgamentos).

Foram sistematizadas as decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho nos dissídios coletivos originários julgados entre 1990 e 2000, e classificadas através de inúmeros critérios de catalogação (ver anexo 3). Levantaram-se que tipos de empresas e de entidades sindicais litigavam originariamente naquele Tribunal, bem como quais foram os suscitantes e os suscitados em cada processo (sindicato nacional, federação, confederação, sindicato sem base nacional, se a empresa tinha composição acionária pública ou privada, ou se tratava de entidade integrante da administração direta, autárquica ou fundacional etc.). Foram verificados também em que casos o Estado, através do Ministério Público ou da Presidência dos Tribunais, foi o suscitante do

dissídio, bem como se os processos correspondiam a dissídios coletivos de direito ou de interesse.³¹⁵

Para permitir a análise do conteúdo dos dissídios submetidos a julgamento no TST, fez-se uma distinção entre os dissídios de natureza jurídica e os dissídios de interesse, também denominados dissídios coletivos de natureza econômica.³¹⁶ Os dissídios de natureza jurídica foram classificados conforme envolvessem até dois dos seguintes temas: greve, direitos sindicais, cláusula econômica previamente negociada ou regra legal de natureza econômica, cláusula social ou outra não-sindical, cláusula ou lei sobre direitos sindicais específicos da categoria,

³¹⁵ Também foram apuradas quais decisões noticiam a ocorrência (ou possibilidade de deflagração) de paralisações, e em quais destes casos houve pedido de apreciação de abusividade da greve, bem como os pedidos que foram ou não apreciados. Dentre os julgamentos que apreciaram as greves, foram identificados quantos declaram a abusividade do movimento paredista e catalogadas quais decisões apresentam registro da ocorrência de acordos (sejam judiciais, acordos coletivos de trabalho ou convenções coletivas de trabalho, envolvendo o conjunto ou parte das reivindicações ou das categorias ou empresas envolvidas) e se foram, ou não, submetidas à homologação. Dentre os processos de homologação dos acordos realizados pelas partes, procurou-se observar se o Tribunal os acata ou se há recusa em homologá-los, total ou parcialmente, bem como que tipo de cláusula acordada pelas partes não foi admitida (total ou parcialmente) pelo Tribunal. Nos processos em que não houve acordo buscou-se verificar se as decisões noticiam a existência concreta de busca de conciliação judicial, bem como a ocorrência de propostas formuladas pelas partes, pelo Ministério Público ou pelo presidente da Corte. Quando houve registro de existência de mediação ativa exercida pela presidência do Tribunal, verificou-se qual das partes recusou a proposta. Embora um mesmo acórdão possa conter várias “decisões”, se forem consideradas as decisões que apreciam preliminares ou prejudiciais de mérito, foram catalogadas aquelas que realmente definiam o processo para verificar se, ao final, o Tribunal homologou acordo, deferiu ou proveu o dissídio, se proveu em parte ou se o indeferiu. Também apuraram-se as decisões nas quais o processo foi extinto sem apreciação do mérito, utilizando para tanto a classificação encontrada nos relatórios anuais do Tribunal Superior do Trabalho, que distinguem entre “não conhecidos” e “outras decisões”. Em caso de decisões que extinguiram o processo sem apreciar o mérito, buscou-se apontar os fundamentos das decisões, se houve desistência das partes, se o Tribunal não conheceu o feito por algum motivo relacionado à atuação da representação dos trabalhadores (quorum, assembléia etc.); por ausência de negociação prévia, por motivo estritamente técnico relacionado à postulação, como por exemplo por falta de procuração; ou se foram razões relacionados à ilegitimidade passiva/ativa da representação patronal (exemplo: pessoa jurídica de direito público ou administração direta, Presidente do Tribunal etc.) ou à ilegitimidade ativa da representação dos trabalhadores, dentre outros casos, como, por exemplo, incompetência do Tribunal ou impossibilidade jurídica do pedido. Também foram investigados os processos nos quais apenas parte da decisão (como, por exemplo, acolhimento de uma prejudicial ou preliminar) contém uma extinção sem julgamento de mérito, que não impediu, entretanto, o TST de apreciar parte do mérito da demanda. Dessa forma, constatou-se se houve pedido de desistência parcial, ocorrências de exclusão de alguma parte por ilegitimidade ou outro motivo relativo à parte, se as reivindicações ou parte delas não foram conhecidas pelo Tribunal, ou por qualquer outro motivo.

³¹⁶ Os dissídios de natureza dúplice foram classificados como dissídios de interesse (exemplo: dissídio requerendo a abusividade de uma greve no qual os trabalhadores, em sua defesa, requerem o julgamento de suas reivindicações).

cláusula ou lei sobre direitos sindicais não-específicos da categoria, regra sobre jornada de trabalho ou outro assunto. Dentre os dissídios de interesse, foram classificados até cinco tipos de reivindicações apresentadas ao Tribunal, especificando por exemplo se tratavam-se de cláusulas de reposição salarial; de produtividade ou aumento real; concernentes ao PCS ou quadro de carreira, jornada de trabalho; cláusulas sociais; greve, ou outros direitos. Apurou-se ainda se a pauta de reivindicações foi submetida parcialmente ou integralmente ao TST, bem como se a apreciação dos pedidos pela SDC também foi parcial (porque houve desistência de cláusulas, acordo parcial ou outra hipótese) ou total.

Todos estes dados foram utilizados para a construção de um banco de dados informatizado que compõe o universo das decisões dos dissídios coletivos examinados neste capítulo. Aos indicadores quantitativos apurados nesta pesquisa agregou-se a análise do conteúdo de decisões selecionadas que buscam explicitar os argumentos usados pelos Ministros no momento de tomada de decisão.

5.2.2.

O Tribunal Superior do Trabalho e a desindexação dos salários

O parâmetro traçado pela Consolidação das Leis do Trabalho para orientar os julgamentos econômicos nos dissídios coletivos é amplo o suficiente para possibilitar à magistratura grande margem de discricionariedade: “nos dissídios sobre estipulações de salários, serão estabelecidas condições que, assegurando justos salários aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas” (art. 766, CLT). Afora tal direcionamento genérico, cada lei de política salarial fixa parâmetros específicos, que buscavam orientar não só o exercício da autonomia coletiva, como também o exercício do poder normativo adequado às políticas governamentais.

Neste cenário, eram usuais as divergências interpretativas acerca das determinações legais em matéria de recomposição salarial, a consistência do índice oficialmente previsto para a correção dos vencimentos à luz dos indicadores inflacionários existentes, sobre a incidência dos percentuais fixados ou ainda as polêmicas envolvendo a sucessão de leis (e indicadores econômicos) no tempo, com revogações e derrogações normativas. Mas em matéria salarial

stricto sensu duas questões adquiriram relevância nos julgamentos: (a) a definição do índice de correção para recompor o valor do salário corroído pela inflação, restaurando (ou não) seu patamar aos níveis recebidos na data-base anterior e (b) a fixação de um plus, um percentual para reajustar os salários além dos índices previstos em lei salarial ou atrelado a índice que assegurasse a recomposição do valor pago no ano anterior; sem prejuízo de outras discussões.³¹⁷

Conquanto seja difícil estabelecer comparações entre julgamentos realizados sob leis salariais distintas, que estabeleciam índices diversos, dificultando a análise sobre recomposição salarial, a previsão sobre a existência de um plus que poderia incidir sobre a remuneração já atualizada (seja pelo parâmetro fixado na lei salarial, na negociação ou pelo próprio Tribunal) era uma constante nas discussões salariais, pelo menos, desde a década de 1980, sem que tenham havido grandes mutações textuais nas regras legais sobre o assunto. Como muito bem examinou o Dieese (1999), apesar de a negociação sobre o repasse da produtividade aos salários ser fundamental para a consecução de políticas distributivas, na prática (em face da ausência de informações sobre desempenho das empresas ou dos setores da economia, ou ainda, diante do não fornecimento de tais informações aos sindicatos), os instrumentos normativos que determinavam reajustamentos com base em percentuais relativos à produtividade não guardavam relação com seu comportamento. Em sentido diverso, denominava-se “produtividade ou aumento real, o percentual que excedesse a variação do índice de custo de vida apurado no período de referência, determinado pela correlação de forças entre as partes em negociação” (Dieese, 1999, p.12). Tal plus à correção salarial vinculada à variação, total ou parcial, de índice de preços, não elevava o patamar da remuneração, amenizando apenas “por curto período, as perdas salariais decorrentes das altas taxas inflacionárias, quase sempre crescentes” (Dieese, 1999, p.12).

³¹⁷ Como, por exemplo, a reivindicação de estabelecimento de variados mecanismos visando a estabelecer recomposições automáticas dos salários atrelados a índices de preços, durante a vigência de um instrumento normativo.

Embora na primeira metade dos anos 1980 regras legais estabelecessem uma vinculação entre índice de produtividade e Produto Interno Bruto do país,³¹⁸ desde a segunda metade da década de 1980 as regras atualmente em vigor tendem a vincular a produtividade ao desempenho da empresa ou do setor econômico, o que remetia para uma apuração específica, capaz de traduzir os incrementos havidos em termos de produtividade no trabalho, independentemente ou não de uma exigência legal específica.³¹⁹ A Justiça do Trabalho constituiu, então, uma sólida jurisprudência que fixava a produtividade em 4% (quatro por cento), aplicáveis tanto para empresas deficitárias, quanto para empresas com altas taxas de lucratividade, independentemente da lei em vigor. Assim, apesar de a existência de uma jurisprudência não significar sua aplicação em todos os casos submetidos a julgamento, por si só sua afirmação como jurisprudência - decisões reiteradas dos Tribunais - indica a existência de uma tendência na Corte (não obstante as alegações das empresas de que se encontravam diante de dificuldades financeiras) que se impunha não apenas sobre eventuais entendimentos contrários, como pode-se verificar nestes dois julgados que demonstram bem o tipo de julgamento realizado no início da década passada:

...Embora a pretensão fale em “adicional”, entendo que a norma se refere a aumento real de salário baseado na produtividade. O art. 6º da Lei nº 7.788/89 preceitua que as decisões normativas, na hipótese, deverão observar, dentre outros fatores, “a compatibilização com o mercado de trabalho, a produtividade e a

³¹⁸ “ Art. 12 - Parcela suplementar poderá ser negociada entre empregados e empregadores, por ocasião da data-base, com fundamento no acréscimo de produtividade da categoria, parcela essa que terá por limite superior, fixado pelo Poder Executivo, a variação do produto interno bruto - PIB, real *per capita*. Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984. Dispõe sobre a manutenção da correção automática semestral dos salários, de acordo com o Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, e revoga dispositivos do decreto-lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.”

³¹⁹ Como por exemplo: Lei 8.222, de 5 de setembro de 1991: “Art. 6º As cláusulas salariais, inclusive os aumentos reais, ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho, assim como as demais condições de trabalho, serão fixadas em contratos, convenções e acordos coletivos de trabalho, laudos arbitrais e sentenças normativas, observadas, dentre outros fatores, a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa.” Na Lei 8.542, de 23 de dezembro de 1992: “Art. 1º A política nacional de salários, respeitado o princípio da irredutibilidade, tem por fundamento a livre negociação coletiva e reger-se-á pelas normas estabelecidas nesta Lei. § 2º As condições de trabalho, bem como as cláusulas salariais, inclusive os aumentos reais, ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho, serão fixados em contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, laudo arbitral ou sentença normativa, observadas dentre outros fatores, a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa.”

lucratividade do setor ou da empresa”. Ainda que a categoria econômica fale em “dificuldades econômico-financeiras”, não as demonstra e, muito menos, as comprova. Por outro lado, a imprensa veiculou um índice de crescimento do Produto Interno Bruto da economia brasileira, em 1989, um pouco superior a 4% (quatro por cento). Não há evidência de que a aplicação desse percentual seja incompatível com o mercado de trabalho ou que afete a lucratividade do setor. Assim sendo, nada de mais que se persista na jurisprudência desta Casa, deferindo à categoria profissional o aumento de 4% (quatro por cento) a título de produtividade. Defiro 4% (quatro por cento), a título de produtividade. Brasília, 06 de fevereiro de 1990. (BRASIL. TST-DC-53/89.2. Relator Orlando Teixeira da Costa, 1990).

E ainda:

Destarte, em que pese a declaração de abusividade da greve, a reivindicação obreira há de ser analisada. (...) Produtividade (...) Defiro 4%, não obstante meu entendimento em contrário. (...) Brasília, 22 de maio de 1991, Marcelo Pimentel - Relator (BRASIL. TST-DC-19.745/90.4. Relator Ministro Marcelo Pimentel, 1991).

Tal jurisprudência se manteve uniforme durante múltiplas regras salariais, sendo aplicadas em situações mais díspares, e certamente por tal motivo foi objeto de atenção explícita pelos formuladores do Plano Real e alvo de contestação perante o Supremo Tribunal Federal (cf. item 4.2.2.1.3, supra). Como já examinado, os formuladores da política econômica introduziram uma restrição heterônoma ao poder normativo em julho de 1995 (MP 1053), para tentar freá-lo, ao determinar que não fossem concedidos aumentos a título de produtividade que não estivessem vinculados a indicadores objetivos e em inúmeros Acórdãos os ministros do TST relacionam a modificação do posicionamento do Tribunal sobre produtividade com o Plano Real. Como se pode observar no julgado abaixo, entretanto, mais do que simples supressão do deferimento de índices específicos a este título, há uma inversão no raciocínio utilizado para a fixação da produtividade. Enquanto no início da década se atribuía à empresa o ônus de comprovar a impossibilidade de pagar um aumento a título de produtividade, a partir da segunda metade caberá ao sindicato não só comprovar a “existência objetiva de produtividade,” como também que a concessão de um plus àquele título não prejudicaria a “capacidade de investimento da empresa”:

Não temos, na verdade, condições de avaliar o impacto de qualquer aumento sobre os custos operacionais da Empresa, sobretudo agora, com a acentuada contenção

do processo inflacionário, exigindo rigor das administrações públicas ou particulares, de qualquer porte. Observo, ainda, que não reunimos elementos objetivos para avaliar índices de produtividade, até por não conhecermos as necessidades de novos investimentos. Realizar investimentos nem sempre corresponde à existência de recursos líquidos, podendo ser determinada por necessidade de ordens técnicas ou tecnológicas. Este Tribunal deixou de deferir aumento real a título de produtividade, desde o advento do Plano Real, abandonando a taxa uniforme de 4%, aplicada em todos os dissídios coletivos de natureza econômica. Registro, igualmente, inexistirem cálculos relativos aos inevitáveis resultados do deferimento dos aumentos escalonados, como foram propostos pela Doutra Procuradoria-Geral do Trabalho, sobre a folha e, obviamente, sobre as tarifas desde que obrigatoriamente deverão ser revistas. (...) Mérito. Por maioria, julgar improcedente o pedido de produtividade constante da representação inicial...(...) (BRASIL, TST-DC-239.603/96.4. Relator Orlando Teixeira da Costa, 1996, grifo nosso).³²⁰

Mas, teria sido realmente a alteração textual sutil introduzida na MP 1053, de 30 de junho de 1995, a responsável por uma modificação nos padrões de julgamento do TST? Parece não ser possível atribuir a mudança no posicionamento do TST como decorrente da nova redação da regra legal, pois o Tribunal Superior do Trabalho havia se antecipado e rompido com sua jurisprudência consolidada desde os primeiros momentos de implantação do Plano Real. Fora no contexto da adoção do PAI (que introduziu um profundo controle nas contas públicas, restrições às empresas estatais e estabeleceu a obrigatoriedade

³²⁰ E outras decisões: “Cláusula 2ª. Produtividade: A partir da lei que introduziu o Real como moeda, não vem a Egrégia Seção de Dissídios Coletivos concedendo aumento relativo a produtividade. (...) Brasília, 26 de junho de 1995” (BRASIL, TST-DC- 168.671/950, Relator Hylo Gurgel, 1995). Em outro dissídio proposto exatamente no período de implantação do plano real, no qual foi levado a julgamento tão somente as cláusulas de reajuste salarial, produtividade e data de pagamento dos salários, em face da ocorrência de acordo coletivo do trabalho parcial, a produtividade foi indeferida sob outra fundamentação: “O documento encontrado às fls. 8/20 revela a existência de numeroso elenco de garantias e vantagens, muitas não contempladas pela Jurisprudência desta Seção, como por exemplo, adicional por tempo de serviço, atualização de licença-prêmio, programa de alimentação do trabalhador, seguro de vida em dobro, auxílio-creche, licença-adoção, abono de participação sindical e assim sucessivamente. É evidente que estas garantias têm significado econômico, representando salários diretos ou indiretos, incidentes, portanto, nos valores finais relativos aos custos da mão-de-obra. A decisão deste Dissídio Coletivo não pode ignorar a existência destes benefícios, na sua maior parte desconhecidos pela grande maioria da classe trabalhadora nordestina e brasileira. Feitas estas considerações, passo a julgar: Reajustamento Salarial e Aumento Real A lei salarial em vigor, como parte importante da política econômica, não prevê a concessão de aumentos reais de salários, salvo quando houver objetiva demonstração de ganhos de produtividade por parte da Empresa. Neste sentido, o disposto pelo art. 13, § 1º, da Medida Provisória que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real. Pelos fundamentos acima expostos, indefiro, por outro lado, a concessão de aumento real por incremento da produtividade. (...) Brasília, 10 de junho de 1996. Almir Pazzianotto Pinto - Relator (Ac.SDC-629/96).” (BRASIL. TST-DC- 220.868/95, Relator Almir Pazzianotto Pinto, 1996).

de submissão dos conteúdos negociados coletivamente por tais empresas ao CCE) que o TST passou a indeferir os pleitos de fixação de percentual a título de produtividade, inicialmente para as empresas públicas, política adotada a partir de dezembro de 1993,³²¹ muito antes da limitação textual introduzida pela regra do

³²¹ Entre dezembro de 1993 e julho de 1995, no universo da pesquisa realizada pela autora desta tese, o TST deferiu reajuste a título de produtividade apenas por ocasião do dissídio do sistema BNDES (TST-DC- 89.649/93.8) sob o argumento de que não havia ocorrido vedação expressa do CCE. Nos demais dissídios originários, a reivindicação foi sistematicamente negada, muitas vezes com fundamentações contraditórias. Eis alguns casos. Em 13 de dezembro de 1993, dois acórdãos concordavam com o indeferimento da produtividade, mas por fundamentos distintos: o primeiro (Ac. SDI TST 1421/93), no qual a Justiça do Trabalho afirmou não estar submetida às diretrizes fixadas pelo CCE em face de sua prerrogativa constitucional, especificando que o CCE poderia controlar apenas as negociações, não o poder normativo; e o segundo (Ac. SDI TST 1422/93), no qual a fundamentação utilizada pelo Relator indeferiu a produtividade para evitar o conflito entre “dois poderes da União”. Sobre o tema serão transcritos outras decisões: (1) TST-DC- 89.646/93.6 (Ac. SDC – 1421/93): “Apenas os reajustes reais de salário e concessões acima dos limites mínimos, conforme previstos no citado decreto, é que ficariam condicionados à essa prévia consulta, mas isso tem a ver, apenas, com negociação coletiva e não com o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, ilimitada, como já afirmamos, frente ao mandamento constitucional, insculpido no art. 114. (...) No dissídio coletivo suscitado também pela CONTEC contra o Banco do Nordeste do Brasil S/A (DC nº 93.768/93.7), examinado nesta mesma sessão, fixou-se jurisprudência no sentido de indeferir qualquer percentual a título de produtividade para os empregados de empresas sabidamente deficitárias. Outro não deve ser o entendimento relativamente ao presente dissídio.(...) Entretanto, independentemente das causas das dificuldades pelas quais passa o suscitado, em existindo déficit financeiro e fixada a jurisprudência anteriormente, indefiro o pleito.(...) Brasília, 13 de dezembro de 1993. Marcelo Pimentel - Relator”. (2) TST-DC-93.461/93.1 (AC. SDC – 1422/93): “Produtividade – Empresas estatais – Decreto nº 908/93. O Comitê de Coordenação das Empresas Estatais é responsável pelo deferimento, ou não, de aumento real, devendo ser observadas as condicionantes para sua concessão. Sem autorização expressa da CCE para deferimento de aumento real, inviável se mostra o deferimento da produtividade postulada (...) Vê-se, pois, que não pode ser dado o deferimento da produtividade ao alvedrio do Julgador, porque senão estar-se-ia colocando em conflito dois poderes da União, considerando que o CCE, vinculado ao Poder Executivo, é o órgão competente para opinar sobre a matéria aumento real (produtividade), resguardando os interesses da União em relação às suas empresas estatais, nos termos dos Decretos nºs 137/91, 725/93 e 908/93. Brasília, 13 de dezembro de 1993. Roberto Della Manna - Relator”. (3) TST-DC-89.644/93.1: “Dissídio Coletivo. Banco do Brasil. Produtividade. Produtividade que se indefere, pois já remunerado satisfatoriamente o trabalho, em face das conquistas alcançadas no acordo coletivo noticiado, firmado com o Banco do Brasil (...) Venho deferindo a produtividade de 4%, com ressalva do ponto de vista pessoal, tão-somente para acompanhar jurisprudência consolidada desta Corte (...) Por outro lado, em face das conquistas alcançadas no acordo coletivo firmado com o Banco do Brasil, já é justa a contra-prestação pelo trabalho, tornando assim, injustificável a concessão de mais um *plus* salarial, pois já assegurados aos empregados benefícios fora do alcance da massa operária nacional (...) Assim, Indefiro a produtividade requerida. Brasília, 6 de junho de 1994. Wagner Pimenta, Relator”. (4) TST-DC-112.391/94.6 (Ac.SDC- 620/94): “O Parecer da Douta Procuradoria-Geral é pela decretação da abusividade da greve e concessão de 4% a título de produtividade. Quanto à produtividade, em virtude das características da empresa, depende de recursos do Tesouro Nacional, e levando em conta os benefícios que confere aos seus empregados, deixo de concedê-la, entendendo tratar-se de matéria típica para negociações diretas. Nesse sentido, o Decreto nº 908, de 31 de agosto de 1993, pág. 118. (...) Brasília, 07 de junho de 1994. Almir Pazzianotto Pinto - Relator Suscitante: Serviço Federal de Processamento de Dados – Serpro.” (5) TST-DC- 128.644/94.8 (Ac. SDC 1.526/94): “Não se defere produtividade se a parte

Plano Real, quando da desindexação salarial. Aliás, neste sentido é possível sugerir ter o próprio TST adotado uma postura de ‘desindexação’ em sua conduta de julgamento ao superar padrões pré-estabelecidos de índices pré-fixados para a correção dos salários, no bojo do Real, mas antes mesmo da existência de regra legal.³²²

E no que concerne à modificação nos padrões de julgamento sobre produtividade, é possível observar como a declaração de inconstitucionalidade da

requerente desconhece o índice a ser atribuído ao setor. (...) III – É entendimento desta Seção de Dissídios Coletivos concederem-se reajustes salariais nos limites estabelecidos na lei vigente no período (...) Brasília, 05 de dezembro de 1994. Hylo Gurgel Relator. Suscitante: Banco do Brasil S/A”. (6) TST-DC-131.025/94.7 (Ac. SDC 1567/94): “A proteção legal dos salários tem sua matriz no princípio da irredutibilidade. Na legislação anterior tal era perseguido mediante a recomposição dos salários, tendo em vista a inflação passada. A atual, ao contrário, busca garantir o valor real dos salários com a estabilização da economia, valendo-se para tal, de regras rígidas, que inibem a adoção de outros critérios para medir a recomposição salarial, sem chances de que, pela atuação do poder normativo conferido à Justiça do Trabalho, se consagre outro índice de reajuste que não aquele que resultar da estrita observância do modelo criado pela Lei 8.880/94. A Lei em questão, com vistas à recomposição dos salários, estabelece, para as categorias com data-base após 1º de julho/94, que deve ser apurada eventual perda decorrente da conversão dos salários para URV, segundo a fórmula indicada no art. 27, § 3º, incisos I e II e § 4º(...) Cláusula Quarta – Produtividade. O aumento real dos salários, em princípio, relaciona-se com o incremento da produtividade e lucratividade do setor ou da empresa e não há nos autos qualquer dado a respeito (...) Brasília, 12 de dezembro de 1994. Relator Ministro Ursulino Santos. Suscitante Caixa Econômica Federal.” Os julgamentos se referem a empresas estatais que foram subordinadas em 1993 ao rígido controle do CCE. Observa-se que diante do impasse pela ausência de proposta empresarial de pagamento de qualquer *plus* acima dos índices de reajustamento previstos em lei, inicialmente os trabalhadores suscitaram os dissídios coletivos, na expectativa de verem deferidos seus pleitos de produtividade consonte a jurisprudência da Corte aplicada anteriormente. No entanto, após a modificação da jurisprudência, constata-se que em 1994 foram as empresas que suscitaram os dissídios para definir a reivindicação obreira de produtividade.

³²² Em 6 de fevereiro de 1995, por exemplo, antes da extinção do IPC-r e da adoção da desindexação salarial, no auge da afirmação do Real, o Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar um recurso ordinário em dissídio coletivo relativo ao ano de 1993, envolvendo os metalúrgicos de Santos e a Cosipa, afirmava que a função da Justiça do Trabalho não deveria ser descobrir o índice para o reajuste salarial. Segundo tal Acórdão, publicado na Revista LTr em maio de 1995, no auge dos conflitos grevistas no primeiro semestre de governo FHC, pouco antes da MP 1053 de 30 de junho de 1995, no período da indexação os tribunais se limitavam a aplicar os índices oficiais. Com o término do período de indexação: “cabe às partes interessadas estabelecer o reajuste, mediante negociação coletiva ou valendo-se da arbitragem, sob pena de a Justiça do Trabalho estar contribuindo para a volta à indexação e para o desestímulo à composição direta. Recurso Ordinário provido para afastar o reajuste com base no INPC”. Ou seja, antes mesmo do deslocamento da lei para a negociação coletiva, da regulação do reajuste, o TST afirmava esta posição declarando-se “impedido” de conceder reajustamentos salariais sob pena de contribuir para a volta à indexação.

MP 1053, no particular, pelo STF não produziu efeito nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho.³²³

Indagado sobre as relações entre estabilidade econômica e a atuação do TST, o ex-Ministro, Entrevistado nº 02, inicialmente rechaçou esta hipótese para concluir, em um segundo momento, que “pode ter tido”, não sem antes classificar o comportamento do Tribunal, inclusive no tocante à produtividade, como derivado de um dever patriótico:

Eu acho que não houve uma orientação no sentido de favorecer ou prejudicar. O que houve foi uma reação muito grande do governo a certas interpretações do TST que atingiriam, no modo de ver do governo, as medidas restritivas que tinham sido baixadas. Inclusive quando veio a questão da produtividade, aquele negócio indefinido, ninguém sabia o que era produtividade, e o TST começou a fazer

³²³ Em certo julgamento, diante de uma proposta de conciliação feita por uma empresa estatal, recusada pelo CCE, o Tribunal Superior do Trabalho deferiu reajuste menor que o apresentado pela empresa na negociação, sob a alegação de que no percentual oferecido estariam embutidos 4% a título de produtividade, que o Tribunal não defere. Tudo isto em Acórdão no qual se critica o sistema de negociação coletiva brasileiro e os impactos do “aceno neo-liberal” no direito do trabalho, cuja parte decisória é a seguinte: “No escamoteamento de dados concretos sobre a situação econômico-financeira da empresa e dos reflexos que um determinado reajuste pode trazer à coletividade, o Tribunal fica compelido a aceitar os elementos fornecidos pela administração da empresa como retrato fiel de suas circunstâncias. Concedido o reajuste de 9% já deduzidos os 4% que corresponderiam à produtividade.” (BRASIL, TST-DC-343.411/97.7, Relator José Luiz Vasconcellos, 1997) Vale transcrever outros trechos da decisão: “É curioso que a empresa tenha logo na primeira audiência feito a proposta de 13% (treze por cento), índice esse menor do que os 17,82% (13,72% reajuste + 4,1% produtividade) pretendido pelo suscitante, e logo em seguida recuou drasticamente, para dizer que só concordava em pagar o que o CCE entendia ‘justo’ ou ‘razoável’. (...) Nenhuma empresa demandada, em sã consciência, iria a uma mesa de negociação coletiva, perante a mais alta Corte Trabalhista, dizer que poderia, diante de sua situação financeira, oferecer um índice percentual determinado, para depois, recuando, pedir socorro a uma entidade estatal, que tem por finalidade exatamente fiscalizar as contas das Empresas Estatais, que alteraria a proposta em relação aos empregados, e dizer que não teria condições de sequer oferecer algo próximo ao reivindicado pela categoria profissional, sem pelo menos, em respeito à Corte, fornecer os elementos que conduziram aos 2% + abono. (...) Os empregados abriram mão do pedido inicial, que gravitava em torno de 17,82% (13,72% reajuste + 4,1% produtividade), quando aceitaram o índice de 13% (treze por cento) oferecido na audiência inaugural. Como acima afirmado, a empresa ofereceu espontaneamente um reajuste de 13% (treze por cento). O CCE, por sua vez, sem fundamentar teria somente permitido fosse entabulado acordo com algo que girasse em torno de 4,7% (quatro vírgula sete por cento), sendo 2,7% a título de abono salarial e 2% a título de reajuste linear. Assim, sem indexação, considerando que embutido nos 13% estariam 4% de produtividade que esta Corte não concede, fixo em 9% o reajuste salarial dos suscitantes de que resulta a seguinte redação para a cláusula 4ª. A CODEVAF concederá a todos os seus empregados, a partir de 1º de janeiro de 1997, reajuste salarial de 9% (nove por cento) sobre o salário de 31/12/96. (...) por maioria, conceder reajuste de 9% (nove por cento), a ser aplicado sobre os salários vigentes em 31 de dezembro de 1996, vencidos, em parte, os Exmos. Srs. Ministros Revisora e Antônio Fábio Ribeiro (...) Brasília, 22 de abril de 1997. José Luiz Vasconcellos – Relator.”

interpretações mais consentâneas com a realidade nacional. Eu acho que o TST, por um dever patriótico, se situou no sentido de defender a política econômica; sem o propósito, na realidade, ele defendeu. Ele se subordinou às linhas da política econômica, o que era razoável num país com 84% de inflação. Então, ele colaborou nesse ponto: não que tivesse tido propósito de fazer isso. Ele se restringiu aos limites da lei mais ou menos, num caso ou outro ele fugiu um pouquinho, mas na realidade houve a preocupação de não afetar a política econômica, por uma questão de salvação nacional. (Entrevistado nº 02, grifo nosso).

Não obstante não tenha havido uma orientação, a subordinação do Tribunal ao interesse público, que naquele momento confundia-se com o combate à inflação, se traduzia em cumprimento de um dever patriótico, segundo tal leitura. Já o Entrevistado nº 03, ao ser indagado sobre se o TST teria contribuído para a política econômica, foi mais incisivo - “acho que sim” – destacou a especificidade da atuação do poder normativo, no qual o Tribunal não agiria, nem deveria agir, como julgador imparcial.

Acho que sim. O TST, durante o período de tentativa de estabilidade econômica, atuava na sua sessão normativa com a preocupação de preservar a política econômica e a luta contra a inflação. Não era uma coisa deliberada, era uma preocupação normal. Se tínhamos um projeto de lei aprovado no Congresso Nacional, cuja finalidade era estabelecer condições para que se reduzisse a inflação, a Justiça do Trabalho não poderia ser um obstáculo a essa finalidade e não poderia ser uma fonte de efeitos negativos para esse combate à inflação. E realmente aconteceu em muitos lugares. As condições de trabalho criadas nos tribunais do trabalho, quando eles atuavam na função normativa, tinham que atuar levando em conta não sua condição de juiz, isento, imparcial; tinham que atuar como se estivessem na função legislatória, como dizia Orlando Teixeira da Costa, levando em conta o interesse público, o interesse social, pela norma coletiva, pelas condições de trabalho mais propícias ao combate à inflação, para que o país pudesse sair da crise que estava enfrentando com inflação de 60%, 70% ao mês. Os ministros não combinavam isso. (Entrevistado nº 03).

Em ambos os depoimentos vê-se a preocupação em destacar a autonomia das decisões judiciais, de modo a evitar uma vinculação entre os posicionamentos dos ministros e uma política de governo específica que pudesse sugerir uma partidarização dos julgamentos. No entanto, na própria percepção dos ministros entrevistados constata-se que admitem que a atuação do Tribunal Superior do Trabalho contribuía para a efetividade das políticas governamentais de estabilização econômica. Mesmo quando buscam desvincular o ato de julgar de algum tipo de decisão prévia ou acerto comum (“os ministros não combinavam isso”), nota-se que no momento do julgamento estavam imbuídos e convencidos

de um discurso governamental que relacionava recomposição salarial e espiral inflacionária, e que elevava à categoria de dever com a pátria, ou interesse público, a política de estabilização macroeconômica. A subordinação do Tribunal e de seus julgamentos às diretrizes econômicas parece menos vinculada às regras legais específicas sobre salários (tanto antes quanto depois do “fim” da política salarial legal em 1995), e mais a uma certa construção ideológica de identificação do interesse público com o interesse e com a política traçada pela equipe econômica. Releva lembrar as múltiplas leituras da expressão interesse público, estabelecido como limite legal ao julgador, e que revela um corporativismo típico da Era Vargas inserido na CLT,³²⁴ e na década de 1990 utilizado para a justificar e fundamentar a atuação do Judiciário na consecução de políticas neoliberais.

No primeiro quinquênio, o Tribunal Superior do Trabalho se movia entre regras legais de reajustamento salarial e o combate à inflação. Procurava um ponto de equilíbrio, segundo o Entrevistado 03, ao buscar a “justa retribuição, não forçar a barra a favor do empregado, ou contra o empregado, sem nenhum espírito de proteção, a não ser do interesse público. E naquele momento tinha um maior que era o combate à inflação”. A partir do Plano Real, e independentemente de suas regras, o TST reformularia sua jurisprudência consolidada, para evitar apontar critérios pré-definidos de reajustamento. Mas como tais diretrizes se traduziram nos julgamentos?

No universo de dissídios coletivos originários catalogados, examinaram-se os dissídios de interesse, nos quais o TST apreciou reivindicações especificamente econômicas e, nesses casos, qual foi a decisão proferida. Para permitir uma comparação mais adequada durante toda a década, foram apurados os seguintes aspectos: se foi concedido apenas percentual para corrigir os salários conforme parâmetros definidos em lei salarial; se o percentual estava vinculado a índice de preços do período anterior e se foi autorizado algum outro índice a título de

³²⁴ A escolha da expressão *interesse público* tem razão de ser no discurso dos juristas. Dentre as regras gerais estabelecidas na introdução da CLT, encontra-se a seguinte: “Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, pela analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, 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.”

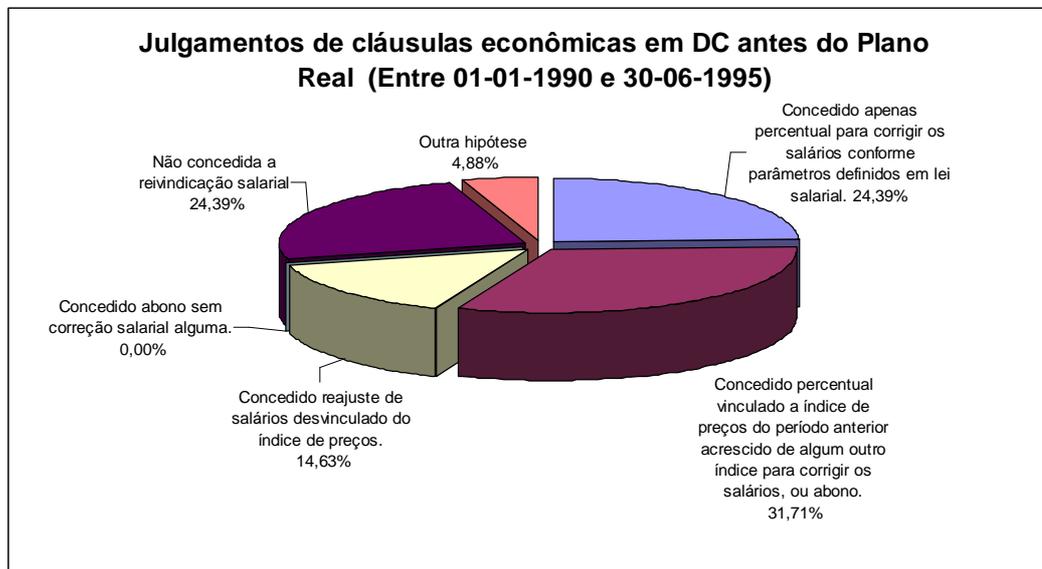
aumento real ou produtividade para corrigir os salários, ou determinado o pagamento de algum abono extra, bem como se o reajuste de salários foi desvinculado de parâmetros fixados em índices de preços, ou se foi deferido abono sem correção salarial alguma. Analisaram-se ainda os casos em que não foi concedida a reivindicação salarial, como por exemplo, quando o litígio se resumia à definição de um percentual postulado a título de produtividade ou aumento real e foi indeferido pelo Tribunal. Com tais critérios buscou-se tão somente indicar algumas tendências nos julgamentos, complementadas através do exame da fundamentação das decisões e apurar a ocorrência de eventuais modificações nos padrões de julgamentos ao longo da década. Tudo isto, é claro, sem pretender avaliar se o julgamento, objetivamente, implicou em recomposição do valor do salário ou reajuste salarial efetivo, o que demandaria uma análise econômica que foge aos limites desta tese e ao instrumental analítico manejado.

Na representação gráfica apresentada na Figura 6, encontram-se os resultados dos julgamentos econômicos antes do Plano Real e na Figura 7 os ocorridos depois do Plano Real. Utilizou-se como fronteira para definir o Plano Real, no caso, a data em que foi extinto o IPC-r como fator de correção salarial e a previsão legal de índices de correção salarial (30 de junho de 1995, MP 1.053). E, por fim, na Figura 8 podem ser visualizados os julgamentos de dissídios interpostos após julho de 1995, excluídas as decisões proferidas que se referiam a épocas anteriores.

No primeiro quinquênio, percebe-se que não obstante as variações correspondentes aos índices que seriam aplicáveis para a correção dos salários pagos aos trabalhadores, é possível afirmar que a atuação do Tribunal Superior do Trabalho no julgamento dos dissídios se inseria no universo de modificação do valor da contraprestação retributiva, não tendo sido localizados julgados que determinassem compensações desvinculadas da remuneração. Observe-se que naquele contexto em geral existiu alguma regulação legal que estabelecia regra de reajustamento salarial, mesmo no caso de ausência de reajustamento salarial previsto em acordo ou convenção ou em sentença normativa. Desta forma, embora em 24,39% das decisões selecionadas não tenha sido concedida a reivindicação salarial e em 14,63% de tais julgados tenham sido deferidos reajustes salariais

desvinculados de um índice de preços, pode-se afirmar que mesmo nestes casos as categorias envolvidas tiveram alguma correção de salário por força de lei.

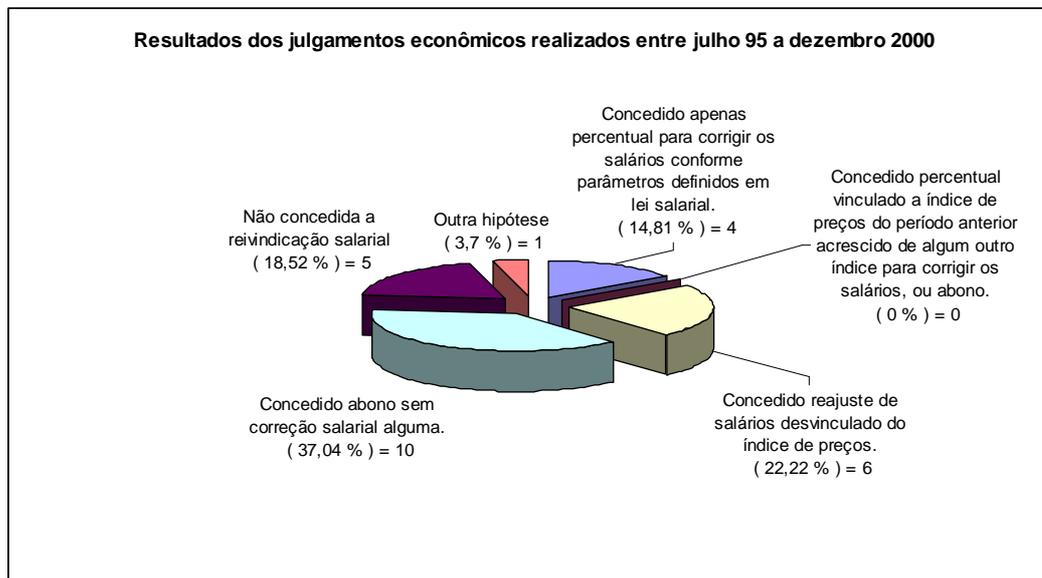
Figura 6- Julgamentos de cláusulas econômicas em DC antes do Plano Real



Fonte: elaboração da autora a partir de dados coletados no TST.

Quando a regra legal deixou de estabelecer critérios de reajustamento salarial, seria de se supor que viesse a se verificar um incremento nos casos em que tal correção salarial fosse estabelecida através de sentenças normativas. No entanto, os dados apontam em outra direção, pois houve uma queda no percentual de julgamentos que redundaram em correção do salário e a variável “concedido reajuste salarial desvinculado do índice de preços” sofreu uma alteração não substancial (de 14,63% para 22,2%). A alteração mais relevante encontra-se no salto de zero para 37,04% dos casos em que o julgamento do TST fixou um “abono” a ser pago para a categoria suscitante ou suscitada desvinculado do salário, sem incidir e corrigir a remuneração paga. Por sua vez, a ocorrência de 14,81% de julgados nos quais teria sido concedido percentual para corrigir os salários conforme parâmetros definidos em lei salarial se refere a casos residuais de julgamentos envolvendo dissídios relativos a períodos anteriores a junho de 1995, embora julgados posteriormente.

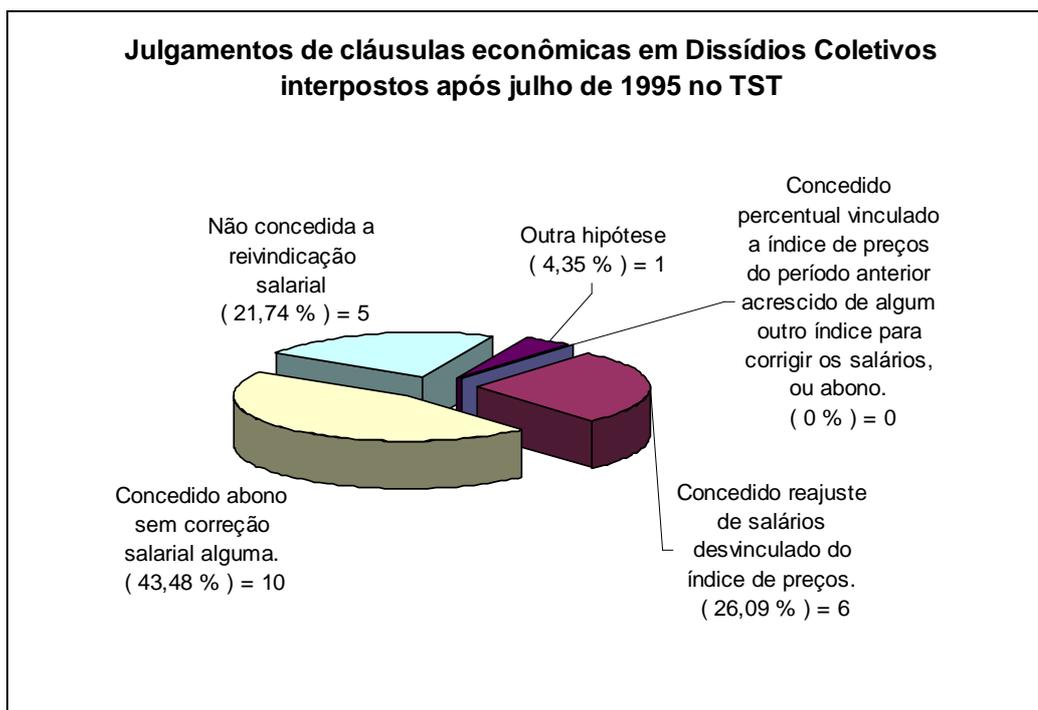
Figura 7 – Resultados dos julgamentos econômicos realizados entre julho de 1995 e dezembro 2000



Fonte: elaboração da autora a partir de dados coletados no TST.

Quando excluiu-se do universo pós-Real tais julgamentos residuais (14,81% que deferiam o reajuste pelo IPC-r nos dissídios ajuizados no primeiro semestre de 1995, mas julgados após 1º de julho daquele ano), o resultado é ainda mais expressivo ao indicar uma modificação nas tendências de julgamento (Figura 8). Verificou-se que em 43,48% dos julgamentos em dissídios coletivos originários envolvendo reivindicações econômicas apreciadas após a extinção da política salarial legal, em nenhum caso registrado no primeiro semestre o TST determinou que as empresas pagassem algum tipo de abono ou complementação fixa, desvinculada do salário, desprovida de natureza salarial e, portanto, sem impacto no valor da contraprestação e nas demais incidências e reflexos legais (FGTS, férias, 13º, contribuições sociais etc.). Assim, percebe-se que enquanto o Executivo tratou de desindexar a economia eliminando a correção automática de salários, paralelamente o TST aprofundaria tal desvinculação, tratando de “desindexar” com a adoção de padrões de julgamento excluindo a própria variação do valor do salário, ainda que desatrelada de índice de preços.

Figura 8 – Julgamentos de cláusulas econômicas em Dissídios Coletivos interpostos após julho de 1995 no TST



Fonte: elaboração da autora a partir de dados coletados no TST.

No capítulo anterior, foram examinados vários aspectos: como as negociações salariais foram afetadas pelo contexto do Plano Real; como o deslocamento do tema do reajustamento salarial da lei para as negociações coletivas não avançou e, ao contrário, provocou um esvaziamento das discussões, tanto que no segundo quinquênio da década passada a maioria das categorias de trabalhadores não conseguiu repor totalmente as perdas decorrentes da inflação acumulada no período. Registra-se que a literatura observou a substituição do debate sobre reajuste salarial pelas discussões em torno da Participação nos Lucros e Resultados, tendo se destacado não só que a PLR ocupou o “lugar” dos incrementos de produtividade, bem como o fato de, em um primeiro momento, corresponder a um “abono”, um valor monetário fixo, pago aos trabalhadores, sem natureza salarial. Conquanto o Tribunal Superior do Trabalho tenha afirmado durante toda a década de 1990 que o poder normativo não poderia fixar regras a título de participação nos lucros e resultados, a pesquisa realizada pela autora sobre a atuação do TST nos julgamentos dos dissídios propiciam conclusões semelhantes àquelas advindas das negociações coletivas no cenário pós-Real.

A concessão de um abono fixo, linear ou não, em substituição a cláusulas de reajustamento salarial, pelo TST, não apenas ocorreu quando assim postulado pelas categorias. Na fundamentação das decisões encontra-se uma preocupação constante com a saúde econômica das empresas, principalmente das remanescentes estatais do setor financeiro.³²⁵ Em dissídio suscitado contra a CEF julgado no ano 2000, o TST deferiu abono fixo em substituição ao reajuste e à produtividade,³²⁶ como já havia ocorrido no Banco do Brasil em 1997.³²⁷ Nesse

³²⁵ Como se observa em Acórdão SDC nº 1557/94, no qual o Ministro Relator Almir Pazzianotto Pinto pugna pela necessidade de preservação da política econômica e do ajuste de contas públicas determinado pelo Executivo às empresas públicas e congêneres: “É, ainda, relevante notar que com a implantação do Programa de Estabilização Econômica e a conseqüente queda dos níveis de inflação para taxas bastante reduzidas, tornou-se necessário um grande esforço de ajuste por parte de todo o sistema financeiro brasileiro, pois uma significativa parcela da receita dos bancos comerciais, obtida com o “imposto inflacionário”, reduziu-se para níveis insignificantes. Nesse ambiente de estabilidade econômica – que esperamos se conserve – temos observado a sucumbência de várias instituições do mercado financeiro, por força de sua incapacidade de adaptação ao novo panorama, quando o capital produtivo felizmente passa a prevalecer sobre aquele meramente especulativo. É fundamental que o BASA persevere no esforço de ajuste das suas contas, a fim de se colocar em condições competitivas diante dos demais Bancos, sob pena de não poder manter todos os empregos dos seus valorosos servidores, sobrevivendo aos saudáveis tempos de uma economia estável, indispensável ao desenvolvimento da Região Amazônica e de todo o nosso País. Brasília, 12 de dezembro de 1994.” (BRASIL, TST-DC-134.992/94.5, Relator Indalecio Gomes Neto, 1994).

³²⁶ Conforme dissídio em que foi suscitante a CONTEC e suscitada a CEF e foi Relator o Ministro Milton de Moura França: “Para desincumbir-se a contento de tão importante mister, o julgador deve se valer de um juízo de equidade, levando em consideração todas as circunstâncias inerentes à realidade social que lhe é submetida à apreciação. Fixadas essas premissas, embora seja inconteste a estabilidade econômica pela qual passa o País, mormente se comparada a atual conjuntura social com aquela vigente em um passado não muito distante, não há como se negar a existência de índices inflacionários que subtraem dos salários o respectivo poder aquisitivo. Registre-se, entretanto, que, ao solucionar os conflitos coletivos de trabalho, o julgador não pode ignorar a realidade econômico-financeira do empregador, não só porque é ele quem suporta os riscos da atividade econômica, mas também com vistas à manutenção de postos de trabalho. Nesse contexto, consoante emerge dos autos, há que se considerar o fato de que, em relação ao exercício anterior, o lucro contábil da Caixa Econômica Federal foi inferior, tendo se reduzido de R\$ 113,6 milhões para R\$ 105,9 milhões. (...) Há que se levar em conta, ainda, o fato de que a folha de pagamento da Caixa situa-se em patamares acima do mercado, e que está em constante crescimento, sobretudo por força de promoções de empregados e do adicional por tempo de serviço. (...) É importante registrar, porém, que no exercício de 1999, assim como no presente, foram distribuídos dividendos, respectivamente, no importe de dezessete milhões, cento e dezoito mil reais e vinte e nove milhões, quinhentos e sessenta mil reais, à base de 25% (vinte e cinco por cento) do lucro líquido (fl. 312). Por outro lado, ainda que inferior ao do exercício passado, o lucro líquido da Caixa Econômica Federal fixou-se no montante de R\$ 105,9 milhões, conforme expressamente declarado na defesa, à fl. 258. (...) Nesse contexto, embora a Caixa Econômica Federal não possa suportar a concessão de cláusulas atinentes ao reajuste e à produtividade, a sua situação econômico-financeira permite a esta Corte fixar, em substituição, abono salarial tendente a preservar o poder aquisitivo dos salários de seus empregados. Referida solução pode não ser a ideal, mas certamente é a que se revela razoável e equânime, na medida em que se procura compatibilizar as necessidades e expectativas dos empregados com as possibilidades financeiras da

juízo, aliás, nas razões de decidir, o TST adotou tal abono sem natureza salarial como alternativa possível para fugir dos conseqüentes efeitos jurídicos decorrentes de um julgamento de dissídio coletivo. Exatamente isso. Como os efeitos da sentença normativa se projetam retroativamente ao tempo de sua interposição, o Tribunal pretendeu impedir tal projeção, resultado inerente a um processo de dissídio coletivo e decidiu fixar um “abono único”, sem repercussão salarial, através de um “pagamento em dinheiro, sem nenhuma característica de antecipação ou adiantamento, mas, pelo contrário, com uma pá de cal sobre eventuais diferenças pretéritas”, para evitar não só correção dos salários, mas também o surgimento de um “passivo trabalhista” para a empresa, ou, em outras palavras, de créditos para os trabalhadores durante o período em que aguardaram o julgamento do processo.³²⁸

empresa, dentro de uma realidade econômico-financeira que diversos segmentos produtivos da sociedade brasileira precisam se ajustar, atentos às transformações que ocorrem no mundo e que certamente projetam seus reflexos em nosso País, mormente na relação capital e trabalho.(...) Brasília, 30 de novembro de 2000.” (BRASIL, TST-DC- 712.983/00.0, Relator Milton de Moura França, 2000).

³²⁷ Conforme ementa onde se lê: “Dissídio Coletivo - Reajuste Salarial - A função precípua do Tribunal, antes de tudo, é dar ao conflito uma solução baseada na razoabilidade, de forma adequada e equânime. Assim, considerando as peculiaridades do presente Dissídio, onde a normatividade da sentença se projetará para o passado, porquanto já ultrapassada a data-limite para a sua vigência, mostra-se mais razoável, em vez de deferir um reajuste linear, conforme pleiteado, a concessão de um abono a todos os empregados do Suscitado.” (BRASIL, TST-DC 349.016/97.1, Relator Moacyr Roberto Tesch Auersvald, 1997).

³²⁸ No caso, pretendeu o TST impedir cobranças ao Banco de reajustes entre a data-base e o deferimento e um índice salarial, já que embora se tratasse de um dissídio correspondente à data-base de 1996, estava sendo julgado em setembro de 1997, motivo pelo qual fixou a quitação de todas eventuais diferenças salariais. Trata-se do processo que envolveu a CONTEC e o BB, relativo à data-base de 1996, relatado por Moacyr Roberto Tesch Auersvald, no qual foram encontrados os seguintes argumentos: “Como Relator do presente processo estava inclinado a conceder um reajuste linear de 10% (dez por cento), por coadunar tal percentual com o preceito contido no art. 766 da CLT, segundo o qual ‘nos dissídios sobre estipulação de salários, serão estabelecidas condições que, assegurado justo salário aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas’. A opção pela concessão de um percentual linear tinha também em conta o entendimento adotado em recentes julgados desta colenda Corte, que vinha reconhecendo a necessidade de se recompor o poder aquisitivo das categorias profissionais, em índices variáveis entre 9% e 10%. Entretanto, por ocasião do julgamento do presente Dissídio, a douta maioria considerou como elemento significativo o fato de, no caso vertente, o julgamento estar sendo proferido quando já ultrapassada a data-limite para a vigência da norma a ser instituída. Tem-se, com isso, que, desnaturado o Dissídio Coletivo, está-se projetando para o passado a normatividade da Sentença, para fazer frente à defasagem salarial correspondente ao período já vencido. *Em tal circunstância, entendeu-se que o recomendável seria a fixação de um abono salarial, com o que se acertariam as eventuais reivindicações referentes ao período já ultrapassado, mediante um pagamento em dinheiro, sem nenhuma característica de antecipação*

Do “interesse público maior em combater a inflação”, retrato das preocupações dos julgadores nos primeiros anos 1990, chega-se ao esforço de decidir sem “comprometer a saúde financeira das empresas,” discurso presente nos julgados do final da década.³²⁹ A autolimitação do poder normativo acompanhou o discurso dos Ministros,³³⁰ com variações no eixo de justificação, sempre relacionando salários com custos e inflação. No discurso de posse do último de seus presidentes na década passada, tal posicionamento foi apresentado como uma “recomendação” aos Tribunais Regionais do Trabalho:

Nas complexas questões coletivas, terreno no qual os limites normativos se acham precariamente esboçados, não se deixem seduzir pelo desejo de legislar, se antecipando ao Congresso Nacional, tampouco se esqueçam de que em economia as contas devem permanecer equilibradas, para que acréscimos de custos não se transfiram aos consumidores, revertendo sobre todos como inflação e aumento de preços. (Pazzianotto, 2000)

Sem dúvida, nos julgamentos dos processos de dissídios coletivos seria de se esperar uma avaliação dos efeitos econômicos da decisão, na medida em que implícito, de certa forma, ao próprio exercício de um poder normativo. Este olhar

ou adiantamento, mas, pelo contrário, com uma “pá de cal” sobre eventuais diferenças pretéritas. (...) Brasília, 22 de setembro de 1997.” (BRASIL, TST-DC-349.016/97.1, Relator Moacyr Roberto Tesch Auersvald, 1997)

³²⁹ Em abril de 1999, em julgamento de dissídio suscitado contra o Banco Nordeste do Brasil, ao convergir na homologação de um acordo no qual o Banco pagaria abono de natureza indenizatória, isolado e não integrante da remuneração, no valor líquido de R\$ 1.250,00 (hum mil e duzentos e cinquenta reais), parcelados em cinco vezes mensais e fixas, o Ministro Ursulino Santos fez questão de consignar sua posição crítica aos julgamentos. Eis o trecho do voto do ministro: “O que não quero, como já houve aqui, contra meu voto, é que mais tarde, sirva de base para uma série de interpretações, porque o Tribunal já serviu até de Papai Noel, já deu presente, dia 20 de dezembro, a uma determinada categoria, em um dissídio de natureza jurídica, onde, interpretando-se uma cláusula, foi concedido um aumento considerável aos empregados. Ao perguntar o porquê, responderam-me que como estavam pedindo, tinham que dar. Juntei voto vencido e tenho a consciência tranqüila.” (BRASIL, TST-DC-532.281/99.5, Relator Carlos Alberto Reis de Paula, 1999).

³³⁰ A respeito, observar o posicionamento do Entrevistado nº 02: “Então, eu acho preponderante a Justiça do Trabalho ter poder normativo. Eu não quero é que o poder normativo seja de tal maneira amplo que, através de decisões que não se ajustem bem à necessidade econômica, possa prejudicar o desenvolvimento econômico do país, onerá-lo excessivamente. Não pode haver um Estado dentro de outro Estado. O Estado brasileiro é o Estado constituído legalmente, os três Poderes, Legislativo, Judiciário e Executivo. O poder Judiciário tem os seus balizamentos através da execução daquelas leis que foram editadas e que ele tem competência constitucional de fazê-lo.”

definido sobre os efeitos econômicos e financeiros na vida da empresa não se expandiria para os demais tipos de julgamento, ou no exercício do poder jurisdicional, *stricto sensu*, também podemos vislumbrar a existência de uma correlação entre políticas governamentais de estabilização e decisões judiciais?

Desde os anos 1980, com a ampliação da atuação judicial dos sindicatos, propondo ações coletivas que questionavam não só as interpretações atribuídas às leis salariais, como também a sucessão de planos econômicos que sistematicamente suprimiam índices de correção salarial que incidiriam sobre os salários, os Tribunais do Trabalho passaram a se defrontar com a apreciação da juridicidade das políticas econômicas. Não mais restritas às seções normativas (SDC) dos Tribunais, todo o Judiciário Trabalhista foi chamado a julgar reclamações trabalhistas envolvendo, principalmente, a supressão dos reajustes determinados pelos planos Bresser (que impediu que o gatilho salarial reajustasse os salários em 26,06% em julho de 1987), Verão (que suprimiu o pagamento da URP de fevereiro de 1989, no montante de 26,05%) e Collor (primeira tentativa de desindexação, que revogou a regra salarial precedente pela qual os salários de abril de 1990 seriam corrigidos pelo IPC de março de 1990 - 84,32%). Tais ações foram objeto de pacificação de jurisprudência, através da edição de três Enunciados sobre planos econômicos, que concediam as diferenças pleiteadas nos dois primeiros casos e as negavam no terceiro, com base na avaliação fática sob a moldura do instituto do direito adquirido, em setembro de 1993, apesar da existência à época de decisões do Supremo sobre a matéria.³³¹

Em 25 de novembro de 1994, no contexto de implantação do Plano Real e de mobilização de várias categorias profissionais pelo cumprimento de decisões

³³¹ Aprovados através da Resolução 07/1993, de 15 de setembro de 1993, os Enunciados eram assim redigidos: a) Enunciado 315: “IPC de março/90. Lei 8.030/90 (Plano Collor) – Inexistência de Direito Adquirido. A partir da vigência da Medida Provisória nº 154/90, convertida na Lei nº 8.030/90, de 84,32% (oitenta e quatro vírgula trinta e dois por cento), para a correção dos salários, porque o direito ainda não se havia incorporado ao patrimônio jurídico dos trabalhadores, inexistindo ofensa ao inciso XXXVI do art. 5º da Constituição da República”; b) Enunciado 316: “É devido o reajuste salarial decorrente da incidência do IPC de junho de 1987, correspondente a 26,06% (vinte e seis vírgula seis por cento), porque este direito já se havia incorporado ao patrimônio jurídico dos trabalhadores quando do advento do Decreto-lei 2.335/87”; c) Enunciado 317: “A correção salarial da URP de fevereiro de 1989, de 26,05% (vinte e seis vírgula cinco por cento), já constituía direito adquirido do trabalhador, quando do advento da Medida Provisória 32/89, convertida na Lei 7.730/89, sendo devido o reajuste respectivo”.

judiciais que determinavam a correção dos salários em 26,05% e/ou 26,06%, o Tribunal Superior do Trabalho revogou seus recém-editados Enunciados 316 e 317, através da Resolução 37/94, sem que fosse fundamentada com reiteradas decisões anteriores, como seria de se esperar em uma mudança jurisprudencial. A época na qual se deu a revogação sugere que o impacto da adesão, pelos Ministros, aos valores e objetivos do Plano Real extrapolara o exercício do poder normativo e informava também o exercício do próprio poder jurisdicional que, em tese, deveria se orientar por outros critérios interpretativos que não os da política econômica.

Diante da hipótese de uma correlação entre o cancelamento dos Enunciados 316 e 317 e o advento do Plano Real, o Entrevistado nº 03 descartou peremptoriamente qualquer relação³³², enquanto o Entrevistado nº 02 sugeriu que os reajustes salariais deferidos nos enunciados “não teriam como serem aplicados, porque o Plano Real tinha regras fixas. Estes tipos de reajustamento eram desconhecidos pelo Plano Real. Automaticamente, o que não foi expressamente revogado foi tacitamente revogado, porque o Plano não permitia.” O Entrevistado nº 03 admitiu que o TST pode ter dado uma contribuição para a estabilização econômica também com a revogação de tais enunciados.

Se pode não ter sido uniforme a atuação do poder normativo da Justiça do Trabalho diante dos sucessivos planos econômicos nos anos 1980, tal indefinição não nos parece ter prosseguido na década de 1990. Tanto no início do Plano Collor, mas principalmente por ocasião do Plano Real, a atuação do Tribunal Superior do Trabalho não se limitou a interpretar restritivamente as regras impostas pelas medidas provisórias ou leis em matéria salarial. O Tribunal Superior do Trabalho exerceu papel ativo na implementação de interpretações consentâneas com as políticas econômicas de estabilização neoliberal adotadas no Real.

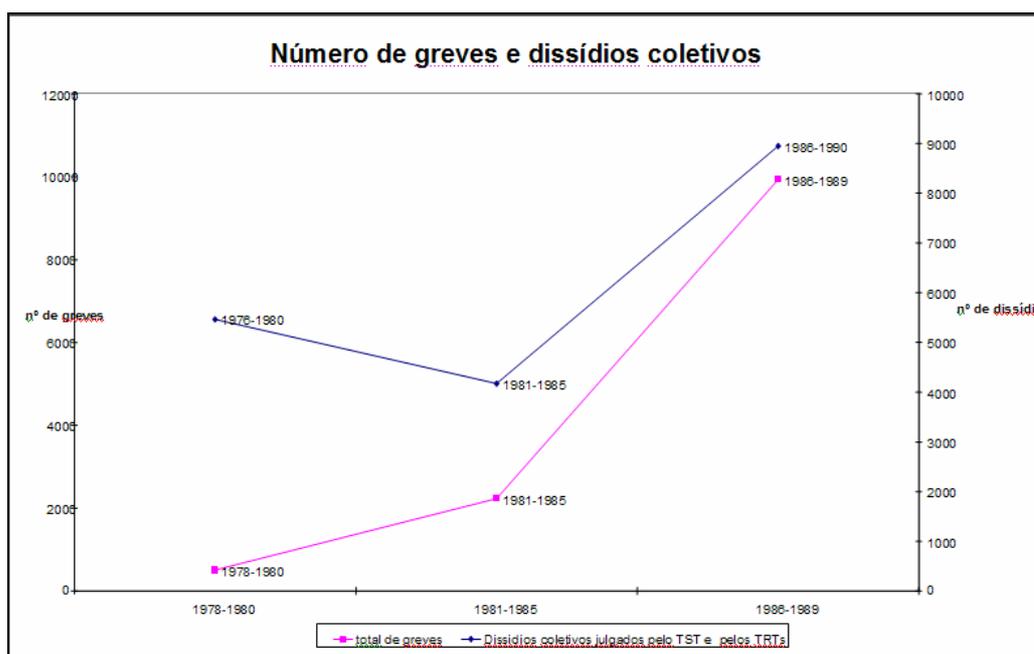
³³² “Não porque aí o TST tinha convicção de que aquelas vantagens eram direito adquirido. Quem votou, acabou com isso, foi o Supremo, que decidiu que não havia direito adquirido naquelas situações regidas pela lei revogada.” (Entrevistado nº 03). Após a revogação dos Enunciados, em um segundo momento, o Tribunal Superior do Trabalho editou Orientações Jurisprudenciais no sentido de acolher ações rescisórias propostas pelas empresas que haviam sido condenadas a pagar tais reajustes.

5.3.

Dos Dissídios Coletivos à livre negociação: a retração do poder normativo

Como já examinado (5.1.1), no final dos anos 1980 e início dos 1990 detecta-se uma preocupação entre os ministros com a progressão no número de processos. A ampliação do número de dissídios coletivos especificamente era um dos temas que os inquietava. Não sem razão. Embora na década de 1980 as negociações coletivas no país tenham se destacado por sua importância, paralelamente ocorrera um aumento significativo no número de dissídios interpostos perante a Justiça do Trabalho, em um contexto de forte conflituosidade nas relações laborais, como se observa na Figura 9:

Figura 9 – Números de greves e de dissídios coletivos até 1990



Fonte: elaboração da autora com dados sobre dissídios colhidos no Relatório Anual do TST (1990) e sobre greves a partir dos dados coletados por Noronha (Apud Cappa 2000, p.124)

Em 1986, sob a justificativa da necessidade de racionalização dos trabalhos judiciais, o TST instituiria os denominados “precedentes normativos”, contendo

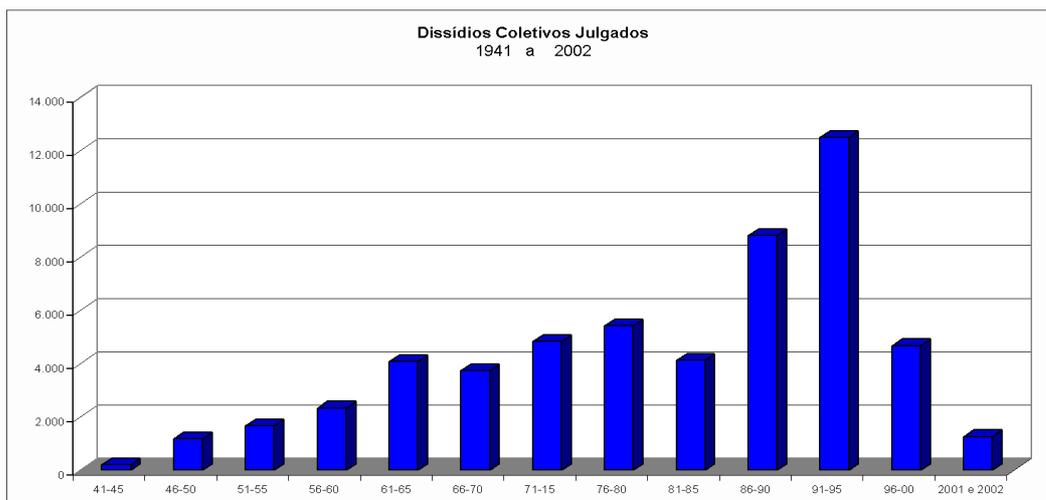
extratos da jurisprudência dominante no Tribunal em matéria de dissídios coletivos, posteriormente reconhecidos e regulamentados pela Lei nº 7.788, de 1989.³³³ Ao mesmo tempo em que buscava “racionalizar” as sessões de julgamento dos processos, tornando-as mais rápidas e diminuindo o tempo utilizado pelos ministros na apreciação dos dissídios, o Tribunal divulgava publicamente suas prováveis decisões.³³⁴ E na reorganização interna da estrutura dos Tribunais, a apreensão dos ministros com o elevado número levaria a atribuição do processamento dos dissídios coletivos a uma Seção Especializada em Dissídios Coletivos – SDC, coerente com os cenários fático e regulatório pós-constituente. Afinal, a Constituição de 1988 não promovera grandes transformações no sistema de equacionamento de conflitos coletivos de trabalho, tendo ampliado significativamente o poder normativo da Justiça do Trabalho e mantido praticamente inalterada a possibilidade de recurso unilateral ao Judiciário pelas partes em conflito. Uma mudança constitucional de relevo só veio a ocorrer 16 anos após, com a reforma do Judiciário, em dezembro de 2004.

Exatamente no tempo (1988-2004) em que o texto constitucional ampliara de modo inédito as prerrogativas do poder normativo, o número absoluto de dissídios coletivos interpostos, após chegar ao ápice, entrou em vertiginosa queda, como se observa na Figura 10:

³³³ Como referido anteriormente, os precedentes normativos do TST estão disciplinados na Lei 7.701, de 1988, e “condicionam o cabimento do recurso de embargos infringentes para a Seção de Dissídios Coletivos, pois se a decisão atacada estiver em consonância com precedente jurisprudencial, não cabe este recurso.” (Costa, 1992, p. 21) Sua adoção remonta ao ano de 1985: “Embora legalizando os precedentes normativos, a lei em referência não os criou, pois já haviam sido precariamente colecionados pela Secretaria do Tribunal, por determinação do Colegiado, com a finalidade de contribuir, como de fato contribuíram, para a celeridade do julgamento dos dissídios coletivos”, registrou Orlando Teixeira da Costa (1992, p.11), que os classifica de instituto uniformizador, que, no entanto, indicam “uma orientação reiterada, iterativa, que pode, ocasionalmente, deixar de ser repetida, se as condições econômicas assim o exigirem” (1992, p.18).

³³⁴ Apontado como um dos idealizadores do sistema de precedentes normativos, o falecido ministro Orlando Teixeira da Costa assim expôs o desejo de influência do Tribunal com a adoção e divulgação de tais precedentes: “Com a publicação oficial dos precedentes e sua ampla divulgação, espera-se que as categorias profissionais e econômicas usem da possibilidade de conciliar quanto às cláusulas consagradas positiva ou negativamente pela jurisprudência reiterada e iterativa, deixando para a discussão contenciosa apenas aquelas poucas em que não houve acordo.” (1992, p. 20).

Figura 10 – Dissídios Coletivos Julgados (1941-2002)



Fonte: Elaborado pelo Tribunal Superior do Trabalho, Disponível em <<http://www.tst.gov.br>> Acesso em 30 ago.2005

O peso dos dissídios no cenário brasileiro pode ser melhor compreendido em cotejo com os dados coletados em um universo mais amplo de negociações coletivas. Segundo apurou o IBGE em suas Pesquisas Sindicais dos anos de 1991 e 2001, cresceu o número de negociações realizadas diretamente entre sindicatos e entre sindicatos e empresas (de 58% para 81%). Em contrapartida, houve redução das negociações coletivas realizadas indiretamente (com DC), queda de 33% para 12% do total das negociações (IBGE, 2003, p.40).³³⁵ No mesmo sentido, os estudos feitos a partir do universo de instrumentos normativos catalogados no SACC-Dieese (Dieese, 2004, 2006) detectaram uma queda na taxa de judicialização dos conflitos de interesse no país.³³⁶

³³⁵ Por negociação indireta o IBGE classifica todas as que envolveram processo de dissídio coletivo, que corresponderam a 2% em 2001. No entanto, como o Instituto apura o número de negociações coletivas realizadas, a queda da judicialização dos conflitos pode ser ainda maior do que indicam os resultados da pesquisa sindical, já que não necessariamente 12% dos conflitos submetidos a dissídio coletivo redundaram em sentença normativa. Como não há uma correspondência entre o número de dissídios coletivos interpostos e acolhidos (dentro o percentual de dissídios há um contingente resolvido através de acordo judicial, e um outro número expressivo de processos extintos, seja por ausência de negociação prévia ou por outro motivo), apenas uma parte das negociações indiretas resultaram em sentenças coletivas.

³³⁶ No estudo Balanço das Negociações Coletivas no Brasil (1997-2001) foi utilizada a taxa de judicialização que expressa “o número de instrumentos emanados de processo judicial nas cortes trabalhistas em relação ao total de instrumentos normativos, independentemente de a solução final representar uma efetiva arbitragem (sentença normativa) ou apenas um acordo homologado em dissídio. O indicador assinala a via utilizada para a solução do conflito, ainda que a escolha judicial tenha exercido uma função meramente protelatória, sem influência no resultado final do

Em estudo preparado para o Ministério do Trabalho e Emprego no ano de 2004, o Dieese apontou uma queda na taxa de judicialização presente nos instrumentos catalogados em seu banco de dados, em particular durante o Plano Real, sendo que 92,7% dos instrumentos catalogados entre 1997 e 2001 consistiram em convenções e acordos provenientes de negociações diretas, e a taxa de judicialização correspondia a 7,3%, percentual decomposto em 5,5% de acordos homologados nos autos dos dissídios coletivos e apenas 1,8% do total de documentos consistia em sentenças normativas, ou seja, em instrumentos resultantes efetivamente de decisões judiciais (Dieese, MTe, 2004, p.13-14). Ao se observar um lapso temporal maior, o estudo sinaliza a ocorrência de uma “importante mudança quanto à taxa de judicialização”, que poderia ser explicada, dentre outras hipóteses, pela “imposição crescente de restrições formais ao uso do dissídio e por uma autolimitação no exercício do poder normativo” (Dieese, MTe, 2004, p.17).³³⁷

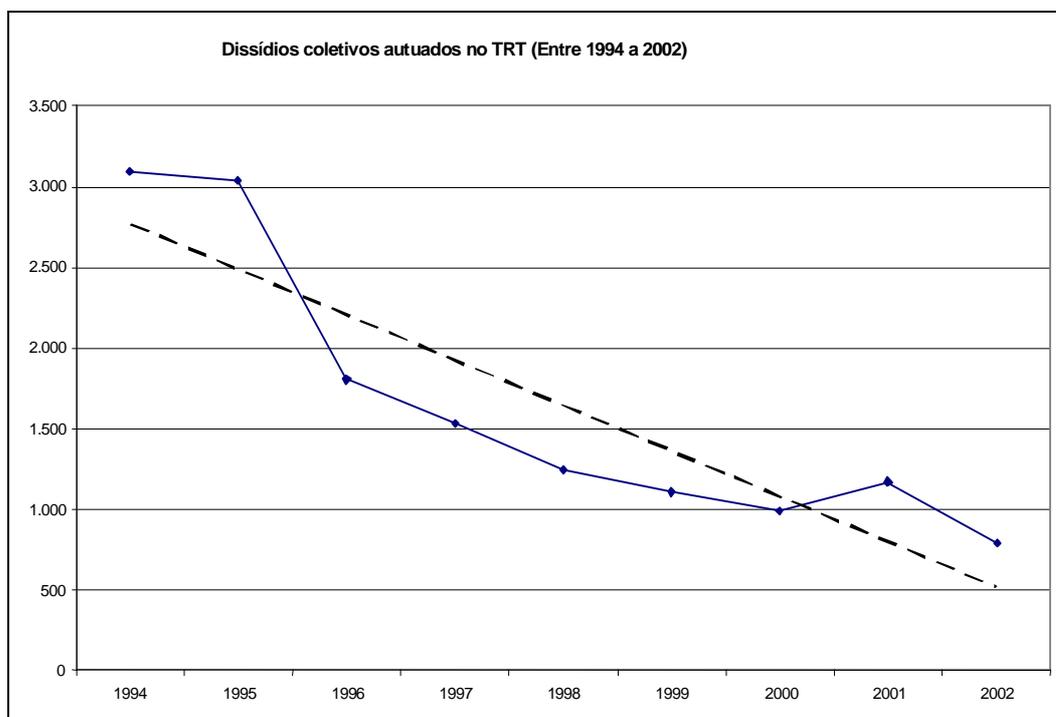
ajuste entre os agentes da negociação” (Dieese, MTe, 2004, p.13). $TJ = (AH + SN) / (AR + AH + SN)$ é a taxa de judicialização e AR refere-se ao número de convenções e acordos registrados na DRT. AH indica o número de acordos homologados na Justiça e SN o de sentenças normativas. Ou seja, de modo diverso do parâmetro utilizado pelo IBGE, esta taxa trabalha com um universo final que considera apenas os instrumentos coletivos efetivamente estabelecidos.

³³⁷ Interessante observar que o impacto da taxa de judicialização sofre modificações conforme os diversos estados brasileiros, sendo que a maior alteração encontra-se no Rio Grande do Sul, onde no biênio de 1993 a 1994 atingiu 92,3% dos instrumentos; considerando-se o período 1993 a 2001, chega-se a uma média de 45,3%: “O estado do Rio Grande do Sul, cuja especificidade já foi mencionada, passou a sustentar uma rápida diminuição na taxa de judicialização a partir de 1995, a ponto mesmo de torná-la nula no ano 2000. O outro estado na origem desta queda tendencial é São Paulo, cuja taxa de judicialização, que oscilava em torno de 20% entre 1993 e 1996, foi derrubada para 4,5% em 1997, mantendo-se reduzida até o ano final da série.” (Dieese, MTe, 2004, p.17-18). Prossegue: “Os motivos para esta ampla predominância do modo judicial de solução dos conflitos coletivos no Rio Grande do Sul até meados dos anos noventa ainda não se encontram completamente elucidados. Uma das hipóteses explicativas destaca que, em fins dos anos setenta e início dos oitenta, o Judiciário trabalhista gaúcho teria se caracterizado por uma particular disposição em acatar demandas sindicais de reajuste salarial e em aceitar criar novos direitos para os empregados. Isto teria acarretado uma propensão das entidades representativas dos trabalhadores a buscar resolver as disputas por meio judicial, mesmo que o instrumento definitivo desta solução não chegasse a ser a sentença normativa. Entretanto, quando, a partir dos anos noventa, o comportamento do Judiciário trabalhista em relação aos dissídios coletivos passou a caracterizar-se pela imposição crescente de restrições formais ao uso do dissídio e por uma autolimitação no exercício do poder normativo, a via judicial deixou de representar uma possibilidade efetiva de fixação de normas coletivas que contemplassem as reivindicações dos sindicatos. Daí, a queda na taxa de judicialização naquele estado, e, de resto, em todo o país.” (Dieese, MTe, 2004, p.17).

Em outra pesquisa sobre o estado da judicialização dos conflitos coletivos no país com base nos instrumentos normativos inseridos no SACC-Dieese em 2006, o Dieese concluiu que diante da forte tendência de queda no recurso à Justiça do Trabalho no âmbito da negociação coletiva ocorrida na década de 1990, cuja trajetória declinante atingiu todas as regiões e segmentos econômicos brasileiros (apesar de uma pequena reversão em 2001), a via judicial “mostra-se marginal às negociações coletivas de trabalho nos dias atuais” (2006, p.13). A magnitude da retração na utilização dos dissídios coletivos permite afirmar a existência de “uma mudança estrutural na solução dos conflitos coletivos de trabalho no Brasil” (Dieese, 2006, p.10).

No entanto, como em números absolutos nunca foram julgados tantos dissídios coletivos pela Justiça do Trabalho (17.435) quanto na década de 1990, só é possível se falar em redução em termos não absolutos, considerando-os em proporção ao universo das negociações diretas. E, no que interessa à análise, para demonstrar a tendência de redução da atuação da Justiça do Trabalho nos conflitos de interesse como marca de uma época é importante examinar como tal inflexão ocorreu ao longo dos anos, o que pode ser observado através da seguinte curva:

Figura 11 – Queda no nº de dissídios coletivos autuados nos TRT brasileiros



Fonte: Elaboração da autora a partir de dados fornecidos pelo Setor de Estatísticas do TST (2005).

Ao se examinar o número de dissídios atuados nos Tribunais Regionais do Trabalho observar-se-á que desde 1994 é contínua a curva decrescente de instauração de instância pelos sindicatos, com uma pequena ampliação em 2001, logo revertida (Figura 11). Apesar de a maior queda no número de interposição de dissídios ter ocorrido entre 1995 e 1996, acredita-se que as regras processuais inseridas no âmbito do Plano Real não são a melhor explicação para tanto (cf. 4.2.2.1.4). Parece ser necessário agregar às análises explicativas fenômenos distintos não havendo uma única causa justificadora,³³⁸ mas a contribuição deste trabalho está em observar como a atuação da própria Justiça do Trabalho pode ter contribuído para tal retração. Afinal, se por ocasião da instituição da Justiça do Trabalho a adoção do poder normativo objetivava dotar o Estado de um poder específico de intervenção nos conflitos coletivos de trabalho, ao mesmo tempo em que se criava um ramo especializado do Judiciário com capacidade para lidar com conflitos econômicos que guardassem uma interdependência com os ciclos produtivos e com os mais profundos elementos econômicos (Viana, 1938, p.83), quando a ideologia dominante pugna por um afastamento do Estado do domínio econômico e das relações laborais e as relações de produção se alteram substancialmente, como se comportaria o Poder Judiciário?

Nesta seção examinar-se-ão as interpretações e os procedimentos internos estabelecidos pelo Tribunal Superior do Trabalho que contribuiram para a redução do número de dissídios coletivos no país, no bojo de uma política judiciária apresentada como de incentivo à livre negociação e de contenção ao poder normativo. Para tanto, serão observadas as mutações nos procedimentos aplicáveis aos dissídios e no próprio conteúdo das sentenças normativas.

Embora as primeiras restrições processuais legais à interposição de dissídios coletivos na década tenham ocorrido por ocasião do Plano Real (cf. 4.2.2.1.4), desde 1993 o Tribunal Superior do Trabalho editara regra procedimental com objetivo semelhante. Como foi visto na primeira parte deste Capítulo, no início dos anos 1990 o TST debatia a temática da redução de processos e de incentivo à

³³⁸ Não se inclui dentro do objeto desta pesquisa indagar sobre os fatores extrajudiciais que influenciaram tal processo, apenas discutir a atuação do TST neste contexto.

negociação. Além dos ex-Presidentes do Tribunal Superior do Trabalho já citados - Marcelo Pimentel e José Ajuricaba Costa e Silva -, poucos meses após a edição da Constituição de 1988 outro Ministro que viria a presidir o Tribunal, Orlando Teixeira da Costa, se debruçava sobre o tema e pugnava uma mudança na jurisprudência (Costa, 1989).

Orlando Teixeira da Costa saudava a opção constituinte pela “solução pacífica das controvérsias” e o incentivo pedagógico às negociações como mecanismo para atribuir maior flexibilidade laboral ao Direito brasileiro (Costa, 1989). Avaliava que muito embora desde o Decreto-lei 229, de 28 de fevereiro de 1967, a CLT já exigisse a tentativa de negociação como requisito para a reforma da CLT e condição essencial para a instauração do dissídio coletivo, e há mais de duas décadas a necessidade de comprovação de prévia negociação estivesse no ordenamento jurídico brasileiro, a tendência da interpretação dada pela Justiça do Trabalho ao dispositivo era no sentido de incentivar a resolução jurisdicional dos conflitos coletivos.³³⁹ Para o TST até então, o esgotamento das tentativas negociais prévias como requisito para a apreciação dos dissídios poderia ocorrer no próprio Tribunal, como uma fase do processo judicial em que o julgador indaga sobre a negociação durante a audiência inaugural de conciliação. No levantamento elaborado para este trabalho em repertórios de jurisprudência trabalhista da década de 1980 não foi encontrado um julgado sequer que tivesse interpretado o § 4º, do art. 616 da CLT com a redação dada na reforma Süsskind como um óbice ao ajuizamento de dissídios. Ao contrário, a jurisprudência antiga e pacífica da Justiça do Trabalho (e que seria objeto de reformulação na década de

³³⁹ Nas palavras do Ministro Orlando Teixeira da Costa: “A fim de incentivar a negociação, o § 4º do artigo 616 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação que lhe foi dada pelo mencionado Decreto-lei nº 229/67, prescreveu: “Nenhum processo de dissídio coletivo de natureza econômica será admitido sem antes se esgotarem as medidas relativas à formalização da Convenção ou Acordo correspondente” (...) Condicionados, entretanto, pela tradição do intervencionismo estatal, os tribunais trabalhistas malbarataram o procedimento negocial obrigatório ao entendimento de que o mesmo poderia ser suprido pela tentativa obrigatória da conciliação, a ser feita, em juízo, pelo presidente do tribunal competente para o caso. Admitiram a exigência da negociação apenas nas hipóteses em que, pela primeira vez, fosse ajuizado, pela categoria, dissídio coletivo.” (Costa, 1989, p.372).

1990) admitia a possibilidade de que a “negociação prévia” se processasse depois de instaurado o dissídio coletivo.³⁴⁰

Crítico do posicionamento majoritário do Tribunal que “malbaratava” a exigência da negociação, Orlando Teixeira da Costa pugnava que os Tribunais trabalhistas deveriam modificar sua jurisprudência, para passar a exigir aquilo que a CLT desde 1967 já exigia: a comprovação da negociação prévia, não ao julgamento do dissídio coletivo em si, o que ocorreria necessariamente na mesa de audiências do Tribunal, em uma ou duas sessões formais, mas sim antes mesmo do ingresso do processo na Justiça. Orlando Teixeira da Costa se utilizava do texto constitucional para renovar e defender com mais ênfase sua posição, não apenas em defesa das potencialidades de autocomposição, que deveria ser vista sob uma ótica diversa (Costa, 1989, p.377), mas sobretudo dos efeitos deste incentivo na tramitação de procedimentos de heterocomposição (dissídios coletivos).

No entanto, apesar de pugnar por uma mudança jurisprudencial, Orlando Teixeira da Costa ressaltava que tal “ótica diversa” a partir da Constituição ainda deveria ser complementadas por uma legislação ordinária (1989, p.377). Ou seja, seria indispensável uma regulamentação legal infraconstitucional. E assim, nos primeiros anos após a Constituição Federal, a significação dada pela Justiça do Trabalho aos significantes contidos no § 1º do artigo 114 da CRFB de 1988 (redação originária), foi a de que o poder normativo poderia atuar decidindo o conflito se frustrada a negociação prévia à sentença, e não ao processo. Ou seja, a

³⁴⁰ Foram levantadas todas as ementas de julgamentos sobre temas de direito sindical, direito coletivo do trabalho, dissídio coletivo etc. em repertórios de jurisprudência da década de 1980. Em especial “A Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho” (Carrion) entre 1982 e 1987 e na Revista LTr, a partir de 1985. Sobre o tema, foram selecionadas duas Ementas de Acórdãos proferidos pelo TST e pelo STF: Verbete 1.706: “As gestões conciliatórias judiciais têm eficácia suficiente para sanar a falta de prévia tentativa de negociação coletiva. A norma constante do § 4º do art. 616 da CLT visa a estimular a prática da convenção coletiva mas não impedir o ingresso da categoria em juízo, via ação coletiva, especialmente quando gestões foram levadas a efeito, sem êxito, pelo suscitante, antes do ajuizamento da ação” (BRASIL, TST, ac. TP 96/82, RO-DC 540/81, Barata Silva, DJU 22.3.82, p. 2.321 *apud* Carrion, 1982). E ainda a seguinte, constante do Verbete nº 1.664: “Dissídio coletivo – necessidade de prévia postulação na esfera administrativa – § 4º do art. 616 da CLT. Não é inconstitucional o dispositivo de lei que prevê a prévia postulação na esfera administrativa, sem obstar, entretanto, manifestação do judiciário” (BRASIL, STF - RE 87.358-9- RJ, Cunha Peixoto, ac. T. Pleno, 28.5.80 p. 4.703 *apud* Carrion, 1982).

negociação prévia continuava podendo ocorrer na sessão de conciliação, dentro do próprio Judiciário. E, portanto, eram conhecidos e apreciados os dissídios coletivos ajuizados sem que as partes tivessem que comprovar a ocorrência de um processo negocial frustrado.³⁴¹

Às vésperas do quinto aniversário da Constituição de 1988, o Tribunal não mais aguardaria a regulamentação infraconstitucional. Tendo assumido a Presidência do TST, o Ministro Orlando Teixeira da Costa presidiria a sessão do Pleno do Tribunal na qual foi aprovada a Instrução Normativa nº 04, de 14 de junho de 1993, que “uniformiza o procedimento nos dissídios coletivos de natureza econômica perante a Justiça do Trabalho.”

A nova Instrução Normativa, que vigeria por uma década,³⁴² é significativa desta mudança de posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho. A partir de então, o Tribunal não mais julgaria o mérito das reivindicações laborais submetidas à sua apreciação em dissídios coletivos de natureza econômica sem que tivessem as partes comprovado a negociação prévia. Em vez de admitir a frustração da conciliação no próprio Tribunal, em audiência, como ocorria na sistemática e interpretação anterior, o Tribunal Superior do Trabalho passou a

³⁴¹ Tanto era assim que, em trabalho publicado em 1991, o Ministro Orlando Teixeira da Costa voltaria a criticar tal posicionamento do Judiciário Trabalhista: “Como ressaltamos anteriormente, no entanto, a existência da competência normativa atribuída à Justiça do Trabalho não favorece o entendimento direto e prolongado das partes, que ao primeiro arrufo, preferem provocar o pronunciamento judicial, ao invés de insistirem na parlamentação. (...) Sob a atual Constituição, a tolerância inibitória da negociação prévia já se insinua pela aceitação complacente de uma mera declaração que afirme ter havido negociação, sem qualquer prova concreta de que ela tenha, de fato, sido realizada.” (Costa, 1991, p.159).

³⁴² A Instrução Normativa nº 04/93, de 8 de julho de 1993, substituiu a Instrução nº 01, de 15 de outubro de 1982, determinou uma série de requisitos formais e procedimentais, dificultando o acesso dos sindicatos profissionais à instância normativa, ao estabelecer a necessidade de prévio esgotamento da negociação. Ver incisos I e II da Instrução: “I - Frustrada, total ou parcialmente, a autocomposição dos interesses coletivos em negociação promovida diretamente pelos interessados; ou mediante intermediação administrativa do órgão competente do Ministério do Trabalho, poderá ser ajuizada a ação de dissídio coletivo. II - Na impossibilidade real de encerramento da negociação coletiva em curso antes do termo final a que se refere o art. 616, 39, da CLT, a entidade interessada poderá formular protesto judicial em petição escrita dirigida ao Presidente do Tribunal do Trabalho a fim de preservar a data-base da categoria.”

exigir provas sobre a anterior negociação e a mediação da Delegacia Regional do Trabalho para julgar os dissídios coletivos.³⁴³

Em um primeiro momento, o Tribunal deixou de equiparar a busca de conciliação das categorias nas audiências judiciais realizadas nos dissídios como tentativa de negociação prévia e passou a extinguir tais dissídios. Exigia uma prova da tentativa de negociação prévia³⁴⁴ ao menos através de uma sessão administrativa perante a Delegacia Regional do Trabalho, para afastar o “simples vício do ‘demandismo’”.³⁴⁵

Em um segundo momento, já na segunda metade da década, aumentou-se o rigor com que o Tribunal passou a apreciar o próprio sentido do que fosse negociação prévia. Não bastava sua tentativa, era necessário sua frustração.

³⁴³ Neste sentido, Cássio Mesquita Barros: “É certo que o Tribunal Superior do Trabalho tem exercido com prudência seus poderes normativos. Consciente do significado e repercussão de suas decisões, espontaneamente se autolimitou ao expedir a Instrução Normativa nº 4, de 1994. Nessa Instrução, o C. Tribunal diz, no fundo, que *só decidirá a questão coletiva se as partes houverem negociado à exaustão e, apesar disso, permanecer o impasse.*” (Barros, 2000, p.244-245).

³⁴⁴ Jurisprudência Normativa nº 01: “Ausência de Negociação Prévia. Extinção do Processo. Nenhuma ação de dissídio coletivo de natureza econômica será admitida sem antes se esgotarem as medidas relativas à formalização da Convenção ou Acordo Coletivo, nos termos dos artigos 114, § 2º, da Constituição da República, e 616, § 4º da CLT, sob pena de indeferimento da representação inicial ou de extinção do processo, ao final, sem julgamento do mérito. O interessado que não conseguir efetivar a negociação coletiva direta com a parte contrária poderá solicitar a mediação do órgão local ou regional do Ministério do Trabalho, devendo deste obter uma ata do ocorrido. Após a manifestação do suscitado, as partes esclarecerão os pontos em relação aos quais houve acordo e as matérias litigiosas.” No início da década, tal orientação ainda comportava algumas exceções ocasionais, conforme decisão do Tribunal, sem maiores esclarecimentos dos critérios utilizados para tanto, como por exemplo, no seguinte julgado: “Ementa: Ausência de negociação coletiva autônoma, promovida diretamente pelas partes. Nem sempre, quando as partes deixam de comprovar a negociação coletiva autônoma, promovida diretamente entre elas, o processo será julgado extinto na Corte. Preliminar de extinção rejeitada por maioria. Cláusulas parcialmente deferidas ou indeferidas. Brasília, 21 de novembro de 1994.” (BRASIL, TST-DC-134.878/94.7 – SDC-1405/94. Relator: Ministro Roberto Della Manna, 1994),

³⁴⁵ Expressões do Ministro Relator Manoel Mendes de Freitas, colhidas em julgamento realizado em 22 de novembro de 1994, cuja ementa é a seguinte: “A Constituição da República confirmou, em relação à negociação coletiva e à convenção coletiva (ou acordo coletivo), o destaque que hoje merecem como instrumentos ideais de entendimento entre empregados e empregadores, na construção do clima de segurança e tranquilidade que irá reger seu relacionamento. A Justiça do Trabalho, voltada precipuamente para a paz social, não poderia esquivar-se a esse aceno de modernidade que, ao mesmo tempo, tanto se afina com sua preocupação conciliatória. Pedagogicamente e em rigorosa fidelidade ao comendo da Lei Maior, cabe-lhe desestimular o ingresso em Juízo de forma prematura e precipitada, pelo simples vício do “demandismo” ou por interesses outros que não os reais das categorias envolvidas. Preliminar acolhida para julgar-se extinto o processo, sem julgamento do mérito, por não atendido o requisito constitucional da negociação coletiva prévia ou, pelo menos, da tentativa invidiosa de sua realização.” (BRASIL. TST. RO-DC 104.632/94.9 – Ac. SDC 1.418/94. 22.11.94).

Extinguiria até mesmo processos nos quais eram trazidas atas de mediações prévias realizadas na DRT,³⁴⁶ postura que, segundo o Ministro Ives Gandra Martins Filho, caracterizava a “jurisprudência capitaneada pelo Min. Almir Pazzianotto, de restringir ao máximo o recurso aos dissídios coletivos, de modo a estimular a negociação coletiva” (2003, p. 69). As Orientações Jurisprudenciais - OJ da SDC-TST, adotadas em 1998, são o resultado de uma contínua ampliação das exigências procedimentais nos julgados e são significativas de uma exacerbação da tendência de extinção de processos sem apreciação do mérito (Tabela 2).

³⁴⁶ Tal rigor pode ser observado no levantamento feito pela autora deste trabalho, no qual foram encontrados os seguintes exemplos: 1) TST-DC- 278.642/96.4 AC. ADC-1.040/96 – 1ª Região: “Inexistem nos autos outros documentos que comprovem que as partes esgotaram as negociações relativas à formalização da Convenção ou Acordo correspondente, havendo, apenas, uma certidão da DRT, à fl. 93, assinada pela Sra. Eni Pires de Campos Ribeiro – Mediadora, atestando que fracassaram as tentativas de negociação para acordo coletivo entre as partes Suscitante e Suscitado do presente dissídio. Desta forma, restou inobservada pelo Suscitante a regra contida no § 2º do artigo 114, da Constituição vigente, e constante da Instrução Normativa nº 04/93, deste Tribunal.” Brasília, 14 de outubro de 1996. Rider de Brito - Relator. E o segundo exemplo nos autos do processo TST-DC- 94.501/93.4 – (Ac.SDC-1459/93) – TST em que foi suscitante a Federação Nacional dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo e suscitada a Federação Nacional do Comércio Varejista de Combustíveis e das Empresas de Garagens: “Tratam os assuntos de dissídio coletivo instaurados pela Federação Nacional dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo contra a Federação Nacional do Comércio Varejista de Combustíveis e das Empresas de Garagens, cujas reivindicações encontram-se alinhadas às fls. 86/99, juntamente com os demais comprovantes de procuração (fl. 6), tentativa de negociação prévia (fl. 76) realizadas por intermédio da DRT, Convenção Coletiva anterior (fls. 100/111), Atas e Listas de Presença dos associados participantes (fls. 54/66).”(...) “Relativamente à suposta negociação prévia, encontra-se unicamente uma reunião realizada nas dependências da DRT do Rio de Janeiro, para uma negociação de caráter nacional: “Reunião realizada nas dependências desta DRT em 21.09.93, às 10h.” (...) De forma que, examinando o processo, não encontrei uma real tentativa de negociação prévia. Houve uma única reunião, rapidíssima, na DRT do Rio de Janeiro, que sequer seria competente para absorver, para atrair uma negociação de caráter nacional entre duas federações nacionais.” (...) Julgo extinto o processo, por ausência de negociações prévias.” 06 de dezembro de 1993. Almir Pazzianotto Pinto - Redator Designado”.

Tabela 2 – Regras relativas à negociação prévia

CLT	Constituição de 1988	Instrução Normativa n. 04/93	Medida Provisória 1.053, de 1995, e sua conversão na Lei 10.192, de 2001 que institui o Plano Real	Orientações Jurisprudenciais da SDC TST 1998	Constituição após EC 45
<p>Artigo 616 – Os sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva.</p> <p>§ 1º (...)</p> <p>§ 2º No caso de persistir a recusa à negociação coletiva, pelo desatendimento às convocações feitas pelo Departamento Nacional do Trabalho ou órgãos regionais do MTPS, ou se malograr a negociação entabulada, é facultado aos sindicatos ou empresas interessadas a instauração de dissídio coletivo.</p> <p>§ 3º</p> <p>§ 4º Nenhum processo de dissídio coletivo de natureza econômica será admitido sem antes se esgotarem as medidas relativas à formalização da Convenção ou Acordo correspondente.”</p>	<p>Art. 114. (...)</p> <p>§ 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.</p> <p>§ 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.</p>	<p>“I - Frustrada, total ou parcialmente, a autocomposição dos interesses coletivos em negociação promovida diretamente pelos interessados; ou mediante intermediação administrativa do órgão competente do Ministério do Trabalho, poderá ser ajuizada a ação de dissídio coletivo. II – Na impossibilidade real de encerramento da negociação coletiva em curso antes do termo final a que se refere o art. 616, 39, da CLT, a entidade interessada poderá formular protesto judicial em petição escrita dirigida ao Presidente do Tribunal do Trabalho a fim de preservar a data-base da categoria.”</p>	<p>MP:</p> <p>Art. 11. Frustrada a negociação direta, as partes deverão, obrigatoriamente, antes do ajuizamento do dissídio coletivo, solicitar ao Ministério do Trabalho que designe mediador para o prosseguimento do processo de negociação coletiva.</p> <p>Lei:</p> <p>Art. 11. Frustrada a negociação entre as partes, promovida diretamente ou através de mediador, poderá ser ajuizada a ação de dissídio coletivo.</p> <p>(...)</p> <p>§ 4º Não alcançado o entendimento entre as partes, ou recusando-se qualquer delas à mediação, lavrar-se-á ata contendo as causas motivadoras do conflito e as reivindicações de natureza econômica, documento que instruirá a representação para o ajuizamento do dissídio coletivo</p>	<p>Nº 24</p> <p>“Negociação Prévia Insuficiente.</p> <p>Realização de Mesa Redonda</p> <p>Perante a DRT.</p> <p>ART. 114, § 2º, DA CF/88.</p> <p>Violação.”</p>	<p>Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:</p> <p>(...)</p> <p>§ 1º Frustrada a negociação coletiva as partes poderão eleger árbitros.</p> <p>§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convenionadas anteriormente.</p> <p>§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.</p>

Através da Instrução Normativa nº 04/93, passou-se a exigir que as entidades suscitantas apresentassem documentos que comprovassem a tentativa e a frustração da negociação coletiva antes da data-base, tais como “correspondência, registros e atas alusivas à negociação coletiva tentada ou realizada diretamente ou mediante a intermediação do órgão competente do Ministério do Trabalho” (item VII, a). Para ser conhecida, a representação para instauração da instância normativa (petição inicial) deveria indicar o quorum estatutário para deliberação em assembléia (item VI, b); expor as causas motivadoras do conflito coletivo e indicação das pretensões (item VI, c); indicar as causas que impossibilitaram a composição direta (item VI, d); apresentar as reivindicações da categoria em forma clausulada, fundamentando-as uma a uma.³⁴⁷ Além da prova da negociação prévia, outros documentos autenticados com o original seriam exigidos, como cópia do instrumento normativo anterior (item VII, b), dos livros e listas de presença dos associados na assembléia deliberativa (item VII d), e da ata da assembléia que aprovou as reivindicações ou as cláusulas e condições, observado o quorum legal (item VII, c), e outros documentos hábeis à comprovação da representatividade da assembléia.

A comprovação da representatividade exigida pelo TST é uma boa referência das transformações ocorridas. A CLT estabelece em dois dispositivos distintos regras que instituem quorum para assembléias sindicais: nos artigos 859 e 612. Abstraindo da análise que a Constituição de 1988 afirmou a faculdade de auto-organização das entidades sindicais (e, portanto, a autonomia para definição das regras de funcionamento das suas instâncias deliberativas),³⁴⁸ o Tribunal

³⁴⁷ Em julgados anteriores, o Tribunal já vinha exigindo tal fundamentação, tendo inclusive a estabelecido em um de seus precedentes normativos aprovados em 1992, sob o nº 37: “Dissídio Coletivo. Fundamentação de cláusulas. Necessidade (Positivo): Nos processos de dissídio coletivo só serão julgadas as cláusulas fundamentadas na representação, em caso de ação originária, ou no recurso.” No anexo 4 são apresentados alguns dos Precedentes Normativos (PN) do TST relativos às variáveis de auto-organização, autotutela e autonormação, bem como direito de ação. Por sua vez, as únicas exigências previstas na CLT para a representação estão contidas no artigo 858 e dizem respeito à designação e qualificação dos reclamantes e dos reclamados e a natureza do estabelecimento ou do serviço e os motivos do dissídio e as bases da conciliação.

³⁴⁸ Depois da Constituição de 1988, vários autores entendem que não foi recepcionada a exigência de quorum para a negociação coletiva, dentre os quais José Augusto Rodrigues Pinto (1998,

entendeu recepcionados tais dispositivos legais, bastante distintos, como pode-se observar de sua transcrição:

Tabela 3 - Regras da CLT relativas a quorum

Consolidação das Leis do Trabalho	
Título VI Das Convenções Coletivas de Trabalho	Título X Do Processo Judiciário do Trabalho
<p>Art. 612. Os Sindicatos só poderão celebrar Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho, por deliberação de Assembléia Geral especialmente convocada para esse fim, consoante o disposto nos respectivos Estatutos, dependendo a validade da mesma do comparecimento e votação, em primeira convocação, de 2/3 (dois terços) dos associados da entidade, se se tratar de Convenção, e dos interessados, no caso de Acordo, e, em segunda, de 1/3 (um terço) dos mesmos.</p> <p>Parágrafo único. O "quorum" de comparecimento e votação será de 1/8 (um oitavo) dos associados em segunda convocação, nas entidades sindicais que tenham mais de 5.000 (cinco mil) associados.</p>	<p>Capítulo IV – Dos Dissídios Coletivos</p> <p>Seção I – Da instauração da instância</p> <p>“Art. 859. A representação dos sindicatos para instauração da instância fica subordinada à aprovação de assembléia, da qual participem os associados interessados na solução do dissídio coletivo, em primeira convocação, por maioria de 2/3 dos mesmos, ou, em segunda convocação, por 2/3 dos presentes.”</p>

Fonte: Elaboração da autora

O artigo 859 estabelece um quorum específico para a interposição dos dissídios coletivos, mecanismo heterônomo. Subordina-se à assembléia que, em segunda convocação, não exige nenhum quorum de comparecimento, pois admite a aprovação da instauração de instância por 2/3 dos presentes. Já o artigo 612 da CLT, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-lei 229/67 (cf. 3.4.2), trata de quorum específico para a celebração de acordo ou convenção coletiva, mecanismo autônomo. A celebração de acordo ou convenção depende de comparecimento e votação, em segunda convocação, de 1/3 dos associados, reduzidos para 1/8 se for um grande sindicato. Assim, uma entidade sindical com 5.000 associados, pode reunir qualquer contingente de associados, conforme seus estatutos, para autorizar o ajuizamento de um dissídio, mas deve obter 1.667 votos favoráveis em uma assembléia para celebrar um acordo ou convenção coletiva de trabalho.³⁴⁹

p.217), Octávio Bueno Magano (1990, p.149) e José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2000, p.229).

³⁴⁹ No particular, partilha-se da construção interpretativa que entende não poder haver quorum legal para a realização de assembléias sindicais, admitindo-se, entretanto, que possa a lei

A Instrução Normativa 04/93 se referia ao quorum legal. Mas qual? Para interpor um dissídio coletivo, uma entidade sindical não necessitava de um grande comparecimento na assembléia, pois o “quorum legal” estava consubstanciado no artigo 859 da CLT e conforme já havia se consolidado na jurisprudência do TST a partir do Prejulgado 58, sendo que desde 1982 era afirmado no Enunciado de nº 177 (Resolução Administrativa 102/1982).³⁵⁰

Posteriormente, outro seria o conteúdo da locução “quorum legal”. A Seção Especializada em Dissídios Coletivos deixou de aplicar o artigo 859 para exigir a comprovação da realização de assembléias sindicais nas quais comparecessem, também em segunda convocação, no mínimo de 1/3 dos interessados, conforme art. 612 da CLT. Ou seja, passou a exigir quorum em uma assembléia de trabalhadores, não apenas para validar ou não o conteúdo das negociações realizadas como aparentemente pode indicar pela referência ao artigo 612 da CLT, mas, sobretudo, para estabelecer a “legitimação da entidade sindical”, no sentido processual do termo, assinalando a possibilidade de estar em juízo para a postulação de um direito. A afirmação de que também a instauração de instância se subordinava ao procedimento do artigo 612 terminaria sendo objeto de mais um dos instrumentos criados pelo TST para disseminar sua jurisprudência, com a edição da Orientação Jurisprudencial nº 13 da SDC-TST.³⁵¹

estabelecer requisito de validade formal específico para a negociação que estabeleça derrogação a dispositivo legal mais benéfico. Assim, admite-se a aplicação do artigo 612 como requisito de eficácia tão somente para validar acordos sobre temas que derroguem direitos individuais e coletivos presentes em lei.

³⁵⁰ Na década de 1980, em múltiplos julgamentos o Tribunal Superior do Trabalho reiteradamente afirmava a inexistência de quorum para tal assembléia, tendo em vista que admitia que em segunda convocação a aprovação do ajuizamento do dissídio se subordinaria apenas ao aceite de 2/3 dos presentes, não guardando mais relação com o número de interessados no dissídio (membros da categoria ou número de empregados da empresa que seria suscitada no dissídio), como por exemplo: “1.663. Está em plena vigência o art. 859 da CLT, cuja redação é a seguinte: “A representação dos sindicatos para instauração da instância fica subordinada à aprovação de assembléia, da qual participem os associados interessados na solução do dissídio coletivo em primeira convocação por maioria de 2/3 dos mesmos, ou em segunda convocação por 2/3 dos presentes (TST – Prejulgado 58). (Carrion, 1982, p.187).”

³⁵¹ A Orientação Jurisprudencial número 13 foi revogada em 2003, a partir de quando o Tribunal voltou a aplicar o artigo 859, apesar da revogação posterior do Enunciado 177.

Em vários julgamentos e também nas Entrevistas realizadas foram constadas críticas dos ministros quanto ao fato de as assembleias sindicais que aprovavam as pautas de reivindicações serem reuniões vazias, com poucas pessoas.³⁵² Este seria o motivo pelo qual tais processos deveriam ser extintos pela ausência de quorum, pois não teria o Sindicato legitimidade para instaurar a instância normativa. De toda sorte, a própria idéia de quorum legal com exigência de um mínimo de pessoas na assembleia sindical que autoriza a entidade a interpor um dissídio coletivo é um indicador da política judiciária levada a efeito pelo Tribunal para extinguir os processos. Em um contexto em que a Constituição afirma a autonomia sindical (e que, portanto, remete ao estatuto da entidade sindical a definição do quorum para a validade de suas deliberações), o TST, sob o argumento de incentivar a negociação coletiva direta, ampliou o controle sobre as assembleias sindicais para reduzir a legitimação processual dos sindicatos para o ajuizamento dos dissídios.

Progressivamente outras regras legais foram reinterpretadas, sempre com o objetivo de desestimular a apreciação concreta das reivindicações levadas às Cortes para julgamento. No anexo 5 foram selecionadas as Orientações Jurisprudenciais (OJ-SDC) que vieram a consolidar a jurisprudência dominante da

³⁵² Sobre o abandono da regra estabelecida no artigo 859 da CLT em favor da aplicação do dispositivo previsto no art. 612, o Entrevistado nº 01 argumentou que o artigo 859 da CLT teria sido revogado, “caiu em desuso, porque uma das maneiras de se revogar um dispositivo de lei é quando ele é incompatível com normas posteriores. (...), não é? Ademais, a senhora não acha imoral considerar (...) assembleia realizada com qualquer número, seja com duas, três, quatro pessoas? Se há um desinteresse dos trabalhadores, a Justiça do Trabalho não tem que se intrometer naquele assunto. Em matéria de dissídio coletivo, a procuração para diretoria do sindicato é dada pela assembleia, ou seja, com o quorum da assembleia. Porque se nós admitirmos um dissídio sem quorum, nós vamos admitir a greve sem quorum. Vamos admitir a terceirização do piquete. Sabe o que é a terceirização do piquete?” O Entrevistado nº 03 defendeu com ênfase a aplicação do quorum previsto no artigo 612 também aos processos de dissídio coletivo como uma forma de se exigir o “interesse geral da categoria”: “Se o sindicato não tiver condição de reunir, de fazer uma assembleia – porque não precisa fazer greve –, pode fazer uma negociação, tratar de sua assembleia, fazer uma assembleia participativa, e não como muitos dissídios, que chegavam ao Tribunal com uma lista de presença com dez pessoas, o presidente e o conselho da diretoria. Isso eu mesmo constatei várias vezes. Os Tribunais passaram por cima disso porque ficaram preocupados com a sua função, que o Orlando Teixeira da Costa chamou de função legislatória para diferenciar da função legislativa. A função dos tribunais é legislatória, que se parece com a função legislativa. Só que a legislatória, para a Justiça do Trabalho exercer sua função constitucional, tem que ficar comprovado o interesse geral da categoria.”

Seção de Dissídios Coletivos do TST.³⁵³ Um sindicato intermunicipal ou estadual, por exemplo, passou a ser obrigado a fracionar sua assembléia em tantos quantos fossem os municípios de sua base territorial, mesmo que tivesse atingido o quorum do artigo 612 exigido pelo Tribunal em sessões realizadas apenas na capital ou em três ou quatro localidades mais expressivas.³⁵⁴

Se as entidades conseguissem reunir um terço dos associados em tantas assembléias quantos fossem os municípios integrantes de sua base territorial, ainda assim poderiam sofrer as conseqüências da extinção. O Tribunal passara a exigir que os editais de convocação para tal Assembléia tivessem sido publicados em jornal que circulasse em cada um destes municípios,³⁵⁵ devendo fazer prova de tal abrangência do órgão de imprensa, além de respeitarem as regras estatutárias concernentes ao interregno entre a publicação e a assembléia.³⁵⁶ Porém, mesmo se tudo isto fosse ultrapassado, não se admitiria a representação da instância se nela não constasse o número de associados inscritos no sindicato para efeitos de

³⁵³ As OJ foram aprovadas em 1998. No quadro anexo (nº 5) indica-se quais foram revogadas em 2003, com o encerramento deste ciclo jurisprudencial, e se destaca, na coluna à direita, os julgamentos anteriores que teriam fundamentado a edição de cada uma daquelas OJ, sendo quase todos da segunda metade da década de 1990. Há que se observar que várias OJ foram editadas sem que o Tribunal tenha indicado um único julgado anterior naquele sentido, caso em que é realizado com a expressão “sem fonte”.

³⁵⁴ Conforme Orientação Jurisprudencial 14, *in verbis*: “Sindicato. Base territorial excedente de um município. Obrigatoriedade da realização de múltiplas assembléias. Se a base territorial do Sindicato representativo da categoria abrange mais de um Município, a realização de assembléia deliberativa em apenas um deles inviabiliza a manifestação de vontade da totalidade.” (BRASIL, TST, Orientação jurisprudencial SDC n. 14)

³⁵⁵ Cf OJ 28 “Edital de convocação da AGT. Publicação. Base territorial. Validade. O edital de convocação para a AGT deve ser publicado em jornal que circule em cada um dos municípios componentes da base territorial” e OJ nº 29: “Edital de convocação e ata de assembléia geral. Requisitos essenciais para instauração de dissídio coletivo. O edital de convocação da categoria e a respectiva ata da AGT constituem peças essenciais à instauração do processo de dissídio coletivo.” (BRASIL, TST, Orientação jurisprudencial SDC n. 28)

³⁵⁶ Cf OJ 35: “Edital de convocação da AGT. Disposição estatutária específica. Prazo mínimo entre a publicação e a realização da assembléia. Observância obrigatória. Se os estatutos da entidade sindical contam com norma específica que estabeleça prazo mínimo entre a data de publicação do edital convocatório e a realização da assembléia correspondente, então a validade desta última depende da observância desse interregno.” (BRASIL, TST, Orientação jurisprudencial SDC n. 35)

verificação de quorum, gerando a presunção da sua inexistência, bem como se não fosse transcrita no corpo da ata a íntegra da pauta de reivindicações aprovadas.³⁵⁷

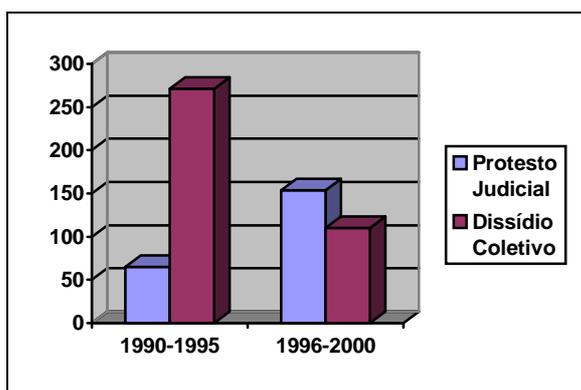
Um outro aspecto interessante a demonstrar o protagonismo do Tribunal Superior do Trabalho no exercício de sua prerrogativa regulamentar é o surgimento de uma prática processual inédita: o ajuizamento de protesto judicial para assegurar a data-base e a manutenção das cláusulas estabelecidas no instrumento normativo anterior. Em um sistema de relações coletivas sem ultratividade das regras pactuadas, a interposição do dissídio coletivo dentro dos sessenta dias anteriores ao termo final do acordo/convenção ou sentença normativa tinha como objetivo evitar a chamada “perda da data-base”, e garantir que o novo instrumento pudesse ter vigência assegurada desde o dia imediato ao final da anterior, evitando o vácuo normativo (§ 3º do artigo 616 da CLT). Desta forma, para categorias que praticavam a negociação direta, a interposição do dissídio coletivo na data-base por vezes era um recurso jurídico utilizado não com o intuito de obter uma conciliação ou uma sentença normativa, mas simplesmente um instrumento unilateral que possibilitava a manutenção da data-base e possibilitava a continuidade das reuniões de negociação sem fragilizar a posição da entidade sindical dos trabalhadores. Assim, diante do prazo legal, dissídios coletivos eram propostos quando o processo negocial direto ainda estava em curso e, portanto, seria impossível comprovar a frustração prévia da negociação.

Com a releitura das regras dos dissídios, decidiu o Tribunal estabelecer na IN nº 04/93 o recurso a um novo procedimento: o protesto judicial, admitido na hipótese de impossibilidade real de encerramento da negociação coletiva antes da data-base. Na fundamentação dos acórdãos catalogados no Banco de Dados elaborado para este trabalho, não foi encontrada qualquer referência a protestos judiciais até março de 1993, sendo que após a IN nº 04, em 17% dos julgamentos de dissídios de interesse suscitados por categorias profissionais, os ministros se

³⁵⁷ Cf OJ 21: “Ilegitimidade ‘ad causam’ do Sindicato. Ausência de indicação do total de associados da entidade sindical. Insuficiência de ‘quorum’ (art. 612 da CLT)” e Orientação Jurisprudencial nº 8: “Dissídio coletivo. Pauta reivindicatória não registrada em ata. Causa de extinção. A ata da assembléia de trabalhadores que legitima a atuação da entidade sindical respectiva em favor de seus interesses deve registrar, obrigatoriamente, a pauta reivindicatória, produto da vontade expressa da categoria.” (BRASIL, TST, Orientação jurisprudencial SDC n. 21)

referiram expressamente à utilização prévia do protesto nos casos. Antes de o TST instituí-lo como alternativa processual, apenas dois únicos protestos foram localizados naquele Tribunal.³⁵⁸ O remédio processual, entretanto, se disseminaria e na segunda metade da década o TST ultrapassou o número de dissídios coletivos interpostos (gráfico abaixo)

Figura 12 - Protesto Judicial e Dissídios Coletivos autuados no TST (1990-2000)



1990		1991		1992		1993		1994		1995		1996		1997		1998		1999		2000	
PJ	DC																				
0	84	0	93	2	43	13	26	25	36	25	25	33	21	46	33	25	19	26	15	24	22

Fonte: elaboração da autora a partir de dados obtidos no TST.

Como medida cautelar específica, não há necessidade de interposição de dissídio posterior para confirmá-lo se em 30 dias a negociação foi concluída com êxito. É possível que uma categoria proteste e não suscite o dissídio, que formule o protesto e o dissídio, ou que simplesmente suscite o dissídio, sem protesto judicial anterior.

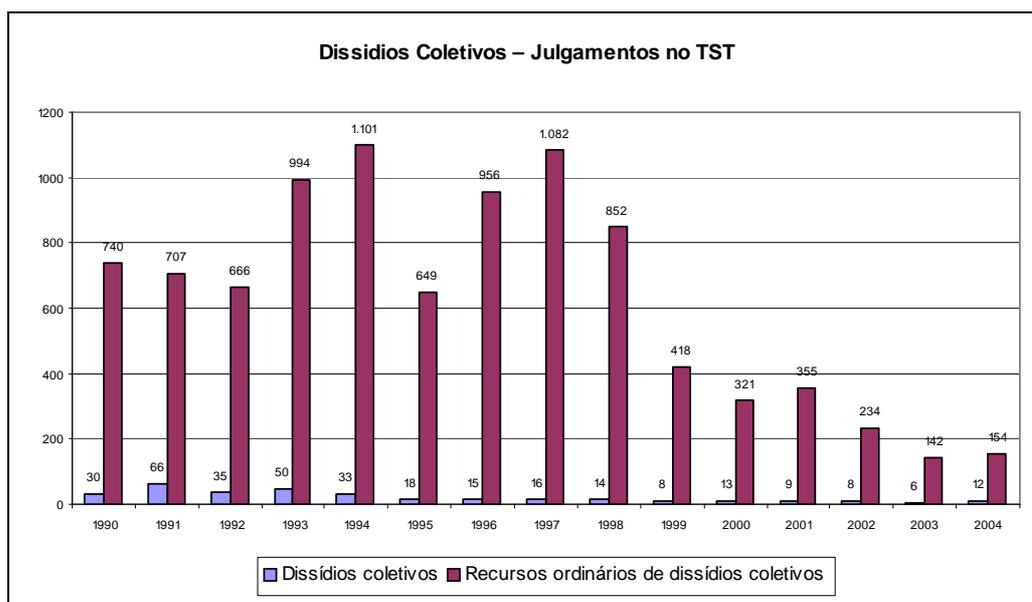
Não é o caso aqui de examinar ponto a ponto todos os requisitos estabelecidos nos anos 1990, que tornaram quase impossível aos sindicatos de trabalhadores ajuizar um dissídio coletivo que fosse conhecido e apreciado em seu mérito pelas cortes laborais, redundando em uma sentença normativa. O que

³⁵⁸ Conforme dados numéricos disponíveis, fornecidos pela Subsecretaria de Estatística do TST à autora em 14/10/2005.

interessa neste trabalho é registrar que mais que uniformizar, a Instrução Normativa nº 04 é um marco em um conjunto de reorientações dos posicionamentos do Tribunal Superior do Trabalho em matéria de dissídios coletivos, que contribuiu de modo decisivo para a modificação estrutural do sistema de soluções de conflitos no Brasil, com a diminuição do número de sentenças que efetivamente se apresentam como instrumentos normativos de trabalho.

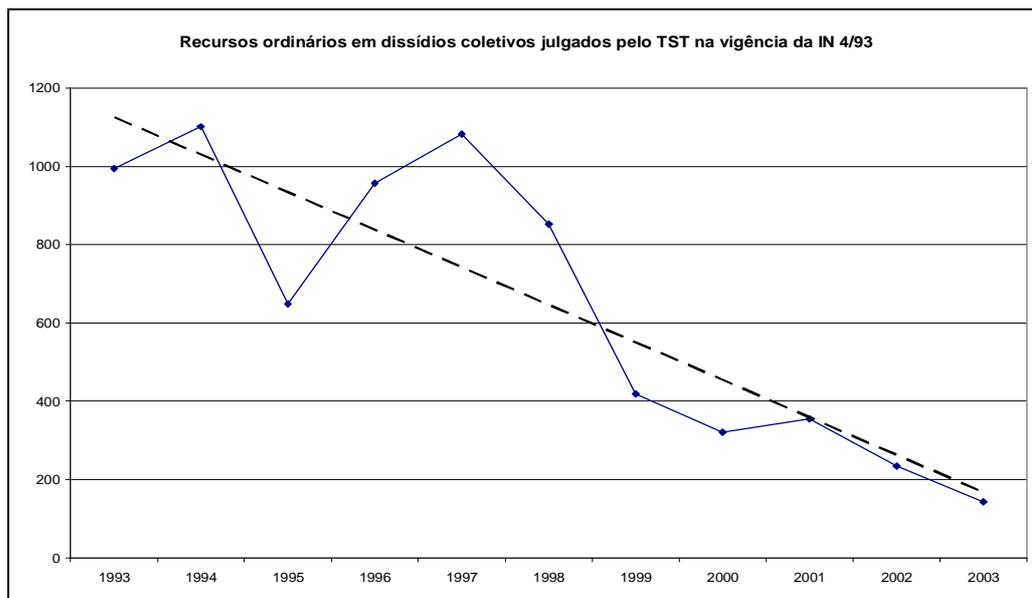
Os gráficos apresentados nas Figuras 13, 14 e 15 permitem uma visão ampla do comportamento dos julgamentos e ajuizamentos de dissídios coletivos. Na Figura 14 observa-se que no cenário da edição da Instrução Normativa 04/93 o Tribunal Superior do Trabalho julgaria um quantitativo expressivo de Recursos Ordinários em Dissídios Coletivos – RODC, que se manteve alto até 1998, ano da consolidação das Orientações Jurisprudenciais.

Figura 13 – Dissídios Coletivos – Julgamentos no TST



Fonte: Elaboração da autora a partir de dados fornecidos pelo Setor de Estatísticas do TST (2005).

Figura 14- Recursos ordinários em dissídios coletivos julgados pelo TST na vigência da IN 4/93



Fonte: Elaboração da autora a partir de dados fornecidos pelo Setor de Estatísticas do TST (2005).

Ainda são poucas as pesquisas que examinam especificamente a atuação do TST nesta retirada parcial de cena no âmbito dos conflitos coletivos. Segundo Carlos Henrique Horn (1999, 2006), a inflexão na conduta do TST, ao exigir um maior rigor no exame dos requisitos para interposição dos dissídios coletivos, iniciada no final dos anos 1980, se exacerbou na década de 1990. Não decorreria de mudança nos textos legais conquanto a maior parte dos requisitos exigidos já constaria da CLT há muitos anos, embora só viesse a ser exigido com maior severidade pelos Tribunais na década de 1990. Outras exigências também extrapolariam as regras legais existentes, “impondo requisitos adicionais para a instauração da instância” (Horn, 1999, p.16), motivo pelo qual o autor conclui ter havido uma mudança de conduta judiciária que resultou na redução de instrumentos normativos provenientes deste mecanismo de solução heterônoma dos conflitos coletivos.³⁵⁹

³⁵⁹ “Vale dizer, a mudança de conduta do TST nos anos 1990 manifestou-se não apenas na exigência do cumprimento das normas já existentes, das quais não se reclamava satisfação, mas também na edição de outras normas que, em síntese, tornaram o recurso à solução jurisdicional do conflito coletivo um ato bastante mais formalizado do que era nos anos 1980. Como consequência, aumentou o número de processos de dissídio coletivo extintos sem julgamento de mérito nos tribunais estaduais e no TST.” (Horn, 1999, p. 16)

Dois dos entrevistados refutaram a idéia de ter ocorrido uma releitura das regras consolidadas nos anos 1990. O primeiro, no entanto, afirmou que anteriormente o Tribunal não aplicava as regras que passou a colocar em prática na década de 1990, relacionando a redução do número de dissídios com tal rigor processual.³⁶⁰ O terceiro entrevistado também negou a releitura das regras e a relação entre as exigências procedimentais e a redução do número de dissídios, embora tenha sido enfático ao afirmar que anteriormente “os Tribunais passariam por cima” das exigências formais adotadas pelo TST de sua época. Para este Entrevistado nº 03, a queda do número de dissídios se relaciona com a crítica dos segmentos sindicais ligados à CUT ao poder normativo e a seu movimento em prol do contrato coletivo de trabalho.³⁶¹

O Entrevistado nº 02, entretanto, não só criticou o que chamou de excessivo rigor da jurisprudência formalista do TST aprofundada ao longo da década de 1990, como relacionou tal posicionamento com a quase extinção do poder

³⁶⁰ Indagado sobre se a Instrução nº 04/93 teria reinterpretado regras, criando novas normas, o Entrevistado nº 01 foi incisivo no sentido de que ela “mostrou a prevalência da negociação, não é isso? Não posso ir para a Justiça do Trabalho sem negociação.” (...) “Ela aplicou a norma de 67” (...). Sua leitura é de que na década de 1990 o Tribunal passou a cumprir uma regra de 1967, que “não ia sendo cumprida. Agora, é claro que no regime militar não havia condições políticas de cumprir. Eu me lembro de uma assembléia dos químicos, (...) eu disse olha, compareceram cinco pessoas. Dois trabalhadores, dois dirigentes, um trabalhador... um advogado e um agente do Dops. As pessoas tinham medo, não é? As pessoas tinham medo. Então, também, a justiça seria por demais rigorosa se exigisse que tivesse. Não é isto? Agora, com a redemocratização, ela tinha todo direito de, olha, faça uma assembléia, mostre que vocês têm vitalidade, vocês são uma organização atuante.”

³⁶¹ Conforme trechos do depoimento do Entrevistado 03: “Não foi bem isso. Essa foi uma das conseqüências. Na verdade, o sistema da negociação coletiva e do dissídio – dentro da tradição do Direito do Trabalho brasileiro e acho que de toda a América Latina – é o da comprovação do interesse geral da categoria na modificação daquelas condições de trabalho que estão vigentes no contrato de trabalho direto ou na negociação anterior. O princípio, a autorização, pelo menos era a ótica que eu tinha do direito coletivo e ainda é essa. Para se fazer uma negociação, fazer uma greve, exigir um novo modelo jurídico através de uma manifestação de força de greve, ou através da intervenção do estado por intermédio do Tribunal do Trabalho, tem que ficar bem comprovado que há um interesse geral da categoria, e não de um grupo de sindicalistas que querem figurar mais no noticiário político, na mídia, e manter sua posição de liderança do movimento. Então, o que acontecia é que estava havendo um enfraquecimento, um total afastamento das exigências constitucionais e legais. De repente, o Tribunal começou a perceber que tínhamos dissídios coletivos e até greves decretadas por assembleias de dez pessoas. Esse foi o espírito norteador: primeiro, o que se tem que comprovar num dissídio coletivo, numa negociação. Por que o sindicato tem que obrigar o empregador a sentar à mesa de negociação, fazer uma negociação para pensar um novo modelo de norma coletiva da categoria, se a maioria da categoria, a categoria de fato interessada, está absolutamente fora daquela realidade?” (...)

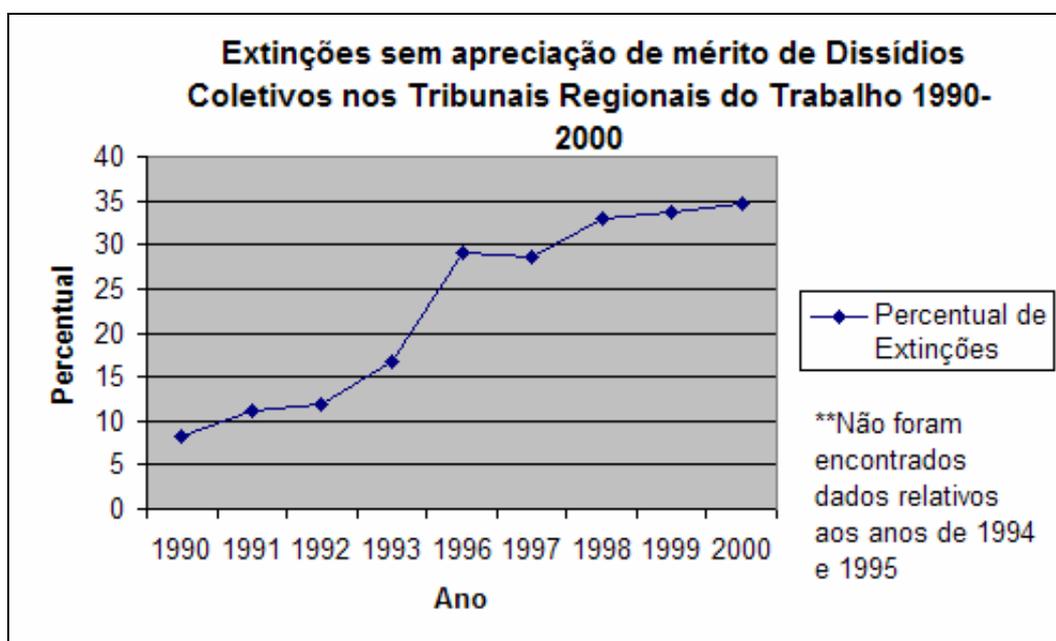
normativo da Justiça do Trabalho.³⁶² Oriundo de uma composição anterior e tendo se afastado do TST antes que o Tribunal aprofundasse a tendência à extinção dos processos, a ponderação do Entrevistado nº 02 é reveladora de uma certa perplexidade que antigos personagens da área jurídica demonstraram diante da mutação da jurisprudência do Tribunal.³⁶³ Outros juristas liberais, como Octávio Bueno Magano, viram na edição da Instrução Normativa nº 04 uma manifestação concreta da tendência de diminuição do intervencionismo do Estado na economia, antecipando-se ao rumo que seria adotado logo em seguida pelo governo Federal

³⁶² “E foi o que levou finalmente a um exagero e praticamente extinguiu o dissídio coletivo. Porque com essa obrigação de composição prévia, atender à regra mínima, aos mínimos detalhes da legislação, tem que ter tantos na assembléia, audiência prévia na delegacia, minúcias e minúcias que deveriam ser suprimidas pela prática, foram adotadas pelo Tribunal depois que eu saí, para extinguir sumariamente os dissídios coletivos. Com isso, praticamente parou o poder normativo da Justiça do Trabalho, porque era uma coisa danosa. Mas foi também um reflexo daquela tentativa da Constituinte de se extinguir praticamente a Justiça do Trabalho, incorporando a parte superior da Justiça, o TST, ao STJ numa câmara do STJ, ou coisa equivalente. Não se concretizou efetivamente a proposta, que era essa: extinguir o TST e transformar os ministros em membros de uma câmara do STJ que julgariam matérias da legislação do trabalho. Evidentemente, isso aí representaria a extinção da Justiça do Trabalho. Mas conseguiu-se manter a Justiça do Trabalho íntegra como está e com novos poderes que vieram através da Emenda 45, que foi um passo bem agigantado. Eu estimo que doravante possa o TST, através dos conselhos etc., normatizar melhor certas deficiências que ainda existem, fazendo a lei mais moderna, mais dinâmica. E o que não for de sua competência, o Poder Legislativo fazer uma lei mais dinâmica do que essa que aí está.” Tal diagnóstico é coerente com a posição do Entrevistado nº 02 em defesa do poder normativo, criticado pelos outros Entrevistados. Embora este ex-Ministro tenha caracterizado muitas reivindicações de dissídios de trabalhadores como “ridículas”, defendeu o poder normativo aplicado de modo parcimonioso: “Então eu acho preponderante a Justiça do Trabalho ter poder normativo. Eu não quero é que o poder normativo seja de tal maneira amplo que, através de decisões que não se ajustem bem à necessidade econômica, possa prejudicar o desenvolvimento econômico do país, onerá-lo excessivamente. Não pode haver um Estado dentro de outro Estado. O Estado brasileiro é o Estado constituído legalmente, os três Poderes: Legislativo, Judiciário e Executivo.”

³⁶³ No artigo publicado em janeiro de 1995, intitulado “TST, na prática, reduz sua competência”, José Alberto Couto Maciel, advogado empresarial com atuação no TST, registra sua perplexidade: “Advogando no Tribunal Superior do Trabalho desde o dia de sua instalação nessa Capital, vejo, consternado, como a Egrégia Corte, mediante orientação jurisprudencial própria, está cada vez mais abdicando de sua competência. (...) Mais ainda, está o Tribunal Superior do Trabalho, exigindo que a negociação fique comprovada à exaustão, mas como essa negociação quase nunca é concluída, exatamente frente ao poder normativo, tem o TST extinguido quase todos os recursos em dissídios coletivos sem julgar o mérito dos processos. Mas como exigir o comprovante da negociação, se a parte, na forma do art. 114 da Constituição, pode se recusar a ela? (...) Assim, resumindo, a Seção de Dissídios Coletivos do TST, ou tem aplicado jurisprudência sumulada, ou tem extinguido os processos, sendo raras as cláusulas novas discutidas e aplicadas segundo o poder normativo que tanto enobrece essa Justiça especializada” (Maciel, 1995, p.32). “É preciso, pois, dizer ao Tribunal Superior do Trabalho que não é com Súmulas, Enunciados, não admissão, extinção sem julgamento do mérito e outras formas de atuação, embora válidas formalmente como prestadoras de jurisdição, que será reduzida a carga processual enorme, que se amplia diariamente” (Maciel, 1995, p.33).

com as medidas provisórias de desindexação salarial e medidas para realçar a mediação.³⁶⁴ A edição da IN foi um marco, sem sombra de dúvida, mas ao se observar a curva de extinções de processos sem apreciação de seu mérito verifica-se que no segundo quinquênio da década houve um crescimento de decisões neste sentido, o que de certa forma explica por que o Ministro Ives Gandra atribui a Almir Pazzianotto a liderança de um movimento jurisprudencial para restringir os dissídios (Martins Filho, 2003, p.29). A Figura 15 demonstra como a tendência à extinção se espalhou pelos Tribunais Regionais do Trabalho, em movimento contrário ao de interposição de dissídios no país.

Figura 15 – Extinções, sem apreciação de mérito, de Dissídios Coletivos nos TRT entre 1990 e 2000



Fonte: Elaboração da autora com dados obtidos no TST.

³⁶⁴ “Sucede que, a partir da queda do muro de Berlim, ocorrida em 9 de novembro de 1989, e do sucessivo esfacelamento do mundo socialista, o intervencionismo estatal perdeu muito de seu prestígio. Passou, em conseqüência, a ganhar força a tendência no sentido da livre atuação dos diversos agentes da sociedade civil, o que, na área trabalhista, refletiu-se no crescente prestígio dos procedimentos de autocomposição. Manifestação concreta da apontada tendência consubstanciou-se na Instrução Normativa nº 04, do Tribunal Superior do Trabalho, de 8 de junho de 1993, em que se deu efeito prático à regra do § 2º, do art. 114, da Constituição, segundo a qual nenhum dissídio coletivo pode ser ajuizado sem a exaustão dos esforços das partes, no sentido da autocomposição. Dando ainda maior ênfase à tendência em foco, o Governo editou medidas provisórias procurando banir a indexação salarial e realçar a importância da mediação para a solução de conflitos coletivos.” (Magano, 2001, p.107)

O exame dos precedentes normativos também pode ser um bom indicador do posicionamento do Tribunal, pois estabelece um parâmetro de possíveis decisões sobre reivindicações específicas que se sucedem no tempo. Criados em 1986 como resposta do Tribunal ao “aumento da demanda por sua atuação mediadora ou de arbitragem de conflitos” em um período de efervescência sindical (Horn, 1999, p.22), serviam como parâmetro para as negociações,³⁶⁵ e sofreram duas grandes revisões, em 1992 e 1998. Em estudo no qual apresentou uma metodologia específica para análise do conteúdo dos precedentes normativos, Carlos Henrique Horn observa que a distribuição dos precedentes no tempo indica uma pequena vantagem de regras benéficas para os sindicatos dos trabalhadores, mas quando se considera ser qualitativamente diverso revogar precedente negativo e precedente positivo pode-se concluir que “a mudança ocorrida entre os anos 1980 e o final dos 1990 mostra um viés contrário aos sindicatos de trabalhadores” (1999, p.14). A atuação do Tribunal nos anos 1980, por sua vez, teria dado ensejo a interpretações opostas, que sustentam, de um lado, que a edição dos precedentes que indicariam limites de um possível julgamento atuaria como freio que justificava uma contenção das reivindicações de sindicatos com maior poder de pressão; e, de outro, que os precedentes serviam como elemento de disseminação das reivindicações conquistadas por categorias mais fortes aos sindicatos considerados mais fracos (Horn, 1999, p.27).

O exame dos precedentes negativos e positivos acerca das Relações Coletivas de Trabalho demonstra um Tribunal muito contido no estabelecimento de direitos sindicais através da atuação normativa (Horn, 1999, p.27-28). Mas ainda que não concedesse locais para fins de campanhas de sindicalização e outros direitos sindicais, e fosse muito mais tímido do que almejavam os sindicatos dos trabalhadores, nos anos 1980 - do ponto de vista do processo de atribuição de significados aos enunciados legais existentes na sua atuação jurisdicional - o

³⁶⁵ “Os precedentes normativos não são neutros quanto à solução dos conflitos trabalhistas. Fora do processo de dissídio coletivo, os precedentes servem como referência fundamental para as partes. Estas, ao negociarem cláusulas de um acordo coletivo, convivem com a sombra do judiciário trabalhista. Sabem que, ao se recusarem a negociar ou no caso de um impasse em que uma das partes recorre à arbitragem do tribunal, haverá, em caso de julgamento de mérito do dissídio, a estipulação de determinadas regras (precedentes positivos) e a recusa de outras (precedentes negativos).” (Horn, 1999, p. 22).

Tribunal se comportou de forma mais consentânea com os interesses dos sindicatos dos trabalhadores na apreciação de temas sindicais em sentido estrito (como será analisado na próxima seção) que nos anos 1990.

Em 1998, vários precedentes normativos foram cancelados pelo TST. Há leituras que salientam que tal cancelamento visaria a abrir mais espaço para as negociações coletivas (Barros, 2001, p.240). Para um dos ex-ministros entrevistados, que à época não mais integrava o TST, a revisão dos precedentes em 1998 teve como objetivo adequá-los a julgado do Supremo Tribunal Federal que decidira manter a configuração do poder normativo da Justiça do Trabalho em parâmetros semelhantes àqueles traçados nas Constituições anteriores, apesar da alteração textual.³⁶⁶ De toda sorte, das entrevistas sobressai uma avaliação de que no passado os julgamentos teriam se excedido em acatar reivindicações.

No conjunto de acórdãos examinados, as múltiplas decisões foram decompostas e agrupadas nas seguintes variáveis: homologação de acordo, deferimento, provimento parcial, indeferimento, não conhecimento e outras decisões. As tabelas 4 e 5 e a figura 16 demonstram a incidência de tais decisões, considerando-se separadamente os dissídios interpostos por trabalhadores ou empregadores. A incidência de acordos e de indeferimentos é semelhante nos dissídios propostos por ambas as categorias, o que não ocorre quando se trata de avaliar o grau de processos deferidos e não conhecidos.

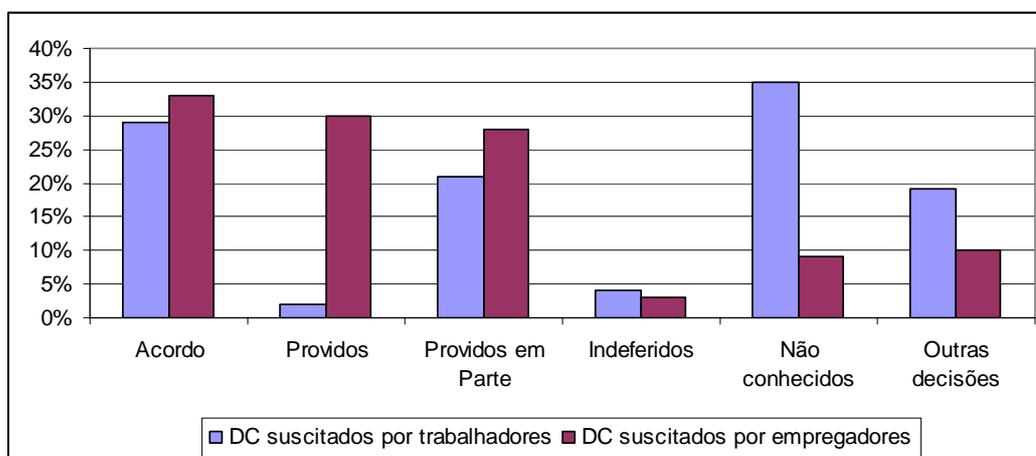
³⁶⁶ Diversamente do texto originário de 1988, na Constituição de 1967, seguindo a tradição anterior, o poder normativo estava limitado aos termos fixados em lei: “Art 134 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e as demais controvérsias oriundas de relações de trabalho regidas por lei especial. § 1º - A lei especificará as hipóteses em que as decisões nos dissídios coletivos poderão estabelecer normas e condições de trabalho.”

Tabela 4 - Julgamentos em Dissídios Coletivos no TST (originários) suscitados por categorias profissionais entre 01/01/1990 e 31/12/2000

Homologação de acordo	51	29%
Providos ou deferidos	3	2%
Providos em parte	38	21%
Indeferidos	8	4%
Não conhecidos	63	35%
Outras decisões	33	19%

Fonte: Elaboração da autora a partir de dados coletados no TST³⁶⁷

Figura 16 - Julgamentos em Dissídios Coletivos no TST suscitados por categorias profissionais entre 01/01/1990 e 31/12/2000



Fonte: Elaboração da autora a partir de dados coletados no TST

Tabela 5 - Julgamentos em Dissídios Coletivos no TST (originários) suscitados por categorias econômicas entre 01/01/1990 e 31/12/2000

Homologação de acordo	22	33%
Providos ou deferidos	20	30%
Providos em parte	19	28%
Indeferidos	2	3%
Não conhecidos	6	9%
Outras decisões	7	10%

Fonte: Elaboração da autora a partir de dados coletados no TST 368

³⁶⁷ Dentre 178 processos ajuizados por entidades representativas das categorias profissionais, foram encontradas 196 decisões. Como em um único processo é possível que tenha havido uma homologação de acordo (parcial) e um indeferimento (por exemplo), admitiu-se resposta múltipla, motivo pelo qual o total é maior que 100%.

As decisões se distanciam quando se trata de provimento total, hipótese que representou 30% dos dissídios suscitados pelas empresas, e em casos de “não conhecimento”, em que chegam a 35% no universo dos julgamentos em dissídios suscitados pelos empregados (contra 2% e 9%, respectivamente). No primeiro caso, é possível supor que os empregadores tenham encontrado no TST um campo mais fértil para suas reivindicações que os empregados. Pode-se objetar, entretanto, que o tipo de processo mais manejado pelos empregadores (dissídio de natureza jurídica) seja mais suscetível a tal provimento integral, enquanto o tipo de pedido formulado em dissídios de natureza econômica comporte mais decisões do tipo provimento parcial. De toda sorte, a soma dos casos de provimento parcial e total indica que os empregadores foram mais beneficiados com este tipo de decisão que os empregados.

No que concerne ao não conhecimento dos dissídios, a diferença permite afirmar que as chances de um processo movido pelos trabalhadores não ser conhecido pelo Tribunal foi muito superior que os de empregadores. Em outra linha de argumentação é possível aduzir que os empregadores tenham acesso a assessorias jurídicas mais qualificadas que os trabalhadores, o que significaria dissídios mais bem elaborados. De toda forma, é bem razoável supor que o tipo de processo mais movido pelos trabalhadores (dissídios de natureza econômica) seja mais complexo e difícil de ser admitido pelo TST que os dissídios de natureza jurídica. Ou ainda que o TST não os tratou com mesmo rigor. A favor deste argumento há a mudança na posição do Tribunal, que deixou de exigir a negociação prévia como condição essencial para a admissão dos dissídios de natureza jurídica, ao mesmo tempo em que ampliava o rigor na avaliação do mesmo requisito nos casos de dissídios de interesse.³⁶⁹

³⁶⁸ Foram examinados 67 processos, e como é possível que haja mais de uma decisão em cada (admitindo-se resposta múltipla neste critério) a soma dos percentuais é maior que 100%.

³⁶⁹ OJ – SDC – TST nº 06 (cancelada posteriormente): “Dissídio Coletivo. Natureza Jurídica. Imprescindibilidade de realização de assembléia de trabalhadores e negociação prévia. O dissídio coletivo de natureza jurídica não prescinde da autorização da categoria, reunida em assembléia, para legitimar o sindicato próprio, nem da etapa negocial prévia para buscar solução de consenso.”

Os dissídios coletivos tornaram-se praticamente insignificantes no contexto geral das Relações Coletivas de Trabalho. Embora o resultado deste fenômeno possa parecer positivo, pois indica como o equacionamento dos conflitos pode se dar de modo menos heterônomo, o que interessa nesta pesquisa é a percepção de como o Tribunal contribuiu para tanto. Como não é objetivo deste trabalho examinar a plêiade de motivos políticos e sociológicos que levaram a tal redução,³⁷⁰ e sim aqueles relativos à atuação do TST, saliente-se que nas decisões analisadas se verificou a) um crescimento do formalismo do procedimento coletivo, b) um alto número de processos interpostos por categorias profissionais que não foram conhecidos, e c) na segunda metade da década uma queda no percentual de julgados que redundavam em correções de salário, com o aumento dos casos em que o julgamento da cláusula econômica resultou apenas no pagamento de um abono fixo, sem correção salarial ou em que a reivindicação econômica simplesmente não foi conhecida (43,48% e 21,74% após julho de 1995, respectivamente).

Os discursos públicos dos ministros nos primeiros anos da década de 1990 permitem indagar se a contenção na admissão dos dissídios em um contexto de forte crítica sindical ao poder normativo visava a preservar o Tribunal naquele ambiente de pregação em prol do contrato coletivo de trabalho e de extinção do poder normativo, mas também possibilitam articular as restrições feitas pelo Tribunal com a busca pela redução do número de processos. Teria o TST recuado para tentar resguardar suas prerrogativas normativas, em um contexto de forte

³⁷⁰ A autora deste trabalho concorda, no particular, com o diagnóstico de José Nascimento Araújo Neto, que em sua dissertação de mestrado defendida nesse Departamento de Direito afirmou ser “evidente que a decadência do Poder Normativo – se é que este instituto viveu um efetivo momento de grandeza – está vinculada ao esgotamento de um determinado modelo jurídico” (Araújo Neto, 2006, p.90), mas não deixou de relacionar dentre os inúmeros fatores que contribuíram para tal decadência, a atuação dos próprios tribunais. O magistrado carioca arrola dentre cinco “fatores de definhamento do Poder Normativo” e do enfraquecimento das entidades sindicais os seguintes: “A atuação dos Tribunais Superiores, marcadamente o TST e os Tribunais Regionais do Trabalho, os quais, por timidez ou despreparo, formulavam soluções que ficavam muitas vezes aquém do que determinadas categorias obtinham através da negociação direta, o que só contribuiu para aumentar o crônico sentimento de desconfiança dos agentes sociais – trabalhadores e empresários – em relação à capacidade do Judiciário Trabalhista de desempenhar um papel eficiente na regulamentação das relações laborais. Finalmente, e este ponto contém uma evidente conexão com o anterior – a competência das categorias profissional e econômica na autocomposição dos conflitos coletivos aumentou consideravelmente na década passada, tornando dispensável a intervenção estatal.” (Araújo Neto, 2006, p.89).

crítica à sua atuação ou teria recuado diante da assimilação de valores mais liberais? Tais hipóteses parecem plausíveis. Como não houve uma recusa sistemática do TST em seu papel de arbitrar conflitos, Carlos Henrique Horn conclui pela ambigüidade da postura do Tribunal a respeito do exercício do poder normativo, realçando que comparativamente aos anos 1980 houve um maior grau de recusa no exercício da competência normativa (Horn, 1999, p.29). E que a mudança no comportamento do Tribunal não é neutra, pois produz efeitos que devem ser contrastados com o ambiente mais amplo das negociações coletivas realizadas no país, afirmando que “Se isto é correto, o aumento do grau de recusa da JT em exercer sua competência normativa ocorreu justamente numa conjuntura de enfraquecimento generalizado do poder regulador dos sindicatos” (Horn, 1999, p.30-31).

Tabela 6 - Mudanças no exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho e negociações coletivas – 1980-90

Período	Exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho	Ambiente geral das negociações coletivas sob o ângulo dos sindicatos de trabalhadores	Efeitos gerais sobre as negociações sob o ângulo dos sindicatos de trabalhadores	
			Sindicatos “fortes”	Sindicatos “fracos”
Anos 80	Mais intenso	Melhor	Limitação das demandas e dos resultados	Aumento do patamar de direitos
Anos 90	Menos intenso	Pior	Limitação das demandas e dos resultados	

Fonte: Horn, 1999.

O estímulo à negociação coletiva foi o principal argumento utilizado pelos ministros em suas decisões e manifestações. Mas que negociação coletiva e com que recursos de poder? Para além do poder normativo, como a jurisprudência do Tribunal lidou com a autonomia coletiva?

5.4.

Contratualização falaciosa das Relações Coletivas de Trabalho: a autonomia coletiva nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho

Nas fundamentações utilizadas nos julgados, o Tribunal Superior do Trabalho buscava afirmar a implantação de uma postura judiciária que envolvesse o estímulo à negociação coletiva. Em um segundo momento, tal postura teria evoluído para uma valorização do resultado das negociações como reconhecimento da autonomia coletiva, como se verá a seguir.

Por um lado, o estímulo à negociação simplesmente correspondia a uma determinada retração na utilização do poder normativo em um tempo no qual posturas ideológicas distintas postulavam pelo afastamento da atuação dos Tribunais como árbitros obrigatórios dos conflitos coletivos. Mas ao longo do segundo quinquênio dos anos 1990, quando a reforma trabalhista rumou no sentido de atribuir à negociação coletiva maiores funções, com a introdução de mecanismos legais específicos de indução à flexibilização negociada, o Tribunal Superior do Trabalho seguia em paralelo, atribuindo aos acordos e convenções a possibilidade de dispor de direitos estabelecidos, independentemente de previsão legal especificada.

5.4.1.

Autonormação: a valorização de uma certa autonomia privada coletiva

Embora em períodos anteriores o Tribunal tenha sido chamado a apreciar casos nos quais se discutia uma eventual incompatibilidade entre regras legais e convencionais, o debate que atribuiu relevância às possibilidades e limites dos acordos e convenções coletivas disporem sobre regras legais surgiu com força na jurisprudência do TST somente em meados da década de 1990, época na qual houve um crescimento da incidência de cláusulas disputáveis nas negociações

(Horn, 2004).³⁷¹ Até então, eram poucas as referências à disparidade entre conteúdos previstos em regras contratuais coletivas e outras fontes jurídicas nos Enunciados do TST, e quando existiam estavam integradas na perspectiva clássica de derogabilidade *in melius*,³⁷² ou na de limitação da regra negociada, por um esquema de disposições máximas, controlando a capacidade de fixação do salário através das negociações.³⁷³ E as diversas instâncias e órgãos judiciários do país chamados a decidir passaram a fazê-lo com uma pluralidade de argumentos, fundamentos e decisões por vezes díspares, o que naturalmente caracteriza os procedimentos judiciais.

Uma pluralidade de posicionamentos doutrinários e judiciais buscava (e ainda busca) construir um conjunto interpretativo para a complexa relação entre as regras legais e as contratuais, bem como as possibilidades e limites do conteúdo dos acordos e convenções coletivas, em especial diante da ocorrência de hipóteses de derogabilidades *in pejus*. Paralelamente ao crescimento das negociações coletivas, ganhou corpo uma discussão doutrinária sobre as hipóteses de adequação da regra legal, de transação coletiva; da amplitude das transações coletivas e sua distinção com a renúncia, buscando, enfim, traçar critérios interpretativos para permitir uma apreciação deste diálogo entre fontes, não apenas entre as regras negociais e a lei, como também entre regras negociais distintas (acordos e convenções) que se sobrepõem. Na perspectiva clássica, como se viu, não havia espaço para tais discussões simplesmente porque não se concebia a negociação com outras funções que não as de melhorar condições

³⁷¹ O crescimento da incidência de cláusulas disputáveis (Horn, 2004) nos acordos e convenções coletivas foi acompanhado pela ampliação do debate judicial em torno dos conteúdos distintos previstos em cláusulas estabelecidas com funções de adaptação, interpretação ou mesmo de flexibilização do direito. Tais debates poderiam ser travados em reclamações trabalhistas, nas quais o trabalhador formula um pleito ao qual a empresa opõe como impedimento para a sua concessão a cláusula negociada coletivamente, em recursos interpostos pelo Ministério Público do Trabalho contra a homologação de acordos firmados em dissídios coletivos pelos Tribunais Regionais, ou em ações anulatórias também propostas pelo MPT contra cláusulas estabelecidas em acordos ou convenções coletivas.

³⁷² O Enunciado 202 do TST determina que na existência de gratificações por tempo de serviço oriundas de contrato coletivo e de norma interna, o empregado deverá escolher a que for a mais benéfica, exclusivamente.

³⁷³ TST: “Orientação Jurisprudencial nº 69. Reajustes salariais previstos em norma coletiva. Prevalência dos Decretos-Leis nº 2283/1986 e 2284/1986. Plano Cruzado. (Inserido em 14.03.1994).”

laborais, e o único parâmetro legal existente - que pretendia dar conta do conflito imaginado pelo legislador entre a convenção e o acordo - determinava a aplicação da norma mais ampla quando estabelecesse condição mais favorável ao trabalhador (art. 620 da CLT). A existência de um debate doutrinário e judiciário sobre parâmetros para resolução de tais conflitos demonstra que se está transitando em um outro universo de análise, e que os intérpretes tendem a atribuir relevância à autonormação. Indica a complexidade das relações entre a lei e o pactuado em um novo cenário.³⁷⁴

Embora mesmo no interior de um único Tribunal, no mesmo espaço temporal, possam existir posicionamentos e decisões diferenciadas acerca de temas idênticos que lhe sejam submetidos à apreciação, é possível apontar as tendências majoritárias presentes nos julgamentos. No âmbito do TST, tal tendência pode ser claramente observada com a análise de suas variadas decisões sob os aspectos quantitativo e qualitativo, e pelos conteúdos e valores afirmados em suas Súmulas ou Orientações Jurisprudenciais como parte de sua jurisprudência. Foram selecionados assim acórdãos proferidos pelo TST em processos nos quais se discutiram a validade de cláusulas estabelecidas em acordos ou convenções coletivas contendo regras impugnadas no processo judicial sob o argumento de serem desvantajosas ao empregado em relação ao estabelecido em lei ou na Constituição, bem como as Orientações Jurisprudenciais sobre a matéria.

Os primeiros acórdãos indexados pelo Tribunal Superior do Trabalho em seu banco de dados de jurisprudência sob a denominação “autonomia privada coletiva” datam de 1993, e aqueles sob o argumento “flexibilização” datam de 1995. Versam sobre diferenciados temas, desde questões que poderiam ser consideradas acessórias (ou “cláusulas disputáveis”), como a descaracterização da natureza salarial de vantagens pagas ao empregado por regra negociada que

³⁷⁴ Quando se admite que o critério da norma mais favorável é o definidor para o estabelecimento da regra aplicável surge um segundo problema: a delimitação do que seja o mais favorável, como aquilatar tal melhoria. Mesmo nesta hipótese há um desprestígio dos padrões clássicos de interpretação, pois enquanto o critério da acumulação das cláusulas era mais utilizado para decidir os conflitos, atualmente a tese do conglobamento cresce como critério para definir o que seja mais favorável.

afirma sua natureza indenizatória; a fixação de pagamento de uma quantia fixa a título de horas in itinere, ou ampliação da hora noturna (de 52 min para 60 min) acompanhada de ampliação do percentual devido sobre ela para 40%; até hipóteses de real alteração do dispositivo legal, como a implantação da jornada de 8 horas em turnos ininterruptos de revezamento em empresas como a Goodyear, a Fiat etc.; a negociação do contrato temporário feita pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo, ligado à Força Sindical, antes da Lei 9.601/98; ou o estabelecimento de comissões de conciliação prévias com obrigatoriedade de submissão da demanda antes da edição da lei específica, dentre outros.

Tabela 7 - Tendência nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho sobre flexibilização e autonomia privada coletiva

Número total de decisões proferidas	Aplica acordo ou convenção (a favor da flexibilização)	%	Desconsidera ou anula o acordo ou convenção (restaura primazia legal)	%
1993 – 2000				
77 ³⁷⁵	63	81,82	14	18,18
2001 -2003				
105	72	68,57	33	31,43
Total: 182	135	74,18	47	25,82

Fonte: Elaborada pela autora a partir de dados apresentados no Anexo 8³⁷⁶

³⁷⁵ Em 58 acórdãos foram encontradas 64 decisões, já que em seis casos houve tanto cláusulas anuladas quanto mantidas.

³⁷⁶ O levantamento ocorreu no universo de 278 documentos indicados pelo banco de dados do Tribunal Superior do Trabalho, indexados a partir das palavras-chave “flexibilização” e “autonomia privada coletiva” (integrando decisões proferidas a partir de 1993 e atualizados pelo Tribunal até 20 de fevereiro de 2004), disponíveis em “Consulta de jurisprudência unificada dos TRTs, TST”, na *home-page* do Tribunal na Internet. Foram acessados 271 documentos que estavam disponíveis e retirados os acórdãos duplamente catalogados. Após, foram excluídos os acórdãos que não enfocavam o debate em exame, selecionando apenas aqueles nos quais se discutiram cláusulas estabelecidas em acordos ou convenções coletivas, contendo regras impugnadas no processo judicial sob o argumento de serem desvantajosas ao empregado em relação ao estabelecido em lei ou na Constituição. Assim, em relação especificamente a tal controvérsia, foram analisados 105 acórdãos julgados a partir de 2001 e 71 julgados entre 1993 e 2000 (desdobrados em 77 decisões). Examinaram-se acórdãos proferidos em recursos de revista, em recursos ordinários proferidos em ações anulatórias, recursos ordinários em dissídios coletivos, embargos em recursos de revista etc. Não foram consideradas as decisões que dizem respeito a desconto assistencial ou taxa associativa para os sindicatos.

Durante a década de 1990, em 81,82% das decisões analisadas o Tribunal aplicou o acordo ou a convenção (impugnados como contrários aos interesses dos trabalhadores nos autos daqueles processos),³⁷⁷ acolhendo as argumentações empresariais e/ou sindicais no sentido de desconsideração da norma legal aduzida pela afirmação do conteúdo coletivamente negociado. Por ocasião dos debates público e parlamentar acerca da dicotomia pactuado x legislado, decorrente do processo legislativo envolvendo o PL 5483/2001, as decisões do Tribunal que afirmaram o pactuado se reduziram para 68,57% do total dos casos, índice ainda expressivo mas bem inferior ao da década em exame, o que pode indicar tanto o início de uma transição em curso ou uma pequena contenção do Tribunal diante de um tema então submetido a um debate parlamentar de grande polêmica. Aliás, após o fim do mandato de Fernando Henrique Cardoso, quando o novo governo já havia retirado o PL do Senado, em auto-reflexão pública, o Ministro Ives Gandra Martins Filho fazia uma leitura sobre a postura do Tribunal que integra:

A depender do TST, desnecessária seria a aprovação do Projeto de Lei pelo Congresso Nacional, quer pelo posicionamento de seu Presidente, Ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros, contrário a qualquer flexibilização, quer pela jurisprudência da Corte, que já tem sinalizado, independentemente da aprovação do projeto, no sentido da possibilidade de se flexibilizarem diversos direitos laborais, mediante o prestígio à negociação coletiva... (Martins Filho, 2003, p.53).

Independentemente do cenário atual dos julgamentos (que apenas reforçam a caracterização dos posicionamentos anteriores do TST), parece claro que os julgados do Tribunal Superior do Trabalho na década neoliberal sinalizavam para os sindicatos e empresários que seriam admitidas reduções de direitos previstos em norma legal em face da existência de negociação coletiva. Como temas relevantes e repetidamente apreciados em processos, acabariam sendo objeto de uniformização através de Orientações Jurisprudenciais da Seção (ou Sub-Seção I) de Dissídios Individuais do TST as seguintes matérias: turno ininterrupto de

³⁷⁷ O universo se refere a “decisões impugnadas como contrárias aos interesses dos trabalhadores” simplesmente porque tais trabalhadores ou o Ministério Público assim o requeria no processo, sem que se faça juízo de valor sobre se realmente são ou não contrárias aos interesses dos trabalhadores, de que trabalhadores (coletividade ou indivíduo), o que se torna ainda mais complexo quando não são os envolvidos que postulam, mas o *parquet*.

revezamento, supressão ou diminuição do intervalo intra-jornada, estabilidade provisória da gestante, do acidentado, adicional de periculosidade, semana espanhola, acordo de compensação por acordo coletivo em atividades insalubres e reajustes salariais. Em síntese, salário, jornada e outros direitos legais e/ou constitucionais foram objeto de ajuste contratual diferenciado e acabaram impugnados e apreciados pelo Tribunal.

No que diz respeito à temática do salário, o Tribunal afirmou a prevalência da legislação. Em 1994, a OJ 69 da SDI-1³⁷⁸ afirmou a prevalência das regras do Plano Cruzado sobre reajustes salariais previstos em norma coletiva, posição ampliada para outras hipóteses de leis supervenientes. Tal interpretação foi aplicada com tanto rigor que passou a ser admitida como causa para afastar a coisa julgada e desconstituir, através de ações rescisórias, decisões que afirmavam a prevalência do pactuado contra lei superveniente prejudicial para os trabalhadores, conforme OJ 40 da SDI –II.³⁷⁹ Em síntese, o que o Tribunal Superior do Trabalho entendeu foi que caso uma categoria tivesse negociado um acordo ou convenção coletiva prevendo reajustes mensais de salário pelo índice inflacionário do mês anterior, ainda que tal acordo estivesse vigente, não seria aplicado se fosse editada lei estabelecendo um reajuste inferior ou a ausência de reajuste. No caso, a concepção normativa dos acordos e convenções, ao lado da percepção da lei salarial como instrumento de ordem pública, se afirmaram como fundamentos que predominavam sobre princípios constitucionais de irretroatividade das leis, respeito ao ato jurídico perfeito, do reconhecimento dos acordos e convenções coletivas e da norma mais benéfica, que cederam espaço e não foram considerados pelos julgadores.

³⁷⁸ Orientação Jurisprudencial nº 69. Reajustes salariais previstos em norma coletiva. Prevalência dos Decretos-leis 2283/1986 e 2284/1986. Plano Cruzado Inserido em 14.03.1994. SDI-1.

³⁷⁹ Orientação Jurisprudencial nº 40. Ação Rescisória. Reajustes salariais previstos em norma coletiva. Prevalência da legislação de política salarial quando a norma coletiva é anterior à lei. Os reajustes salariais previstos em norma coletiva de trabalho não prevalecem frente à legislação superveniente de política salarial (Inserida em 20.9.00). Tais Orientações seriam posteriormente reunidas no Enunciado nº 375: “Reajustes salariais previstos em norma coletiva. Prevalência da legislação de política salarial (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 69 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 40 da SBDI-2). (BRASIL, TST, Res. 129/2005). Os reajustes salariais previstos em norma coletiva de trabalho não prevalecem frente à legislação superveniente de política salarial. (ex-OJs nº 69 da SBDI-1 - Inserida em 14.03.1994 e nº 40 da SBDI-2 - Inserida em 20.09.2000).

No que diz respeito à jornada de trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho na década passada optou pela preponderância do pactuado. O primeiro Enunciado de Súmula sobre o tema, a de 349,³⁸⁰ acolheu a validade de acordos coletivos de compensação de jornada em atividade insalubre realizados mesmo sem a inspeção pública. Em outros termos, afirmou o Tribunal que embora a CLT (artigo 60) exija que a prorrogação da jornada de trabalho em atividades insalubres apenas seja realizada mediante licença prévia das autoridades em matéria de higiene do trabalho após exames e inspeção sobre os processos de trabalho, pode também ser objeto de autorização através de acordo ou convenção coletiva. Assim, são válidas as compensações e prorrogações de jornada de trabalho realizadas em atividades insalubres se previstas em acordos e convenções, não dando ensejo ao pagamento, como extras, das horas trabalhadas acima da jornada normal.

As regras constitucionais que fixam a jornada de trabalho fazem referência expressa à possibilidade de sua redução por negociação coletiva ou rearranjo na distribuição do trabalho em turno ininterrupto. O Tribunal Superior do Trabalho acolheu entendimento de que sobre a ampla temática jornada de trabalho havia a possibilidade de flexibilização, sendo visível em julgados a flexibilização ser alçada à estatura de princípio constitucional, ao lado do da autonomia privada coletiva.³⁸¹ Amplamente majoritário foi o entendimento que validou a fixação, através de negociação coletiva, de carga horária de 48 horas em uma semana (o teto constitucional estabelece 44 horas), alternada com outra semana com uma

³⁸⁰ Enunciado nº 349: “Acordo de compensação de horário em atividade insalubre, celebrado por acordo coletivo. Validade. A validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/1988; art. 60 da CLT).” (BRASIL, TST, Res. 60/1996).

³⁸¹ Podem ser citados os seguintes arestos: “Acordo Coletivo – Avaliação de Cláusulas. Os princípios da flexibilização e da autonomia privada coletiva consagrados pela Constituição da República (Art. 7º, inciso VI, XIII e XXVI) conferem aos sindicatos maior liberdade para negociar com as entidades patronais, valorizando, assim, a atuação dos segmentos econômicos e profissionais na elaboração das normas que regerão as respectivas relações, cuja dinâmica torna impossível ao poder legislativo editar leis que atendem à multiplicidade das situações delas decorrentes.” (BRASIL. TST. Ac. 464241; RODC nº 462241/1998, Ministro Relator Antonio Fábio Ribeiro, 1999 p. 16). Um outro: “Verifica-se que o convencionado encontra-se dentro dos limites permitidos pela legislação vigente, porquanto os princípios da autonomia privada coletiva e da flexibilização agasalhados pela Constituição Federal de 1988, no seu Art. 7º, inciso VI, ampliam a liberdade de negociação das representações sindicais (...) Juiz convocado Lucas Kontoyanis.” (BRASIL. TST, Ac. nº 424209, ROAA 424209/1998, 1999, p.29).

carga de 40 horas, sistema comumente denominado semana espanhola, bem como de supressão ou redução do intervalo intrajornada previsto no artigo 71 da CLT, sem o pagamento de hora extraordinária. No que se refere à semana espanhola, tal consenso se manteria e se afirmaria com sua inclusão na OJ 323 da SDI-1 do TST,³⁸² o que não ocorreria no outro caso, no qual uma nova maioria no Tribunal afirmaria, em 2004, posicionamento diametralmente oposto, com a OJ 342, também da SDI-1 do TST.³⁸³

Sugere-se uma reflexão neste ponto. Até 2002, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho não acolhia pleitos dos empregados requerendo pagamento de horas extraordinárias devido à ausência de concessão do intervalo legal (no mínimo uma hora para jornadas acima de seis diárias ou 15 minutos para jornadas abaixo de seis horas), em virtude de disciplina diversa em acordos ou convenções coletivas.³⁸⁴ Fosse com a fundamentação de que deveriam seguir em sintonia com os “novos tempos” em que a flexibilização negocial teria sido admitida pela Constituição,³⁸⁵ ou até mesmo sob o argumento de aplicação do princípio da

³⁸² TST, Orientação jurisprudencial nº 323: “Acordo de compensação de jornada. Semana Espanhola. Validade. (DJ 09.12.2003) É válido o sistema de compensação de horário quando a jornada adotada é a denominada “semana espanhola”, que alterna a prestação de 48 horas em uma semana e 40 horas em outra, não violando os arts. 59, § 2º, da CLT e 7º, XIII, da CF/1988, o seu ajuste mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.”

³⁸³ Em 2003, o Tribunal Superior do Trabalho passaria a desconsiderar a possibilidade de negociação coletiva para reduzir ou não conceder intervalo intrajornada, tendo em 2004 editado a seguinte OJ – SDI -1: “342. Intervalo Intrajornada para repouso e alimentação. Não concessão ou redução. Previsão em norma coletiva. Validade (DJ 22.06.04). 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), inofensa à negociação coletiva.”

³⁸⁴ Conforme os seguintes julgados do Tribunal: RR 470396/1998, DJ 16-11-2001, 1ª Turma TST; RR 718258/2000, 1ª Turma TST, DJ 27/09/2002; RR 718.258/2004, DJ 27/09/2002, RO – DC 384.180/97-SDC, DJU 30/4/98; RR 529.057/99, 1ª Turma, 29/05/02; RR 485.529/98, 5ª Turma, 18/04/01.

³⁸⁵ Expressão utilizada na seguinte decisão do Tribunal Superior: “Não configura lesão ao artigo 71 da CLT decisão de Tribunal Regional que deixa de reconhecer ao Reclamante o direito às horas extras, em face da existência nos autos de norma coletiva autorizando o afastamento do intervalo mínimo de 01 (uma) hora. Ressalte-se, inclusive, que, em sintonia com os novos tempos, a negociação coletiva constitui instrumento de relativa flexibilização das relações de trabalho, encontrando seu assento legal no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988.” (BRASIL, TST, RR nº 470396, Ministro João Oreste Dalazen, 2001, p.492)

razoabilidade,³⁸⁶ o Tribunal Superior do Trabalho validou sucessivos acordos coletivos, reduzindo ou suprimindo o intervalo intrajornada, como, por exemplo, o praticado na Fiat Automóveis S/A, sempre com o objetivo de atribuir relevância à autonomia privada coletiva.

Rumo semelhante seguiu a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho a respeito dos acordos e convenções coletivas que possibilitaram o estabelecimento de turnos ininterruptos de revezamento com jornadas de oito horas, para admitir que o pactuado poderia afastar a jornada de seis horas prevista na Constituição (OJ-SDI-1-169),³⁸⁷ inclusive para o horista, já que este empregado apenas teria direito ao recebimento das horas excedentes à sexta diária

³⁸⁶ A Fiat foi desonerada da condenação que lhe havia sido imposta pelo Tribunal Regional de pagamento, com o respectivo adicional, de 30 minutos diários relativos à redução do intervalo intrajornada, em ação movida por ex-empregado, nos autos do Proc. Nº TST-RR-718.258/2000, 2002, em que consta do acórdão: “Recurso de Revista. Intervalo Intrajornada. Redução Pactuada via Negociação Coletiva. Validade. É certo que os dispositivos legais e constitucionais relativos à jornada de trabalho e aos intervalos para descanso possuem caráter de ordem pública. Não menos certo, contudo, é que a Constituição da República, ao enaltecer a negociação coletiva, expandiu o âmbito material da transação, desde que operada mediante instrumentos coletivos. No caso em exame, conquanto se possa argumentar que o intervalo intrajornada não é computado na jornada de trabalho - de modo que não se aplicariam à espécie os incisos XIII e XIV do artigo 7º da Lei Maior -, tem-se que o próprio legislador ordinário inseriu no artigo 71, § 3º, da CLT exceção à regra geral, atribuindo ao Ministério do Trabalho competência para fixar intervalo menor. Ora, se ao Ministério do Trabalho é atribuída tal competência, foge à razoabilidade negar-se às entidades sindicais idêntico poder. Dispondo que ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (artigo 8º, III), é evidente que reconheceu o constituinte a habilidade e a idoneidade desses entes, necessárias a que substituam o próprio órgão ministerial. Mais que o Ministro do Trabalho, é a própria categoria, representada por seu sindicato, que melhor conhece suas necessidades e, como no presente caso, suas desnecessidades. Destarte, ante a possibilidade de flexibilização do direito em exame e dada a eficácia da tutela prestada pelo sindicato profissional, tem-se como válidas as normas convencionais que autorizaram a redução do discutido intervalo e, conseqüentemente, julga-se afrontado pelo acórdão regional o disposto no citado artigo 7º, XXVI, da Carta Magna”.

³⁸⁷ TST - SDI – Sub-Seção 1: “OJ 169. Turno Ininterrupto de Revezamento. Fixação de Jornada de Trabalho Mediante Negociação Coletiva. Validade. Inserida em 26/03/99. Quando há na empresa o sistema de turno ininterrupto de revezamento, é válida a fixação de jornada superior a seis horas mediante a negociação coletiva.” Julgados no mesmo sentido, anteriores à OJ: ERR 319992/96. Min. Carlos Alberto Reis de Paula; DJ 01/09/00. Decisão unânime; ROAR 327539/96 Min. Francisco Fausto DJ 24.09.99 Decisão unânime; ERR 249913/96. Min. José Luiz Vasconcellos DJ 05/03 /99. Decisão unânime; ERR 202706/95 Min. Rider de Brito; DJ 11/12/98. Decisão unânime; ERR 202763/95 Min. Ermes Pedro Pedrassani; DJ 30/10/98. Decisão unânime; RR 165060/95, Ac. 2ª T 7211/97 Red. Min. Luciano de Castilho; DJ 26/09/97 Decisão por maioria.

como extra na hipótese de inexistência de acordo ou convenção coletiva (OJ- SDI-1-275).³⁸⁸

Eis um caso típico submetido ao TST. A Alcoa Alumínio S/A implanta o seguinte regime ininterrupto de revezamento de três turnos nos quais os empregados se revezam entre os horários das 6h às 14h, das 14h às 22h e das 22h às 6h, dentro dos quais usufruem 30 minutos para refeição, previsto em norma coletiva. Um ex-empregado postula judicialmente o pagamento como horas extraordinárias a diferença entre o que a Constituição estabelece (inciso XIV, art. 7º) com a jornada máxima de 6 (seis) horas diárias ou 36 (trinta e seis) horas semanais, e o que prestava de fato (jornada de 7 (sete) horas e 30 (trinta) minutos diários, totalizando 40 (quarenta) horas e 30 (trinta) minutos semanais).

Naquela década neoliberal o empregado teria (como teve) sua postulação indeferida, pois o Tribunal Superior atribuiu ao texto constitucional a interpretação de que seria possível ampliar a jornada por negociação e que não haveria como se deferir horas extras além da sexta diária, já que a prorrogação fora negociada coletivamente. No processo de atribuição de sentidos à regra constitucional, mais que decidir pela validade da flexibilização da jornada através da negociação coletiva, o Tribunal afirmou uma espécie de intangibilidade dos conteúdos negociados, traçando uma certa imunidade dos contratos coletivos à apreciação judicial, ao asseverar que “não cabe ao Juiz do Trabalho decidir se foi,

³⁸⁸ Orientação Jurisprudencial nº 275. Turno Ininterrupto de Revezamento. Horista. Horas Extras e Adicional. Devidos. Inserida em 27/09/02. Inexistindo instrumento coletivo fixando jornada diversa, o empregado horista submetido a turno ininterrupto de revezamento faz jus ao pagamento das horas extraordinárias laboradas além da 6ª, bem como ao respectivo adicional. Como precedentes, consultar: ERR 610953/99 Min. João Oreste Dalazen; DJ 08/11/02. Decisão por maioria EAIRR 712555/00 Min. Rider de Brito; DJ 27/09/02. Decisão unânime; ERR 685538/00 Min. Maria Cristina Peduzzi. DJ 27/09/02. Decisão unânime; ERR 411171/97 Red.. Min. Vantuil Abdala DJ 27/09/02. Decisão por maioria; ERR 701322/00. Min. Maria Cristina Peduzzi DJ 21/06/02. Decisão unânime; ERR 588563/99 Min. Luciano de Castilho DJ 14/06/02. Decisão por maioria ERR 508173/98 Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 15/12/00. Decisão unânime; EAGRR 414391/98 Min. Milton de Moura França. DJ 05.05.00 Decisão unânime; RR 632431/00, 1ª T Min. João Oreste Dalazen; DJ 28/06/02. Decisão unânime; RR 503935/98, 2ª T Min. Luciano de Castilho DJ 03/05/02 Decisão unânime; RR 717022/00, 4ª T Min. Milton de Moura França DJ 22/03/02. Decisão unânime.

ou não, conveniente a alteração que o Sindicato fez em decorrência de expressa previsão constitucional.”³⁸⁹

Em 2003, processos semelhantes são apreciados pela Seção Especializada em Dissídios Individuais do TST (Subseção 1) e receberam julgamentos opostos.³⁹⁰ Tanto quanto a mudança da jurisprudência concernente ao tema do

³⁸⁹ No processo da Alcoa (BRASIL, TST-RR-165060/95.1, Relator: Ministro José Luciano de Castilho Pereira, 1997), julgado em 1997, todo o mérito da questão foi assim apreciado: “O inciso XIV, do art. 7º da Constituição Federal prevê a jornada de 6 (seis) horas para os que trabalham em turnos ininterruptos de revezamento, acrescentando: "(...) salvo negociação coletiva". Logo, somente o sindicato dos trabalhadores pode avaliar a conveniência de, via negociação, alterar a jornada constitucionalmente prevista. Nesta matéria, não cabe ao Juiz do Trabalho decidir se foi, ou não, conveniente a alteração que o sindicato fez em decorrência de expressa previsão constitucional. Não deve a Justiça do Trabalho exercer faculdade que somente ao sindicato foi reservada, salvo expressa violação legal ou constitucional, que, neste caso, não ocorreu. Nego provimento.” (Relator Designado Ministro José Luciano de Castilho Pereira)

³⁹⁰ Este caso demonstra como há uma grande distância entre se afirmar que a autonomia privada coletiva foi admitida expressamente pela Constituição para casos como jornada e salário, e declarar que a Constituição acolhe o princípio da flexibilização. Afinal, negociação não se confunde com renúncia de direitos e o Tribunal pode atribuir múltiplos sentidos à expressão “salvo negociação coletiva” contida no dispositivo constitucional respectivo. Em 2003, por exemplo, no julgamento do processo ERR. Nº 348136, de 1997, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais reinterpreto a mesma Orientação Jurisprudencial 169 para atribuir a ela outro significado, tendo afirmado ser “ineficaz, portanto, a cláusula, pois permite a prorrogação do trabalho em turno ininterrupto de 6 (seis) para 8 (oito) horas, sem contraprestação concreta, apenas comprometendo a saúde e o ganho do trabalhador.” (Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, decisão publicada no *Diário de Justiça* de 12 de setembro de 2003). Em setembro de 2003, em processo julgado na Seção de Dissídios Individuais do TST (Pirelli Cabos S/A, E-RR - 435/2000-003-15-00; DJ - 25/06/2004) observa-se como é possível atribuir outro sentido à negociação coletiva para adaptação dos turnos de revezamento: “Embargos. Turnos ininterruptos de revezamento. Validade. Jornada superior a 6 horas fixada em acordo coletivo. impossibilidade. extrapolação da jornada de 36 horas semanais. Prejudicialidade. Saúde. Empregado. O artigo 7º, inciso XIV, da Lei Maior, ao contemplar a jornada de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento de 6 horas diárias, permitiu sua ampliação por meio de negociação coletiva. Essa possibilidade de alteração de jornada, contudo, não é ilimitada, pois deve ser observada a compensação ou concessão de vantagens ao empregado. Nunca, porém, a eliminação do direito à jornada reduzida, como se verifica na hipótese. O Acordo Coletivo pode estabelecer turnos ininterruptos de revezamento com jornadas superiores a seis horas, como ocorreu, desde que se observe o limite de 36 horas semanais, pois o limite semanal representa para o empregado a garantia de higidez física, uma vez que a redução do labor em turno ininterrupto de revezamento decorre de condições mais penosas à saúde. O Acordo Coletivo em exame, ao fixar duração do trabalho de 8 horas e 44 semanais, contrariou as disposições de proteção ao trabalho, porquanto descaracterizou a jornada reduzida vinculada ao turno ininterrupto de revezamento, que é assegurada constitucionalmente pelo limite semanal de 36 horas.” Ministro Relator Carlos Alberto Reis de Paula. No mesmo sentido, julgamento pela 1ª Turma, RR 691327, realizado em 29 de outubro de 2003. Em 2002, o posicionamento majoritário da Subseção I Especializada em Dissídios I Individuais do Tribunal Superior do Trabalho ainda indeferia o pagamento das horas extras em casos idênticos, como pode-se observar pela íntegra do processo julgado em 3 de junho de 2002, E-RR 372757 de 1997, DJ - 21/06/2002 PROC. Nº TST-E-RR-372.757/97.9. Em 6 de outubro de 2006, o informativo eletrônico *Notícias do Tribunal Superior do Trabalho* divulgou a seguinte nota: “Pleno aprova nova Súmula do TST. O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho

intervalo, o Tribunal passou a apreciar o mérito do conteúdo pactuado e a estabelecer como limite para a flexibilização o respeito à saúde e à segurança no trabalho. Porém, mais que isto, iniciou a superação da dicotomia anterior estabelecida, que afastava a apreciação judicial do conteúdo dos acordos sobre jornada de trabalho pela oposição entre conteúdo legal e conteúdo contratual, e tem apreciado o resultado dos acordos e convenções.³⁹¹

decidiu pela conversão da Orientação Jurisprudencial nº 169 da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) na Súmula nº 423 do TST. A mudança é decorrência da decisão majoritária, tomada pelo Pleno, durante exame de Incidente de Uniformização de Jurisprudência (IUI) sobre a fixação da jornada de trabalho superior a seis horas diárias em regime de turno ininterrupto de revezamento, por meio de negociação coletiva, e a inexistência do pagamento das horas extras. Na oportunidade, o IUI foi julgado procedente conforme o voto de seu relator, o ministro João Batista Brito Pereira. De acordo com a deliberação do Pleno do TST, a nova Súmula terá a seguinte redação: “Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento da sétima e oitava horas como extras”. A redação da agora extinta Orientação Jurisprudencial nº 169, instituída em março de 1999, tratava do tema de forma mais genérica, pois estabelecia que “quando há na empresa o sistema de turno ininterrupto de revezamento, é válida a fixação de jornada superior a seis horas mediante a negociação coletiva”. O exame de diversos casos concretos e a evolução dos ministros na análise do tema levaram à conversão da OJ em Súmula. No âmbito do Tribunal, as Orientações Jurisprudenciais correspondem a uma primeira formalização de certo entendimento firmado pelos órgãos julgadores do TST. Já a Súmula representa a consolidação do posicionamento de todo o Tribunal, ou seja, uma jurisprudência mais ampla e cristalizada sobre um determinado assunto.” Muito embora a OJ 169 tenha sido convertida em Súmula e tenha admitido a negociação para suprimir o pagamento, como extras das 7ª e 8ª horas trabalhadas em regime de revezamento, a nova redação não se mantém em uma postura de imunidade no tocante ao conteúdo dos acordos, na medida em que estabelece um limite material para as negociações (teto máximo de 8 horas), e exige “regular” negociação coletiva.

³⁹¹ Dois meses antes, o mesmo Tribunal havia divulgado em seu informativo outra notícia correlata: “TST garante pagamento de direito suprimido por acordo coletivo “Não se admite a flexibilização de direito garantido por preceito legal ou constitucional, quando da negociação coletiva decorre a desregulamentação ou negativa do direito”. Apoiada nesta frase do ministro José Simpliciano Fernandes (relator), a Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho deferiu, por unanimidade, recurso de revista a um ex-empregado da Centrais Elétricas de Santa Catarina (Celesc). A decisão garantiu ao trabalhador o pagamento do adicional de horas extras (50%) que havia sido suprimido. A decisão do TST modifica acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (Santa Catarina), que havia entendido como válida a negociação coletiva estabelecida entre a Celesc e o sindicato local dos eletricitários. Segundo o TRT, a supressão do adicional para a remuneração das horas extras, decorrente da autonomia da negociação coletiva, “não gera o pagamento de indenização por absoluta falta de amparo legal”. “A não-incidência do adicional de 50% decorreu de disposição das partes em acordo coletivo de trabalho (cláusula 19 do acordo coletivo), em conformidade com o que dispõe a Constituição Federal (artigo 7º, inciso XIV), realizado através da entidade sindical”, acrescentou o TRT catarinense. Durante o exame do recurso do trabalhador, contudo, o TST verificou que a negociação coletiva estipulou a remuneração da hora extra como se normal fosse e, ao mesmo tempo, negou vigência à determinação legal que instituiu o adicional de no mínimo 50% sobre a hora cumprida além da jornada regular de trabalho. “Trata-se claramente de negação a um direito assegurado aos trabalhadores pela Constituição (artigo 7º, inciso XVI)”, verificou Simpliciano Fernandes. O

Embora não se possa afirmar que o Tribunal Superior do Trabalho nos anos 1990 tenha assimilado e acolhido uma postura unitária em direção à tese do equilíbrio interno dos contratos coletivos,³⁹² nos julgamentos sobre jornada de

relator do recurso também explicou que a prevalência da autonomia das partes para firmar as negociações coletivas encontra limites previstos nos princípios e normas que compõem o ordenamento jurídico. “Desta forma, na medida se em que se privilegia a negociação coletiva, a flexibilização das normas encontra limites no sistema jurídico, garantindo-se direitos e benefícios básicos ao trabalhador”, sustentou. “A elasticidade da norma coletiva é autorizada desde que não tenha como conseqüência a desregulamentação ou negativa do direito instituído por norma legal”, completou Simpliciano Fernandes, ao reconhecer como inválida a cláusula coletiva que havia suprimido o adicional de 50%, o que garantiu essa remuneração ao trabalhador. (RR 1201/2001-006-12-00.0)” Em 3 de agosto de 2006, o mesmo informativo eletrônico já havia divulgado outra notícia sobre o tema: “TST considera inválida cláusula que suprime adicional noturno. O dispositivo constitucional (artigo 7º, inciso XXVI) que autoriza as partes a celebrarem convenções e acordos coletivos e estimula o reconhecimento dos resultados dessas negociações não permite a supressão de direitos fundamentais, igualmente previstos na Constituição. Com esse entendimento, frisado pelo ministro Renato de Lacerda Paiva, a Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho negou recurso de revista a uma empresa catarinense e garantiu a um ex-empregado o pagamento do adicional por trabalho em período noturno (período definido por lei entre 22h e 5h). O recurso da empresa pretendia reformar decisão tomada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (Santa Catarina), que considerou inválida cláusula de acordo coletivo de trabalho que afastou o pagamento do adicional noturno. ‘As partes reconhecem de forma expressa que o período que adentrar o horário noturno legal relativo ao 1º e 2º turnos não será considerado como jornada noturna para qualquer fim, especialmente para fins de adicional noturno e redução da hora noturna. Por conseqüência, não será devido qualquer adicional ou redução em decorrência do horário’, previu a cláusula do acordo coletivo. A empresa não conseguiu o reconhecimento da validade dessa cláusula no TST. O ministro Renato Paiva destacou, em seu voto, que a negociação coletiva só pode alcançar os chamados “direitos renunciáveis”, que não afetam a saúde física e mental do trabalhador. ‘Neste sentido, ao incluir o adicional noturno como um direito social (artigo 7º, IX), o intuito do legislador foi o de assegurar uma maior proteção ao empregado, tanto que o dispositivo foi considerado cláusula pétreia”, observou o relator, ao demonstrar a inviabilidade de negociação em torno do adicional noturno, cuja remuneração é superior à do diurno, segundo a norma constitucional. Renato Paiva citou, ainda, outra decisão tomada pelo TST (relatoria do ministro Barros Levenhagen) em relação ao mesmo tópico e à mesma empresa catarinense. Na oportunidade, foi dito que ‘a flexibilização de normas de ordem pública mediante a celebração de acordo coletivo é inadmissível nas hipóteses em que negar um determinado direito garantido pela legislação vigente sob pena de se incidir em retrocesso às condições de trabalho já asseguradas pelos trabalhadores’. O outro ponto do recurso de revista da empresa foi deferido pela Segunda Turma, a fim de excluir da condenação sofrida os valores relativos a horas extras decorrentes de minutos anteriores e posteriores à jornada de trabalho”. (BRASIL, TST, RR 369/2001-019-12-00.0).

³⁹² Assim denominada pela doutrina espanhola, a tese que enfatizava o caráter contratual dos instrumentos coletivos surgiu em decorrência de decisões do *Tribunal Central de Trabajo* nos anos 1980 e entrou posteriormente em declive, tendo sido rechaçada pelo Tribunal Supremo e pelo Tribunal Constitucional espanhol: “*El convenio, como producto de un proceso de negociación, formaría un todo orgánico e indivisible que impediría que outro orden normativo – singularmente, la ley estatal – penetrase em su regulación. Esta tesis conducía en la práctica a una especie de inmunidad del convenio, porque en caso de que uma de sus cláusulas vulnerara un precepto legal imperativo sería imposible su anulación parcial o su inaplicación em la impugnación indirecta. La única opción sería la anulación total a través de una impugnación directa o la inmunidad como garantía de la subsistencia.*” (Desdentado, Valdés, 1998, p. 71).

trabalho seu posicionamento promoveu, na prática, uma imunidade às posturas flexibilizadoras, independentemente da regulação legal do banco de horas. São inúmeras as decisões que salientam uma autocontenção da Justiça do trabalho em prol da autonomia privada coletiva. Ora, a Justiça do Trabalho não deve “exacerbar o intervencionismo estatal na relação de emprego, revelando-se mais realista do que a Constituição da República e que os próprios interlocutores sociais, que decerto têm razões sérias quando ultimam, com êxito, uma negociação coletiva”.³⁹³ Ora, em vez da natureza normativa dos convênios (que serve para afastar a aplicação do princípio do ato jurídico perfeito contra novas leis de política salarial), o aspecto contratual da pactuação é destacado para justificar a não apreciação de eventual nulidade em face da preservação do equilíbrio interno: “(...) as partes ajustam condições de forma global. Não se pode alterar uma cláusula sem que implique mexer em toda a estrutura do ajuste. Não pode o Judiciário, nessas circunstâncias, pinçar esta ou aquela condição (...)”.³⁹⁴

Além do equilíbrio interno, também justificado como uma avaliação global única do ajuste, encontramos decisões que afirmam a igualdade das partes no

³⁹³ Cf. “1.A Constituição da República, a par de assegurar condições mínimas de trabalho, protege as convenções e acordos coletivos de trabalho, especialmente permitindo a negociação coletiva para reduzir salários e fixar jornada de trabalho. Enseja, assim, uma relativa flexibilização de tais cláusulas do contrato de trabalho, privilegiando, no particular, a desejável autonomia privada coletiva do Sindicato. 2. A jurisprudência dominante do TST, consubstanciada no Precedente nº 258 da SBDI1, considera que a Justiça do Trabalho não pode exacerbar o intervencionismo estatal na relação de emprego, revelando-se mais realista que a Constituição da República e que os próprios interlocutores sociais, que decerto têm razões sérias quando ultimam, com êxito, uma negociação coletiva.” (BRASIL, TST, ERR n. 655246. Ministro João Oreste Dalazen, 2003).

³⁹⁴ “Normas Previstas em Instrumento Normativo - Liberdade de Negociação - Prevalência - Trabalhadores Avulsos. O reconhecimento da autoridade dos Sindicatos para negociar e firmar acordos e convenções coletivas de trabalho não pode ser questionado. *Trata-se de negociação em que as partes ajustam condições de forma global. Não se pode alterar uma cláusula sem que implique mexer em toda a estrutura do ajuste. Não pode o Judiciário, nessas circunstâncias, pinçar esta ou aquela condição, porque ninguém melhor que as partes sabe o que melhor atende aos seus interesses.* Precisamente por isso a Constituição Federal consagra o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (inciso XXVI do artigo 7º da Constituição Federal de 1988), dispondo que ao Sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal de 1988). É o respeito à autonomia coletiva assegurado aos Sindicatos. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Ação Anulatória em que são Recorrentes Sindicato dos Operadores Portuários do Estado do Paraná - Sindop e Sindicato dos Conferentes de Carga e Descarga nos Portos do Estado do Paraná”. (BRASIL, TST, ROAA-689.897/2000.0, Relator Ministro Rider de Brito, 2000).

âmbito das negociações coletivas,³⁹⁵ desconsiderando o profundo desequilíbrio de poder nas Relações Coletivas de Trabalho no mundo contemporâneo. E, embora tenham sido decisões isoladas, houve até mesmo a afirmação da intangibilidade das regras coletivas através de impugnação por reclamações trabalhistas propostas pelo trabalhador que se sinta prejudicado.³⁹⁶

Tais debates existentes no Tribunal Superior também se refletiam nos posicionamentos doutrinários de seus Ministros: “o sopro da flexibilização para que possam, os empregados, enfrentar os desafios dos tempos atuais, decorrentes da automatização e da globalização” (1998, p.316), nas palavras do Ministro Mendes de Freitas, ao lado do que denominou novo enfoque constitucional, no campo do Direito Coletivo, teriam trazido a “possibilidade de se convencionarem cláusulas in pejus”, tanto porque “prevista na própria Constituição,” quanto porque poderiam proteger os trabalhadores “em conjuntura adversa, para o que se conferiu ao Sindicato liberdade de ação para atuar discricionariamente, considerando os elementos 'conveniência' e 'oportunidade” (Freitas, 1998, p.316). A identificação da ação sindical com a atuação administrativa discricionária abre espaço para um abstencionismo judiciário que evitava analisar a legalidade/ilegalidade de pactos coletivos que suprimiam ou restringiam direitos legalmente assegurados aos trabalhadores.

³⁹⁵ “Nas negociações coletivas, as partes ajustam condições de forma global, em situação de igualdade. Não se pode alterar uma cláusula sem que implique alterar a estrutura do ajuste, sendo certo que ninguém melhor que as partes sabe o que melhor atende aos seus interesses. Precisamente por isso a Constituição Federal consagra o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (inciso XXVI do art. 7º), dispondo que ao Sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (art. 8º, inciso III).” (BRASIL, TST, ROAA - 65106-2002-900-03-00. Ministro Rider Nogueira de Brito, 2003).

³⁹⁶ “Acordo Coletivo - Intangibilidade pela via da reclamatória individual. Ao trabalhador que se considera lesado, ou prejudicado, em razão de cláusula de acordo coletivo em vigor, a legislação assegura duas vias para a defesa do direito individual supostamente ofendido, conforme haja o produto negocial resultado do procedimento previsto no artigo 863 ou do Artigo 614 da CLT. No primeiro caso, cabível, segundo a orientação dominante, apenas a ação rescisória, na forma do artigo 485, Inciso V, do CPC. Para a segunda hipótese, o artigo 615 consolidado prevê o processo de revisão ou revogação qualquer que seja o instrumento processual eleito. Entretanto, a reclamatória individual não se inclui entre eles, sendo do tribunal, e não da junta, a competência material e funcional para apreciar o pedido (artigo 678, Inciso I, alínea "c", da CLT). Por outro lado, o princípio do conglobamento inviabiliza a análise isolada de uma ou outra cláusula coletivamente pactuada, sendo imperioso observar-se, ainda, o princípio da autonomia privada coletiva e a garantia constitucional expressa de sua preservação, quando formalmente manifesta (artigo 7º, Inciso XXVI). (BRASIL, TST, RR n. 197.857, p. 43.581, Ministro Armando de Brito, 1996)

Em rumo semelhante, o Ministro Ursulino Santos, em esforço de sistematização, ressaltando os aspectos formais relativos à aprovação das convenções ou acordos coletivos e as inconstitucionalidades eventualmente existentes, afirmou que “todas as condições ou normas de trabalho são válidas, sem que as partes, ou a Procuradoria do Trabalho, possam delas dissentir ou recorrer, quando criadas por convenção ou acordo coletivo de trabalho” (Santos, 1998, p.321). Se à autonomia coletiva se autoriza a criação de condições de trabalho não permitidas ao poder normativo, ou, para utilizar a terminologia do Ministro, permite-se “criar normas e condições de trabalho, sobre as quais falece competência à Justiça do Trabalho para julgá-las” (Santos, 1998, p.319), tal abstencionismo no processo de elaboração das regras (exercício do poder normativo) se confunde com a imunidade do conteúdo dos acordos e convenções. Por tal motivo, o Judiciário não poderia ser “tutor” das categorias envolvidas e excluir cláusulas “quebrando a unidade do documento” (Santos, 1998, p.320-321).³⁹⁷

Naquele momento histórico, a interpretação dada pela ampla maioria dos ministros do Tribunal Superior do Trabalho deduzia do princípio constitucional da autonomia privada coletiva e das prerrogativas específicas de negociação da jornada de trabalho um abstencionismo judicial que, na prática, conduzia a uma imunidade dos conteúdos pactuados e estimulava a identificação da negociação coletiva com a flexibilidade e perda de direitos. Mas seriam apenas jornada e salário os temas que poderiam ser objeto de negociação *in pejus* ou o reconhecimento constitucional dos acordos e convenções coletivas também seria interpretado de modo a ampliar as hipóteses de transação coletiva, mesmo quando ausente referência constitucional específica?

³⁹⁷ Para o Ministro Ursulino Santos: “Observe-se que nos casos mencionados [jornada e salário], nem o Poder Judiciário é competente para discutir ou julgar cláusulas de condições ou normas de trabalho, quando pactuadas anteriormente pelas partes, com observância das formalidades legais. (...) Evidente que todo esse regramento jurídico deve ser respeitado quando não houver qualquer dúvida sobre a lisura nas negociações e a aprovação, pela categoria, se dê sem vício que possa macular o processo. Nem o Ministério Público, nem a Justiça do Trabalho, é tutor das categorias envolvidas no processo para recorrer e julgar exclusão de cláusula, por entenderem que a norma é contra o interesse desta ou daquela categoria, quebrando a unidade do documento.” (Santos, 1998, p.320-321)

Em julgados sucessivos, o Tribunal Superior admitiu a instituição de cláusulas, in pejus, sobre temas variados, mas em três hipóteses decidiu editar Orientação Jurisprudencial: estabilidade do acidentado, estabilidade da gestante e periculosidade. Em duas admitiu a prevalência do pactuado e em uma impediu a constituição do ajuste coletivo.

Os acordos ou convenções negociados por partes envolvidas em um processo de dissídio coletivo podem levar o resultado do acerto à apreciação judicial para homologação. Nesse caso, o Tribunal profere uma sentença normativa homologatória e investido de tal poder normativo a SDC aprovou, em 1998, sua OJ 31, com a qual recomendava a não-homologação de certos tipos de cláusulas.³⁹⁸ Mas esse controle se deu em processos de dissídios coletivos nos quais o Tribunal não poderia proferir sentença homologatória que impedisse a obtenção concreta da estabilidade para os empregados acidentados, por estabelecerem condições para o exercício do direito subordinadas ao implemento unilateral pela empresa. Entretanto, o raciocínio utilizado nesta hipótese especialíssima não foi acompanhado pelo Tribunal quando se tratou de avaliar o resultado de cláusulas semelhantes provenientes de negociação direta.

Duas restrições à aquisição e exercício do direito constitucional da estabilidade provisória às gestantes foram amplamente admitidas como válidas se pactuadas coletivamente, tendo o TST editado, em 1997, a OJ 88 neste sentido.³⁹⁹ A Constituição assegura a estabilidade da gestante desde a concepção, independentemente de ciência ao empregador. No entanto, se através de

³⁹⁸ TST – SDC - OJ Nº31. Estabilidade do acidentado. Acordo homologado. Prevalência. Impossibilidade. Violação do art. 118 da lei nº 8.213/91. Inserido em 9/08/1998. “Não é possível a prevalência de acordo sobre legislação vigente, quando ele é menos benéfico do que a própria lei, porquanto o caráter imperativo dessa última restringe o campo de atuação da vontade das partes.” Julgados referência: RODC 396925/97 Min. Antônio Fábio DJ 30.04.98 unânime; RODC 349728/97 Min. Ursulino Santos. DJ 20/03/98. unânime; RODC 384181/97, Ac.1483/97 Min. José Z. Calasãs. DJ 27/02/98 por maioria; RODC 329572/96, Ac. 601/97 Min. Moacyr R. Tesch; DJ 01/08/97 unânime; RODC 166995/95, Ac. 867/95 Min. Almir Pazzianotto DJ 07/12/95 unânime.

³⁹⁹ “Orientação Jurisprudencial Nº 88. Gestante. Estabilidade provisória. Inserido em 28/04/1997. O desconhecimento de estado gravídico pelo empregador, salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art.10, II, b, ADCT). A ausência de cumprimento da obrigação de comunicar à empregadora o estado gravídico em determinado prazo após a rescisão, conforme previsto em norma coletiva que condiciona a estabilidade a esta comunicação, afasta o direito à indenização decorrente da estabilidade.”

negociação coletiva se estabelecesse a comunicação prévia como requisito essencial para a aquisição do benefício, o Tribunal não reconheceria a estabilidade das gestantes demitidas. Uma decisão do Tribunal Superior do Trabalho, que aplicou a OJ 88, foi impugnada através de Recurso Extraordinário. O Supremo Tribunal Federal, então, afastou a improcedência da ação e na primeira decisão de controle do mérito dos contratos coletivos afirmou a natureza irrenunciável dos direitos dos trabalhadores, o princípio da norma mais benéfica, e estabeleceu que a autonomia deveria ser exercida em consonância com a garantia aos direitos sociais.⁴⁰⁰

Mesmo após o julgamento no Supremo, o TST manteve seu posicionamento por dois anos.⁴⁰¹ Em 2004 modificaria, então, a sua interpretação e excluiria a possibilidade de supressão, por regra prevista em acordo e convenção coletiva, da estabilidade da gestante desde a concepção.⁴⁰²

⁴⁰⁰ No TST, a Turma havia acolhido a posição da empregada, em decisão reformada pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho que, por unanimidade, em 1998, não conheceu dos embargos da empresa para excluir da condenação as parcelas decorrentes do reconhecimento da estabilidade da empregada gestante (ERR 131184/1994, DJ 27/03/1998). Em tal processo, foi interposto Recurso Extraordinário admitido e remetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal, no qual a Primeira Turma, em decisão unânime, conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau, determinando o pagamento da indenização pela dispensa arbitrária de empregada grávida. (BRASIL, STF-RE 234186-3, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, 2001).

⁴⁰¹ Como ocorreu, por exemplo, em 16 de outubro de 2002, quando a 3ª Turma do TST, ao apreciar o RR 46258-2002-900-02-00, 2002 (ou seja, um ano após o julgamento do Supremo), manteve a aplicação da OJ 88 em sua redação original, conforme se verifica da seguinte ementa: “Estabilidade Provisória da Gestante - Norma Coletiva – Prazo - para Comunicação do Estado Gravídico - Descumprimento. O Tribunal Regional, ao afirmar que a estabilidade conferida à gestante é medida de ordem pública, que não comporta flexibilização, nem mesmo normativamente, contrariou a Orientação Jurisprudencial nº 88/SBDI-1, que dispõe: "Gestante. Estabilidade Provisória. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "B", ADCT). Ocorrendo negociação coletiva em torno da garantia de emprego da gestante, entre outras cláusulas, deve ser observado o instrumento normativo, sob pena de desrespeito ao disposto no art. 7º, XXVI, da Carta Magna, que assegura o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (...). Por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista por violação ao art. 7º, inciso XXVI, da Constituição da República, e, no mérito, dar-lhe provimento para, restabelecendo a sentença, julgar improcedente a reclamação trabalhista, invertendo o ônus da sucumbência em relação às custas processuais. Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi.

⁴⁰² “OJ 88. Gestante. Estabilidade Provisória. Nova redação - DJ 16/04/04 - republicado DJ 04/05/04 (cancelada em decorrência da nova redação conferida à Súmula nº 244, DJ 20/04/2005). O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, "b", ADCT). Legislação: CF/1988”. O novo

A última hipótese de cláusula disputável, na qual o Tribunal editou Orientação Jurisprudencial, ocorreu em 2002. Com a OJ 258 da SDI-1, o TST afirmou a prevalência do acordo ou convenção coletiva também em relação ao pagamento do adicional de periculosidade, quando as regras coletivas pactuam o pagamento de percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco.⁴⁰³ Em relação à matéria não foi encontrada mudança no posicionamento do Tribunal após 2003.

Dentre os vários acórdãos sobre a matéria, observe-se a seguinte fundamentação constante de ementas publicadas por ocasião de polêmica em torno do Projeto de Lei 5.483 (que pretendia estabelecer a predominância do pactuado): “trata-se de hipótese típica de prevalência do negociado sobre o legislado, em flexibilização autorizada pela própria Carta Política.”⁴⁰⁴ Mas os

entendimento encontra-se consubstanciado na Súmula 244: “Gestante. Estabilidade Provisória. (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais n°s 88 e 196 da SBDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20/04/2005. I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, "b" do ADCT). (ex-OJ n° 88 - DJ 16/04/2004). II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. (ex-Súmula n° 244 - Res. 121/2003, DJ 21/11/2003). III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa. (ex-OJ n° 196 - Inserida em 08/11/2000)”.

⁴⁰³ Inserida em 27 de setembro de 2002, a OJ 258 estava assim redigida: “Adicional de periculosidade. Acordo coletivo ou convenção coletiva. Prevalência. A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivas de trabalho (art. 7º, inciso XXVI, da CF/88).” Posteriormente, todas as Orientações sobre o tema da periculosidade foram reunidas em uma única Súmula, que manteve a prevalência do pactuado: “Enunciado N° 364. Adicional de Periculosidade. Exposição Eventual, Permanente e Intermitente. (conversão das Orientações Jurisprudenciais n°s 5, 258 e 280 da SBDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20/04/2005. I - Faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-OJs n° 05 - Inserida em 14/03/1994 e n° 280 - DJ 11/08/2003). II - A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos. (ex-OJ n° 258 - Inserida em 27/09/2002).”

⁴⁰⁴ São vários os processos sobre o tema e que mereceram tal ementa de lavra do ministro Ives Gandra Martins Filho, como, por exemplo, RR 483120/98.6, DJ 15/03/02; o RR - 24439-2002-900-02-00, DJ 14/03/2003, Recorrente: Bunge Fertilizantes S/A, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, assim ementado: “Adicional De Periculosidade - Pagamento Proporcional – Previsão Em Norma Coletiva - Flexibilização Permitida pela Constituição Federal. Caso exista

casos submetidos a julgamento (como também no que se referia à grávida), não tratavam de interpretação de dispositivo da Constituição que remetesse a disciplina da matéria para a negociação coletiva. Não se tratava nem de jornada de trabalho, nem de irredutibilidade de salário, e sim de adicional de periculosidade. Novamente foi vitoriosa a interpretação mais ampliadora daquilo que o TST afirmou como “princípio constitucional da flexibilização”: “se a Carta Magna admite a redução dos dois principais direitos trabalhistas, que são o salário (CF, art. 7º, VI) e a jornada de trabalho (CF, art. 7º, XIII e XIV), todos aqueles que deles decorrem também são passíveis de flexibilização.” (TST-RR 483120/98.6; RR 24439.2002-900-02-0 etc.)

Como se vê, o discurso da reforma trabalhista teve forte impacto no TST e provocou uma re-interpretação não só de inúmeras regras tutelares como também de princípios de interpretação. Além do desprestígio da teoria da acumulação como critério para avaliação do que seja a “norma mais favorável” em favor das teses em prol do conglobamento, também a própria hierarquia legal entre as instâncias negociais foi reinterpretada com o objetivo de descentralizar as negociações e estimular a negociação por empresa.⁴⁰⁵ Assim, embora o artigo 620

cláusula de instrumento coletivo prevendo a proporcionalidade do pagamento do adicional de periculosidade, não há que se falar em supremacia da lei sobre a vontade das partes, ante o que dispõe o inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal. Trata-se de hipótese típica de prevalência do negociado sobre o legislado, em flexibilização autorizada pela própria Carta Política. Isso porque a redução do adicional de periculosidade à sua percepção proporcional ao tempo de exposição ao risco encontra respaldo nas hipóteses de flexibilização autorizadas pela Constituição Federal, pois se a Carta Magna admite a redução dos dois principais direitos trabalhistas, que são o salário (CF, art. 7º, VI) e a jornada de trabalho (CF, art. 7º, XIII e XIV), todos aqueles que deles decorrem também são passíveis de flexibilização. Assim, tendo o adicional de periculosidade natureza salarial e não meramente indenizatória comporta negociação coletiva quanto aos parâmetros de sua percepção. (...) Por unanimidade, conhecer do recurso de revista por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento, para, reformando o acórdão regional, limitar o pagamento do adicional de periculosidade à proporcionalidade prevista nos instrumentos coletivos.” No mesmo sentido, recurso de Mineração Morro Velho Ltda, apreciado pela mesma turma do TST. (BRASIL, TST, RR 644647, 2003).

⁴⁰⁵ Como exemplo da reinterpretação: “II - Acordos e Convenções Coletivas – Aplicabilidade Concomitante. O entendimento jurisprudencial dominante nesta Corte é no sentido de, em virtude do respeito ao princípio da unicidade das normas coletivas, ser aplicável à hipótese a teoria globalista. Superado isso, permanece, entretanto, o impasse quanto ao critério a ser adotado pelo julgador para determinar a opção pelo acordo ou convenção coletiva de trabalho. Neste particular, considerando a tendência contemporânea de flexibilização nas relações de trabalho e a maior aproximação da realidade na negociação entre o sindicato da categoria e o próprio empregador, entende-se ser prevalecente o acordo coletivo sobre as convenções. Assim, ante a impertinência da

da CLT contenha o enunciado lingüístico que afirma que “as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo”, a atual jurisprudência dominante foi sintetizada na assertiva “prevalência de acordo coletivo sobre convenção coletiva”, contida na seguinte ementa: “considerando a flexibilização nas relações de trabalho e a maior aproximação da realidade, proporcionada pela negociação entre o sindicato da categoria e o empregador, entende-se ser prevalecte o acordo coletivo sobre as convenções.”(BRASIL, TST, RR 363453/1997, Relator: Ministro Gelson de Azevedo, 2003).⁴⁰⁶

Tais decisões constituem um incentivo às empresas para que busquem negociar “cláusulas disputáveis” ou, ao menos, sinalizam para os assessores jurídicos empresariais que as negociações coletivas são o campo para se obter a flexibilização de direitos, em benefício de interpretações favoráveis aos seus clientes. Os julgados do TST apontavam em uma direção flexibilizante, acolhendo a possibilidade de fixação de regras pactuadas em prejuízo para o empregado. E, mais do que flexibilizante, conduzia na prática a um tipo de imunidade para o estabelecimento mais amplo de cláusulas que contrariassem direitos específicos. Embora se encontrem julgados anulando cláusulas, a jurisprudência afirmava a validade dos pactos coletivos, sua intangibilidade pela apreciação judicial e a valorização do “princípio da flexibilização”, como se princípio constitucional fosse.

escolha de normas mais favoráveis de um e outro instrumento normativo, as parcelas deferidas pelo Regional com apoio na Convenção Coletiva, quando existente, sobre o tema, regulamentação em Acordo Coletivo firmado pela partes, devem ser excluídas.” (BRASIL, TST, RR 380683, Relator Juiz Convocado Guedes De Amorim, 2001)

⁴⁰⁶ Decisão proferida em 23/04/2003 no RR 363453/1997, pela 5ª Turma do TST, publicada no DJ de 16/05/2003, em que foi recorrente a Cervejarias Reunidas Skol Caracu S/A e Relator o Ministro Gelson de Azevedo. Sobre critério de interpretação e hierarquia das regras de Direito do Trabalho, interessante confrontar com o clássico entendimento de Coqueijo Costa e do TST na década de 1970: “n 1.672. É regra peculiar do Direito do Trabalho a da inversão da hierarquia das suas fontes, para se sobrepor a que for mais benéfica ao trabalhador, ainda que de categoria inferior. Essa regra atende ao princípio da proteção, que é um dos pontos cardeais do Direito trabalhista, e a aplicação dele provoca uma espécie de fratura lógica no problema da hierarquia das fontes. Não se trata de derrogação no sentido tradicional da expressão, mas de conversão da norma em inoperante, parcialmente (TST – E – RR – 2.746/76, Coqueijo Costa, ac. TP , 3.182/77, DJU 19/5/78, p. 3.487). (Carrion, 1982, p.188).”

Enfim, tanto quanto as propostas implementadas pelo governo Fernando Henrique, vê-se no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho a ocorrência de dois movimentos complementares em torno das relações entre lei e contratos coletivos. De um lado, também se cercearam os efeitos derogatórios dos contratos coletivos em benefício dos trabalhadores em matéria salarial (em prol das intervenções legais proibitivas). E, de outro, se admitiu a eficácia jurídica dos efeitos derogatórios dos instrumentos coletivos em prejuízo dos empregados (derrogabilidade *in pejus*) em hipóteses não necessariamente previstas em lei. E mais que permissões pontuais para a ampliação das funções da negociação coletiva e de rearticulação das fontes formais, a ampla atribuição de validade jurídica aos documentos jurídicos firmados por atores coletivos foi acompanhada de um certo minimalismo judicial no controle da flexibilização *in pejus*, pela via da contratação coletiva.

Com a mesma metodologia utilizada no capítulo anterior, pode-se visualizar a articulação entre regras legais e constitucionais e regras decorrentes da pactuação coletiva, agora na jurisprudência do TST.

Tabela 8 - Relações entre lei e acordo ou convenção coletiva no Brasil segundo a jurisprudência vertical

Esquema	Lei	Contrato Coletivo	Jurisprudência dominante do TST
Esquema Tradicional (Suplementação/ Complementação)	A disposição legislativa prevê um determinado tratamento ou é omissa sobre o tema ou o direito	É possível derogar in melius mas não in peius, ou criar o direito (sob pena de nulidade e substituição automática da cláusula pior pela melhor).	Enunciado 202 do TST: Gratificação por tempo de serviço. Compensação. Existindo, ao mesmo tempo, gratificação por tempo de serviço outorgada pelo empregador e outra da mesma natureza prevista em acordo coletivo, convenção coletiva ou sentença normativa, o empregado tem direito a receber, exclusivamente, a que lhe seja mais benéfica. (Res. 8/1985, DJ 11.07.1985). Obs: praticamente todas as decisões que determinam pagamentos de verbas e/ou vantagens fixadas em acordos e convenções .
Esquema Previsão de “Disposições máximas” Ou Intervenções Proibitórias	A disposição legislativa prevê um determinado tratamento como inderrogável in melius	Neste caso não é possível derogar in melius (sob pena de nulidade ou de restrição dos efeitos da cláusula)	Orientação Jurisprudencial nº. 69. Reajustes salariais previstos em norma coletiva. Prevalência dos Decretos-Leis nºs 2283/1986 e 2284/1986. Plano Cruzado. Inserido em 14.03.1994. Enunciado Nº 375. Reajustes salariais previstos em norma coletiva. Prevalência da legislação de política salarial (Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 69 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 40 da SBDI-2) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005. Os reajustes salariais previstos em norma coletiva de trabalho não prevalecem frente à legislação superveniente de política salarial. (ex-OJs nº 69 da SBDI-1 – Inserida em 14.03.1994 e nº 40 da SBDI-2 – Inserida em 20.09.2000).
Esquema para desregulamentação	A disposição legislativa prevê explicitamente um dado tratamento normativo como derogável in peius (mesmo em prejuízo do indivíduo empregado)	Pode introduzir derrogação (in peius ou para flexibilização)	Enunciado Nº 349. Acordo de compensação de horário em atividade insalubre, celebrado por acordo coletivo. Validade. A validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/1988; art. 60 da CLT). (Res. 60/1996, DJ 08.07.1996). Orientação Jurisprudencial nº. 88. Gestante. Estabilidade provisória. (Inserido em 28.04.1997 e afastada por nova redação – em 16.04.04). O desconhecimento de estado gravídico pelo empregador, salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art.10, II, b, ADCT). A ausência de cumprimento da obrigação de comunicar a empregadora o estado gravídico em determinado prazo após a rescisão, conforme previsto em norma coletiva que condiciona a estabilidade a esta comunicação, afasta o direito à indenização decorrente da estabilidade.

Esquema	Lei	Contrato Coletivo	Jurisprudência dominante do TST
			<p>Orientação Jurisprudencial nº. 169. Turno Ininterrupto de Revezamento. Fixação de Jornada de Trabalho Mediante Negociação Coletiva. Validade. Inserida em 26/03/99. Quando há na empresa o sistema de turno ininterrupto de revezamento, é válida a fixação de jornada superior a seis horas mediante a negociação coletiva.” (substituída em 6.10.2006 pela Súmula 423, cuja redação é a seguinte: “Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento da sétima e oitava horas como extras”).</p> <p>Orientação Jurisprudencial nº 275. Turno ininterrupto de revezamento. Horista. Horas extras e adicional devidos. Inserida em 27.09.02. Inexistindo instrumento coletivo fixando jornada diversa, o empregado horista submetido a turno ininterrupto de revezamento faz jus ao pagamento das horas extraordinárias laboradas além da 6ª, bem como ao respectivo adicional.</p> <p>Orientação jurisprudencial Nº 323. Acordo de compensação de jornada. Semana espanhola. Validade. DJ 09.12.2003. É válido o sistema de compensação de horário quando a jornada adotada é denominada "semana espanhola", que alterna a prestação de 48 horas em uma semana e 40 horas em outra, não violando os arts. 59, § 2º, da CLT e 7º, XIII, da CF/1988, o seu ajuste mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.</p> <p>Enunciado Nº 364. Adicional de periculosidade. Exposição eventual, permanente e intermitente. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 5, 258 e 280 da SBDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005. I - Faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-OJs nº 05 - Inserida em 14.03.1994 e nº 280 - DJ 11.08.2003). II - A fixação do adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos. (ex-OJ nº 258 - Inserida em 27.09.2002).</p>

Sabe-se que a Constituição de 1988 reconheceu e afirmou um projeto de reconhecimento do poder social expresso na autonomia e na liberdade sindical, que possibilitaria uma transição para um sistema mais pluralístico e aberto, conforme a leitura dos sujeitos que as vivenciam, sendo possível aos intérpretes e atores alargar (ou esvaziar) os conceitos de autonomia coletiva e liberdade sindical em direção de uma legalidade organizativa. Nesse sentido, reconhece-se que compatibilizar o dinamismo, a atuação e as potencialidades da autonomia coletiva reconhecidas pela Constituição poderia não ser possível apenas exigindo-se uma identidade entre os conteúdos pactuados e legislados (critério majoritário utilizado para validar ou não a regra em discussão). Parece, inclusive, que tal compatibilização entre o novo protagonismo constitucional atribuído aos sindicatos com a preservação dos direitos sociais deve, principalmente, deve levar a uma reflexão sobre o procedimento de elaboração dos acordos e convenções e do ambiente da negociação coletiva, partindo da compreensão de que o procedimento é um dos elementos capazes de atribuir legitimidade às regras. Para tanto, se deverá agregar à análise questões como as da exigência de democraticidade, de isonomia, de proporcionalidade, de motivação, dentre outros requisitos procedimentais, na avaliação do resultado do pacto coletivo.

Em algumas oportunidades, o Tribunal Superior do Trabalho anulou convenções e acordos sob o argumento de que não teriam observado parâmetros mínimos de democracia sindical e de solenidade do ato.⁴⁰⁷ Teria o Tribunal adotado uma concepção mais procedimental? Acredita-se que não, pois se tratou unicamente de exigir o respeito a regras formais de quorum para a aprovação dos acordos e convenções coletivas consoante a regra do artigo 612 da CLT, ou seja,

⁴⁰⁷ Como exemplos: TST, AIR RR, TST decisão de 29/10/03, DJ 21/11/2003, Relator Ministro Ives Gandra: “O art. 615, ‘caput’ e § 1º, da CLT, dispõe que o processo de prorrogação de convenção ou acordo coletivo de trabalho é sujeito à aprovação de assembléia-geral dos sindicatos participantes, segundo o ‘quorum’ estipulado no art. 612 celetista, devendo o instrumento de prorrogação dessas normas coletivas ser registrado e arquivado no órgão do Ministério do Trabalho em que foi depositado o pacto originário, donde exsurge que a referida prorrogação, a exemplo do acordo de origem, tem que ser necessariamente escrita (CLT, art. 613, parágrafo único). (...) A solenidade é, pois, da natureza do ato aqui investigado, não podendo ser olvidada pelas Partes ou pelas Cortes Trabalhistas, a pretexto de mitigação do rigorismo da forma, sob pena de invalidação do negócio jurídico (CC, art. 104, III).” (Apud Santos, 2004, p.107); TST-RR-544.606/99.9, Rel Min. Eneida Melo Correia de Araújo, DJU 11/10/02) (Apud Santos, 2004, p.108).

se a convenção fora aprovada em assembléia representativa, ou se havia sido depositada na DRT. Quando o intérprete persiste com uma compreensão de que no plano do Direito Coletivo do Trabalho haveria uma isonomia entre os pactuantes, desconsideram-se a existência de relações de poder assimétricas, e a superioridade do poder econômico, político e administrativo, inclusive dentre os atores coletivos. Tal leitura isonômica dificulta a construção de critérios interpretativos a partir de uma concepção procedimental da Constituição, onde os contextos comunicativos, econômicos e políticos da negociação estejam presentes na avaliação não apenas dos critérios formais de validação da negociação, mas do procedimento negocial em si.

Enfim, enquanto os temas da flexibilização dos direitos e da reforma trabalhista dominavam no cenário político brasileiro, o Tribunal Superior do Trabalho atribuiu ampla validade à flexibilização in pejus através de negociação coletiva, independentemente de lei específica, validando amplamente instrumentos coletivos com cláusulas favoráveis aos empregadores. Quando o cenário político parecia seguir em outra direção e o novo governo retirava o PL 5.483 que afirmava a prevalência do pactuado, percebem-se no Tribunal revisões de posicionamentos anteriores (sobre intervalo, turno ininterrupto, estabilidade da gestante etc.), em processo ainda em curso, de reorientações e de construção de novos critérios interpretativos.⁴⁰⁸ Assim, como algumas regras concernentes à saúde e à segurança no trabalho, excepcionadas pelo arquivado projeto de lei 5483/01, permaneceriam como conteúdos com pretensão de universalidade a

⁴⁰⁸ A relação entre o processo eleitoral e as novas reflexões sobre a flexibilização foi feita pelo Ministro Ives Gandra Martins Filho. Ao analisar as relações entre negociação coletiva e flexibilização, em outubro de 2003, o Ministro Ives Gandra, relator das decisões que afirmam que a Constituição autorizou uma ampla prevalência do pactuado sobre o legislado, afirma: “Anunciado o resultado das eleições presidenciais no Brasil, no próprio dia 27 de outubro de 2002, com a vitória do candidato do Partido dos Trabalhadores, Luiz Inácio Lula da Silva, que obteve uma significativa maioria de quase 62% dos votos válidos, uma série de reflexões assomavam naturalmente à cabeça, voltadas ao futuro das relações trabalhistas no país e, conseqüentemente, ao campo do Direito do Trabalho. A primeira delas refere-se ao problema da flexibilização das normas trabalhistas, objeto de um projeto de lei enviado pelo Governo (PL nº 5.483/01, aprovado pela Câmara dos Deputados, em tramitação no Senado Federal como PLC nº 134/01, mas retirado pelo novo governo) (...). O objetivo da alteração do art. 618 da CLT foi o de explicitar melhor o que já se encontrava latente na Constituição Federal de 1988, quando se admitiu a flexibilização de direitos trabalhistas mediante negociação coletiva em relação a salário e jornada de trabalho (CF, art. 7, VI, XIII e XIV). (...)” (Martins Filho, 2003, p.50). O tema, entretanto, foge à delimitação temporal deste estudo, motivo pelo qual não será aprofundado.

todos os empregados e como esfera de inderrogabilidade *in pejus*, mesmo no cenário da reforma trabalhista neoliberal, as revisões que o TST faria em parte significativa de sua jurisprudência após 2003 passaram exatamente a excepcionar tais conteúdos e afirmá-los como critérios decisivos para a invalidação das regras coletivamente pactuadas. As regras legais sobre saúde e a segurança do trabalhador, que seriam preservadas na tentativa de reforma apresentada pelo governo Fernando Henrique Cardoso, passaram a ser o critério atualmente utilizado pela jurisprudência como parâmetro de interpretação das possibilidades e limites da negociação coletiva.

A valorização da autonomia privada coletiva ocorreu com uma retração do poder normativo da Justiça do Trabalho, através não só de um prestígio da negociação. Houve até mesmo um “chamamento à negociação,” como o fez o Ministro Ursulino Santos com a máxima “A hora é de conciliação e não de julgamento!” escrita em 1998. O Ministro proferiu tal “recomendação” exatamente após concluir que, no cenário constitucional vigente, as sentenças normativas fruto dos julgamentos dos dissídios não poderiam dispor em prejuízo do trabalhador. Mas isto seria possível através de negociação direta.⁴⁰⁹ Daí o motivo de incentivar a negociação! Como se observa agora, a retração do TST no julgamento dos dissídios coletivos se complementaria com uma tendência à rejeição das pretensões individuais de afastamento das regras coletivas negociadas com cláusulas prejudiciais ao trabalho, tudo isto em um contexto ideológico compartilhado pelos julgados de crítica à regulação estatal. Em movimento pendular, as regras laborais passaram a oscilar entre a legalidade atacada e desprestigiada e as regras pactuadas, prestigiadas.

Em síntese, a capacidade de negociação coletiva, a autonormação constitutiva da autonomia coletiva, foi amplamente valorizada e potencializada pelas decisões do Tribunal Superior do Trabalho, que ampliou a capacidade

⁴⁰⁹ “Em outras palavras, a sentença normativa deve respeitar as convenções e a lei, enquanto os contratos e convenções coletivas podem ir além dessas barreiras, porque têm a faculdade de dispor, inclusive, do mais sagrado direito do trabalhador, que é o salário. Este pode ser reduzido, desde que haja um instrumento coletivo autônomo, juridicamente aperfeiçoado, mas a Constituição não defere essa competência à sentença normativa. Colhe-se, daí, então a máxima: A hora é de conciliação e não de julgamento!” (Santos, 1998, p.321).

negocial dos sindicatos, atribuindo aos sujeitos coletivos um amplo aspecto para a definição do que pode ou não pode ser negociado. Concebida como autonomia privada coletiva, a sua dimensão de “privada” não foi capaz de proteger os conteúdos negociados em face das políticas econômicas de estabilização monetária assentadas na contenção dos reajustamentos salariais. Entretanto, foi capaz de atribuir aos sujeitos contratantes as conseqüências jurídicas típicas de um clássico contrato privado assentado nos dogmas da liberdade de contratação e da autonomia da vontade.

Mas se a autonormação (art. 7º, incisos VI, XIII, XIV, XXVI e artigo 8º, inciso VI, CF) é apenas um dos elementos estruturais e básicos da autonomia coletiva, como o Tribunal interpretou as demais faculdades de auto-organização (artigo 8º, caput I e III da CF) e de autotutela (artigo 9º, caput, I e art. 8º, caput CF)? Ou seja, que recursos de poder assegurou aos sindicatos e trabalhadores para que pudessem dar conta das suas “novas responsabilidades” no cenário contemporâneo?

5.4.2.

Auto-organização: autonomia coletiva com que direitos sindicais?

A Constituição afirmou o princípio da liberdade sindical e embora tenha estabelecido restrições pontuais à organização dos sindicatos, pela primeira vez constitucionalizou a proteção à representação dos trabalhadores (inciso VIII, art. 8º, CF) e a prerrogativa das assembleias sindicais para estabelecer contribuições financeiras (inciso IV, art. 8º, CF). Ainda que não tenha avançado em assegurar concretamente uma atuação dos sindicatos nos locais de trabalho, foi a primeira Constituição que tornou obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas (inciso VI, art. 8º, CF), assegurou o tripartismo com a participação dos sindicatos nos colegiados de órgãos públicos (art. 10, CF) e possibilitou a eleição de um representante dos trabalhadores nas empresas com mais de duzentos empregados (artigo 11, CF).

O processo de atribuição de significados a tais direitos e garantias segue uma lógica expansiva, ou não? A interpretação ampliativa dada pelo TST à

capacidade de autonormação se manteve ao interpretar a capacidade de auto-organização?

Como parcela de tais garantias sindicais era prevista de forma contida na Consolidação das Leis do Trabalho, neste ponto específico uma avaliação do Tribunal Superior do Trabalho nos anos 1990 não pode prescindir de um exame dos julgados adotados no período pré-constituente.

Para tanto é necessário o exame do posicionamento do Tribunal sobre (a) a autonomia sindical em sentido estrito, no tocante a regras estatutárias de funcionamento interno da entidade, (b) a regras de proteção à representação dos trabalhadores, ao exercício dos direitos sindicais e (c) aos recursos financeiros. No entanto, como não competia à Justiça do Trabalho avaliar as questões relativas à vida interna dos sindicatos,⁴¹⁰ a posição do Tribunal Superior do Trabalho sobre a matéria ocorreu de modo acessório: ou avaliava o tema com o objetivo específico de verificar a legitimação para a propositura de um dissídio coletivo ou para a deflagração de uma greve, temas que, já examinados em outros momentos, revelaram uma tendência ao esvaziamento do princípio constitucional da autonomia sindical. Assim, foi impossível examinar especificamente a jurisprudência sobre a autonomia sindical em sentido estrito (capacidade dos sindicatos de estabelecerem sua regulamentação interna). Segue-se uma reflexão sobre os dois outros aspectos:

5.4.2.1. A proteção aos representantes eleitos

No tocante à proteção da representação dos trabalhadores, a postura do Tribunal Superior do Trabalho entre as décadas de 1980 e 1990 alterou-se significativamente, com ampliação das condições para seu exercício e restrição dos direitos assegurados. Do princípio da liberdade sindical deduz-se um conjunto

⁴¹⁰ Antes da Constituição de 1988, a competência para apreciar os litígios sindicais e intersindicais competia à Justiça Federal. Entre 1988 e 2004 (por ocasião da reforma do Judiciário estabelecida na Emenda Constitucional nº 45, de 2004), não competia à Justiça do Trabalho julgar tais conflitos, o que dificulta a comparação temporal a respeito da capacidade dos sindicatos de estabelecerem sua regulamentação interna.

de garantias positivas que visam sustentar a atividade sindical e a representação da voz coletiva dos trabalhadores, denominado por Uriarte (1989a) foro sindical, que busca assegurar garantias para o desempenho das funções de representação (dentre elas as de negociação coletiva), tais como a estabilidade no emprego, a obrigação da empresa de reintegrar o eleito tão logo cessarem suas funções sindicais e a inversão do ônus da prova no processo judicial para atribuir à empresa, e não ao trabalhador, o ônus de comprovar que sua despedida não decorreu do exercício de atividades sindicais, sob pena de ser declarada a nulidade da rescisão.

Partes destes conteúdos foram incorporadas em regras específicas, como as de proteção a todo e qualquer trabalhador prejudicado em virtude do exercício de seus direitos sindicais (art.1º, Convenção 98, OIT; c/c § 6º art. 543 CLT) e os de proteção aos representantes eleitos, sindicais ou não (Convenção 135 OIT, art. 8º, CF, c/c art.543 CLT). Antes da Constituição de 1988, três eram os principais debates em torno de tais garantias na jurisprudência: a) a estabilidade do dirigente de associação profissional; b) a estabilidade do delegado sindical e do representante eleito e c) a amplitude da estabilidade do dirigente sindical, principalmente em face da extinção do estabelecimento.

Em um cenário de sindicalismo fora do local de trabalho, as associações profissionais constituídas por empregados ou bem podem exercer uma função de organização dos trabalhadores complementar ao sindicato (quando agrupam trabalhadores específicos de uma empresa), embora sem natureza sindical, ou tinham uma clara função pré-sindical, pois as associações profissionais organizativas de uma categoria constituíam prévio estágio para o registro sindical. No entanto, a CLT assegurava a estabilidade do candidato a cargo de direção sindical, inclusive se eleito, mas era omissa quanto à proteção dada aos militantes e dirigentes de associações profissionais. Não raro os empregadores demitem os dirigentes de associações profissionais que postulam no Judiciário sua reintegração.

Muitos foram os julgados conflitantes sobre o tema até que no contexto da redemocratização e de forte protagonismo de um movimento sindical ascendente, em outubro de 1985 o Tribunal Superior do Trabalho interpretou a regra legal de forma a assegurar a proteção ampla à representação, tendo editado o Enunciado

222.⁴¹¹ Um ano após, a CLT seria reformada para se adequar à interpretação sumulada pelo Tribunal, tendo a Lei 5.743, de 1986, dado nova redação ao artigo 543 da CLT de forma a incluir no texto consolidado a vedação de dispensa específica do “empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final de seu mandato...”. Tal redação se mantém até hoje.

Em relação aos delegados sindicais, a jurisprudência sempre foi unânime em rejeitar a estabilidade daqueles empregados nomeados por uma direção sindical para ocupar o cargo de delegado em alguma delegacia sindical constituída pela entidade em sua base territorial (Cf. art. 543 c/c art 523 e § 3º, art. 522 CLT). Mas existiam decisões que reconheciam a estabilidade de tais delegados sindicais quando tivessem sido eleitos por sua categoria, na medida em que assumiam o encargo da representação sindical. O Tribunal Superior do Trabalho nunca fixou jurisprudência em favor desta estabilidade, o que contribuiu para manter a organização sindical afastada dos locais de trabalho.⁴¹²

Nos anos 1980, a criação de comissões de fábricas, delegados sindicais e representantes de pessoal estiveram na pauta do movimento sindical renovador, que buscava estabelecer garantias de emprego ou estabilidade provisória a tais representações através das negociações diretas. Tal demanda reverberou no Tribunal, que editou o PN 37 sobre estabilidade provisória do delegado sindical que não concedia tal pleito em dissídios, tendo a partir de 1985, entretanto, admitido a instituição do “representante sindical a ser eleito por empregados da própria empresa, em razão de um representante para 50 (cinquenta) empregados

⁴¹¹ “Enunciado Nº 222. Dirigentes de Associações Profissionais. Estabilidade Provisória. Os dirigentes de associações profissionais, legalmente registradas, gozam de estabilidade provisória no emprego. (Res. 14/1985, DJ 19/09/1985)”.

⁴¹² Nunca fixou jurisprudência a favor da estabilidade, mas até 1995 encontram-se decisões específicas concedendo o direito, conforme a seguinte TST 6978, RR 137951, Relator designado Ministro Francisco Fausto, 1996: “Ementa: Delegado Sindical Eleito. Estabilidade Provisória. 1. O Artigo 8º, Inciso VIII, da Constituição Federal assegurou Garantia de Emprego a todo Representante Sindical que teve acesso ao cargo por processo eletivo. O artigo 523 da CLT é dirigido aos delegados sindicais designados pela diretoria da entidade de classe. 2. revista desprovida.”

integrantes da referida categoria, outorgando aos mesmos a garantia de emprego, nos termos do art. 543 da CLT” (Ex-PN 138).⁴¹³

Quanto à amplitude da estabilidade dos dirigentes sindicais, como nos anos 1980 eleitos para ocuparem os cargos disciplinados em lei (art. 522 da CLT), em face da adoção dos modelos pré-estabelecidos de estatutos sindicais, o debate maior centrava-se na subsistência, ou não, da estabilidade em caso de extinção do estabelecimento empresarial. E fora resolvido na jurisprudência do TST nos anos 1980 com uma resposta positiva.⁴¹⁴

Embora o posicionamento do TST estivesse muito aquém do desejado pela representação dos trabalhadores nos anos 1980, do ponto de vista da interpretação jurídica verifica-se que a partir de 1985 predominara também na jurisprudência a tendência expansiva de direitos da época. O Tribunal se antecipou ao legislador em duas oportunidades, de forma mais benéfica aos trabalhadores: para assegurar a estabilidade dos dirigentes de associações profissionais e para conceder, em dissídios coletivos, a representação sindical no local de trabalho, com estabilidade.

⁴¹³ Os primeiros precedentes normativos não tinham indicação sobre se eram positivos ou negativos. O Ex-PN 37 simplesmente afirmava “037 – Estabilidade Provisória – Delegado Sindical. Fontes: RO- DC 701/84; RO-DC 596/84 e RO-DC 438/84”. E mereceu o seguinte comentário: “Como nos demais precedentes que tratam do tema estabilidade, também nessa cláusula o TST tem sido cauteloso, partindo da premissa de que a Constituição das Leis do Trabalho já regula os casos de estabilidade dos dirigentes sindicais, não havendo amparo legal que sustente a previsão. Dessa forma, a unanimidade de seus Ministros tem rejeitado o pretendido pelos sindicatos obreiros.” (Maciel, 1990, p.86). A aprovação do Precedente 138 teve como referência RO-DC 272/85, sendo que segundo Couto Maciel “o representante sindical é um direito que os sindicatos vêm pleiteando há diversos anos nos dissídios coletivos, sendo que o TST concedeu essa garantia, desde 1985, enumerando-a entre os precedentes.” (Maciel, 1990, p. 135).

⁴¹⁴ Como pode-se observar pelas seguintes Ementas: “2.585. A garantia prevista no art. 543 da CLT – caput e parágrafos – objetiva a continuidade no desempenho da administração ou representação profissional. Desassistido ao empregador, a partir do registro da candidatura até um ano após o término do mandato, o direito de rescisão contratual - § 3º - estendendo-se a limitação legal à hipótese de transferência – caput. O legislador pátrio não excluiu da proteção aqueles casos em que o empregador delibera sobre a extinção do estabelecimento ou filial onde preste serviços o empregado, não sendo dado ao intérprete fazê-lo (TST – E – RR 2.870/79, Marco Aurélio, ac. TP 2.036/82. DJU 22/4/83, P. 5.086). (Carrion, 1983, p.316). E outra; “2.587. Empregado no exercício de atribuições sindicais, despedido por motivo de supressão necessária de atividades na empresa, tem o direito de perceber as prestações salariais normalmente devidas pelo empregador até o término da estabilidade provisória (TST, E – RR 2.693/80, Orlando T. Costa, ac. TP 313/83. DJU 25/3/83, p. 3.547). (Carrion, 1983, p.316)”. Existiam julgados nos Tribunais Regionais que determinavam o pagamento da indenização em dobro, por analogia ao artigo 497 da CLT; no entanto, o TST determinava o pagamento da integralidade da indenização devida ao dirigente sindical, considerando a totalidade das vantagens salariais a que teria direito até um ano após o término do mandato, sem dobra.

A percepção de que o Tribunal Superior do Trabalho teria tido uma postura diferenciada nos anos 1980 e 1990 é compartilhada pelos Entrevistados que integravam o Tribunal no momento pré-constituente. Um “certo arrojo no dissídio coletivo” foi a expressão utilizada pelo Entrevistado nº 02 para explicar certos julgamentos e precedentes normativos mais “benevolentes” à época, o que seria lógico diante do que considera uma tendência natural do julgador inserido em seu tempo:

É lógico que no caminho da redemocratização e da evolução social com o objetivo de incorporar o trabalhador à sociedade, seus direitos, o tribunal evolua no sentido de ouvir o clamor social e tente seguir ajustando a lei e, às vezes, passando por cima da lei. É por isso que eu digo que alguns precedentes muitas vezes extrapolaram a lei e foram muito benevolentes.

Naquele contexto, as Seções Normativas dos Tribunais Trabalhistas se apresentariam como uma arena para a qual poderiam ser encaminhadas “toda sorte de reivindicações” que os sindicalistas tinham, avalia o Entrevistado nº 02, muitas delas “ridículas”. Tais “excessos” – prossegue – “naturalmente fizeram com que o TST, a Justiça do Trabalho em geral, aceitasse certos avanços. Alguns avanços que não eram efetivamente condizentes com a realidade legal do país. Mas também não prejudicava.”⁴¹⁵

⁴¹⁵ “Efetivamente houve certo arrojo no dissídio coletivo e muita coisa foi criada sem base legal, porque os sindicalistas que então começavam a ganhar força entenderam que poderiam trazer para o dissídio coletivo toda sorte de reivindicações que tinham. Lembro de um dissídio coletivo de ferroviários do Rio Grande do Sul onde se discutia até o número de banheiros que deveriam existir nas estações para atender os trabalhadores. Esses excessos naturalmente fizeram com que o TST, a Justiça do Trabalho em geral, aceitasse certos avanços. Alguns avanços que não eram efetivamente condizentes com a realidade legal do país, mas também não prejudicavam. Concedeu-se aquilo que dinamicamente o Direito exigia, mas também não se agrediu, porque aí o Supremo teria corrigido. Na realidade, algumas coisas que não existiam foram criadas pelo poder normativo da Justiça do Trabalho. Daí porque os dissídios coletivos reuniam centenas de reivindicações que se somavam em cada dissídio.” (Entrevistado nº 02). E mais adiante: “Em vez de os trabalhadores buscarem um procedimento de natureza fundamental na defesa dos seus direitos, se perdem em minúcias, em coisas ridículas, que não têm nenhum sentido prático como coisa coletiva. Pode interessar a um grupo econômico, uma categoria profissional, mas não interessa efetivamente à totalidade das categorias profissionais. Este foi o grande erro na comissão dos dissídios coletivos. Eu lembro de dissídios dos bancários que eram coisas terríveis, terríveis, porque exigiam até a maneira de escrever o cifrao. Era uma coisa ridícula”

No que concerne à proteção da representação dos trabalhadores, nos anos 1990 a tendência se inverte: o legislador esteve à frente no processo de ampliação desta proteção (Convenção 135 e Lei 9.270, de 17 de abril de 1996), enquanto a jurisprudência tendeu a maximizar as condições para o exercício do direito e limitar a esfera de proteção.

Quanto ao antigo precedente normativo 138, na revisão de 1992 (Resolução 37) houve uma restrição substancial do que passaria a ser deferido em dissídios coletivos. A representação proporcional a cada 50 empregados foi substituída por um novo precedente de nº 86, através do qual “nas empresas com mais de 200 empregados é assegurada a eleição direta de um representante, com as garantias do art. 543, e seus parágrafos, da CLT”. É possível que o novo cenário constitucional tenha influenciado os julgadores a promover tal restrição, seja por conta do artigo 11 da CF, seja porque naquele ano de 1992, por força da autonomia sindical havia uma tendência de reformulação dos estatutos das entidades sindicais com ampliação de suas diretorias sindicais. Por outro lado, se o poder normativo pode ampliar direitos, o TST poderia ter mantido tal precedente nos termos em que anteriormente deferido. Registre-se ainda que a ratificação da Convenção 135 da OIT não produziu o efeito de modificar o entendimento jurisprudencial restritivo, nem mesmo de alterar o posicionamento sobre a proteção dispensada aos delegados sindicais eleitos. Ao contrário, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho se pacificou contra tal estabilidade,⁴¹⁶ mesmo num cenário de ratificação de regras internacionais que visam proteger quaisquer representantes eleitos. Indagado sobre a proteção aos representantes dos trabalhadores, assegurada na Convenção 135 da OIT, o Entrevistado nº 02 foi taxativo: “O TST não aplica.”

⁴¹⁶ Contra a estabilidade, ver, por exemplo, a seguinte decisão do TST de 2000 (BRASIL, TST, RR n. 655921, Ministro Wagner Pimenta, 2000): os delegados sindicais não são beneficiários da estabilidade provisória garantida aos dirigentes sindicais e aos representantes profissionais, segundo o que se depreende do disposto nos artigos 8º, inciso VIII, da Constituição Federal, 523 e 543, §§ 3º e 4º, da CLT. Recurso de Revista conhecido e não provido. E também as seguintes: TST RR 80341-2003-900-22-00, 4ª Turma, 31/10/2003; TST 14/04/2003, ERR 329914 de 1996, DJ 09/05/2003; TST – RR 535070, de 1999, decisão 21/11/2001, DJ 08/02/2002.

Qual o impacto da constitucionalização da estabilidade do dirigente sindical na Carta Magna? A especificidade da interpretação constitucional teria ampliado a esfera da garantia legal ou, do ponto de vista da jurisprudência, foi indiferente a previsão constitucional em relação ao que se previa em lei? Surpreendentemente, segundo a jurisprudência do TST, nem um, nem outro. A primazia da Constituição só foi utilizada para restringir a garantia legal, nada mais. Com o passar dos anos que distanciam os julgados da promulgação da Constituição reduzem-se as potencialidades tutelares da estabilidade dos representantes dos trabalhadores. Na esteira da jurisprudência os debates se estreitam progressivamente.

Dentre tais “atenuações jurisprudenciais” (Delgado, 2003, p.94) da proteção, encontra-se em 1994 a edição da OJ-SDI 35, com o que o TST afirmou que registro de candidatura do empregado a cargo sindical durante a fluência do aviso prévio não lhe assegura direito à estabilidade. Diante da demissão de dirigentes sindicais por empresas que alegavam não terem sido comunicadas em 24 horas sobre o registro da candidatura, a eleição e a posse do ex-empregado, nos termos da formalidade exigida pelo § 5º do art. 543 da CLT, o Tribunal decidiu que a constitucionalização do direito não tornava a regra formal uma solenidade ad probationem tantum, constituindo-se em solenidade ad substantiam, entendimento consolidado na OJ - SDI 34, também de 1994. Enfim, não basta que a empresa tenha sido avisada da eleição, ou que se prove no processo sua ciência inequívoca da condição de dirigente sindical do demitido, pois não teria tal trabalhador adquirido a estabilidade.⁴¹⁷

⁴¹⁷ TST – SDI-1: “Orientação Jurisprudencial nº 34 Dirigente sindical. Estabilidade provisória. Inserido em 29/04/1994. É indispensável a comunicação, pela estabilidade sindical, ao empregador, na forma do § 5º do art. 543 da CLT” e ainda “Orientação Jurisprudencial Nº35. Inserido em 14/03/1994. Dirigente sindical. Registro de candidatura no curso do aviso prévio. Não tem direito à estabilidade provisória (Art. 543, § 3º, CLT).” Sobre a OJ 35, Godinho Delgado assevera que “não é racional, proporcional nem razoável a presente restrição” (Delgado, 2003, p.94), já que o registro de uma candidatura é a concretização final de um processo de discussão e montagem de chapas, das quais o empregador pode obter informações sobre a pretensão do empregado e dispensá-lo, obstando a aquisição do direito. Prossegue: “Na medida em que práticas anti-sindicais são vedadas pelos princípios da liberdade de associação e autonomia sindicais pela Convenção 98 da OIT – e até mesmo pela autoritária CLT (art. 543, §6º, por exemplo) – não se justifica a apontada restrição interpretativa.” (Delgado, 2003, p.94). A segunda atenuação jurisprudencial criticada pelo autor, consubstanciada na OJ 34: “a jurisprudência tem considerado

Em 1997, três novas Orientações Jurisprudenciais da SDI-1 do TST. Uma única que estabelece garantias aos dirigentes (OJ-SDI-1 114, convertida em 2005 na Súmula 379) afirmou ser indispensável o inquérito judicial para a dispensa de dirigente sindical, reforçando entendimento há longo tempo assimilado em Súmula do STF. Duas outras reduzindo a esfera de proteção: a OJ –SDI-1 nº 116, que embora admita a nulidade de um ato de demissão de um empregado estável não assegura a sua reintegração ao emprego se ultrapassado o prazo de estabilidade e monetariza a proteção ao determinar apenas a indenização ao trabalhador dos salários devidos entre sua dispensa até um ano após o término do seu mandato. Permanece, assim, o militante sindical afastado da empresa, convertendo em valores monetários o tempo de seu mandato.⁴¹⁸ Esta conversão, no entanto, deixaria de ser feita na hipótese de extinção do estabelecimento, com a nova Orientação nº 86, que afirmou a insubsistência da estabilidade com a extinção da atividade empresarial.⁴¹⁹

imprescindível à estabilidade sindical o respeito à formalidade prescrita pelo art. 543, §5º, CLT. Ora, tal comunicação, desde a Carta de 1988, tem mero caráter obrigacional; porém não tem aptidão para restringir firmes direito e garantia estabelecidos pela Carta Magna."(Delgado, 2003, p.94). Ambas as orientações permanecem válidas ainda hoje, tendo sido incorporadas em 2005 na Súmula 369 do TST. No entanto, decisões recentes têm reinterpretado a locução "indispensável" inserida na OJ e na Súmula, para admitir que subsiste a estabilidade se a comunicação, embora realizada, não tenha ocorrido no prazo fixado pelo § 5º do art. 543. Conforme Notícias do TST de 14/02/2005: "Atraso em comunicação não impede estabilidade sindical", acerca do julgamento do AIRR e RR 1272/2001-002-18-00-0.

⁴¹⁸ "Orientação Jurisprudencial nº 114. Inserido em 20/11/1997. Dirigente sindical. Despedida. Falta grave. Inquérito judicial. Necessidade." Sobre o tema, consultar Súmula 197 do STF: "O empregado com representação sindical só pode ser despedido mediante inquérito em que se apure falta grave." E ainda a "Orientação Jurisprudencial Nº 116. Inserido em 20/11/1997. Estabilidade provisória. Período estabilitário exaurido. Reintegração não assegurada. Devido apenas os salários desde a data da despedida até o final do período estabilitário."

⁴¹⁹ No caso específico há não somente uma modificação substancial da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho dos anos 1980, mas a redução das discussões em torno da indenização. Os mesmos enunciados que levavam nos anos 1990 à discussão do valor da indenização a ser paga ao dirigente sindical em caso de extinção do estabelecimento (se simples ou em dobro), na década de 1990, diante da proliferação de extinções de estabelecimentos conduziram-se para três posicionamentos: a) indenização consistente no pagamento das verbas devidas até o fim da estabilidade (1 ano após o mandato); b) indenização até o fim do mandato; c) sem qualquer indenização decorrente da insubsistência da estabilidade, sendo devidas apenas as verbas decorrentes da dispensa. Sobre tal debate doutrinário e jurisprudencial, consultar Delgado (20003, p.95). É a seguinte a redação da OJ –SDI-1 do TST: "Orientação Jurisprudencial Nº86. Inserido em 28/04/1997. Dirigente sindical. Extinção. Extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato. Insubsistência da estabilidade."

Mas foi a partir de 1998, em torno de três temas, que se iniciaram efetivamente as definições do Tribunal Superior sobre o significado da constitucionalização da estabilidade do dirigente sindical. Com a revogação da Súmula 222 e a edição da OJ – SDI-1 145, o Tribunal pacificou que o dirigente sindical empregado de uma categoria diferenciada não tem estabilidade se não exercer na empresa atividade inserida no conceito de categoria profissional da empresa, indicando uma concepção do dirigente como representante estrito não somente de uma categoria, mas de seus interesses funcionais específicos e localizados. Então, por exemplo, um empregado da Rodhia, dirigente sindical do Sindicato dos Empregados em Escritórios das Indústrias Químicas, advogado na empresa, não tem estabilidade (cf. TST - AIRR 5228/03-902-02-40.7) porque os advogados são regidos por estatuto próprio, e, portanto, integram categoria profissional diferenciada. Assim, este dirigente pode negociar em nome dos trabalhadores, exercer suas funções de dirigente sindical, participar como representante sindical da comissão de empregados que negociará a PLR, mas não terá estabilidade. No exercício de sua liberdade sindical, pode escolher em qual sindicato atuará, mas não tem os direitos decorrentes desta opção.⁴²⁰

A constitucionalização da estabilidade protegeu apenas os dirigentes ou representantes sindicais eleitos. Não houve, entretanto, reforma do texto da CLT que desde 1986 estendeu tal garantia aos diretores de associações profissionais. Aliás, se tal ampliação da proteção nascera no TST com a Súmula 222, restringir-se-ia com sua revogação.⁴²¹ Decidiu o TST em 1998 que a liberdade sindical

⁴²⁰ Para utilizar a antiga distinção da CLT, a rigor advogado era profissional liberal e não categoria diferenciada, tendo opção de escolha do sindicato para o qual seria dirigida sua contribuição sindical obrigatória (art. 585, CLT). É a seguinte a redação da OJ: “Orientação Jurisprudencial Nº 145. Inserido em 27/11/1998. Estabilidade. Dirigente sindical. Categoria diferenciada. O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente` à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente.”

⁴²¹ Cf. Resolução nº 084/98 do Tribunal Superior do Trabalho: “Certifico e dou fé que o egrégio Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, em Sessão Ordinária hoje realizada, sob a Presidência do Exmo. Ministro Wagner Pimenta, Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, presentes os Exmos. Ministros Almir Pazzianotto, Vice-Presidente; Ursulino Santos, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho; Ermes Pedro Pedrassani, José Luiz Vasconcellos, Francisco Fausto, Cnéa Moreira, Vantuil Abdala, Armando de Brito, Galba Velloso, Valdir Righetto, Ronaldo Lopes Leal, Rider Nogueira de Brito, José Luciano de Castilho, Lourenço Ferreira do Prado e o Exmo. Subprocurador-Geral do Trabalho, Dr. Otavio Brito Lopes, ao apreciar o Processo nº TST-E-RR-109.351/94.3, nos termos do art. 235 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho,

assegurava a livre criação de sindicatos, deixando as associações profissionais de serem embriões pré-sindicais, motivo pelo qual não deveria subsistir a estabilidade prevista no artigo 543 da CLT e os representantes eleitos (não-sindicais) deixariam de ter proteção.

É possível que o Tribunal tenha adotado tais posições restritivas em reação a um ambiente de maior liberdade para a criação de sindicatos, pois diante da afirmação da autonomia sindical, no momento pós-constituinte foi grande o movimento em torno da reforma dos estatutos sindicais, com a ampliação das diretorias dos sindicatos, a reformulação dos cargos existentes e a redefinição autônoma da estruturação das múltiplas entidades sindicais. Ora, poder-se-ia argumentar que, se os sindicatos podem reformular seus estatutos para definir a eleição de representantes sindicais diversos, estão asseguradas as condições para a efetivação da proteção constitucional.

No entanto, não tardariam a chegar ao Tribunal Superior do Trabalho processos nos quais as empresas dispensaram sem justa causa dirigentes sindicais sob a justificativa de que não detinham a estabilidade em face de não ocuparem os cargos indicados no artigo 522 da CLT. Segundo a antiga regulamentação da CLT, a administração do sindicato era composta por uma diretoria constituída de, no máximo, sete membros e de um conselho fiscal de três membros. Havia ainda, conforme regras advindas da antiga regulação ministerial, a eleição de dois

resolveu, por maioria absoluta, cancelar o Enunciado nº 222, vencidos os Exmos. Ministros Francisco Fausto e Lourenço Ferreira do Prado. Sala de Sessões, 13 de agosto de 1998. Luzia De Andrade Costa Freitas, Diretora-Geral de Coordenação Judiciária.” (BRASIL, TST, Publicada no DJ 1 de 20/08/98, pág 149). No Acórdão do processo em referência, E-RR 109351 de 1994, consta seu julgamento em 1999, sendo que sua publicação ocorreu no DJ de 22/10/1999. Um ex-empregado da Artex S/A Fábrica de Artefatos Têxteis recorreu ao Tribunal em 1994, requerendo a aplicação do artigo 593 da CLT e da Súmula 222 do TST. Diante das discussões ocorridas no julgamento dos Embargos, o Tribunal decidiu cancelar o Enunciado, tendo o Acórdão recebido a seguinte Ementa: “Dirigentes de associação profissional. Ausência de estabilidade provisória. Constituição Federal de 1988. Não há que se falar em violação literal do art. 543, § 3º, da CLT ou contrariedade ao Enunciado 222/TST, eis que se encontram superados nesta Corte, ante o desaparecimento da *ratio legis* da existência da estabilidade aos dirigentes de associação profissional, após o advento da Carta Magna de 1988.” No caso, o tribunal afasta a aplicação da CLT, sob o argumento de terem desaparecido os fundamentos que levaram o legislador a editar a Lei 7.543 de 1986: “Contrariedade ao art. 543, § 3º, da CLT e ao Enunciado 222/TST não há. Isto verifica-se em decorrência do exame das razões que levaram à edição do Enunciado 222/TST e, posteriormente, da Lei nº 7.543/86, que acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo consolidado em questão.”

representantes para integrar os conselhos de cada Federação e outros dois da Confederação, totalizando as chapas para as diretorias sindicais normalmente de vinte e quatro militantes (aí incluídos os suplentes eleitos). Por entendê-las não recepcionadas em face da nova Constituição, muitas entidades ampliaram o número de dirigentes sindicais, instalando-se um dissenso interpretativo sobre o tema.

Embora reconhecessem que a autonomia sindical possibilitaria a definição dos sindicatos sobre sua estruturação interna, parte dos doutrinadores construiu a tese de que o empregador não poderia se sujeitar ao arbítrio da entidade sindical, principalmente em face do “abuso do direito” cometido pelos sindicatos (Sussekund, 2004; Kaufmann, 2005) Se o empregador tem direito de rescindir o contrato, nem todos os dirigentes sindicais eleitos poderiam ser detentores de estabilidade, o que significaria dar aos sindicatos o poder de estabelecer condição que sujeitaria o ato jurídico de demissão ao arbítrio exclusivo de uma única parte, portanto ilícita.

Inúmeros outros autores argumentavam que o artigo 522 da CLT não havia sido recepcionado (Delgado, 2003, Siqueira Neto, 2001). Desta forma, os empregadores deveriam buscar limitar a garantia constitucional em negociação coletiva. Se fosse comprovado abuso de direito ou desproporcionalidade que caracterizasse um desvio de finalidade da ampliação do número de representantes sindicais, estaria aberto espaço para uma discussão judicial, caso a caso, da existência, ou não, de estabilidade. Embora a definição jurisprudencial sobre o tema tenha ocorrido apenas em 2002, é importante registrar que quando o TST decidiu o fez limitando apenas a sete o número de dirigentes sindicais protegidos pela estabilidade.⁴²² Ou seja, não somente afirmou a recepção de um dispositivo

⁴²² No caso, não apenas afirmou o posicionamento sobre a recepção do artigo 522 da CLT, o que significa dizer que um amplo rol de dirigentes e representantes sindicais não estão protegidos com a estabilidade constitucional, como também que o número de dirigentes está limitado a sete, possibilitando uma interpretação redutora inclusive da garantia que se tinha antes da Constituição, com a estabilidade para os 24 integrantes das chapas sindicais. A OJ 266 foi inserida em 29/09/2002 com a seguinte redação: “Estabilidade. Dirigente sindical. Limitação. Art. 522 da CLT. O art. 522 da CLT, que limita a sete o número de dirigentes sindicais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.” As Orientações Jurisprudenciais N° 35, 86, 116 e 145 foram convertidas na Súmula n° 369, DJ 20.04.2005: Enunciado N° 369. Dirigente sindical. Estabilidade

que impõe grave restrição ao princípio da autonomia sindical, como também que embora a regra constitucional estabeleça a estabilidade para os dirigentes sindicais, existem dirigentes não-protégidos pela garantia.

Em 2001, do total de 15.961 sindicatos existentes no país, somente em 1.485 deles a Pesquisa Sindical IBGE indicou existirem até sete diretores em exercício, dos quais 1.485 urbanos e 397 rurais (de empregados e empregadores). Mais de 80% dos sindicatos do país (81,39%) têm mais de sete diretores em exercício. Ao contrário de uma certa leitura interpretativa que percebe a vida a partir da lógica do direito (e em particular do abuso do direito), 84,40% dos sindicatos de empregadores urbanos também ampliaram suas diretorias sindicais e detêm mais de sete diretores em exercício (IBGE, 2003, p.168). O distanciamento entre o número de dirigentes sindicais indicados na Súmula do TST com a estruturação dos sindicatos brasileiros em 2001 é gritante e demonstra o universo desprotegido, apesar da constitucionalização do direito.

No processo de atribuição de sentido às regras do foro sindical, as interpretações do TST no contexto dos anos 1980 foram mais expansivas que as da década de 1990, quando a constitucionalização da liberdade sindical, da proteção ao dirigente e a ratificação da Convenção 135 da OIT foram desconsideradas pelos julgadores, ou então utilizadas (como no caso da liberdade sindical) para justificar a restrição da proteção a um tipo de representante eleito, o das associações profissionais.⁴²³ Os custos da decisão de participar de um

provisória. (conversão das Orientações Jurisprudenciais n°s 34, 35, 86, 145 e 266 da SBDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20/04/2005. I - É indispensável a comunicação, pela entidade sindical, ao empregador, na forma do § 5º do art. 543 da CLT. (ex-OJ n° 34 - Inserida em 29/04/1994). II - O art. 522 da CLT, que limita a sete o número de dirigentes sindicais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. (ex-OJ n° 266 - Inserida em 27/09/2002). III- O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente. (ex-OJ n° 145 - Inserida em 27/11/1998). IV - Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade. (ex-OJ n° 86 - Inserida em 28/04/1997). V - O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho (ex-OJ n° 35 - Inserida em 14/03/1994)".

⁴²³ Quanto aos Precedentes da SDC sobre direitos sindicais, deve-se registrar ainda o cancelamento na sessão de 14/09/1998, aprovado pela Res. 86/1998 (DJ 15/10/1998), de dois precedentes

sindicato e de uma diretoria sindical podem ter se tornado mais altos, sob este ponto de vista.

5.4.2.2. Autonomia, autonormação, financiamento dos sindicatos e ações anulatórias propostas perante o TST

O financiamento das entidades sindicais é um tema relevante para a configuração dos recursos de poder atribuídos aos sindicatos, bem como para a de uma estrutura sindical. Em um contexto de críticas à permanência da contribuição sindical obrigatória na Constituição, a discussão sobre financiamento das entidades tem como pano de fundo uma disputa em torno da concepção sobre a possibilidade ou não de garantias estatais para tanto, sobre a voluntariedade ou não da contribuição e arrecadação das entidades em um cenário de provável extinção da contribuição obrigatória (Cardoso, 1999b; Siqueira Neto, 2001). Independentemente da proliferação das contribuições sindicais e da superposição de fontes de financiamento agravadas com a permanência da contribuição obrigatória na Constituição de 1988, o que interessa aqui é a percepção dos movimentos jurisprudenciais em torno do tema na última década, em especial no que concerne ao desconto assistencial e à contribuição confederativa.

A cobrança do desconto ou taxa assistencial ou negocial é fixada através de acordo ou convenção coletiva, podendo ser também instituída em sentença normativa. Neste sentido, deve ter sido previamente aprovada em assembléia-

negativos, os de nºs 13 e 18, embora não tenha determinado uma mudança nos padrões de julgamento sobre o tema. Eram os seguintes os Precedentes cancelados: “nº. 13 - Local para sindicalização. (Negativo). Não se concede cláusula prevendo a cessão de local na empresa destinado à sindicalização. Nº. 18 - Contrato de experiência. (Negativo) Não se concede norma que obrigue a remessa de cópia do contrato de experiência ao sindicato.” Um outro precedente obteve mudança na sua redação: “nº 83. Dirigentes sindicais. frequência livre (positivo) Assegura-se a frequência livre dos dirigentes sindicais para participarem de assembléias e reuniões sindicais devidamente convocadas e comprovadas.” Em 2004, foi acrescentada locução que suprime a frequência livre, tornando-a uma modalidade de “falta autorizada”, ou suspensão contratual particularizada: “nº. 83 – Dirigentes sindicais. frequência livre (Positivo) (Nova redação) – RES. 123/2004, DJ 06/07/2004) Assegura-se a frequência livre dos dirigentes sindicais para participarem de assembléias e reuniões sindicais devidamente convocadas e comprovadas, sem ônus para o empregador.”

geral de toda a categoria (sócios e não-sócios) do sindicato e tem como objetivo colaborar com o financiamento da campanha e da negociação coletiva. Esta modalidade de *agency shop* é reconhecida como estando em conformidade com a liberdade sindical em experiências internacionais diversas, pois equipara-se a uma modalidade de quota de solidariedade cobrada sobre os destinatários dos instrumentos negociados. No Brasil, sua instituição remonta à década de 1960 e se fundamentava não só em dispositivos específicos da CLT (art. 513, “e”), como também na força normativa dos acordos e convenções coletivas. Já a contribuição confederativa foi criada pela Constituição (artigo 8º, inciso IV, CF) e decorre de decisão da categoria em assembléia, sendo certo que diante da recusa de seu desconto por parte de muitas empresas, face à dúvida sobre a sua auto-aplicabilidade, em muitas categorias a exequibilidade da decisão da assembléia-geral seria disciplinada em negociação coletiva.⁴²⁴

Observar o comportamento do Tribunal em dois tempos exige, assim, que se detenha na contribuição assistencial, que com frequência figurou nas discussões judiciais dos anos 1980, seja para avaliar o alcance de sua instituição por acordos e convenções, seja para traçar um direcionamento no julgamento dos dissídios coletivos.⁴²⁵ Encontra-se dissenso sobre a possibilidade de instituí-la com valores diferenciados para sócios e não-sócios, sobre a garantia de oposição do indivíduo perante a empresa, mas sempre estabelecendo que seria devida para filiados e não-filiados ao sindicato em face não apenas do conceito legal de categoria, como diante da eficácia subjetiva das convenções e acordos coletivos.⁴²⁶ Este é um

⁴²⁴ A contribuição confederativa foi objeto de Súmula 666 do Supremo Tribunal Federal que, embora tenha adstrito sua cobrança apenas aos associados, reconheceu sua auto-aplicabilidade, bem como ser a assembléia da entidade que decidiu pela cobrança seu fato gerador.

⁴²⁵ Nos dissídios coletivos aplicava-se o Precedente 74, da década de 1980, mantido na revisão de 1992: nº 74 - Desconto assistencial (Positivo). “Subordina-se o desconto assistencial sindical à não-oposição do trabalhador, manifestada perante a empresa até 10 dias antes do primeiro pagamento reajustado”. Julgados anteriores: (RO-DC 282/84; 438/85; 728/85; 685/84; 704/84; 725/84; 116/84; 857/85; 015/86; 722/85; 010/85; 507/84; 849/85; 484/84; 098/84).

⁴²⁶ Como indicativo da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema, foram selecionadas as seguintes ementas de decisões da década de 1980 transcritas nos seguintes verbetes: “1.635. O sindicato representa toda a categoria profissional em sua base territorial e tem legitimidade para, em acordos ou convenções, impor contribuições de associados e não-associados observadas as formalidades assembleares (TST, RR 4.211/82, Antônio Lamarca, ac. 2 T. 2.958/83, DJU 9/12/83, p. 19.562)” (Carrion, 1984, p.209). Outro: “1.637. Desconto a favor do sindicato de

ponto que parece importante reter, pois na linguagem contemporânea diz respeito à validade do pactuado e da valorização constitucional da autonomia privada coletiva. “As convenções coletivas celebradas pelas entidades sindicais têm reconhecimento constitucional e valem pelo que é estabelecido pelas partes convenientes”, afirma uma decisão do Tribunal, relatada pelo Ministro Barata Silva, que prossegue constando em 1980 um abstencionismo judicial para avaliar a cláusula de financiamento estabelecida para sócios e não-sócios da entidade: “Assim, descabe a apreciação da legalidade ou não de reversão estabelecida com alcance a todos os integrantes da categoria profissional.”

Tais argumentos jurídicos não seriam utilizados na década de 1990, mesmo diante do inédito prestígio à capacidade de autonormação e da modificação dos critérios de avaliação da relação entre a lei e o pactuado. O minimalismo que caracterizou a postura do Tribunal na avaliação de cláusulas disputáveis que favoreciam os empregadores, ou mesmo claramente em prejuízo para os empregados não permanece quando se trata de examinar as que favoreçam os sindicatos.

Mas a modificação dos padrões de julgamento deve ser vista em dois âmbitos distintos. O do exercício do poder normativo, que diz respeito à instituição do desconto por sentença normativa, no qual o Tribunal cria a regra, para o que importa avaliar decisões concretas, homologações de acordos em

classe. A possibilidade de oposição ao desconto a ser manifestada perante o empregador deve ficar devidamente prevista na sentença normativa, convenção ou acordo coletivo (TST, RR, 4.541/82, Marco Aurélio, ac. 1 T. 497/84. DJU, 27/4/84, p.6304)” (Carrion, 1984, p.209) e um terceiro “1.682. Por maioria, conhecer da revista e, no mérito, dar-lhe provimento para julgar procedente a reclamação relativamente aos trabalhadores que ao desconto não se opuseram no primeiro pagamento posterior ao trânsito em julgado da decisão. ‘As convenções coletivas celebradas pelas entidades sindicais têm reconhecimento constitucional e valem pelo que é estabelecido pelas partes convenientes. Assim, descabe a apreciação da legalidade ou não de reversão estabelecida com alcance a todos os integrantes da categoria profissional.’ (TST, RR 3.05/80, Barata Silva, ac. 3. T. 2.040/81, DJU 25/9/81, p.9.522)” (Carrion, 1983, p.207). Sobre a diferenciação nos valores cobrados entre sócios e não-sócios foram encontradas apenas decisões de Tribunais Regionais: “2.581. A discriminação, onerando em quantia maior os trabalhadores não-associados à entidade representativa da categoria profissional, não esbarra em qualquer óbice legal; ao contrário, tem o claro propósito de estimular os empregados à sindicalização (TRT, 2 Reg. 2/82. A. Rubens Ferrari, ac. TP 3.674/82).” E ainda “438. A Justiça do Trabalho é competente para decidir reclamação referente a desconto a favor do Sindicato. A cláusula invocada determina o desconto sem qualquer restrição. Preliminares rejeitadas e recurso improvido (TRT, 1. Reg. RO 5.025/78. Moacyr Ferreira da Silva, ac. 3. T. 3.163/82, 7/12/82)” (Carrion, 1983, p.55).

sentenças normativas e nas mudanças nos precedentes e orientações jurisprudenciais. Outro diverso no que concerne à validade dos acordos e convenções coletivas sobre o tema.

No exercício do poder normativo, o Tribunal sempre foi bastante cauteloso em deferir tal pleito, que significava um desconto em salário do trabalhador. Assim, ao deferir descontos para sócios e não-sócios impedia o estabelecimento de valores diferenciados, e ao homologar os acordos coletivos que lhe eram submetidos à apreciação nos processos judiciais, sistematicamente determinava a modificação da redação dos acordos para adaptá-los ao Precedente 74 e assegurar a todos a possibilidade de recusa do desconto.⁴²⁷ Aliás, se forem considerados os dissídios coletivos originários, percebe-se a incidência de cláusulas não-homologadas como acordadas, relativas a financiamento.

Ao longo da década, o Tribunal cindiu a eficácia subjetiva das sentenças normativas para declarar sua aplicabilidade no tocante às cláusulas de desconto assistencial somente para os associados à entidade, não para toda a categoria e destinatários da decisão. Em 1996, foi inserido o Precedente nº 119, cuja redação afirmaria que a fixação de contribuição a ser descontada dos salários dos não-filiados em sentença normativa ou em acordo e convenção feririam o direito à liberdade de associação e de livre sindicalização. Em 1998, tal posicionamento foi incorporado em uma Orientação Jurisprudencial da SDC (n. 17), mesmo ano em que o Precedente nº 119 foi reformulado, com o cancelamento definitivo do

⁴²⁷ A respeito, observar a sistemática adotada no início da década de 1990: a) TST-DC-49.016/92.6 – (Ac. SDC- 0391/92) – TST “Ementa: Homologação parcial. contribuição confederativa. O estabelecimento de descontos diferenciados para custeio do sistema confederativo da representação sindical, privilegiando os empregados associados em detrimento dos não-associados (...) Por um lado, admitindo-se o desconto em percentuais iguais, este há que estar condicionado à não-oposição do trabalhador, manifestada perante a Empresa até 10 dias antes do primeiro pagamento reajustado, nos termos da jurisprudência desta Corte, Precedente Normativo nº 74. Acordo Coletivo de Trabalho homologado em parte.” (...)“Assim, instituo a cláusula, adaptando-a ao Precedente Normativo nº 74, desta Corte, subordinando o desconto à não-oposição do trabalhador manifestada perante a Empresa até 10 (dez) dias antes do primeiro pagamento após esta decisão e estabelecendo o percentual único de 3% (três por cento), para sócios e não-sócios do Sindicato.” Brasília, 25 de agosto de 1992. Ney Doyle – Relator; b) “Dissídio coletivo – desconto assistencial. A fixação de percentuais diferenciados, em norma coletiva de trabalho, para associados e não-associados, não se conforma com o disposto nos artigos 5º, caput e 8 V, todos da Constituição da República” (TST – DC 41.852/91.6, Rel. Min. Indalécio Gomes Neto, In DJU 3/9/93) (Apud Martins Filho, 2003, p.193).

Precedente 74. “A justificativa para a revogação destes PN foi a de que, considerando-se que as contribuições somente abrangiam os associados do sindicato, prescindível seria o direito de oposição, estando, portanto, superado este PN” (Nakashima, 2000, p.141).⁴²⁸

Em resposta à indagação da autora deste trabalho sobre os motivos de cancelamento do Precedente 74 e da edição do 119, já que o primeiro assegurava o direito de oposição perante a empresa, o Entrevistado nº 1, em síntese, respondeu: “porque havia muita malandragem...” Para que o cidadão pudesse se opor estabeleciam os sindicatos: “olha, o senhor tem que comparecer ao sindicato na quinta-feira, após as 16 horas, trazendo uma declaração manuscrita, ou seja,

⁴²⁸ A primeira redação do Precedente Normativo 119 (Resolução 63, DJU 07/11/1996) teve a seguinte redação: “Fere o direito à plena liberdade de associação e de sindicalização cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa fixando contribuição a ser descontada dos salários dos trabalhadores não-filiados a sindicato profissional, sob a denominação de taxa assistencial ou para custeio do sistema confederativo. A Constituição da República, nos arts. 5º, inciso XX e 8º, inciso V, assegura ao trabalhador o direito de livre associação e sindicalização.” Em 1998, foi cancelado o Precedente 74 e estabelecida nova redação ao Precedente 119, ainda em vigor: “Nº. 119 - Contribuições sindicais - inobservância de preceitos constitucionais. (nova redação) dada pela SDC em sessão de 02/06/1998 - homologação RES. 82/1998, DJ 20/08/1998. “A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não-sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.” Em ensaio sobre o posicionamento do TST a respeito das contribuições sindicais, Álvaro Nakashima sustenta a existência de vício formal no processo de revisão do Precedente 119 da SDC, pois não teriam sido observados os requisitos previstos nos artigos 66, 204 e 205 do Regimento Interno do Tribunal, não existindo a comprovação dos acórdãos que teriam originado a proposta para a edição do Precedente. Aliás, inúmeros precedentes, orientações e enunciados do Tribunal Superior do Trabalho são divulgados e publicados sem a referência dos acórdãos e das decisões nas quais se fundamentariam. Este é um sério problema concernente ao princípio da fundamentação das decisões judiciais e que dificulta o trabalho do pesquisador em obter os argumentos utilizados pelos Ministros no processo de aprovação de Súmulas e Orientações, pois como se pode observar das transcrições feitas neste trabalho as resoluções não indicam os argumentos utilizados nas sessões nem pela Comissão de Jurisprudência. As sessões são taquigrafadas mas não são transcritas e seu conteúdo não estão disponíveis ao público. Na visita feita pela autora à Secretaria de Jurisprudência do TST, em 2005, além desta notícia, ela foi informada de que os servidores estavam sobrecarregados de trabalho porque as últimas revisões de Súmulas e Orientações haviam sido feitas como se fosse uma “constituente”, na expressão utilizada pelo servidor, e havia então a necessidade de localizar julgados anteriores que dessem respaldo às teses acolhidas nas revisões de OJ e Súmulas. Soube também que a SDC tem discutido a extinção dos precedentes normativos (informação verbal).

criava uma condição praticamente impossível, não é? Eles não tinham esse direito.”⁴²⁹

Mas o Tribunal Superior do Trabalho, na década 1990, chegou a adotar, segundo o Ministro Ives Gandra Martins Filho, “uma posição mais radical, excluindo a possibilidade de instituição a vantagem em dissídios coletivos” (Martins Filho, 2003, p.193).⁴³⁰ Tal entendimento, absolutamente oposto ao consubstanciado no Precedente 74, em vigor, também levava o Tribunal a deixar de adaptar as cláusulas acordadas em dissídios, simplesmente excluindo-as. Deste modo, o Precedente 119 poderia ser visto como uma postura intermediária a julgados localizados no ano de 1995. E, de fato, o era no que concerne ao exercício do poder normativo, embora menos favorável às entidades sindicais do que o posicionamento da década de 1980. Mas os abusos de que falava o ex-

⁴²⁹ Indagado sobre se os princípios da liberdade e da autonomia sindical não estavam sendo feridos pela decisão, o ex-Ministro explicitou uma concepção segundo a qual a Convenção 87, além da Constituição, asseguraria a liberdade sindical negativa. Segundo o Entrevistado nº 1: “Agora, a liberdade da classe trabalhadora se organizar em sindicato não tem nada a ver com isso. São dois princípios. O da autonomia de organização e o da liberdade de filiação. Nós sempre adotamos a liberdade de filiação e nunca aceitamos a filiação compulsória. Em lugar nenhum do mundo se aceita. Na forma da lei, o cidadão contribui mesmo não sendo associado, mas só quando aquela contribuição está prevista em lei. O que não pode é a assembléia determinar que o cidadão contribua. (...) Uma coisa é a autonomia de organização sindical. Porque esse é o texto da Convenção de 87.” Como foi visto no item supra, a OIT não considera que cláusulas de *agency shop* ferem a Convenção 87. Por sua vez, embora não haja uma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, foram encontradas decisões de 2000 que respaldam a legitimidade da cobrança da contribuição assistencial “imposta aos empregados indistintamente em favor do sindicato, prevista em convenção coletiva de trabalho, estando os não-sindicalizados compelidos a satisfazer a mencionada contribuição. (BRASIL, TST, RE 189.960, Relator Min. Marco Aurélio, 2000).

⁴³⁰ O Ministro se refere a julgados como este: “Dissídio coletivo. Desconto Assistencial. Incabível a inclusão de cláusula de desconto assistencial em sentença normativa. Matéria que não decorre da relação individual ou coletiva de trabalho, nem de conflito entre empregador e empregado, mas da relação entre sindicato e categoria. Assunto para acordo ou convenção coletiva de trabalho, ou para ser tratado pelo sindicato diretamente com os seus representados. Artigo 114 da Constituição da República. Recurso ordinário provido para excluir a cláusula. (TST-RO-DC 165.329/95.5, Rel. Min. Almir Pazzianotto, in DJU de 20/10/95, p. 35.407/8).” (Apud, Martins Filho, 2003, p.193). No mesmo sentido: TST-RO-AA 240.090/96.4. Ac. SDC 752/96, julgado em 5 de agosto de 1996. No Acórdão 1007/96, que apreciou embargos no mesmo RO-AA, o Ministro Almir Pazzianotto, Relator esclarece: “A jurisprudência desta Egrégia Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho é uniforme em relação ao não-cabimento de cláusulas de Contribuição Assistencial (também denominada Desconto Assistencial ou Taxa Assistencial) em instrumentos coletivos de trabalho, quer sejam eles consensuais ou judiciais. A Contribuição não é matéria específica de direito individual ou coletivo do trabalho. Não é norma, condição ou obrigação dos contratos de trabalho, tampouco de interesse dos empregados e empregadores. Trata-se de aspiração das entidades sindicais, nem sempre legítima, para aumentar receita e cobrir custos da prestação de serviços oferecidos aos associados.”

Ministro entrevistado e que teriam influenciado a mudança do Precedente certamente não decorriam de sentenças normativas. Ora, então por que mudar um precedente que se destina a orientar o julgamento de dissídios?⁴³¹

A Lei 7.701/88 não prevê uniformização de jurisprudência ou aprovação de Súmulas que não reflitam a jurisprudência dominante em dissídios individuais (art. 4º). Os precedentes decorrem apenas de dissídios coletivos e não foram encontrados julgamentos de dissídios ou de recursos ordinários anteriores ao PN 119 que tenham estabelecido contribuição assistencial somente para sócios. Seria tal precedente normativo um direcionamento para além do exercício do poder normativo, indicando a sinalização dada pela Seção dos Dissídios Coletivos em sua mais recente função de controle do conteúdo das negociações coletivas diretas?

Concomitante ao aprofundamento da tendência de retração da atuação da Justiça do Trabalho através de dissídios coletivos, foi anunciado o julgamento (AÇÃO Anulatória de cláusula de convenção coletiva de trabalho - decisão do

⁴³¹ Sobre o tema, em 11 de julho de 2006 o TST fez divulgar a seguinte notícia: “*TST estuda direito de oposição à contribuição assistencial*. Por sugestão do presidente do TST, ministro Ronaldo Leal, a Comissão de Jurisprudência do TST irá realizar um amplo estudo em torno do recolhimento da contribuição assistencial pelos sindicatos e, sobretudo, sobre a forma de os empregados não sindicalizados contestarem a cobrança. A iniciativa do presidente do TST envolve um tema que, atualmente, concentra uma das principais polêmicas do chamado direito coletivo do trabalho. O objetivo é o de consolidar a jurisprudência do TST com eventual inclusão de dispositivo em seu Precedente Normativo nº 119. (...) Apesar do teor do Precedente 119 do TST, com redação firmada desde junho de 1998, acordos e convenções coletivas de trabalho têm sido invariavelmente firmados com o estabelecimento da contribuição assistencial, com a incidência estendida aos não-sindicalizados. Há defensores da tese de que a cláusula de contribuição é constitucional e legítima, desde que assegure o direito de oposição do empregado ao desconto. “Em face disso, inúmeras disputas judiciais vêm sendo travadas entre trabalhadores e seus sindicatos, tendo também o Ministério Público do Trabalho intentado diversas ações na Justiça do Trabalho com o objetivo de obter declaração da nulidade das cláusulas de acordo e convenção coletiva que impõem a trabalhadores não-sindicalizados descontos a título de contribuição assistencial e devolução dos descontos de que foram objeto os salários dos empregados”, constata Ronaldo Leal. (...) Segundo o presidente do TST, contudo, o direito de oposição é de difícil exercício. “Haja visto que a oposição deve ser apresentada na sede da agremiação sindical pelo próprio opositor, o que, sem dúvida nenhuma, representa obstáculo ao direito fundamental dos trabalhadores de não contribuir”, explica Ronaldo Leal, que também alerta para a necessidade de regulamentação do prazo para a realização dos descontos. Foi reconhecido, ainda, que essa forma de oposição decorreu do propósito dos sindicatos de coibir a prática de alguns empregadores que promovem, dentro das suas empresas, coleta de assinatura entre os empregados em listas de oposição ao desconto. A prática leva ao enfraquecimento financeiro dos sindicatos. “Todavia, o trabalhador não pode ser penalizado”, alerta o presidente do TST, que pretende ver a questão da oposição aos descontos, sua forma de manifestação e prazo, analisada pela Comissão de Jurisprudência e, posteriormente, deliberada pelo Pleno do TST.”

TST, 1995, p. 583) da primeira ação anulatória originária naquele Tribunal, apreciada em seu mérito, exatamente em 4 de abril de 1995, pela Seção de Dissídios Coletivos. Decidiu-se, então, estudar tais ações que poderiam significar a manutenção da Seção de Dissídios Coletivos do TST no âmbito das negociações coletivas exatamente em um contexto de retração do poder normativo e de contestação da atuação da Justiça do Trabalho no exercício desta prerrogativa por parte de amplos segmentos sindicais.

As ações anulatórias têm por objetivo o questionamento e a declaração da nulidade de cláusulas de acordos e convenções coletivas firmadas através de negociação direta entre sindicatos e entre sindicatos e empresas, registradas nas Delegacias Regionais do Trabalho. Sua admissibilidade na Justiça do Trabalho iniciou-se após ter sido atribuído ao Ministério Público do Trabalho a competência para propor as ações cabíveis com objetivo de declarar a “nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores” (inciso IV, artigo 83 da Lei Complementar 75/93). Desta forma, há a hipótese de que nas ações anulatórias se poderia encontrar uma discussão sobre possibilidades e limites da flexibilização, e em especial sobre as relações entre direitos indisponíveis dos trabalhadores ou liberdades coletivas e convenções e acordos coletivos, no âmbito dos conflitos inter-regionais ou nacionais.

No Setor de Arquivo e Conservação levantou-se toda a lista dos Acórdãos proferidos pelo Tribunal, sob a denominação TST – AA (Ações Anulatórias interpostas diretamente perante o TST, também conhecidas como originárias), entre 1990 e 2000, e foram copiadas todas as decisões contidas em meio eletrônico, tendo sido localizados 23 Acórdãos julgados entre 1994 e 2000, inclusive. A integralidade destes Acórdãos foi analisada e seus resultados sistematizados, correspondendo o universo de análise a aproximadamente 100% do total de julgamentos de anulatórias originárias naquela década.⁴³²

⁴³² Segundo o Setor de Estatística do TST, até 2000 foram autuadas 43 ações anulatórias originárias, tendo sido julgadas em sessão 20 AA entre 1994 e 1998, sendo que não estavam disponíveis os dados numéricos relativos aos demais anos da década de 1990. Assim, acredita-se que o universo de decisões examinadas corresponda à totalidade dos julgamentos realizados, pelo

Na sistematização dos dados foram apuradas a abrangência da impugnação (se a ação foi instaurada contra cláusula específica de acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho ou se contra todo o acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho), se houve acordo após sua interposição, se a decisão enfrentou ou não o mérito da controvérsia. Buscou-se investigar qual o tipo de cláusula impugnada (cláusulas sobre financiamento a sindicatos de trabalhadores e/ou sindicatos patronais, sobre flexibilização prevista em lei e/ou não prevista em lei ou outro tipo de cláusula), bem como qual o fundamento para a alegação de nulidade. A apreciação das decisões teve por objetivo observar os motivos de uma eventual extinção sem julgamento do mérito dos feitos e os fundamentos e resultados das decisões que realmente apreciaram os pedidos (se procedentes, improcedentes ou procedentes em parte). Por fim, analisou-se também a amplitude das decisões procedentes, se determinou a nulidade integral da cláusula impugnada ou se permitiu a adaptação da cláusula, sanando a nulidade.

Foram apreciadas em seu mérito 47,82% por cento das ações. Destas, 81,82% por cento de ações foram admitidas e providas e 18,18% por cento foram julgadas improcedentes. Todas as ações admitidas e providas foram propostas pelo Ministério Público do Trabalho, e envolveram negociações diretas de abrangência nacional ou interestadual com bancários, aeroviários e aeroportuários. Dentre as ações julgadas procedentes, todas determinaram a nulidade de cláusulas sobre financiamento para sindicatos, seja através de contribuições assistenciais ou confederativas sem direito de oposição dos trabalhadores, seja através da criação de uma taxa de homologação que deveria ser paga pelas empresas ao sindicato por cada homologação de rescisão contratual realizada. Duas ações propostas pelo Ministério Público do Trabalho foram extintas sem julgamento de mérito, tendo em vista sua perda de objeto em face da celebração de um termo aditivo à convenção coletiva por meio do qual os sindicatos adaptaram a cláusula de

confronto entre os dois bancos de dados, mas pode haver uma pequena variação em virtude da ausência de dados estatísticos nos demais anos. Em anexo (nº 9) há um levantamento do número de Recursos Ordinários em Ações Anulatórias autuados no Tribunal Superior do Trabalho, oriundos de ações interpostas inicialmente nos Tribunais Regionais do Trabalho.

financiamento ao precedente normativo 74 da SDC do TST, tornando sem sentido o processo.⁴³³

Em síntese, três argumentos foram utilizados pelo Ministério Público e acolhidos pelo Tribunal, contrariamente a tais cláusulas: o da intangibilidade salarial (CF, art. 7º, VI), o da liberdade de sindicalização (art.8º, V), bem como o da afronta do art. 611 da CLT, pois não constituiria condição afeta às relações laborais, incabível, pois, em negociação direta. Quanto ao princípio da intangibilidade salarial, não encontrou-se nestas ações anulatórias sobre financiamento de sindicato nenhum tipo de discussão sobre os limites e possibilidades de negociação coletiva versar sobre a redução de salários, como se viu durante a apreciação de outros processos (inclusive envolvendo RO-AA), que decidiram pela proeminência do pactuado em caso de flexibilização que estabeleceu benefícios ao empregador.

No que se refere ao princípio da liberdade sindical, foi amplamente prestigiado nestes julgamentos, numa demonstração do acolhimento irrestrito da dimensão negativa da liberdade sindical em seu sentido liberal, ou seja, não como garantia de dissensão para criação de nova organização (Giugni, 1991), mas no sentido de proteção do indivíduo contra a coletividade. Nestes julgamentos que envolveram anulação de cláusulas típicas de agency shop encontrou-se nas razões de decidir referência às normas internacionais de proteção à liberdade sindical. Dois dos três únicos acórdãos examinados em toda a pesquisa analisam as convenções internacionais sobre liberdade sindical, tendo sido aplicado pelo TST exatamente a Convenção 87 da OIT. Embora não ratificada pelo Brasil, o primado da liberdade sindical é considerado pela OIT princípio fundamental aplicável a todos os países que a integram. O TST rumou em direção ao reconhecimento da aplicação direta das regras internacionais que reconhecem direitos humanos fundamentais. No entanto, no caso específico, não foi observada a tendência contemporânea de interpretação dos textos internacionais em conformidade com as decisões dos órgãos internacionais de controle (Uriarte, 2004:289), pois o

⁴³³ TST – AA 97.985/93.6, julgada em 03 de agosto de 1994 e TST- AA 154.970/95.3 (SDC 587/95), julgada em 12 de setembro de 1995.

artigo 2º da Convenção 87 foi interpretado como corolário de liberdade de contribuição, quando o Comitê de Liberdade Sindical da OIT interpreta o mesmo texto como um instrumento que assegura a possibilidade de cobrança dessas taxas a todos os integrantes da categoria.⁴³⁴

E, por fim, o argumento de que as cláusulas de financiamento não se referem a relações de trabalho em sentido estrito e, portanto, não poderiam ser objeto de convenções ou acordos coletivos, adstritos ao que estabelece o artigo 611 da CLT, indica uma visão restritiva da capacidade negocial e da autonomia privada coletiva. Seja por reduzir o reconhecimento constitucional de tais instrumentos à sua definição legal, pela ótica limitada do âmbito de atuação da autonomia coletiva, indicando um ponto de vista que coíbe as possibilidades da negociação coletiva, seja por não reconhecer a validade da pactuação de cláusulas obrigacionais.

O provimento de ações anulatórias originárias do TST, portanto, praticamente se concentrou no tema da capacidade de financiamento das entidades sindicais. Mais que demonstrar que tipo de controle realizou o TST sobre o resultado das negociações indica como o Tribunal aplica seus precedentes normativos também para interferir no conteúdo de negociações diretas, realizadas fora da arena judicial. O problema é que os precedentes são concebidos e pensados dentro da lógica das prerrogativas constitucionais atribuídas ao poder normativo (e não consubstanciam decisões reiteradas em análise de conflitos de direito), enquanto as negociações diretas fruto da autonomia coletiva têm outro estatuto jurídico-político. De toda sorte, embora menos de 1/3 dos sindicatos do

⁴³⁴ Em abril de 1995, no julgamento do TST –AA 112.670/94.3, relatado pelo Ministro Manoel Mendes de Freitas, encontrou-se a primeira referência expressa à Convenção 87: “O Desconto não ficou vinculado a nenhum tipo de assistência ou a qualquer benefício direto para os empregados integrantes da categoria. Por outro lado, imposta a Contribuição a todos os empregados, filiados ou não aos sindicatos da categoria, tem-se clara infringência ao princípio constitucional da liberdade de filiação a sindicato (art. 8º, item V), princípio que constitui cânone do Direito Internacional do Trabalho (Convenção 87 da OIT, art. 2º).” No julgamento do TST –AA 334.541/96.2, de 25 de agosto de 1997: “A cobrança do desconto assistencial de todos os integrantes da categoria, sindicalizados ou não, fere o princípio da liberdade de associação consagrado no inc. V do art. 8º constitucional, princípio que constitui cânone do Direito Internacional do Trabalho – Convenção nº 87 da OIT (art 2º), cujo corolário é a liberdade de contribuir para a entidade sindical correspondente, bem como o disposto no art. 5º, inc. XX da Constituição Federal. Nesse sentido, o recente Precedente Normativo 119.” Relatora Regina Rezende Ezequiel.

país tenha arrecadado contribuições associativas ou negociais em 2001, contingente semelhante aos que instituem contribuição confederativa (Tabela 9) dentro do universo dos que recolhem tais contribuições, mais da metade dos sindicatos o faz de toda a base e não somente dos associados (IBGE, 2003).

Tabela 9 - Financiamento

	Contribuição assistencial ou negocial Sindicatos que arrecadam	Contribuição Confederativa Sindicatos que Arrecadam
Total de sindicatos no país 15.961 (100%)	3.962 - 100% (24,82% do total)	4.388 - 100% (27,49% do total)
Arrecadam de toda a base	2.564 (64,71%)	2.437 - 55,54%
Referência Jurisprudencial	RE 189.960 – STF 2000 (+). PN 119 – TST (-)	Súmula 666 STF (-)
Arrecadam somente de associados	1.398 35,28%	1.951 - 44,46%
Referência Jurisprudencial	Precedente Normativo 119 do TST (+)	Súmula 666 STF (+)

Fonte: Elaboração da autora a partir de dados estatísticos coletados em IBGE (2003, p.193)

A preponderância do tema financiamento das entidades sindicais nas ações anulatórias originárias perante o Tribunal Superior do Trabalho, observada no levantamento de dados, deslocou para a análise dos direitos sindicais e autonomia sindical em sentido estrito os resultados da pesquisa sobre tais julgamentos, iniciada com o objetivo de avaliar a incidência do debate pactuado versus legislado na jurisprudência daquele Tribunal. Mas tratando-se de ações que visam à proteção de direitos indisponíveis dos trabalhadores que poderiam ter sido violados pela negociação coletiva, a pouca relevância de outros temas apreciados pelo Tribunal indicariam que as categorias com negociações de âmbito nacional ou inter-regional estiveram menos suscetíveis, em suas negociações, ao debate de questões que desafiam a lógica clássica aquisitiva do pactuado? Não teriam tais categorias nacionais enfrentado a negociação de cláusulas disputáveis ou que ensejassem a flexibilização como ocorreu com outras categorias? Os dados levantados não permitem uma resposta conclusiva. No entanto, um olhar sobre as ações anulatórias julgadas improcedentes ou extintas, sem julgamento de mérito, trazem indicações relevantes.

Dentre as ações extintas, 66,67% foram propostas por Sindicatos de Bancários de diferentes regiões do país, todos contra o Banco do Brasil e a Contec, requerendo a nulidade de acordo coletivo que instituiu um Banco de Horas em setembro de 1996 (um ano e meio antes da Lei 9.601/98 admitir tal possibilidade) e/ou sua não-aplicação na base territorial representada pelo sindicato. Além da ilegalidade do conteúdo pactuado que prejudicaria os trabalhadores, aduziram a ausência de aprovação do acordo na assembléia dos trabalhadores daquela empresa.⁴³⁵ Tais ações haviam sido propostas em Juntas de Conciliação e Julgamento, que as remeteram para a SDC do TST por entenderem lidar com direitos coletivos típicos de dissídios coletivos, quando então o Tribunal decidiu que as entidades sindicais não tinham legitimidade ativa para “impugnar, em abstrato, convênio coletivo de trabalho.”⁴³⁶

Em nenhuma das ações analisadas, em seu parecer o MPT requereu a nulidade do Banco de Horas, pleiteada pelos sindicatos. Também não se detectou que tenha assumido a tese da nulidade do acordo quando os sindicatos desistiram das ações por força de cláusula prevista em novo acordo coletivo. Das ações anulatórias interpostas pelo Ministério Público do Trabalho – MPT, somente duas foram julgadas improcedentes. Em tais processos improcedentes, o Tribunal não acolheu o pleito do MP, ou por erro de impugnação⁴³⁷ ou porque não entendeu

⁴³⁵ O acordo firmado determinava que 40% das horas extras realizadas no Banco seriam pagas um mês após (o art. 459 da CLT determina o pagamento no mesmo mês em que forem prestadas) e as horas restantes integrariam um banco de horas para compensação na proporção de 1 hora de descanso para 1 hora de trabalho, a serem compensadas a qualquer tempo mediante acerto individual, sem limitação temporal para tal compensação. Após a Lei 9.601/98, as entidades sindicais que impugnaram o acordo também subscreveriam acordos semelhantes, com aprovação de suas assembléias.

⁴³⁶ Conforme TST-AA-344.272/97.3 e TST-AA-606.562/99.8. Nos demais acórdãos analisados sobre o tema, os processos foram extintos sem julgamento de mérito a pedido das entidades sindicais, pois em um acordo coletivo posterior negociado com o Banco as partes acordaram cláusula pela qual se comprometiam a desistir das ações propostas contra o acordo coletivo de criação do banco de horas do BB. Conforme TST-AA 533.023/99.0; TST-AA 436047/98.8; TST-AA 376.157/97.1; TST-AA 366.308/97.6; TST AA 376.130/97.7, TST –AA 532.682/99.0.

⁴³⁷ Concluiu-se que teria havido “na verdade, engano por parte do Autor”, pois ingressou com ação contrária à cláusula que estabelecia uma tabela de participação dos aeroportuários no custeio de benefícios que seriam descontados dos salários dos empregados, requerendo a nulidade por se tratar de “contribuição assistencial ‘maquiada’, tendo o Tribunal rejeitado exatamente porque “percebe-se que o Sindicato-réu não terá qualquer vantagem financeira decorrente dos valores deduzidos em face da mencionada cláusula, haja visto que os mesmos são de responsabilidade

que cláusula pactuada que possibilita a antecipação em dinheiro do vale-transporte ao trabalhador e reduz a participação do empregado de 6% para 4% por cento do seu salário básico tivesse instituído condição menos benéfica. Nesse caso singular, o argumento utilizado pelo MPT foi o de que a convenção induzia “à conclusão de que o pagamento antecipado em pecúnia tem natureza salarial e que se incorpora à remuneração do trabalhador”, motivo pelo qual a Convenção teria ferido preceitos de ordem pública.⁴³⁸

O Tribunal admitiu que o Ministério Público aja na defesa da ordem jurídica. A prerrogativa de defesa da ordem jurídica deve levar a uma reflexão sobre a seletividade adotada pelos Procuradores do Trabalho para definir quais condutas e cláusulas são passíveis de impugnação, mas fundamentalmente sobre a aplicação do conceito de “defesa da ordem jurídica,” de “preceitos de ordem pública”, para justificar que o Procurador do Trabalho possa ter uma atuação direta sobre as negociações coletivas.⁴³⁹

Ao mesmo tempo em que a Constituição atribuiu ao Ministério Público do Trabalho amplas funções para a defesa da cidadania, no âmbito da organização sindical e dos conflitos coletivos de trabalho limitou substancialmente sua intervenção em reação à ação repressiva do Estado, que historicamente ocorreu

exclusiva da Infraero e dizem respeito à participação do aeroportuário no custeio dos benefícios acima citados”. TST-AA-334.542/96.9, Relator Moacyr Roberto Tesch Auersvald.

⁴³⁸ Cf. TST- AA – 366.360/97.4, Ministério Público do Trabalho contra Federação Nacional dos Bancos e outros.

⁴³⁹ A respeito, é importante registrar a concepção atualmente em desenvolvimento na doutrina jurídica trabalhista sobre o tema: “Ação anulatória de cláusula de acordo ou convenção coletiva. Modalidade de lesão à ordem jurídico-trabalhista é a fixação de acordo ou convenção coletiva prevendo cláusulas que firam preceitos de ordem pública. A Convenção Coletiva de Trabalho é forma autônoma de composição do conflito coletivo de trabalho em que as partes estabelecem livremente as novas condições de trabalho, que poderão ser inclusive menos favoráveis ao trabalhador do que os preceitos legais. Mas isso só poderá ocorrer naquilo que a lei admita a flexibilização (v.g. CF, art. 7º, VI, XII e XIV). Cláusulas que firam preceitos que alberguem direitos indisponíveis e não passíveis de flexibilização pela via da negociação coletiva deverão ser expurgados da avença, sob pena de lesão à ordem jurídica” (2003, p.266-267). De autoria do Ministro Ives Gandra Martins Filho, o conceito não só ajuda a compreender as razões pelas quais praticamente não se encontra nas ações anulatórias propostas perante o TST a temática da flexibilização, como também indica os rumos interpretativos que vêm sendo atribuídos a uma prerrogativa legal que visa a impedir a violação das “liberdades individuais ou coletivas ou dos direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores”, que poucas vezes se confundem com a defesa da ordem jurídica (o Ministro atuava como representante do Ministério Público perante a SDC do TST antes de sua assunção ao Tribunal).

pela atuação da Procuradoria do Trabalho. A Constituição de 1988 superou inclusive a legitimidade ativa da Procuradoria do Trabalho para propor (salvo em caso de greve) dissídios coletivos. Apesar de não haver termos de comparação antes e após a Constituição de 1988, entre a autonomia e independência dos Procuradores do Trabalho diante do Executivo, é importante observar o surgimento de uma nova modalidade de controle estatal sobre a autonomia coletiva, em especial sobre que conteúdos concretos vem incidindo.

Exatamente quando o discurso hegemônico pregava o afastamento do Estado das relações de trabalho e as Seções de Dissídios Coletivos se retraíam no julgamento de dissídios de interesse, se afirmavam novos mecanismos de controle sindical? A especificidade do levantamento aqui realizado não permite responder com segurança a tal questão, mas os indícios detectados na pesquisa sugerem que, ao lado da interessante temática das ações civis públicas, acompanhar o surgimento das ações anulatórias, a escolha na seleção das cláusulas potencialmente anuláveis e o manejo deste instrumento nos anos em curso devem também ser investigados em futuras pesquisas. Talvez tais ações indiquem novos caminhos de intercruzamento, pouco fácil, entre autonomia coletiva e o Estado brasileiro (em especial o MPT e o Judiciário trabalhista) em um novo cenário. De toda sorte, parece claro que segmentos sindicais e categorias que decidiram não mais submeter seus conflitos coletivos de interesse à Justiça do Trabalho se mantiveram, em maior ou menor grau, ligados às Seções Especializadas em Dissídios Coletivos dos tribunais trabalhistas através de tais ações anulatórias.

No que concerne à autonomia das assembleias sindicais para decidir sobre financiamento do sindicato e o reconhecimento da autonomia privada coletiva para negociar cláusulas de acordos e convenções estabelecendo contribuições para todos os destinatários da regra pactuada em prol dos sindicatos, observa-se que o Tribunal Superior do Trabalho não manteve a postura de contenção, com a qual tendeu a apreciar regras coletivas aduzidas pelos empregadores quanto ao mérito de direitos trabalhistas. A interpretação da autonormação foi extensiva para os fins da reforma trabalhista, mas os recursos de atuação sindical provenientes da capacidade de auto-organização foram contidos. Como teria atuado o Tribunal na interpretação dos mecanismos de autotutela dos trabalhadores?

5.4.3.

Autotutela: contratação com que medidas de conflito?

A afirmação da autonomia coletiva como princípio constitucional pressupõe o reconhecimento dos poderes presentes na sociedade e a legitimidade da manifestação dos interesses contrapostos, dentre os quais o de autotutela, seu elemento essencial. Sem que os elementos estruturais da autonomia coletiva estejam ordenados de modo a outorgar poder e recursos de poder para a realização dos seus fins, que no caso da autotutela se traduz na busca do estabelecimento de um equilíbrio entre as forças concorrentes e na sua translação para o plano do direito (através da juridificação), não é possível afirmar a autonomia coletiva em um real centro de poder (Carrasco, 1997, p. 113). Se a institucionalidade não reconhece o conflito social e os recursos de atuação sindical como elementos fundamentais para restaurar o equilíbrio perdido no contrato de trabalho e se, ao contrário, age para limitá-lo, não admitindo a oposição dialética entre poderes contrapostos, é difícil compreender realmente que a autonomia coletiva atue como manifestação de um poder dos trabalhadores, pois de fato tal capacidade de exprimir um poder social foi contida e limitada pelo Direito.⁴⁴⁰ Recusar a manifestação de conflito por parte dos trabalhadores significa não admitir a possibilidade de autotutela que “se concreta en la capacidad potencial de una manifestación de fuerza colectiva que, sin necesidad de ser actualizada, denote la existencia de un poder organizado, y, por onde, de una capacidad efectiva para negociar” (Carrasco, 1997, p.118).

Uma razoável possibilidade de dispor dos direitos dos trabalhadores através da negociação foi reconhecida pelo Tribunal aos sindicatos no contexto da reforma trabalhista. Teriam os sindicatos e trabalhadores encontrado na Corte o

⁴⁴⁰ Nesse sentido, ver Manuel Carrasco: “*Por otra parte, si faltase alguna de ellas, la autonomía colectiva no constituiría un verdadero poder y, por tanto, no serviría de fundamento a la negociación colectiva (que, en su caso, no podría ser llamada “fuente”). Uno de los límites insoslayables que tendrá que observar la intervención legal será, precisamente, la no desvirtuación de cualquiera de dichas facultades, y ello, incluso, cuando sea consecuencia indirecta de una actuación promocional. El legislador está llamado a potenciarlas, de manera que esta función promocional es irrenunciable y debe llevarse a efecto en la medida en que sea necesario para mantener el equilibrio de fuerzas antes aludido*” (Carrasco, 1997, p.119).

reconhecimento da legitimidade da deflagração de suas medidas de conflito para que pudessem, ao menos potencialmente, reforçar suas posições em um processo negocial através do recurso à greve como medida de pressão? No capítulo anterior, foram citadas duas decisões do Tribunal Superior do Trabalho declarando a abusividade de greves em dois conflitos coletivos de maior duração e radicalização (que envolveram o Sindicato dos Metalúrgicos de Volta Redonda e a CSN, em 1990, e os Sindicatos e a Federação Única dos Petroleiros com a Petrobrás, em 1995). Seriam aqueles casos isolados? Haveria um padrão ou uma tendência dos julgamentos do Tribunal que levaria à declaração de abusividade das greves realizadas? E se a resposta a tais questionamentos fosse positiva, dever-se-ia correlacioná-la tal resultado com o procedimento de atribuição de sentidos às regras jurídicas sobre a greve ou com um certo padrão de atuação sindical?

Especificamente em relação à autotutela, uma comparação com os julgados dos anos 1980 pareceu impossível de ser realizada, em face da absoluta incompatibilidade entre os tratamentos constitucionais e infraconstitucionais dados à greve. Desta forma, foram examinados os argumentos utilizados no TST em dois tempos, durante a década em exame e na década em curso, a construção das Orientações Jurisprudenciais da SDC do TST e a opinião dos antigos Ministros quanto aos novos posicionamentos adotados pelo Tribunal, especialmente após 2003. Como parâmetros utilizados para a sistematização dos Dissídios Coletivos foram identificados sobre o tema (a) os casos em que houve notícia de deflagração de greves e (b) aqueles em que houve pedido para que o Tribunal apreciasse a paralisação noticiada. No universo de decisões proferidas nos Dissídios nos quais houve requerimento para que o Tribunal apreciasse a greve,⁴⁴¹ foram classificados três resultados possíveis para tal pleito: (c) o

⁴⁴¹ O dissídio coletivo é o meio processual adequado para se requerer a declaração de abusividade da greve na sistemática atualmente adotada. Sobre tais dissídios, assim conceitua o Ministro Ives Gandra: “Pois bem, deflagrado movimento paredista no âmbito de determinada categoria ou empresa, o setor patronal, não conseguindo negociar o fim da paralisação ou atender as reivindicações obreiras costuma ajuizar o dissídio coletivo de greve. (...) Nesses dissídios, a empresa pede a declaração da abusividade da greve. Trata-se, pois, de um dissídio de natureza jurídica (...)” (2003, p.84). O autor utiliza a classificação feita pelo regimento interno do TST, que se refere ao dissídio coletivo de greve e explica sua natureza diferenciada: pode ser instaurado pelo

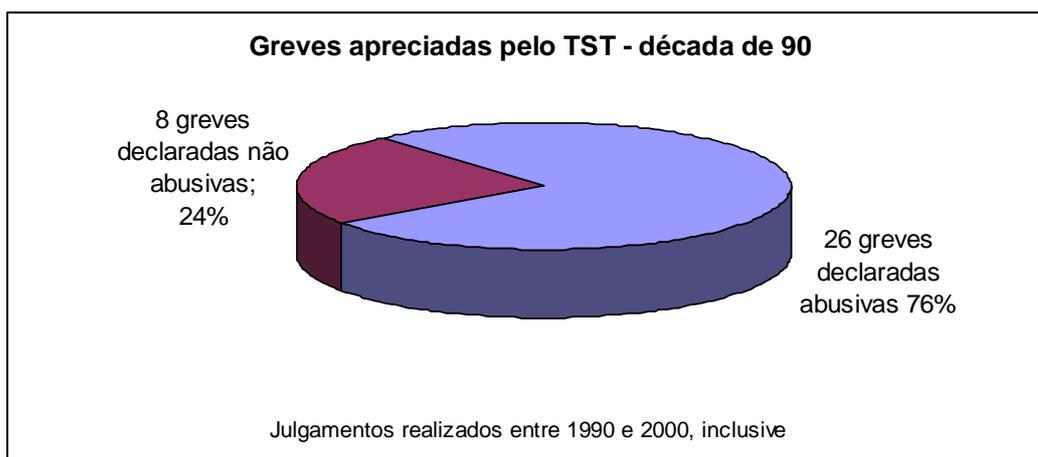
juízo acolhendo a declaração da abusividade da greve; (d) o juízo declarando não-abusiva a greve e (e) a não-apreciação do mérito do pedido.⁴⁴²

No universo das greves nacionais, interestaduais ou locais que tenham envolvido sindicatos ou federações nacionais, confederações e/ou empresas com quadro de carreira nacionalmente organizado (universo dos conflitos que podem ser apreciados em primeira instância pelo Tribunal Superior do Trabalho), e considerando-se os julgamentos efetivamente proferidos, em 76% dos casos o TST declarou o movimento abusivo e em apenas 24% não-abusivos.

Ministério Público, adota procedimento absolutamente simplificado, com prazos exíguos, “aprecia o caráter abusivo” da greve, poderia ser executado nos próprios autos e “comporta sentença cominatória, quando impõe obrigação de fazer consistente no retorno dos grevistas ao trabalho, e lança mão do art. 461, do CPC, para impor multa ao sindicato obreiro em caso de descumprimento do comando judicial” (2003, p.85). Prossegue o autor: “Em geral, a decretação da abusividade da greve traz como corolário o não pagamento dos dias parados, uma vez que seria injusto que a empresa arcasse com os salários do período de paralisação que se fez ao arrepio da lei. (...) A importância da declaração da abusividade da greve decorre da possibilidade de responsabilização trabalhista de seus promotores e participantes.” (2003, p.86). Quais as conseqüências? Ainda segundo o posicionamento do Ministro: “Nesses casos, a responsabilidade trabalhista dos empregados suporia a aplicação de pena disciplinar, que vai da suspensão à dispensa.” (Martins Filho, 2003, p.87). Embora a autora não concorde com tais assertivas (por motivos que não é possível aprofundar aqui), é esta, ou ao menos era até a Emenda 45/2004, a sistemática processual para tutela da greve dos trabalhadores regidos pela CLT, e as conseqüências possíveis da decisão judicial que declara abusiva uma paralisação. Fica apenas o registro que mesmo em um dissídio coletivo interposto pela representação dos trabalhadores é possível a declaração da abusividade da greve, bastando para tanto que o pedido seja apresentado na defesa patronal como reconvenção. No universo de dissídios originários, em 84% dos casos nos quais houve pedido de declaração de abusividade os dissídios haviam sido suscitados pelos empregadores e/ou seus sindicatos, 6% pelo Estado (MPT e outro) e 10% em processos suscitados pelos trabalhadores.

⁴⁴² A não-apreciação do pedido pode ter decorrido de diversos motivos, tais como a extinção do processo por questões processuais ou formais, homologação de acordo pondo fim ao conflito etc. Por outro lado, deve-se registrar que diante de casos em que o Tribunal cita terem ocorrido paralisações envolvendo o conflito que está sendo apreciado, embora não tenha havido requerimento para sua apreciação, e como tal referência nas decisões é opcional (pois o julgador, se a greve não lhe foi submetida para apreciação, tanto poderia fazê-lo ou não), os resultados apontados na variável “notícia da ocorrência de paralisação” pode estar subvalorizado. Ou seja, não demonstra exatamente as notícias de paralisação levadas ao conhecimento do Tribunal, apenas aquelas informações consideradas pelos Ministros-Relatores relevantes de serem citadas no momento do julgamento.

Figura 17 – Greves apreciadas pelo TST na década de 1990



Fonte: Elaborado pela autora a partir de dados coletados no TST

A ampla maioria das paralisações efetivamente apreciadas pelo TST foi declarada abusiva. O alto índice de greves julgadas abusivas pode indicar que os tribunais têm uma visão negativa do conflito social (Rodriguez, 2003, p.512). Mas podem significar muito mais que isto: inadequação das regras às modalidades de manifestações de conflito prevalentes em um dado momento histórico, um processo de atribuição de sentidos às regras diferenciado daquele que lhe empresta a comunidade de intérpretes que as deflagram, processos mal instruídos, o tipo de prova admitida pelo Tribunal como válida, desprezo dos atores coletivos pelas regras etc. Esta última opção foi a indicada por dois dos ministros entrevistados como vetores explicativos para decisões proferidas nos anos 1990.

O Entrevistado nº 01 referiu-se à existência de greves deflagradas pelas diretorias sindicais sob o argumento de que poucas pessoas participavam das assembleias, o que retirava a legitimidade do movimento (embora a lei de greve não estabeleça quorum legal para a deflagração da greve). O depoimento do Entrevistado nº 03 foi mais contundente a respeito: as greves eram “ilegais” porque os sindicatos ligados à CUT não apenas não se adequavam às regras, mas porque havia uma decisão política consciente de descumpri-las. O depoimento merece a longa transcrição:

A partir de determinado momento – você conhece bem como é o procedimento do pessoal – todas as greves que os sindicatos filiados à CUT faziam eram ilegais, nenhuma delas seguia rigorosamente as mínimas exigências da Lei de Greve. Foi

uma lei de greve soft, light, instituída depois da Constituição de 88. Foi revogada aquela lei do direito de greve dos militares que, aliás, não era muito rigorosa, mas foi criada também uma situação em que o legislador deu amplo poder ao estatuto dos sindicatos para decidir sobre o quorum da greve. É um absurdo, pensa bem. Uma greve tem que revelar o interesse da categoria; tem movimento porque a categoria quer mudar a norma coletiva e pode fazer uma greve com o quorum que o sindicato estabelecer. Eram exigências mínimas, coisas de água com açúcar, e por decisão política todas as greves feitas pela CUT eram ilegais, porque não seguiam absolutamente nada. Ao contrário, faziam questão de não seguir a lei, para terem a declaração, pelo Tribunal do Trabalho, de que a greve era abusiva, ilegal, embora alguns tribunais até avançassem na concessão ou não das pretensões do mérito. Vicentinho era presidente da CUT e cansava de dizer: Nunca o Tribunal do Trabalho declarou legal uma greve feita por um sindicato filiado à CUT. Eu estava no Tribunal, e quando a imprensa me perguntava se isso era verdade, eu confirmava: Nunca o Tribunal do Trabalho declarou legal uma greve feita por um sindicato filiado à CUT. Só que o Vicentinho contou uma verdade incompleta. Ele não disse que não era só o TST que declarava a greve ilegal, mas todos os tribunais, em todo o Brasil. Em qualquer estado do Brasil que houvesse uma greve patrocinada por um sindicato da CUT, eles faziam questão da declaração de que a greve era ilegal. Aí falavam nas assembleias: estão vendo, o Tribunal, a Justiça do Trabalho, os patrões estão fazendo isso com a gente (Entrevistado nº 03).

No contundente depoimento, observa-se não somente uma avaliação do conteúdo da lei de greve em comparação à regulação anteriormente vigente (a Lei 7783/89 seria suave e alvo de suas ressalvas: “o legislador deu amplo poder ao estatuto dos sindicatos para decidir sobre o quorum da greve. É um absurdo, pensa bem”), mas também do comportamento do sindicalismo ligado à CUT. Para o ex-Ministro, o sindicalismo ligado à CUT além de descumprir a lei, decidira não cumpri-la para obter o julgamento da abusividade, “da ilegalidade” da greve, para denunciar a atuação dos Tribunais. Para o entrevistado, a CUT fazia “questão da declaração de que a greve era ilegal”. Mas tal padrão de julgamento seria comum a toda a Justiça do Trabalho e não apenas ao Tribunal Superior, rebate.

Foram encontrados efetivamente elementos nos julgamentos levantados que permitem presumir a existência de deflagração de algumas greves fora de parâmetros traçados pela Lei 7783/89. No entanto, tais elementos não necessariamente determinariam inexoravelmente a declaração de abusividade da greve, nem mesmo indicariam que em todos eles tenha havido uma decisão consciente dos sindicatos de descumprir a regra legal e/ou para obter um julgamento negativo. É importante examinar duas decisões proferidas pelo Tribunal: a primeira, no Dissídio Coletivo que envolveu o Sindicato Nacional das Empresas de Navegação Marítima e a Federação Nacional dos Estivadores e

Outra (DC-52.547/92.7) e a segunda, no ajuizado contra a Fenatel, a Fittel e a Contcop (DC 11.938/90.7),⁴⁴³ para melhor compreender o raciocínio.

No primeiro caso, o Tribunal declarou a abusividade da paralisação dos empregados da área portuária e embora tenha afirmado que “na greve portuária há de ser respeitado o funcionamento dos setores que garantam o abastecimento”, antes disto asseverou o motivo de sua decisão: “Greve abusiva por ter sido decretada contra a orientação que vinha sendo discutida no Congresso Nacional para privatização ou regulamentação dos portos.” (TST-DC 52.547/92.7). Considerando que a Constituição reservou aos trabalhadores a decisão sobre os motivos para a eclosão da greve, seria plausível esperar um abstencionismo judicial quanto à avaliação da conveniência do movimento. Porém, nas decisões que envolvem mecanismos de autotutela não foi encontrada uma postura minimalista dos julgadores, nem a afirmação da imunidade de apreciação do conteúdo das decisões sindicais como ocorreria na avaliação dos resultados das cláusulas de flexibilização presentes nos acordos e convenções.

Poder-se-ia argumentar que a Lei 7.783/89 teria restringido a greve aos conflitos salariais pós-negociação coletiva ao asseverar que “frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recurso via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho” (art. 3º) ou ainda que o Tribunal “apenas tivesse aplicado a lei”. Entretanto, além desse ser apenas um dos sentidos possíveis de serem atribuídos ao texto legal,⁴⁴⁴ o Tribunal poderia afastá-lo por inaplicável a tais greves, ou ter-lhe dado uma interpretação conforme, adequando a Lei 7783 à Constituição que admite greves políticas (Grau, 2003; Silva, 1997). De todo modo, se o Tribunal considera “política” greve deflagrada como medida de

⁴⁴³ Confederação Nacional dos Trabalhadores em Comunicação e Publicidade – CONTCOP, Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas – FENATEL, Federação Interestadual dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações – FITTEL (DC 11.938/90.7, julgado em 24 de novembro de 1992 e relatado pelo Ministro Antônio Amaral; e DC 52.547/92.7, julgado em 30 de junho de 1992, relatado pelo Ministro Marcelo Pimentel, que apreciou a paralisação ocorrida entre 10 e 17 do mês do julgamento.

⁴⁴⁴ É perfeitamente possível atribuir outros sentidos ao texto dessa lei, seja para admitir greves deflagradas por motivos não estritamente trabalhistas, quanto para limitar sua aplicação somente ao exercício de greves voltadas para pressionar o empregador ou o sindicato patronal, excluindo de sua aplicação outras paralisações.

pressão durante a discussão parlamentar de projeto de lei que modifica substancialmente o regime de trabalho dos grevistas (como era o caso), por que os sindicatos cumpririam os demais requisitos legais se era altíssima a probabilidade de ser o movimento julgado abusivo?

No segundo caso selecionado, os trabalhadores alegavam que o movimento paredista havia se dado em “total observância aos ditames da Lei nº 7.783/89.” O Tribunal concluiu de modo diverso. A controvérsia tinha um fundo interpretativo: os trabalhadores argumentavam que embora tivessem deflagrado a parede durante a vigência de um acordo ou convenção coletiva, fora da data-base, o exercício do direito de greve estaria em conformidade com a regra legal. Tinha como motivação a “superveniência de fato novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho” (II, parágrafo único, art. 14), consistente no advento do Plano Collor, através do qual os trabalhadores deixaram de ter seus salários corrigidos em 84,32% correspondentes ao IPC, que, pelas regras legais revogadas, deveriam atualizar os salários pagos em abril de 1990. Para o Tribunal, embora fossem inegáveis as mudanças do Plano de Estabilização não haveria modificação substancial nas relações de trabalho a ensejarem uma greve.⁴⁴⁵ Para além da diversidade de avaliação sobre os impactos da política

⁴⁴⁵ “A Suscitante, por sua vez, sustenta a legitimidade do presente dissídio, em face da superveniência de fato novo, consubstanciado pelo advento do Plano Collor que, no seu entender, provocou uma insustentável perda salarial. Argumenta ainda que o movimento paredista deu-se em total observância aos ditames da Lei nº 7.783/89 (...). Pretende o suscitante o reconhecimento da legitimidade do seu movimento grevista por entender que o Plano Collor erige-se em fato novo, suficiente a ensejar nova negociação coletiva, ainda que em plena vigência de acordo coletivo e fora de sua data-base, qual seja, o mês de dezembro. Todavia, inobstante tais argumentos, não vislumbro no advento do Plano Collor o surgimento de nova situação jurídica, adversa ao trabalhador, que, por esse fato, justificasse a reabertura de negociação coletiva. Com efeito, o que se pode constatar da política econômica implantada pelo Presidente Collor é que teve como fim primordial a derrocada da espiral inflacionária, cujas mazelas à sociedade brasileira não se limitava à corrosão do salário, mas, principalmente, ameaçava a estabilidade das relações sociais. Conquanto não possamos reconhecer um êxito total à nova política econômica, é insofismável que sua maior vitória constituiu-se em provocar a queda dos índices inflacionários se compararmos ao período anterior à edição do Plano. Por outro lado, o momento oportuno para que a suscitante trouxesse à baixa a questão de possíveis perdas salariais decorrentes da edição do Plano Collor é na data-base da categoria, que tem como marco o mês de dezembro. Inviável porque ilegal a pretensão das federações obreiras em estabelecer verdadeira revisão das relações de trabalho em plena vigência de norma coletiva; amparadas tão-somente no advento do Plano de Estabilização Econômica, cujas mudanças na economia e no sistema financeiro são inegáveis, todavia, insuficientes a embasar tal pleito. Assim, injustificável o desencadeamento de greve com base na superveniência do Plano Collor, vez que além de fora da data-base, o movimento paredista deu-se

econômica do governo, tais julgamentos indicam que a atribuição de sentidos aos enunciados legais (que envolve decisão e escolha do julgador) pode ser um vetor analítico mais consistente para um padrão tão elevado de declaração de abusividade do que simplesmente a conduta dos sindicatos.

Sobressai o realismo do depoimento ao utilizar como sinônimos as expressões “ilegal” e “abusiva” para caracterização de greves. Realismo porque a sistemática judicial de avaliação dos movimentos parece que não havia se modificado tanto quanto seria plausível esperar diante da nova Constituição, salvo quanto à nomenclatura para a qualificação do resultado do julgamento. Contudo, o realismo deve ser realçado exatamente porque a expressão abusividade da greve contida na Lei 7783/89 foi afirmada como se permitisse uma adequação da nova regra à constitucionalização ampla da greve pelo constituinte de 1988. Embora o texto constitucional tenha rumado em direção a um sistema de avaliação de condutas pontuais, o texto legal propiciou a manutenção dos julgamentos da integralidade do movimento, e as greves seguiram sendo julgadas in totum sob o argumento de que não se tratava de declarar a ilicitude do exercício de um direito constitucional, apenas de declarar o exercício abusivo de um direito.⁴⁴⁶

Greves abusivas, greves não-abusivas: durante toda a década de 1990, este foi o binômio dos julgamentos de greve e dos resultados possíveis de se obter no judiciário trabalhista, independentemente do tipo de regra legal não observada. Fosse a ausência de prévia comunicação ao empregador ou aos usuários, fosse a

em plena vigência do acordo coletivo, como se verifica às fls. 129-37, em total desrespeito ao art. 13 da Lei nº 7.783/89. Logo, julgo pela abusividade da greve, já que desatendidos os requisitos da multicitada Lei de Greve.” Brasília, 24 de novembro de 1992. Antonio Amaral – Relator, TST-DC- 11.938/90.7.

⁴⁴⁶ Na vigência da Lei 4.330, de 1964, o Tribunal havia afirmado a possibilidade de apreciação da greve e não apenas de condutas individuais ou plúrimas realizadas na greve, como se verifica através do Precedente Normativo nº “41 – Greve. São competentes os Tribunais Regionais do Trabalho e o TST para julgar a legalidade da greve como movimento coletivo”, (conforme RO-DC 211/85; 445/84 e 019/86) e do Enunciado nº 189, cuja antiga redação era a seguinte: “Greve. Competência da Justiça do Trabalho. Legalidade. A Justiça do Trabalho é competente para declarar a legalidade ou ilegalidade da greve. (RES. 11/1983 DJ 09/11/1983)”. Após a Constituição, tais decisões foram adaptadas, como se vê no Precedente Normativo nº. 29 (“Greve. Competência dos tribunais para declará-la abusiva. (Positivo). Compete aos Tribunais do Trabalho decidir sobre o abuso do direito de greve.”) E na nova redação dada em 2003 ao Enunciado 189: “Greve. Competência da Justiça do Trabalho. Abusividade. Nova redação. A Justiça do Trabalho é competente para declarar a abusividade, ou não, da greve. - RES. 121/2003, DJ 21/11/2003.”

ausência do edital de convocação para a assembléia (ou da inexistência de prova considerada suficiente ou válida pelo Tribunal a demonstrar tal cumprimento nos autos do processo), todos eles eram considerados motivos para declarar uma greve abusiva, e a decisão afirmava que a empresa estava desobrigada de efetuar o pagamento dos salários nos dias de paralisação, gerando ainda outras conseqüências.

A partir de 2003, nas greves do setor bancário vê-se uma modificação na forma de raciocínio utilizado pelo Tribunal. Embora permaneça o sentido clássico da greve como um “conflito a ser encerrado” com o julgamento, e tenha o TST expedido ordem de retorno imediato dos trabalhadores ao trabalho após o julgamento (sob pena de multa), extinguiu sem apreciação do feito o pleito do Banco Regional de Brasília para declaração de greve abusiva, sob o fundamento de que não havia no contexto dos autos elementos que permitissem decidir com segurança. Registrou de forma inédita que a presença de provas e elementos para uma decisão segura seria um “pressuposto indispensável de todo provimento jurisdicional, pela abusividade ou não da greve”, motivo pelo qual entendeu o Tribunal que a “melhor solução é a sua não-apreciação e, conseqüentemente, a extinção do feito.” Naquele processo, além do argumento para evitar a apreciação do mérito da greve (que se confronta com os tipos de julgamento anteriores que utilizavam razões diversas para decidir, em apreciações muitas vezes sumárias),⁴⁴⁷ foi estabelecida uma nova forma de resolução para a temática do pagamento dos salários relativos aos dias de greve, tendo a Seção de Dissídios Coletivos determinado a implantação de um banco de horas para compensação, mediante negociação que deveria ser realizada entre o Sindicato dos Bancários de Brasília e

⁴⁴⁷ A expressão é de José Francisco Siqueira Neto: “O procedimento sumaríssimo do qual se reveste impossibilita ao Dissídio Coletivo de Trabalho se preocupar com o exame mais acurado dos fatos que envolvem o problema. Pelo contrário, sobretudo nos julgamentos de greve, a abordagem – como não poderia deixar de ser – é a mais positivista possível, e por isso até a promulgação da Constituição Federal de 1988, as greves eram julgadas ilegais, porque descumpriam os prazos da Lei de Greve e, mais recentemente, após a promulgação da Constituição, passaram a ser julgadas ilegítimas ou ilícitas, para agora, em função da Lei 7.783, se transformarem em abusivas todas as situações também pelo descumprimento de prazos que não mais existem. E, desta forma, questões essenciais como os abusos cometidos em razão de greve (pelos dois lados, é evidente) não são apurados com a devida prevalência do contraditório, porque essencialmente o objetivo do Dissídio é proferir uma sentença condenatória às greves, no menor espaço de tempo possível.” (1991, p.208-209).

o BRB, mantendo assim o pagamento dos salários dos grevistas (BRASIL, TST-DC-105.137/2003-000-00-00.0, 2004).

Na greve dos bancários de 2004, primeira paralisação nacional de trabalhadores (em sentido estrito) de maior duração deflagrada no governo Lula, o TST faria uma releitura significativa do conceito de abusividade. Ao apreciar o pedido para declarar abusiva a greve nos dissídios coletivos suscitados perante aquele Tribunal contra o Banco do Brasil (DC - 145687/2004-000-00-00; DJ - 28/10/2004) e a Caixa Econômica Federal (DC 145.688/2004-000-00-00.0), o TST estabeleceu uma cisão em tal conceito. Diante da eclosão da greve um dia após as representações sindicais terem chegado a um bom termo sobre o resultado da negociação, não acatado pelas assembleias de trabalhadores, que deflagraram, então, o movimento paredista sem prévia comunicação aos empregadores e aos usuários dos serviços, o Tribunal decidiu inovar e criou a declaração de abusividade formal da greve. Embora tenha mantido a prática de determinar “o retorno imediato e definitivo ao serviço” em decorrência do julgamento, a cisão da figura de abusividade serviu para evitar a perda dos salários dos trabalhadores em uma greve que se arrastara por cerca de um mês.⁴⁴⁸ Vê-se, pois, em tais julgamentos uma clara modificação não só na avaliação das alegações feitas pelas partes, como também na atribuição de consequências jurídicas a determinados fatos ocorridos na greve, com a construção de novos padrões de interpretação inéditos. Se tal construção se estabelecerá como uma

⁴⁴⁸ “Detectada a não observância de alguns dos requisitos exigíveis para a eclosão da greve, declaro a sua abusividade formal e determino o retorno imediato e definitivo ao serviço, sem qualquer repercussão nos contratos individuais de trabalho. Já o art. 7º da Lei 7.783/89 prevê que as relações obrigacionais durante o período de paralisação devem ser regidas pela decisão da Justiça do Trabalho. Em regra, esta Corte tem propendido pelo desconto ou compensação da totalidade dos dias de paralisação, por se tratar de risco inerente à suspensão coletiva do trabalho. Mas a singularidade de a greve dos bancários ter sido declarada abusiva só formalmente, somada a evidência do afluente impacto dessa decisão na economia doméstica dos grevistas, manda mais uma vez a equidade que o Tribunal proponha uma decisão de compromisso, no sentido do pagamento de 50% (cinquenta por cento) dos dias parados e a compensação dos outros 50% (cinquenta por cento), evitando-se dessa forma a fomentação de greves sem nenhuma consequência financeira para os que dela participem.” II por maioria, declarar a abusividade formal do movimento paredista, com determinação de retorno imediato e definitivo ao serviço, não havendo qualquer repercussão nos contratos individuais de trabalho, e determinar o pagamento, pela Caixa, de 50% (cinquenta por cento) dos dias de paralisação e compensação, pelos trabalhadores, dos 50% (cinquenta por cento) restantes, vencido o Exmo. Ministro João Oreste Dalazen, que não declarava a abusividade do movimento grevista. Brasília, 21 de outubro de 2004. Ministro Barros Levenhagen.” (TST-DC-145.687/2004-000-00-00.0)

nova jurisprudência dominante no âmbito daquele Tribunal ainda é cedo para dizer. De toda forma, parece que o julgamento demonstra como o processo de atribuição de sentidos às regras pode levar a uma exacerbação de padrões de julgamento mais ou menos repressivos na avaliação das greves.

A autora indagou aos entrevistados qual a diferença de interpretação nesses julgamentos recentes diante dos padrões utilizados quando integravam o Tribunal, bem como se as reinterpretações que o TST estava fazendo nos últimos anos se relacionavam com as mudanças políticas no Executivo federal. O Entrevistado nº 01 admitiu ser possível traçar uma relação entre mudança governamental e postura do Tribunal. O Entrevistado nº 03 foi incisivo ao rechaçar qualquer relação entre mudanças macro-políticas no país e redirecionamento das posições do Tribunal.⁴⁴⁹ Entretanto, relacionou tal mudança jurisprudencial a um novo padrão de sindicalismo, que teria possibilitado o “avanço na posição do Tribunal”. Na década de 1990, havia um “sindicalismo hard”, mas hoje “os próprios sindicatos envolvidos com capacidade de fazer greve começaram a mudar os seus procedimentos anteriores em relação à greve.”⁴⁵⁰ A partir de uma avaliação política dos padrões sindicais existentes no país, explicou as condições sociais e políticas para tal avanço jurisprudencial.

Indagado se os Ministros do TST desprezam os fatores econômicos e políticos ao decidir ou se há uma relação entre a conjuntura econômica e política e

⁴⁴⁹ “Não, não tem. Foi uma mudança natural, porque as condições psico-sociais mudaram, a economia mudou, as coisas mudaram. Desde 1994 houve uma mudança substancial, uma segurança maior, a inflação foi contida. Então as coisas melhoraram. O Brasil, inegavelmente, melhorou muito nos últimos dez anos. Então o Tribunal pôde evoluir.” (Entrevistado 03).

⁴⁵⁰ Entrevistado 03: “Essa questão formal e material, o Tribunal teve condição de caminhar para isso, porque os próprios sindicatos envolvidos com capacidade de fazer greve começaram a mudar os seus procedimentos anteriores em relação à deflagração de greves. A CUT, desde o debate na Assembléia Nacional Constituinte, queria o direito de greve amplo, geral e irrestrito. E a Constituinte não aceitou. A CUT quis que se colocasse na Constituição que não haveria crime nos delitos, atos de agressão ao patrimônio, ou agressão física a determinadas pessoas em razão do movimento grevista, o que seria um absurdo, nem os anarquistas na década de 1920 pretenderam isso. A Assembléia Nacional Constituinte não topou.” Em outro momento, após descrever as críticas da CUT ao TST de seu tempo, já transcritas no corpo da tese, concluiu que por conta daquele padrão sindical anterior “ (...)Por isso não se chegou a este avanço de interpretação de agora. Se não me engano, foi o ministro Dalazen que começou a dar esta criatividade de interpretação no aspecto formal e material. Porque era impossível, a gente não tinha como chegar lá, porque todos os aspectos formais eram absolutamente ilegais. Hoje isso mudou. Em 2004 houve uma mudança nisso.”

os julgamentos, o Entrevistado nº 02 respondeu afirmativamente: “Acho que tem amplamente,” mas descreveu tal relação de modo difuso, como sendo “natural que o Tribunal acompanhe certas tendências da sociedade.” O Entrevistado nº 02 confirmou sua impressão de que se os julgamentos da greve dos bancários tivessem se realizado nos anos 1990, uma greve sem comunicação prévia, ela provavelmente seria abusiva. E afirmou sobre a recente decisão do TST que declarou a greve materialmente não-abusiva, embora formalmente não-abusiva: “Está errado. A greve não é parcialmente abusiva. Ela é abusiva por completo.”

Ao avaliar o primeiro decênio pós-constituente da Itália, Ghezzi e Romagnoli (2001, p.25) dizem tratar-se de “época de memória”, inclusive no âmbito da jurisprudência. Sob uma Constituição pluralista, a jurisprudência teria feito o possível e o impossível para reproduzir interpretações e regras do período precedente, principalmente quanto ao tema dos conflitos coletivos, tendo a magistratura e o Executivo se caracterizado por um ativismo anti-sindical. Observam os autores que a cultura jurídica de tal magistratura se formara sob o regime pretérito, estudando seus códigos e é sempre mais fácil aprender do que desaprender (2001, p.25). O descompasso entre o novo estatuto constitucional que reconheceu a greve como um direito fundamental, um recurso de poder atribuído aos trabalhadores, em uma perspectiva pluralista que atribui uma valoração positiva ao conflito, também ocorreu no Brasil dos anos 1990. Pode ser visto não apenas nas reiteradas vezes em que os julgadores se referem à greve como último instrumento, como recurso extremo. É também visível pela sua reiterada qualificação negativa. “A greve é guerra onde todos perdem,” afirma o Acórdão que julgou abusiva a paralisação dos Correios, em dezembro de 1995, no qual o prejuízo e o transtorno que seriam inerentes a tais movimentos foram utilizados como argumento para a declaração de abusividade:

Quanto aos aspectos formais, tem-se que a greve restou perfeitamente observada. Contudo, no tocante aos aspectos materiais desta, revela-se que a mesma causou transtorno à sociedade, configurando o indesejável abuso no exercício do direito de greve. Quanto ao alegado prejuízo econômico, também restou comprovado, pois não há greve que não traga consigo tais malefícios. A greve é guerra onde todos perdem: o patrão, os empregados e a sociedade no seio da qual ela se desenvolve. Daí porque é um recurso que deve ser evitado, tendo as partes diretamente envolvidas, patrões e empregados, a responsabilidade de envidar todos os esforços possíveis para que não ocorra. A deliberada demora da empresa para assentir com o início das negociações e o exagerado percentual de reajuste salarial reivindicado

pelos grevistas são fatores que contribuem negativamente para a solução negociada. TST-SDC – Julgado em 18 de dezembro de 1995, Relator Ministro Roberto Della Manna, TST – DC 232.576/95.6 (Ac. SDC- 1021/95)⁴⁵¹

O desconforto dos Ministros com a nova ordem constitucional, diante das constantes referências feitas pelos grevistas à Constituição de 1988, era de tal monta que o Ministro Armando de Brito chegaria a defender sua reforma. “É necessário, sim, e urgente expungir o texto quase irresponsável inserido no caput do art. 9º da Constituição (....)”, fundamentou no Acórdão E – DC – 177.734/95-1, que decidiu por recusar os embargos interpostos pela FUP e pelos Sindicatos dos Petroleiros na greve de 1995. Além de indicar as insuficiências (ou inexistência) de uma interpretação constitucional quando o julgador se opõe ao conjunto de valores constitucionalizados, reflete a dificuldade de compatibilização do processo de atribuição de sentidos dado à greve com o enunciado textual presente na Carta.

Por sua especificidade e repercussão, examinou-se a greve dos petroleiros no contexto do relacionamento entre Executivo e sindicatos no primeiro ano do governo de Fernando Henrique Cardoso. Observou-se uma forte vinculação entre a atuação do Tribunal e do Executivo na preservação do Plano Real e na repressão ao movimento sindical dos petroleiros, inclusive com a execução judicial das multas. Mas persiste a indagação sobre se naquele contexto das reformas constitucionais neoliberais, que abriam espaço para o aprofundamento das privatizações e do Plano Real, e de desindexação dos salários, teriam ocorrido modificações no padrão de julgamento do Tribunal? Ou melhor, mais greves deflagradas teriam sido declaradas abusivas?

⁴⁵¹ Um ano e meio antes, em abril de 1994, a mesma categoria havia deflagrado uma greve julgada abusiva, que recebeu a seguinte Ementa: “Ementa – Greve – Aprovação prévia pela categoria – Comunicação – O direito de greve assegurado no art. 9º da Carta Magna não é absoluto, estando sujeito à observância da legislação ordinária que o regule, princípio já consagrado desde o “Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, aprovado pela Assembléia Geral da ONU em 1966. A Lei nº 7.783, de 8 de junho de 1989, aprovada, portanto, já na vigência da Constituição de 1988, entre outros requisitos para a deflagração da greve, estabelece os da aprovação prévia por assembleia-geral (art. 4º) e da comunicação aos empregadores interessados (parágrafo único do art. 3º e art. 13).” (TST DC-108.582/94.5). Em todos os acórdãos levantados este foi o segundo no qual encontrou-se uma discussão em torno de regras internacionais e, como nos outros casos, também aqui a regra internacional foi interpretada de maneira a reforçar a legislação ordinária. Por outro lado, é interessante registrar que em abril de 1994 o TST julgou a greve abusiva porque não considerou cumpridos os requisitos formais para a deflagração do movimento. Na greve de dezembro de 1995, tais requisitos teriam sido observados pelo Sindicato.

Figura 18 – Greves apreciadas em 1995



Fonte: Elaborado pela autora a partir de dados coletados no TST

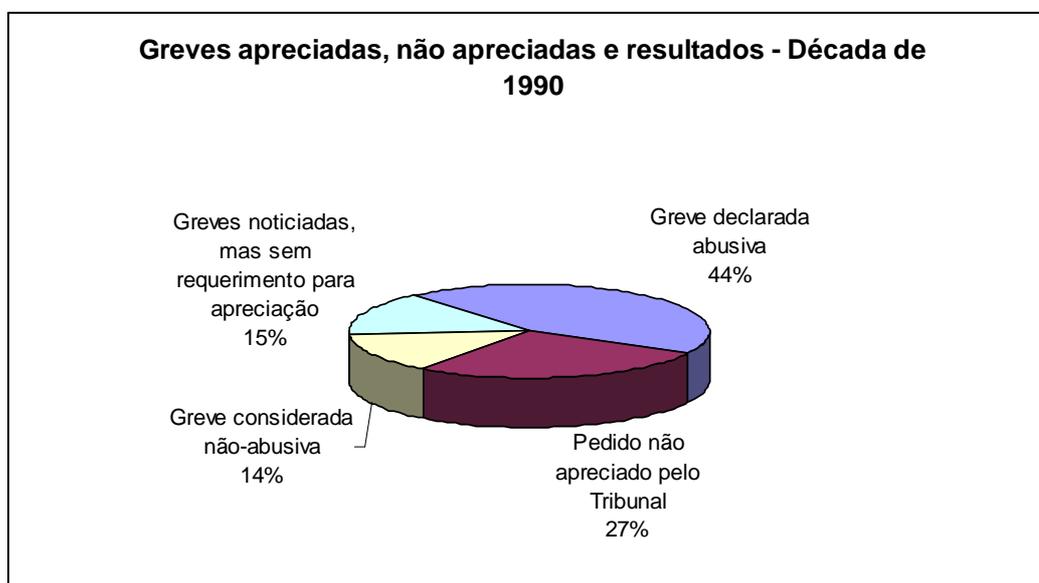
Constatou-se que 76% das greves efetivamente julgadas em seu mérito pelo TST ao longo da década foram declaradas abusivas. Se for considerado apenas o ano de 1995, tal índice se amplia para 88%, pois dos oito pedidos de declaração de abusividade realmente apreciados pelo Tribunal, em sete deles a abusividade foi declarada. De certa forma, é possível dizer que uma vez tendo efetivamente o TST apreciado o movimento, seu comportamento não variou muito no primeiro ano do governo Fernando Henrique, em relação à sua postura entre 1990 e 2000. Nesse sentido, o padrão repressivo de interpretação da conduta dos movimentos paretistas dos trabalhadores foi uma constante na década, e como a variação não foi significativa não seria possível afirmar a existência de uma mudança expressiva no padrão de julgamento do Tribunal.

Isto não significa, entretanto, que não tenha havido um recrudescimento no enfrentamento das greves naquele 1995. É possível que o Tribunal aprecie um dissídio no qual se noticia a ocorrência de uma paralisação, mas a parte não requeira a declaração da sua abusividade. Neste caso, houve a deflagração de uma manifestação de um conflito, mas a empresa ou o sindicato patronal lidou com ele de outro modo, sem provocar a atuação do Tribunal para apreciar a conduta dos grevistas, ou simplesmente foi inexpressivo e se frustrou. Há ainda o universo de requerimentos de abusividade não apreciados pelo Tribunal, seja por desistência posterior, seja pela ocorrência de acordo sobre as conseqüências da greve ou

mesmo acordo total, ou até mesmo porque o Tribunal decidiu não apreciar o mérito do conflito. Utilizando este universo mais amplo de julgados percebe-se que há uma significativa singularidade no modo como se lidou com as greves no primeiro ano de governo Fernando Henrique Cardoso.

Durante toda a década, incluindo as greves que não redundaram em requerimento para sua apreciação (15% das greves noticiadas); aquelas cujo requerimento de abusividade não chegaria a ser apreciado em seu mérito no acórdão (27% das greves noticiadas); o índice de declarações de não-abusividade corresponde a 14% e o de greves efetivamente julgadas abusivas chega a 44%.

Figura 19 – Greves apreciadas, não apreciadas e resultados da década de 1990



Fonte: Elaborado pela autora a partir de dados coletados no TST

Ao aplicar os mesmos critérios para o ano de 1995, o percentual se eleva substancialmente. Enquanto 44% das greves citadas nos acórdãos foram consideradas abusivas pelo TST entre 1990 e 2000, 70% das paralisações noticiadas nos acórdãos examinados foram declaradas abusivas pelo Tribunal em 1995.

Figura 20 – Greves apreciadas, não apreciadas e resultados do ano de 1995



Fonte: Elaborado pela autora a partir de dados coletados no TST

O que causa esta diferenciação? O comportamento das partes, a possibilidade ou não de obter um acordo durante a tramitação do processo no Tribunal, o cenário maior no qual tais conflitos se desenrolam etc. A grande diferença, neste aspecto, envolveu a probabilidade de uma greve deflagrada ter ou não redundado em requerimento para a apreciação de sua qualificação jurídica. No ano de 1995, em nenhum dos acórdãos examinados os juízes se referem a greves que não estavam em julgamento. Desta forma, todas as greves noticiadas redundaram em julgamento. Assim, naquele ano o resultado do levantamento que registra as greves apreciadas, não-apreciadas e seus resultados é idêntico ao que se obtém quando são verificados simplesmente os julgamentos de pedidos de abusividade.

Para encerrar a comparação entre resultados dos julgamentos dos requerimentos de abusividade realizados pelo TST no ano de 1995 e durante toda a década de 1990, pode-se centrar a consulta no universo de apreciação da totalidade dos requerimentos de declaração de abusividade. Há pouca variação entre os índices de declaração de greve não-abusivas, que se amplia nos casos em que o Tribunal não apreciou o mérito. Parece que para evitar um pronunciamento contrário à greve, os trabalhadores devem contar mais com um “não julgamento” meritório, sendo razoável esperar que os trabalhadores busquem evitar o

juízo do mérito das greves. Desta forma, o simples requerimento de declaração de abusividade pode ser um fator relevante a influenciar as escolhas dos grevistas acerca dos rumos da negociação e de seu movimento.

Apesar de distante do elevadíssimo índice de declaração de abusividade de greves apreciadas (70%) no ano da posse de Fernando Henrique, durante toda a década permaneceu muito alto o percentual de greves declaradas abusivas (52%) dentre os julgamentos realizados originalmente no TST. Se se considerar que pelo tipo de conflito levado à apreciação originária daquele Tribunal dificilmente serão encontradas naquele universo greves espontâneas, deflagradas sem prévia organização ou sem uma forte atuação sindical, é possível levantar a hipótese de que tal percentual seja ainda maior nos julgamentos dos recursos ordinários apreciados pelo TST em face de greves locais.

E, além desses julgamentos de greves originariamente levados à apreciação do Tribunal, quais seriam as Orientações Jurisprudenciais que o TST editou sobre o tema a título de uniformizar sua jurisprudência e influir nos julgamentos nos Tribunais Regionais? Que questões lhe foram submetidas em recursos ordinários na reapreciação de acórdãos regionais? Das cinco Orientações Jurisprudenciais aprovadas pela SDC do TST em 1998, duas ajudam a compreender como as limitações institucionais e jurisprudenciais corroboram para a contenção e repressão da dimensão de autotutela, intrínseca à autonomia coletiva.⁴⁵²

Com a OJ-SDC nº 10, o Tribunal afirmou ser “incompatível com a declaração de abusividade de movimento grevista o estabelecimento de quaisquer vantagens ou garantias a seus partícipes, que assumiram os riscos inerentes à utilização do instrumento de pressão máximo”. Aprofundam-se as conseqüências repressivas da declaração de abusividade. Quais os fundamentos utilizados para

⁴⁵² As demais orientações jurisprudenciais inseridas em 27 de novembro de 1998 sobre a greve são as seguintes: “nº 11 Greve. Imprescindibilidade de tentativa direta e pacífica da solução do conflito. Etapa negocial prévia. É abusiva a greve levada a efeito sem que as partes hajam tentado, direta e pacificamente, solucionar o conflito que lhe constitui o objeto.” E nº. 12: “Greve. Qualificação jurídica. Ilegitimidade ativa *ad causam*” do sindicato profissional que deflagra o movimento. Não se legitima o Sindicato profissional a requerer judicialmente a qualificação legal de movimento paredista que ele próprio fomentou.” E ainda a de nº. 38: “Greve. Serviços essenciais. Garantia das necessidades inadiáveis da população usuária. Fator determinante da qualificação jurídica do movimento.”

tanto? Eis dois recursos ordinários apreciados pelo TST, citados como precedentes a justificar tal Orientação.

A Eucatex S/A ajuizou no TRT de Campinas (15ª Região) dissídio coletivo de greve, para declarar abusivo o movimento paredista deflagrado pelo sindicato profissional representativo de seus empregados em 19/02/97, a propósito de participação nos lucros. O argumento era que o sindicato seria ilegítimo para negociar a participação nos lucros e a empresa requeria a abusividade porque a greve teria sido deflagrada na vigência do instrumento coletivo e sem comunicação prévia. O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região declarou a greve não-abusiva e determinou à empresa que reiniciasse as negociações, bem como “deferiu aos empregados da Suscitante estabilidade provisória por 90 (noventa) dias, indeferiu o desconto do salário relativo aos dias de paralisação e declarou a ilegalidade das dispensas praticadas.” Em síntese, o TST apesar de retirar a legitimidade do sindicato para reivindicar a participação nos lucros através de greve (o que deveria levar à conclusão de que o tema não estava inserido no âmbito do acordo coletivo firmado entre a empresa e o sindicato), afirmou que a vigência de um acordo coletivo de trabalho estabelece por si só, independentemente de contratação expressa, um “dever de paz” que impediria a deflagração da greve.⁴⁵³ No caso, como o TST excluiu da decisão a determinação de reintegração dos demitidos, a garantia temporária no emprego para os grevistas e o pagamento de salários em face da abusividade, o julgamento contribuiu para afirmar uma orientação que cria obstáculos ao deferimento de garantias para os grevistas em paralisações declaradas abusivas. Ajuda a compreender também como através da cisão do conceito de abusividade pode o TST deferir aos

⁴⁵³ Todos os fatos e decisões narradas foram transcritos do Acórdão redigido pelo Ministro Relator do processo no TST, no qual não foram encontrados os argumentos de defesa do sindicato. A afirmação de que não houve cumprimento dos requisitos legais advém da conclusão do TST. Ver Acórdão RODC 382057, de 1997, Julgado em 03 de fevereiro de 1998, Relator-Ministro Armando de Brito, DJ 20/03/98: “O que se verifica, in casu, é a insubordinação do Sindicato profissional a cumprir com o “dever de paz” a que sujeitas as partes durante a vigência do acordo coletivo, ante a impossibilidade de enquadrar-se o interesse dos empregados da empresa na exceção prevista no parágrafo único do art. 14 da Lei nº 7.783/89. Ao contrário, o direito que se pretende assegurar, participação nos lucros, deve decorrer de amplo processo de negociação. Ressalte-se que a Medida Provisória nº 1.487-23/96 estabelece a mediação e a arbitragem no caso de existir impasse entre as partes.”

bancários grevistas em 2004 a garantia de pagamento dos salários, mesmo diante da ausência de comunicação ao empregador, e evitar a responsabilização dos sindicatos.

O Tribunal deduziu uma “cláusula de paz” implícita nos acordos coletivos de trabalho que impedem greves na sua vigência, ainda que a reivindicação seja participação nos lucros (que pode ser regulada através de um procedimento especial e não por acordo coletivo).⁴⁵⁴ Deduziu ainda que como a regulamentação da participação nos lucros e resultados previra o recurso à mediação e arbitragem em caso de impasse em tais negociações, a previsão legal impediria a deflagração de greves sob esta justificativa. Mas a construção de restrições mais repressivas não bastaria para assegurar a “paz social” e “solver os conflitos sociais,” como pretendia a Justiça do Trabalho.

Apesar da previsão explícita na lei de greves, que assegura não constituir abuso do direito a deflagração de paralisação na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa quando o objetivo for exigir o cumprimento de cláusula ou condição nele previsto (inciso I, § único, Artigo 14, Lei 7.783/89), o Tribunal Superior do Trabalho desconsiderou totalmente tal enunciado lingüístico e na mesma ocasião afirmou a Orientação Jurisprudencial SDC nº 1, a saber:

Nº 1 Acordo coletivo. Descumprimento. Existência de ação própria. Abusividade da greve deflagrada para substituí-la. O ordenamento legal vigente assegura a via da ação de cumprimento para as hipóteses de inobservância de norma coletiva em vigor, razão pela qual é abusivo o movimento grevista deflagrado em substituição ao meio pacífico próprio para a solução do conflito (Inserida em 27 de março de 1998 e cancelada em 2004, DJ, 22 de junho de 2004).⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ Tal construção se fundamenta no Artigo 14 da Lei 7783/89, logo a seguir explicitado. Sobre sua inconstitucionalidade, ver a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, que afirma que cláusulas de paz representam grave violação aos direitos fundamentais, mesmo se houver renúncia expressa pela categoria profissional da utilização da greve pactuada em convênio coletivo. Sobre a inconstitucionalidade da renúncia temporária ao direito de greve, consultar Carlos Roberto Siqueira Castro (2003, p.252).

⁴⁵⁵ Precedentes: RODC 328642/96, DJ 5.9.97; RODC 222.115/95, DJ 21.2.97; RODC 190Precedentes: RODC 328642/96, DJ 5.9.97; RODC 222.115/95, DJ 21.2.97; RODC 19551/95, RODC 139811/94, RODC 173/87.

A antiga orientação, hoje superada, é expressiva de seu tempo: os anos 1990. A Constituição reconhece o direito de greve. O texto da Lei 7.783/89 atribui à greve a possibilidade de exigir o cumprimento do acordado, excepcionando tal movimento da pecha de abusividade. O que fez o julgador, em sua primeira Orientação Jurisprudencial? Ao ultrapassar o plano de plasticidade do ordenamento (Cavallazzi, 2005), parece que não seria este um sentido possível a ser construído pelo intérprete. Mas foi. E o julgador afirmou que uma vez vigente um acordo coletivo de trabalho, se o empregador o descumprir, não podem os trabalhadores utilizar a greve para substituir a via jurisdicional, consistente na ação de cumprimento. Enfim, se desmaterializa a autotutela em prol da solução pacífica do conflito, judicializada, através da ação de cumprimento.

Mas teriam mesmo os sindicatos a possibilidade de manejo da ação de cumprimento para assegurar “pacificamente” o cumprimento do acordo coletivo de trabalho?

5.4.4.

Direito de ação: possibilidades de ação coletiva para a defesa dos direitos laborais no Judiciário trabalhista

A legitimidade processual para o sindicato defender ou postular os direitos coletivos e individuais da categoria em juízo não é um elemento intrínseco ao conceito de autonomia coletiva. No entanto, em uma sociedade de forte tradição legislada (Noronha, 2000), em um contexto de judicialização individualizada dos conflitos de trabalho no país (Cardoso, 2003), diante da ausência de mecanismos eficazes de prevenção do descumprimento de direitos e das dificuldades para o exercício do direito de greve, inclusive decorrentes de uma visão que privilegia as soluções jurisdicionais em detrimento da utilização da autotutela, a possibilidade de litigar coletivamente em juízo adquire um especial significado para a compreensão do grau de concretização dos recursos de poder assegurados aos sindicatos.

O processo do trabalho foi pioneiro em reconhecer modalidades de processos para a tutela dos interesses coletivos, tendo a CLT não só estabelecido uma distinção entre dissídios coletivos e individuais (dicotomia que hoje mais

obscorece que esclarece o cenário jurídico processual), como também admitido a existência (dentro de sua classificação de dissídios individuais) de algumas ações coletivas,⁴⁵⁶ tais como a ação de cumprimento (CLT, Art. 872, § único), as reclamações trabalhistas propostas pelos sindicatos na qualidade de substituto processual para exigir o pagamento da insalubridade e da periculosidade (§ 2º, Art. 195, CLT) e as reclamações trabalhistas previstas em leis salariais específicas. Tal possibilidade fora reconhecida pelo próprio TST em Enunciado de Súmula 271, antes mesmo da Constituição de 1988, que afirmara ser legítima “a substituição processual dos empregados associados, pelo sindicato que congrega a categoria profissional, na demanda trabalhista cujo objeto seja adicional de insalubridade ou periculosidade.”⁴⁵⁷

No entanto, apesar de a SDC do TST ter criado mais uma hipótese para declarar a abusividade das greves, sob a alegação de que em caso de descumprimento de norma coletiva haveria uma saída judicial para assegurar sua implementação, o mesmo Tribunal não reconhecia tal legitimidade ativa para os sindicatos proporem demanda coletiva visando à observância de convenção ou acordo coletivo. Em realidade, o argumento utilizado em 1998 era falacioso, já que desde março de 1988 o TST pacificara seu posicionamento com o Enunciado de Súmula 286, que restringe a legitimidade processual do sindicato para

⁴⁵⁶ Por ação coletiva estamos designando todas as ações compatíveis com o processo do trabalho movidas em nome da entidade sindical representando seus associados ou a categoria, seja como representante ou substituto processual, e que não se confundam com os dissídios coletivos nos quais há um interesse abstrato em discussão, sejam eles dissídios de natureza econômica (de interesse) ou de natureza jurídica (de direito).

⁴⁵⁷ Redação original dada pela Resolução 4/1988 (DJ 01.03.1988). Tal Enunciado foi cancelado pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003, ao mesmo tempo em que o TST suprimiu o E.310, reabrindo a discussão sobre o tema da substituição processual dos sindicatos. Ver também a Orientação Jurisprudencial 121, da SDI do TST, cuja redação original era a seguinte: “Substituição processual. Diferença do adicional de insalubridade. Legitimidade (Inserida em 20.11.97). O sindicato, com base no § 2º, do art. 195 da CLT, tem legitimidade para atuar na qualidade de substituto processual para pleitear diferença de adicional de insalubridade.” Nova Redação atualmente vigente (DJ 20.04.2005): “Orientação Jurisprudencial nº 121. Substituição processual. Diferença do adicional de insalubridade. Legitimidade. O sindicato tem legitimidade para atuar na qualidade de substituto processual para pleitear diferença de adicional de insalubridade.” Naquela década, dois outros Enunciados versavam sobre ações de substituição processual: o nº 180, que admitiu que o substituído (o indivíduo) desistisse da ação de cumprimento proposta pelo sindicato, em qualquer fase processual, desde que tenha comprovadamente havido transação, e o de nº 255, que reviu parcialmente aquele entendimento para admitir a possibilidade de desistência do substituído antes da sentença de primeiro grau, mesmo sem a existência de acordo.

propositura de ação com o objetivo de obter cumprimento da norma coletiva aos casos de descumprimento de sentença normativa. Não admitia o TST a ação de cumprimento (ação coletiva, proposta pelos sindicatos) quando se tratava de descumprimento de acordos e convenções firmadas através de negociação direta. Esta hipótese só foi acolhida posteriormente, já que apenas em 2000 a redação do Enunciado de Súmula 286 foi modificada,⁴⁵⁸ dois anos após a edição da Orientação supra referida sobre a greve.

Embora o processo do trabalho tenha, em certa medida, sido o precursor da coletivização dos interesses no Judiciário, é certo que tal fenômeno atingiu outra magnitude após a Constituição de 1988, quando a perspectiva de ampliação do acesso à Justiça alcançou estatura constitucional, tendo se estendido para um universo maior de associações (CF, Art. 5º, inciso XXI). Não se insere dentro do objeto proposto uma avaliação das técnicas e aspectos processuais. É importante, entretanto, considerar que a atribuição de legitimidade ativa para a propositura de ações coletivas foi um importante recurso de poder assegurado pela Constituição aos sindicatos. Esta modalidade de substituição processual atribuída às entidades sindicais guarda amplitude ainda maior que a reservada às demais entidades associativas não-sindicais, porque independe de autorização, não se limita aos interesses dos filiados e comporta a defesa dos interesses dos membros de toda a categoria, inclusive individuais (CF, art. 8º, inciso III).

Qual o processo de atribuição de sentidos dado ao dispositivo estatuído no inciso III do artigo 8º da Constituição Federal? Diante da avalanche de ações coletivas ajuizadas na Justiça do Trabalho para exigir o cumprimento de direitos supostamente sonogados, previstos em lei ou em acordos e convenções coletivas, como reagiu o Tribunal Superior do Trabalho? Tal prerrogativa de ação sindical foi potencializada ou esvaziada no âmbito da jurisprudência trabalhista?

⁴⁵⁸ “Enunciado Nº 286. Sindicato. Substituição processual. Convenção e Acordo Coletivos. O sindicato não é parte legítima para propor, como substituto processual, demanda que vise a observância de convenção coletiva.” (Res. 19/1988, DJ 18.03.1988). Tal redação foi reformulada em 2000, quando foi pacificada a legitimidade ativa dos sindicatos para exigirem judicialmente o cumprimento dos pactos coletivos por eles firmados: “Enunciado nº 286. Sindicato. Substituição processual. Convenção e acordo coletivos. Redação dada pela Res. 98/2000, DJ 18.09.2000. A legitimidade do sindicato para propor ação de cumprimento estende-se também à observância de acordo ou de convenção coletivos.”

Uma ampla polêmica envolveu as diversas instâncias do Judiciário nos quatro primeiros anos de Constituição Federal, e foi resolvida com a edição, em 1993, de um Enunciado, de nº 310, que praticamente fechou as portas do Judiciário trabalhista à defesa dos direitos coletivos por parte das entidades sindicais. Ao longo de seus oito itens, restringiu a atuação das entidades àquelas hipóteses anteriormente previstas em lei, estabeleceu regras rígidas de individualização dos beneficiados para efeitos da execução da sentença e afirmou peremptoriamente que: “O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato.”⁴⁵⁹

Embora nos outros ramos do Poder Judiciário os sindicatos, partidos e associações tenham obtido maior êxito no reconhecimento de sua legitimidade ativa, tendo inclusive sido afirmada em decisão do Supremo Tribunal Federal um

⁴⁵⁹ É a seguinte a redação integral dada pela Resolução nº1 de 1993, publicada no Diário de Justiça em 06 de maio de 1993 ao Enunciado Nº 310 “Substituição Processual. Sindicato. I - O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato. II - A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis nºs 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.1989, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788. III - A Lei nº 7.788/1989, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria. IV - A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30.07.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial. V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade. VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto. VII - Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento. VIII - Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios.” Além deste Enunciado, os honorários advocatícios que deveriam ser pagos pelas empresas aos sindicatos em virtude da condenação nas ações coletivas, na esteira do que reconhecia o Enunciado Nº 220, editado em 1985 (“Honorários advocatícios. Substituição Processual. Atendidos os requisitos da Lei nº 5.584/1970, são devidos os honorários advocatícios, ainda que o sindicato figure como substituto processual. Res. 14/1985, DJ 19.09.1985,” também foram suprimidos na década de 1990, com o cancelamento do E. 220, pela Resolução 55/1996, publicada no DJ 19.04.1996. Na década outro Enunciado restringiria ainda mais a defesa coletiva dos direitos pelas entidades sindicais dos trabalhadores, ao recusar legitimidade às federações sindicais para atuar em juízo “Enunciado Nº 359. Substituição processual. Ação de cumprimento. Art. 872, parágrafo único, da CLT. Federação. Legitimidade. A federação não tem legitimidade para ajuizar a ação de cumprimento prevista no art. 872, parágrafo único, da CLT na qualidade de substituto processual da categoria profissional inorganizada. (Res. 78/1997, DJ 19.12.1997)”. Tal Enunciado restritivo também seria cancelado em 2003 com a Resolução 121/2003, DJ 21.11.2003.

pouco depois da edição do Enunciado 310, que a legitimidade dos sindicatos para a defesa judicial dos direitos de sua categoria decorria da própria Constituição (artigo 8º inciso III),⁴⁶⁰ o Tribunal Superior do Trabalho manteve firme sua orientação, que se espalhou pelo Judiciário Trabalhista como um todo, obstando a legitimidade ativa dos sindicatos para atuarem como substitutos processuais dos integrantes de sua categoria em reclamações trabalhistas.

A atuação dos sindicatos perante a Justiça do Trabalho permaneceria extremamente limitada durante toda a década de 1990, tendo praticamente se fechado às possibilidades de defesa coletiva em ações trabalhistas.⁴⁶¹ Indagado sobre o tema, o Entrevistado nº 03 afirmou que no início dos anos 1990 denúncias de irregularidades no sentido de que sindicatos estariam quitando direitos dos trabalhadores em ações coletivas de modo irregular, prejudicando os trabalhadores teriam sido divulgadas.⁴⁶² Diante disto, “a partir de determinado momento, o TST

⁴⁶⁰ Estamos nos referindo ao Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção 3.475/400, publicado no Diário de Justiça de 8 de abril de 1994, no qual foi relator o Ministro Néri da Silveira, a saber: “Estipulando o art. 8º, inciso III, da Constituição, que ao sindicato cabe a defesa dos direitos coletivos e individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas, não parece, efetivamente, possível, na espécie, deixar de reconhecer-lhe legitimidade para pleitear, como o faz, na defesa do direito da categoria de servidores a que se refere a inicial, em ordem a lograrem condições de auferir as vantagens funcionais decorrentes da isonomia de vencimentos indicada na peça instrutória. Distinta é a situação das entidades associativas, cuja legitimidade para representar seus filiados, judicial ou extrajudicialmente, depende de expressa autorização”. No mesmo sentido, foram as decisões tomadas nos processos STF- RE 202.063-0-PR (DJ 10.10.97) e STF- RE 182543-0-SP. Posteriormente, a 2ª Turma do STF, diante de recursos extraordinários interpostos contra decisões do Tribunal Superior do Trabalho fundamentadas no Enunciado 310, decidiu afetar ao pleno o julgamento do tema (RE.210.029-rs, Min. Carlos Velloso, 16.9.97), quando então o Ministro Nelson Jobim requereu vista dos processos, tendo o julgamento sido suspenso durante alguns anos.

⁴⁶¹ A respeito ver a observação do Ministro Ives Gandra: “na prática, após a edição, pelo TST, do Enunciado 310, que reduziu substancialmente as hipóteses de substituição processual no âmbito da Justiça do Trabalho, os sindicatos se voltaram para a utilização da ação civil pública como sucedâneo da defesa coletiva dos direitos que a substituição ampla lhes permitia. No entanto, esse não é o melhor caminho para se obter o resultado esperado, já que, como visto acima, a ação civil pública não tem feição reparatória pois só deve versar sobre interesses coletivos, não se prestando para a defesa dos interesses individuais homogêneos, que podem ser patrocinados tanto pelo Ministério Público, através da ação coletiva, quanto pelo sindicato, através das reclamações trabalhista em que funcione como substituto processual.” (Martins Filho, 2003, p.64-65). Mas mesmo a utilização da ação civil pública pelos sindicatos demoraria a ser disseminada no âmbito da Justiça do Trabalho.

⁴⁶² Eis o primeiro trecho sobre o Enunciado 310 nesta Entrevista: “O Enunciado 310 rigorosamente se referiu ao dissídio individual puro. Eu estava no Tribunal e foi instituído porque no Brasil surgiu uma avalanche de negociatas de sindicatos com empresas. Foi uma coisa medonha! Nem sei se seria conveniente a gente colocar isso. O que assustou o Tribunal foram

começou a forçar a barra, a tirar a substituição processual. São coisas que nos levaram a criar o Enunciado 310. O Tribunal teve que inventar uma maneira de restringir o poder da substituição processual”, concluiu o Entrevistado nº 03.

Após dez anos, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho cancelou, através da Resolução nº 119/2003, em 25 de setembro de 2003, o Enunciado 310, ao apreciar o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, no qual decidiu cancelá-lo, sob o argumento de que estaria anacrônico e superado diante de decisão contrária do Supremo Tribunal Federal.⁴⁶³ Foi uma época de tantas restrições para o ingresso de ações coletivas que, quando o Tribunal Superior do Trabalho, em 2003, reviu seu posicionamento o fez em um processo interposto em 1989 e que estava pendente de julgamento naquele Tribunal há mais de oito anos. Do extenso

episódios que chegaram ao conhecimento do Tribunal e não foi possível fazer nada. Vou dar um exemplo. Era comum, naquela época, como se fazia a substituição processual de qualquer forma, seria não apenas naquelas vantagens e direitos instituídos por aquelas leis de política salarial, política econômica, seria qualquer outro direito. O que se fazia? Criava-se uma empresa com 500 empregados, fazia uma combinação com o sindicato, pagava um X ao sindicato, que simulava uma reclamatória trabalhista e elencava todos os substituídos processuais. E ali fazia uma reclamatória pleiteando em nome daqueles substituídos processuais – que não tinham a menor idéia de que aquilo estivesse acontecendo – e pleiteava as diferenças de horas extras, férias, repouso remunerado, aquela lista de A a Z de direitos trabalhistas. E o passivo trabalhista de uma empresa era sempre muito grande. Na hora da audiência perante o juiz do Trabalho, chegava a empresa, o advogado do sindicato, já com o acordo formalizado. Ali faziam o acordo e eram quitados todos aqueles direitos na substituição processual. Passados dois, três meses, a empresa começava a mandar embora, fazer substituição de mão-de-obra. Surgia a reclamatória individual. Todos os demitidos acreditavam ter aquela poupança guardadinha. Como no processo do trabalho, o acordo homologado vale pela sentença que transitou em julgado. Você só pode discutir através de ação rescisória. O pobre do trabalhador chegava lá e era avisado de que fez parte dos substituídos. Perguntava-se o nome dele, era identificado e avisado de que o nome dele estava ali e portanto não tinha direito a nada. O que o juiz do Trabalho podia fazer? Tinha que considerar válida aquela negociação. A partir de determinado momento, o TST começou a forçar a barra, a tirar a substituição processual. São coisas que nos levaram a criar o Enunciado 310. O Tribunal teve que inventar uma maneira de restringir o poder da substituição processual.”

⁴⁶³ “Revisão do Enunciado nº 310 do TST. Considerando que o cerne da discussão é a abrangência do art. 8º, inciso III, da Constituição Federal e considerando ainda que o STF já decidiu contra a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada no Enunciado nº 310/TST, deve o Enunciado nº 310 ser cancelado”. É a Ementa relatada pelo Ministro Ronaldo Leal, no acórdão proferido nos autos do Incidente de Uniformização de Jurisprudência em Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-175.894/95.9, em que são Embargantes os Sindicatos dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas, Petroquímicas, Farmacêuticas, Tintas e Vernizes, Plásticos, Resinas Sintéticas, Explosivos e Similares do ABCD e Mauá, Ribeirão Pires e Rio Grande da Serra e é Embargado Sanko Indústria Química LTDA (E-RR 175894/1995, publicado no DJ em 10 de outubro de 2003).

voto no processo que deu origem ao incidente de uniformização, iniciando o processo de revisão do Enunciado, merecem ser transcritos alguns trechos:

21. O Poder Judiciário do Trabalho vem resistindo a acolher a figura da substituição processual porque está inseguro quanto ao procedimento e quanto às conseqüências decorrentes de tal acolhimento. A ausência de procedimento atemorizou toda uma geração de juristas, que se ocuparam do tema, e com razão. (...)

22. A Justiça do Trabalho não pode voltar as costas ao que há de mais adequado e moderno para a solução de problemas sociais, entre os quais avulta o caráter individualista de suas demandas em cotejo com a massificação das lesões, estimulando a conflitualidade individualizada que, absurdamente, já chegou a dois milhões de ações anuais.

23. O Enunciado nº 310, em tal contexto, padecia de invencível anacronismo. É iminente, porém, o julgamento de processos em que se discute a legitimação extraordinária do art. 8º, inciso III, da Constituição Federal pelo excelso Supremo Tribunal Federal. Sedimentada que foi a experiência do Enunciado nº 310 e ultrapassados os seus conceitos, chegou a hora de cancelá-lo. (BRASIL, TST-E-RR-175.894/95.9)⁴⁶⁴

⁴⁶⁴ Ao prosseguir o julgamento desse processo (que aliás, motivou a revisão do Enunciado 310), vimos se iniciar no TST (com mais de uma década de atraso em relação aos outros Tribunais) o processo de discussão e polêmica sobre os interesses a serem defendidos pela atuação do sindicato como substituto processual. Naquele mesmo processo movido pelo Sindicato dos Químicos do ABCD e região contra a SANKO Industrial, o acórdão aprovado pela SDI-1 do TST (com a reserva de entendimento, quanto à fundação, de três Ministros) iniciaria um processo de limitação da substituição processual dos sindicatos a defesa dos interesses coletivos e individuais homogêneos da categoria por ele representada. Alguns trechos do julgado relatado pelo Ministro Ronaldo Leal: “8. Partindo, apenas para argumentar, do pressuposto de que tal regra autorize a substituição processual, cumpre indagar, como já começamos a fazê-lo acima, o significado da expressão ‘defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria’. Observe-se que o texto não diz ‘defesa dos direitos e interesses coletivos da categoria ou individuais de seus membros’, o que teria o sentido de assegurar ao Sindicato ampla legitimidade para pleitear, judicialmente, quaisquer direitos lesados dos indivíduos componentes da categoria. Defendi, durante muito tempo, em múltiplas conferências, mesas-redondas e artigos de doutrina a exegese restritiva da substituição processual. (...) 9. O texto, no entanto, desafia nova interpretação: nem está excluída a legitimação extraordinária do sindicato para defesa de interesses individuais, como afirmava o Enunciado nº 310, nem há substituição processual ampla e irrestrita. (...) 17. Ao adotar a atual redação, o inciso III do art. 8º constitucional quis restringir a legitimação à defesa dos direitos e interesses individuais da categoria. E quais são esses direitos e interesses? São aqueles que, embora resultantes de lesões individuais, coincidem com direitos e interesses transindividuais, porque concernem a todos os membros de uma categoria sindical.(...) 20. Vistas as coisas por este ângulo, pode-se afirmar que a regra contida no art. 8º, inciso III, da Carta Magna é de alta relevância e modernidade, correspondendo às tendências atualizadoras do conceito de legitimidade imperantes nos países mais desenvolvidos do mundo e consagradas no mais moderno diploma processual civil de que o Brasil dispõe: o Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.070/90.” (BRASIL, TST-E-RR-175.894/95.9, 2003). Observe que o processo foi ajuizado em 19/9/89 e que postulava o pagamento da URP de fevereiro de 1989. Desta forma, se tal resultado sobre a legitimidade do sindicato tivesse sido apreciada antes de 1994, certamente a decisão final seria procedente. Como o sindicato só foi reconhecido parte legítima após o cancelamento do Enunciado 317 (que concedia as diferenças salariais do Plano Verão), no mérito a ação foi julgada

Os argumentos utilizados demonstram justificativas de um Tribunal que decidiu modificar um comportamento judiciário dentro de um contexto dado e claramente não se limitam a um processo de reinterpretação de uma regra constitucional, mas trata-se de um discurso de justificação mais amplo de uma razão de decidir previamente estabelecida.

Por ocasião dos debates sobre o cancelamento do Enunciado do TST, o então ex-Ministro Almir Pazzianotto Pinto se manifestaria claramente contra a mudança, afirmando soar como uma “ameaça aos empregadores” tal possibilidade requerida pelos “sindicatos profissionais, aos quais interessaria atuar como substitutos processuais em reclamações trabalhistas, beneficiando-se de facilidades amplas, gerais e irrestritas” (Pazzianotto, s/d). A substituição processual só poderia ser admitida após uma reforma trabalhista.⁴⁶⁵ Mas em 2003, assim como o fora em 1993, o TST estava determinado a decidir sobre o tema. O cancelamento do Enunciado 310, da mesma forma que ocorrera com sua edição, não foi o ápice final de um processo de consolidação de decisões reiteradas e prévias sobre a matéria, como se aprende serem editadas as súmulas. Parece ter sido fruto de um processo mais amplo. Prosseguindo em sua resposta sobre o Enunciado 310, o Entrevistado nº 03 demonstra como o cancelamento de uma súmula pode ser o início, e não o fim, deste processo de consolidação jurisprudencial:

O Tribunal teve que inventar uma maneira de restringir o poder da substituição processual. Isso se fez durante o período em que o STF não definiu. Acho que ainda não definiu. Acho que foi pedida vista pelo ministro Peluzo. Porque o ministro Nelson Jobim pediu vista processual, estudou o processo durante quatro,

improcedente. Dias antes o TST havia divulgado em sua Notícias do TST com o seguinte título “TST reconhece legitimidade de sindicato para cobrar horas extras”, divulgando decisão proferida na 2ª Turma, que admitiu uma ampla possibilidade de substituição processual decorrente do texto constitucional e reformou decisão do TRT que, com base no Enunciado 310, havia negado a legitimidade ativa do sindicato para substituir processualmente os empregados da Produtos Alimentícios Fleischmann e Royal Ltda em ação coletiva na qual cobra o pagamento das horas extras decorrentes do sistema de turnos ininterruptos de revezamento adotado pela empresa.

⁴⁶⁵ Prossegue Pazzianotto em seu artigo: “Nesse clima de obscuridade, onde se multiplicam sindicatos disputando trabalhadores, categorias, bases territoriais e dinheiro, como aceitar a substituição processual de filiados e não-filiados, sem antes definirem-se, em lei, regras impeditivas de abusos inibidores da geração de empregos?”

cinco anos, e trouxe um voto em que admitia a substituição processual na execução. Daí surgiu o debate durante sessão no plenário do Congresso. A essa altura, o TST estava sob a presidência do ministro Fausto, que tinha posição muito liberal, tem uma posição bastante favorável à substituição ampla, geral e irrestrita, para usar os termos da época da anistia. O Enunciado 310 era realmente um obstáculo. E o TST cancelou-o para abrir o debate das instâncias inferiores. Senão, não se poderia chegar a uma modificação daquilo. O Enunciado era muito rígido, foi feito exatamente com essa intenção de restringir a substituição. Mas o objetivo foi proteger. Agora, passado o tempo, nos últimos dois anos, as coisas mudaram no Brasil. O pessoal da CUT, o Luís Marinho, que hoje é ministro do Trabalho, criticava muito o Enunciado 310. Na verdade, estava na hora de o Tribunal mudar, porque ficou aquele caldo de cultura no sindicalismo brasileiro de que a substituição processual só poderia ser feita dentro daqueles limites restritos. E, com isso, aquela outra situação que se estava formando naquela primeira interpretação ficou represada. Nos últimos dez anos não tivemos mais casos assim. (Entrevistado nº 3)

Observe-se que o ex-Ministro justifica a adoção do Enunciado com o objetivo de proteger os trabalhadores, certamente contra seus sindicatos, acentua que tanto a decisão de editar o Enunciado quanto a de cancelá-lo foram tomadas sem a definição final do STF sobre o tema, analisa que tal cancelamento seria um modo de reabrir uma discussão que estava absolutamente fechada pela rigidez anterior, adotada conscientemente para restringir as possibilidades de atuação judicial dos sindicatos. E, o que parece interessante, sublinha o contexto político-institucional em que a decisão foi tomada: debate sobre o tema em sessão plenária do Congresso Nacional; o TST sob a Presidência de um ministro muito liberal, Francisco Fausto; a crítica do pessoal da CUT ao Enunciado e que passara a ocupar o Ministério do Trabalho, enfim, nas palavras do Entrevistado: “agora, passado o tempo, nos últimos dois anos, as coisas mudaram no Brasil.”⁴⁶⁶

5.5.

O Tribunal Superior do Trabalho: tendências no após-década de 1990

Durante a década em curso, o Tribunal Superior do Trabalho vem promovendo um processo de revisão de sua jurisprudência, inclusive em matéria de direitos coletivos. Em 2003, na época da posse do então novo Presidente da

⁴⁶⁶ A entrevista foi realizada no final de 2005.

República, que provocou uma mudança no discurso do Executivo sobre reforma trabalhista, assumiu a presidência do TST o Ministro Francisco Fausto. Naquela ocasião, o Tribunal iniciou um processo de revisão de sua jurisprudência, tendo anunciado publicamente que revisaria todos os Enunciados de suas Súmulas, de modo a receber sugestões das entidades especializadas e associativas acerca dos novos textos. Os Enunciados revistos foram publicados através da Resolução nº 121/2003 do TST, e muito embora não se tenha visto mutação contundente nas orientações como um todo, inúmeros posicionamentos analisados sobre Relações Coletivas de Trabalho foram substancialmente alterados. Sob o signo da modernização da jurisprudência, entretanto, nesta recente revisão não foi encontrada nenhuma grande modificação de posicionamento que tenha implicado continuidade da postura mais pró-liberal, flexibilizadora de direitos.⁴⁶⁷

O Tribunal abandonaria uma postura de contenção na apreciação dos resultados da negociação. Como já indicado anteriormente, decisões sobre a amplitude dos acordos e convenções coletivas foram modificadas, dentre as quais a OJ-SDI nº 88, que admitia a limitação da estabilidade gestante por negociação coletiva. Apesar da recente revalidação do entendimento, validando a negociação coletiva no que se refere ao turno ininterrupto de revezamento,⁴⁶⁸ que indica que o espaço da negociação coletiva permanece sendo valorizado, observa-se que não há mais uma postura acrítica em relação aos conteúdos pactuados, havendo uma

⁴⁶⁷ A Revista Consultor Jurídico publicou em 28 de outubro de 2003, sob o título “Faxina geral”, a notícia da revisão dos Enunciados do TST divulgada pelo próprio Tribunal: “Compensação de horas pode ser feita por acordo individual. Os enunciados (súmulas) do Tribunal Superior do Trabalho estão atualizados. Os ministros concluíram, nesta terça-feira (28/10), o trabalho de modernização das súmulas - principal fonte de jurisprudência - que orientam os julgamentos e servem como referencial para a decisão das demais instâncias trabalhistas. A modernização das 363 súmulas do TST resultou no cancelamento de 84, revisão de 40, manutenção do cancelamento (definido anteriormente) de 27 e na restauração de uma súmula (nº 17) que estava cancelada. As súmulas restantes permaneceram com a redação original. Há questões de importante repercussão para empregados, empresários, operadores do Direito ligados à Justiça do Trabalho e os grupos que exploram e atuam em uma atividade econômica específica. (...)”

⁴⁶⁸ Em 6 de outubro de 2006, o Tribunal Pleno converteu a Orientação Jurisprudencial nº 169 da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) na Súmula nº 423 do TST, com uma alteração sutil, mas importante, na redação. De acordo com a deliberação do Pleno do TST, a nova Súmula terá a seguinte redação: “Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento da sétima e oitava horas como extras.” Ou seja, manteve-se um entendimento dos anos 1990, entretanto abrindo um caminho de controle do processo negocial, ao exigir o estabelecimento da jornada através de “regular negociação.”

tendência a abandonar o minimalismo que caracterizou os primeiros julgados. A edição da OJ-SDI-1 de nº 342, que afirmou “ser 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”, é expressão de que o Tribunal controla o mérito dos acordos e convenções coletivas de trabalho. Quando o TST passa a excepcionar as regras que afetam a saúde e a segurança do trabalhador daquelas possíveis de serem transacionadas, afirmando-as como critérios decisivos para a invalidação das regras coletivamente pactuadas, há uma sinalização de um deslocamento do debate. Diminui-se a importância do debate pactuado/legislado para o eixo no interior das próprias regras legais, no sentido da discussão de sua disponibilidade relativa/indisponibilidade, em que se questionam os contornos do que seja ordem pública social, bem como sobre o respeito às regras legais aplicáveis aos processos negociais.

Quanto às Relações Coletivas de Trabalho especificamente, duas decisões foram emblemáticas: a revogação da Instrução Normativa nº 04⁴⁶⁹ e o cancelamento do Enunciado 310, respectivamente em 20 de março e 25 de setembro de 2003. Revogada com grande destaque e anunciada pelo Ministro Francisco Fausto, em conjunto com a revogação da IN 04/93, foram revistos dispositivos assemelhados que haviam sido incorporados no Regimento Interno do TST.

Em conjunto com a revogação da IN 04/93, a jurisprudência sobre ajuizamento de dissídios também foi alterada, em uma postura de reabertura da instância normativa aos sindicatos, embora de curtíssimo prazo diante da reforma do Judiciário sancionada em dezembro de 2004. Um olhar sobre o estudo das decisões em recursos ordinários em dissídios coletivos, divulgado pelo Tribunal em seus Relatórios anuais de 2001 e 2005, dois anos antes e após a revisão das OJ

⁴⁶⁹ O cancelamento da Instrução Normativa nº 04 foi decidido pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, através da Resolução nº 116/2003, em decorrência da qual foram também revogados, pelo mesmo ato, os artigos 214, 215, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 224, 225, 226 e 227, todos do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho e que também estabeleciam restrições ao conhecimento dos dissídios coletivos.

da SDC e da IN 04/93, verifica-se uma substancial alteração no número de extinções.

Tabela 10 - Estudo das decisões do TST em Recursos Ordinários em Dissídios Coletivos

Ano	Providos em Parte	Não providos	Provido	Não conhecido	Outras	Extinto
2001	16,3%	20,4%	12,8%	2,7%	1,1%	46,7%
2005	49,2%	28,3%	16,7%	2,1%	—	3,8%

Fonte: Elaborado pela autora a partir de dados coletados no TST470

O reconhecimento da legitimidade ativa dos sindicatos foi uma modificação substancial no comportamento de um Tribunal preocupado em se apresentar afinado a uma nova conjuntura. A revogação do Enunciado da Súmula 310 abriu o Judiciário às demandas coletivas propostas pelas entidades sindicais, que voltaram a poder manejar, agora com maior segurança jurídica, reclamações trabalhistas para a defesa dos interesses individuais homogêneos e coletivos das suas categorias.

Nos poucos julgamentos de greve ocorridos originariamente no Tribunal, entre a posse de Luiz Inácio Lula da Silva e a reforma do Judiciário, observa-se uma mudança substantiva nos fundamentos utilizados pelos Ministros. Além do cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 1 da SDC, que declarava abusiva as paredes deflagradas contra o descumprimento de acordos e convenções, ocorrido em 22 de junho de 2004, houve uma releitura do conceito de abusividade na greve dos bancários, distinguindo aquelas formalmente e materialmente abusivas, com conseqüências jurídicas diferenciadas. Não é possível afirmar que tal tendência se manterá, nem é o objeto deste estudo, mas comparativamente com os anos 1990 percebe-se uma diferenciação nos fundamentos utilizados pelos Ministros que, ademais, só reforça a vinculação do TST aos argumentos neoliberais de contratação falaciosa que caracterizaram o país nos anos 1990.

⁴⁷⁰ Dados extraídos dos Relatórios Gerais da Justiça do Trabalho dos anos de 2001 e 2005, dois anos antes e dois anos após a revogação da Instrução Normativa nº 04 e de várias Orientações Jurisprudenciais contendo restrições procedimentais aos dissídios. O estudo das decisões foi feito pelo Setor de Acompanhamento Estatístico do Tribunal Superior do Trabalho. No ano de 2005 há registro do exame de 240 decisões.

O impacto das mudanças no que se refere aos dissídios coletivos, entretanto, praticamente só seria visto dentre aqueles que já estavam ajuizados, pois em dezembro de 2004 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, que modificou estruturalmente o sistema normativo de resolução de conflitos de trabalho no país. A Reforma do Judiciário tramitou por longos anos no Congresso Nacional e, no que se refere especificamente à Justiça do Trabalho, provocou uma ampliação de sua competência e possibilitou uma modificação substancial no sistema de equacionamento de conflitos coletivos (Da Silva, 2006a) ao ter sido dada uma nova redação ao Artigo 114 da CF, a seguir parcialmente transcrita:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II as ações que envolvam exercício do direito de greve; III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; (...) § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. § 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

Está em curso o processo de disputa pelos sentidos de sua interpretação, sem que tenha ainda se consolidado.⁴⁷¹ Como se vê, o texto constitucional foi

⁴⁷¹ Apesar da seguinte notícia publicada em 27 de setembro de 2006 no Notícias do TST: “TST firma precedente sobre condição para dissídio coletivo O exame pela Justiça do Trabalho dos processos de dissídio coletivo depende do preenchimento de condição estabelecida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004: o comum acordo entre as partes a fim de que a JT solucione a controvérsia. Esse precedente foi firmado, conforme voto do Ministro Carlos Alberto Reis de Paula (relator), pela Seção de Dissídios Coletivos (SDC) do TST ao determinar a extinção, sem exame de mérito, de dissídio coletivo proposto pelo Sindicato Nacional dos Aeronautas contra a Varig Logística S/A, que apresentou sua oposição à iniciativa sindical. *‘Não demonstrado o ‘comum acordo’, exigido para o ajuizamento do dissídio coletivo, conforme a diretriz constitucional (artigo 114, parágrafo 2º, CF), evidencia-se a inviabilidade do exame do mérito da questão controvertida, por ausência de condição da ação’*, disse o relator, ao votar pela extinção do dissídio proposto pelo sindicato segundo regra da legislação comum (artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil). Afirma o Ministro que o tema do comum acordo entre as partes tem gerado diversas interpretações dos especialistas em Direito do Trabalho. De acordo com a norma constitucional, *‘recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado às*

totalmente modificado para atribuir às partes em conflito a decisão, em comum acordo, de ajuizamento do dissídio coletivo, ressalvando a possibilidade de ajuizamento de dissídios coletivos em caso de greve somente pelo Ministério Público do Trabalho, nas limitadas hipóteses de paralisação em atividade essencial com risco de lesão do interesse público.

Ao contrário da Constituinte de 1988, o poder reformador atuou em um contexto de fortes críticas ao sistema jurisdicional de composição de conflitos coletivos em que havia um consenso entre significativos atores do mundo do trabalho - tais como a CUT, a Força Sindical e a Fiesp (Siqueira Neto e Oliveira, 1996) – acerca do fim da possibilidade de ajuizamento unilateral de dissídios e, com isto, embora a Emenda 45 não tenha extirpado o poder normativo, afastou seus elementos de compulsoriedade. Ao inserir no texto constitucional a locução, já presente na doutrina, dissídio coletivo de natureza econômica e especificando a exigência de comum acordo, a Emenda 45 seguiu o rumo da construção de um

mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho'. Um dos aspectos da discussão corresponde à forma pela qual as partes podem manifestar sua concordância ou recusa ao exame judicial do dissídio. Segundo as considerações do corregedor-geral da Justiça do Trabalho, Ministro Luciano de Castilho, citadas no voto do Ministro Carlos Alberto, a expressão '*comum acordo*' não pode implicar necessidade de apresentação de uma petição conjunta. O '*acordo comum*' não precisaria ser prévio e poderia ser confirmado sob a forma expressa ou tácita. Uma vez suscitado um dissídio coletivo, sem a manifestação de anuência da outra parte, o corregedor entende que caberia à Justiça determinar a citação da parte e apenas se houvesse recusa formal ao dissídio o processo deveria ser extinto sem resolução do mérito. Outros estudiosos têm afirmado a obrigatoriedade do mútuo consentimento para que a Justiça do Trabalho possa solucionar o conflito coletivo. A observância dessa regra deve ser interpretada como uma condição da ação e não pode ser interpretada como uma norma que afasta ou restringe a atuação do Judiciário, mas uma exigência a ser cumprida como diversas outras presentes na legislação processual. No julgamento do TST, o sindicato alegou a inconstitucionalidade da exigência do comum acordo e, no caso concreto, sustentou ter encaminhado correspondência à empresa requerendo manifestação sobre as tentativas de negociação empreendidas sob pena de anuência tácita à proposta do dissídio coletivo. '*Na hipótese, a Varig Logística S/A se opôs expressamente à propositura da ação coletiva*', ressaltou o Ministro Relator, ao votar pela extinção da causa e ser acompanhado pelos demais integrantes da SDC, com ressalva de fundamentação manifestada pelo Ministro João Oreste Dalazen. O relator reconheceu que uma futura definição judicial sobre o tema caberá ao órgão de cúpula do Judiciário. '*De qualquer forma, a norma submete-se ao controle da constitucionalidade, pelo que entendo objetivamente aplicável à literalidade da diretriz constitucional, até que venha a ocorrer a oportuna manifestação do Supremo Tribunal Federal*', afirmou. Tramitam, atualmente no STF, quatro ações diretas de inconstitucionalidade questionando a redação do artigo 114, parágrafo 2º, da CF. (DC nº 165049/2005-000-00-00.4 - com informações do TST)."

sistema de Relações Coletivas de Trabalho mais autônomo e pluralístico, reservando ao Judiciário um papel de equacionamento dos conflitos.

Entretanto, observe-se que quando a Emenda 45 praticamente encerrou com o processo de equacionamento unilateral dos dissídios coletivos ao exigir o “comum acordo” das partes para a interposição de dissídios de natureza econômica, redirecionando o ethos da Constituição de 1988 em relação ao poder normativo (que por ocasião dos trabalhos constituintes tinha uma centralidade na organização judiciária trabalhista), as demandas em juízo já eram muito menores, e o poder normativo muito pouco utilizado. Os dissídios já estavam praticamente fora da cena das Relações Coletivas de Trabalho brasileiras, sendo sua utilização residual, para o que contribuíram as práticas discursivas e decisórias do TST nos anos 1990.

A Constituição pós-emenda 45 amplia a moldura normativa para uma maior autonomia no sistema de equacionamento dos conflitos, possibilitando um afastamento do Tribunal dos conflitos. No entanto, se a interpretação dominante permitir a continuidade da apreciação das greves sem prévio acordo das partes ou se uma visão ampliativa das prerrogativas do Ministério Público do Trabalho para requerer o julgamento do conflito vier a se estabelecer, é possível que se continue com declarações de abusividade, expedições de ordem de retorno, com a consolidação textual da distorção no sistema de equacionamento de conflitos.

Parte significativa dos juristas do trabalho tem interpretado o tema do ajuizamento dos dissídios coletivos de natureza jurídica apenas sob a ótica do acesso à jurisdição, sem compreender que há necessidade de se atribuir uma coerência sistêmica ao tratamento constitucional dado às Relações Coletivas. Interpretar as regras constitucionais de modo a concluir ser impossível aos sindicatos de trabalhadores requerer unilateralmente a instauração da instância normativa para prover uma sentença normativa, ao mesmo tempo em que se admite às empresas e aos sindicatos patronais interpor unilateralmente o dissídio coletivo para declarar a abusividade da greve e obter uma ordem de encerramento do movimento (Garcia, 2005; Sússekind, 2005; Mascaro, 2005), parece reforçar

aspectos repressivos de um sistema que poderia rumar para modelo de ampliação da liberdade sindical.⁴⁷²

⁴⁷² A Reforma do Judiciário não se insere no corte temporal deste trabalho e não constitui seu objeto, tendo sido objeto de reflexão específica durante nossa pesquisa de doutoramento e que ensejou a publicação de ensaio específico (Da Silva, 2006a), no qual se concluiu com a seguinte avaliação: “Se um empregador se recusa a negociar, o sindicato dos empregados não poderia mais ajuizar unilateralmente o dissídio coletivo para que o Judiciário defina a norma. Deverá empreender suas legítimas medidas de pressão, tais como manifestações, paralisações e greves, para compelir o empregador a negociar. Em um sistema que recusa a adjudicação compulsória dos conflitos, os trabalhadores em posição de desigualdade estrutural na sociedade de mercado devem ter ampla liberdade sindical, garantia de exercício dos direitos sindicais e proteção contra os atos anti-sindicais para exercerem suas medidas de conflito. Dessa forma, não há que se falar em declaração de abusividade de greve, nem em expedição de ordem de retorno para pôr fim ao movimento paredista, providências típicas de um dissídio de greve, proposto unilateralmente pelo empregador. Ora, se a reforma admitisse essa possibilidade, geraria grande distorção no sistema de equacionamento de conflitos no país, desregulamentadora e de corte neoliberal, e aí sim inconstitucional, já que feriria o princípio da igualdade e reforçaria o desequilíbrio entre trabalhadores e empregadores, elevando os poderes dos detentores do capital. (...) Após a Emenda 45, os dissídios coletivos não podem mais ser utilizados por uma parte contra a outra para esvaziar a greve e impedir o prosseguimento do conflito, ou para obstar os efeitos dessa medida. O Judiciário só poderá se imiscuir na greve e julgar o conflito se as partes, de comum acordo e expressamente, quiserem e postularem a atuação “arbitral” do poder normativo. Nesse sentido, a parte do artigo 8º da Lei 7783 de 1989, que possibilitava à Justiça do Trabalho decidir sobre a procedência das reivindicações das greves (e com isso enquadrar toda paralisação como abusiva, em face da vedação de sua manutenção após o julgamento do Tribunal), “por iniciativa de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho”, não foi recepcionada pela Emenda 45 e não mais integra a ordem jurídica por ser absolutamente inconstitucional. A única interpretação possível, conforme a Constituição, ao artigo 8º da Lei 7783/89 é aquela que expunge do texto a locução anterior e admite que as partes podem de comum acordo e expressamente postular o julgamento, bem como poderá o Ministério Público do Trabalho – MPT fazê-lo quando presentes, cumulativamente, os dois requisitos constitucionais. O § 3º do artigo 114, CF, mais que estabelecer uma limitação à instauração da instância pelo MPT, constitucionalizou a única modalidade de dissídio de greve. Descartou, assim, a possibilidade de ajuizamento de qualquer tipo de dissídio de greve (de natureza jurídica, econômica ou dúplice) que não seja fruto de um consenso expresso das categorias profissional e econômica. Admitir que esse dissídio possa ser proposto por uma das partes corresponde a dizer que apenas o empregador terá essa prerrogativa, em grave atentado ao princípio da igualdade, e não há razoabilidade em atribuir ao empregador mais recursos de poder do que já tem. O empregador encarna o poder nas relações de trabalho e sua manifestação é cotidiana (Kahn-Freud, 1974). O sindicato surgiu exatamente para arrestar este poder e a greve é uma medida de exteriorização do conflito com o objetivo de assegurar o surgimento de um contra-poder. Ora, se o poder fático tem o ordenamento jurídico à sua disposição (com o ajuizamento unilateral dos dissídios), para impedir que o contra-poder possa resistir, não se está diante de um ordenamento jurídico e sim de um sistema injusto, irrazoável e iníquo. Almejamos que o Judiciário não chance as teses que facultam ao empregador medidas judiciais (sejam dissídios, interditos etc.) que impeçam a manifestação do conflito e obstaculizem a greve. Afinal, o papel do Judiciário não é o de reforçar a desigualdade dos atores coletivos de trabalho, mas o de assegurar o equilíbrio, protegendo os desiguais e estabelecendo condições jurídicas para diminuir o desequilíbrio inerente às relações de trabalho em sociedades capitalistas. Esta deve ser a função do Judiciário nas relações de classe e no cenário da Emenda 45. (...) No Brasil, sempre recusamos o conflito, na melhor tradição corporativa e autoritária, e nosso Judiciário não tem nenhuma tradição no exercício de qualquer destes dois caminhos de atuação. Será necessário uma “revolução copernicana” para que a Justiça do Trabalho brasileira construa sua história de equalização democrática dos conflitos coletivos do trabalho. A Emenda 45 fornece os materiais e elementos constitucionais para tanto.” (Silva, 2006, p.232).

E não se diga que as condições reais para exercício das greves tornam tal discussão desnecessária. Afinal, a inserção de um inciso II no artigo 114 da CF, resultado da necessidade de afirmar ser competência da Justiça do Trabalho apreciar e julgar as ações (em sentido amplo) que envolvam o exercício do direito de greve, não só demonstra que a diminuição do número de dissídios (também de greve) não significa a inexistência de intervenções judiciais nos movimentos grevistas ou ampla liberdade de atuação, mas sim de que o modo pelo qual a greve vem sendo judicializada nos últimos anos se alterou substancialmente. Interditos proibitórios para impedir piquetes, determinar o afastamento de carros de som das portas das empresas, multas diárias para “esbulho possessório”, propostos perante a Justiça Comum para assegurar a propriedade e a liberdade de locomoção nas empresas em greve, ações civis públicas para determinar o retorno de grevistas ao trabalho no setor público, ações de indenização por reparações de danos causados por paralisações são novos instrumentos processuais e recursos que vêm sendo utilizados pelo empresariado, em substituição ao tradicional dissídio de greve para dificultar a ação sindical dos grevistas. Ao inserir o inciso II do artigo 114, o poder reformador teve também como objetivo deslocar para o Judiciário Trabalhista outras “ações” (e não “dissídios”) concernentes à greve, em sentido amplo.

É interessante registrar que nos debates doutrinários acerca da interpretação a ser dada à expressão “comum acordo” como exigência para a interposição dos dissídios, um dos críticos à jurisprudência restritiva em dissídios coletivos, o Ministro José Luciano de Castilho, ao defender sua posição, utilizou como argumento exatamente uma visão negativa da conduta do Tribunal nos anos 1990. A diminuição do número de dissídios coletivos teria dado a “falsa idéia de que a negociação coletiva era um sucesso”, pois “a realidade era outra. Bastou que o TST, a partir de 2002, iniciasse uma radical mudança no seu entendimento quanto ao dissídio coletivo, para que voltasse a confiança na Justiça Trabalhista, bem como aumentasse o número de dissídios coletivos” (Castilho, 2005, p.32). E prossegue: “Vale recordar que o rigor na admissão de dissídio coletivo, especificamente pelo TST, quase fecha a Justiça do Trabalho” (Castilho, 2005,

p.32).⁴⁷³ A reflexão proposta pelo Ministro corrobora a avaliação de que o TST, na década atual, buscou redirecionar sua atuação e traz um outro elemento explicativo, que diz respeito aos impactos das propostas de Reforma do Judiciário, que envolveram inclusive a extinção do Tribunal no discurso dos Ministros.⁴⁷⁴ Um dos ex-Presidentes ouvidos (nº 1), em face da revogação das regras restritivas ao dissídio em um contexto de tramitação legislativa da Emenda 45 que reduziria a atuação do Tribunal, sugeriu que tal mudança no comportamento ministerial estaria relacionada à busca pela preservação do poder e das prerrogativas do TST: “Porque convém dizer que a Justiça do Trabalho não abre mão do poder normativo porque não quer perder poder político.”⁴⁷⁵

⁴⁷³ Prossegue o Ministro: “Reconheço que o objetivo era nobre: valorizar a negociação coletiva, mas foi feita abstração da realidade brasileira, com uma legislação trabalhista que permite a dispensa coletiva, facultando ainda a despedida de quem ganha mil reais, para, no mesmo dia, contratar-se outro empregado por quinhentos reais para fazer exatamente o mesmo trabalho do que havia sido despedido, sem ter que explicar para ninguém que tal foi realizado por dificuldade financeira da empresa” (Castilho, 2005, p.32). Em tal contexto, propõe aos juízes em decorrência da EC 45: “Assim, ajuizado o dissídio coletivo pelo sindicato dos empregados, sem o acordo expresso da parte contrária, deve o juiz mandar citar o suscitado e apenas na hipótese de recusa formal ao dissídio coletivo a inicial será indeferida. A interpretação contrária levará, mais uma vez, a Justiça do Trabalho ao pelourinho, onde estão os que complicam as relações coletivas de trabalho” (Castilho, 2005, p. 31).

⁴⁷⁴ As propostas de extinção do Tribunal Superior do Trabalho discutidas no âmbito da Reforma do Judiciário repercutiram de múltiplas formas no Tribunal. O sentimento de preservação e de necessidade de valorização do Judiciário pode ser observado de múltiplas formas. No TST-DC-603.136/99.8 em que foi deferido aos empregados da CEF um “abono linear de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) brutos, a ser pago em 4 (quatro) vezes, a partir de dezembro, em substituição ao reajuste salarial e à produtividade reivindicados” encontra-se a seguinte Justificativa de voto vencido do Ministro Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, Ministro Ursulino Santos, envolvendo não o mérito da controvérsia, mas sim o valor a ser arrecadado em custas judiciais: “O dissídio coletivo em questão – envolvendo em sua discussão milhões de reais, os quais serão pagos à categoria dos economiários do País – traz como valor da causa a vergonhosa quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), base pela qual será calculado o valor das custas, ou seja, R\$ 100,00 (cem reais), quantia essa que até como esmola é reduzida. É por essas e outras em que o Poder Judiciário do Trabalho se abaixa tanto que a sua extinção está sendo objeto de discussão em projeto de emenda constitucional em tramitação no Congresso Nacional. Entendo que, agora, é o momento certo de levantarmos a cabeça e com ela erguida responder às críticas, na grande maioria infundadas, e mostrar a nobreza e a independência deste Tribunal. Enquanto o Tribunal se amesquinhar e se recusar de atualizar o valor dado à causa, principalmente no dissídio coletivo, continuará a ser um Tribunal pequeno e inexpressivo. Por isso determino que as custas sejam calculadas sobre R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), o valor arbitrado para a causa.” Brasília, 10 de fevereiro de 2000.”

⁴⁷⁵ O Entrevistado nº 01, um dos artífices e maiores defensores da restrição aos dissídios coletivos, ao criticar a modificação do posicionamento do Tribunal e defender a política adotada nos anos 1990, diante da indagação sobre se o Tribunal deixou de julgar tais feitos: “E isso foi bom. Porque forçou as partes a negociarem. E hoje o número de dissídios caiu muito. E há uma certa

A leitura política do processo de revisão da interpretação no âmbito do Direito do Trabalho, sinalizada após a derrota de Fernando Henrique Cardoso, foi sugerida por um dos Ministros do Tribunal de tendência liberal. Na 3ª edição de seu livro “Processo Coletivo do Trabalho”, ao referir-se ao que denomina “problema da flexibilização das normas”, Ives Gandra Martins Filho inicia seu argumento afirmando que “uma série de reflexões assomavam naturalmente à cabeça voltadas ao futuro das relações trabalhistas no país e, conseqüentemente, ao campo do Direito do Trabalho”, em decorrência da vitória do candidato do Partido dos Trabalhadores, “que obteve uma significativa maioria de quase 62% dos votos válidos” (Martins Filho, 2003). Diante da indagação sobre a existência de uma modificação na postura do TST nos anos em curso, enquanto o Entrevistado nº 01 avaliou ser possível relacioná-la com a mudança governamental, o Entrevistado nº 03 desconsiderou o peso das eleições presidenciais e optou por afirmar ter decorrido das mudanças econômicas e sociais. A estabilização econômica e a modificação no padrão sindical teriam sido fatores que possibilitaram que o Tribunal mudasse. O Entrevistado nº 02 admitiu que fatores políticos e econômicos são levados em consideração pelo julgador e pelo Tribunal.

Não se insere dentro do objeto da pesquisa a compreensão dos motivos, da extensão e da permanência deste processo renovador (ou se realmente é renovador). Várias podem ser as hipóteses explicativas: aposentadoria de antigos ministros e novas nomeações, introdução de argumentos sociológicos nos discursos dos juristas (Artur, 2004), adequação do Tribunal ao cenário de renovação da vida política nacional, abertura a um processo de diálogo com os antigos sindicalistas que passariam a ocupar cargos na administração federal, uma renovação doutrinária possibilitada por modificações nas posturas sindicais etc. Este início de século pode vir a merecer outro trabalho. O que é importante destacar agora é a percepção de que certos sentidos foram atribuídos à Constituição de 1988 em sua infância.

preocupação dentro dos tribunais porque não há dissídios, quando eles deveriam ficar satisfeítíssimos, ou seja, os interessados estão negociando.”

5.6.

Coda

Os anos 1990 constituíram um período de hegemonia neoliberal, de crise dos sindicatos e de declínio da força do trabalho e do Direito do Trabalho. Em nosso país, as configurações institucionais referentes às Relações Coletivas de Trabalho sofreram os impactos decorrentes. Além das mutações normativas clássicas, anteriormente analisadas, neste último capítulo examinou-se a atuação do Tribunal Superior do Trabalho na determinação do significado dos significantes legais e na reorientação de sua jurisprudência acerca de institutos fundamentais do Direito Coletivo do Trabalho.

Além de um direcionamento da sua jurisprudência aplicável aos dissídios individuais rumo a valores mais liberais, a incorporação do discurso da modernização das Relações Coletivas de Trabalho no pensamento comum de seus ministros levou o Tribunal Superior do Trabalho a uma contenção maior de seu papel de instância normativa no julgamento dos dissídios coletivos, ao mesmo tempo em que acenava com a valorização da autonomia dos sujeitos. Mas ao conformar o espaço desta autonomia coletiva, apenas a dimensão da autonormação foi valorizada e ampliada, ao mesmo tempo em que permanecia o Tribunal exercendo um forte papel de contenção da autotutela e restringindo as prerrogativas de exercício de direitos sindicais.

Em casos nos quais se discutiu o espaço da contratualidade coletiva no sistema trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho foi amplamente favorável à idéia de que a Constituição teria admitido a flexibilização negociada. Em 81,82% das decisões analisadas sobre o tema, o TST acolheu a primazia do negociado, desconsiderando norma legal aduzida como mais favorável ao empregado. Um movimento importante em direção à valorização da autonomia privada coletiva foi acompanhado por uma tendência a certo minimalismo judicial no controle da flexibilização *in pejus*, pela via da contratação coletiva, como por exemplo, na redução da estabilidade gestante e na supressão ou redução do intervalo intrajornada. Tal postura favorece um ambiente para a redução de direitos previstos em norma legal através da negociação coletiva.

No que diz respeito ao aspecto específico da autonormação, a valorização da autonomia coletiva não foi uniforme. Na relação entre lei e contratos coletivos houve uma tendência a se atribuir maior eficácia jurídica aos efeitos derogatórios dos instrumentos coletivos em prejuízo dos empregados, ao mesmo tempo em que foram cerceados tais efeitos em benefício dos trabalhadores em matéria salarial.

Sob a égide do Enunciado 310, o alcance das entidades sindicais aos meios coletivos de acesso ao Judiciário, que poderiam canalizar múltiplas formas de dissensos sobre regras laborais ou descumprimento sistemático e coletivo dos direitos, foram restringidos. Os direitos sindicais em sentido estrito também obtiveram uma configuração restritiva.

No que concerne à prerrogativa mais singular da Justiça do Trabalho e do próprio sistema de relações sindicais e coletivas no país, o poder normativo, pesquisas (Horn, 1999, 2006) apontam que em comparação com a década anterior seria patente a recusa do TST em exercer sua competência normativa como o fizera antes. A conclusão deste trabalho segue em caminho semelhante, indicando que embora não tenha havido um total abandono do poder normativo, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu e agiu no sentido de implementar uma política judiciária de contenção do número de sentenças normativas.

Vale registrar que mesmo sob o signo da Constituição de 1988, que manteve e ampliou as prerrogativas normativas do Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal construiu uma série de requisitos formais para dificultar o acesso à instância normativa judiciária. As regras existentes foram reinterpretadas com o objetivo de maximizar as condições para a instauração de instância, várias orientações jurisprudenciais e precedentes criaram dificuldades adicionais para que os sindicatos pudessem obter uma sentença normativa. A edição da Instrução Normativa nº 04 foi um marco não só deste novo papel consciente do Tribunal Superior do Trabalho, como também é um dos elementos explicativos para a

diminuição substancial do número de dissídios coletivos de trabalho ajuizados no país desde então.⁴⁷⁶

É claro que não se deve desconsiderar a importância de inúmeros outros fatores que levaram a tal diminuição substancial do número de processos de dissídio coletivo, principalmente as opções dos outros atores sindicais e empresariais de afastamento e crítica dos sistemas compulsórios de equacionamento dos conflitos. Mas a existência de outros motivos que possam ter contribuído para a redução substancial do peso das sentenças normativas no panorama das Relações Coletivas de Trabalho, não apaga o papel exercido pelo TST neste processo. Pode, ainda, ajudar a compreender os motivos pelos quais, diante da recente Reforma do Judiciário, que estabeleceu modificações contundentes no texto da Constituição sobre o tema, não se viram fortes contestações às mudanças propostas no cenário nacional ou nos meios sindicais e empresariais.⁴⁷⁷

A adjudicação dos conflitos de trabalho através do poder normativo foi construída em um cenário de presença repressiva do Estado nos conflitos

⁴⁷⁶ Segundo o Dieese, a “trajetória declinante atinge todas as regiões e segmentos econômicos brasileiros, de tal monta que, apesar de uma pequena reversão em 2001, a via judicial “mostra-se marginal às negociações coletivas de trabalho nos dias atuais” (Dieese, 2006, p.13).

⁴⁷⁷ As maiores divergências foram sentidas dentre juristas, parlamentares do PC do B e sindicalistas ligados às confederações sindicais, que, inclusive, questionam no Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da reforma, como se observa nesta notícia (do STF): ‘Necessidade de comum acordo para instauração de dissídio é contestada no Supremo. A Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) ajuizou hoje (20/1) no Supremo Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3392) contra a parte da reforma do Judiciário que determina a necessidade de comum acordo entre as partes para que possam ingressar com dissídio coletivo na Justiça do Trabalho. A ação tem pedido de liminar. Segundo a CNPL, condicionar o dissídio coletivo ao comum acordo “agrave a inteligência mais elementar”. “É óbvio que, se o empregador se recusou à negociação coletiva ou à arbitragem, recusar-se-á, com maior probabilidade, à submissão do dissenso ao poder soberano do Estado-juiz”, sustenta. A entidade aponta, ao todo, seis inconstitucionalidades na regra. Além de violação ao princípio da razoabilidade, à garantia do devido processo legal e à garantia de acesso ao Judiciário, a CNPL diz que a norma prejudica a produção de convenções coletivas de trabalho e fere o princípio do Estado de Direito ao violar a Constituição no trecho em que consagra a solução pacífica das controvérsias. Isso porque, afirma a CNPL, a norma “induz as categorias profissionais à deflagração de greves para defender seus direitos à revisão salarial, à manutenção das cláusulas coletivas preexistentes (que desapareciam por terem vigência contratual por tempo determinado) e à obtenção de outros benefícios”. A entidade pretende que o dispositivo da reforma do Judiciário - que faz parte do artigo 1º da Emenda Constitucional 45 - seja mantido, afastando-se apenas a necessidade do comum acordo como condição para a propositura de dissídios coletivos. A regra alterou o parágrafo 2º do artigo 114 da Constituição Federal.”

coletivos. O movimento em torno de sua redução significaria, então, uma adequação a novos contextos democratizantes e de atuação estatal menos repressiva? Embora existisse em diversos segmentos sindicais, sociais e mesmo do Judiciário⁴⁷⁸ uma ampla demanda em prol da democratização do judiciário e um questionamento acerca da possibilidade da Justiça do Trabalho atuar como espaço de práticas democráticas (Paoli, 1994), no que diz respeito especificamente aos temas em estudo não é possível responder afirmativamente a tal questão.

Na pesquisa realizada foram encontrados modos que permitem articular a redução da atuação normativa do Tribunal Superior do Trabalho nos dissídios coletivos nos anos 1990 ao contexto mais amplo de afastamento do Estado das relações laborais, diante da incorporação do discurso da modernização e da flexibilização pela redução dos custos do trabalho. Entretanto, não foram constatados elementos que permitam indicar maior redemocratização do papel do Tribunal. Ademais, a jurisprudência do TST em relação aos conflitos coletivos de trabalho nos quais houve deflagração de greve não indica uma postura de contenção ou de afastamento, mas de continuidade de um padrão repressivo de julgamento.

A Constituição de 1988 constitucionalizou a greve como direito fundamental amplo dos trabalhadores. Embora tenha havido uma profunda alteração nas regras constitucionais e legais sobre o assunto, nos julgados do Tribunal Superior do Trabalho não foi localizado um giro paradigmático na compreensão da greve, apenas um deslocamento semântico de menor expressão, pois onde se lia greve ilegal passaria a se ler greve abusiva. O binômio abusivo/não-abusivo persistiu como sistema de julgamento do movimento em si, e não de atos específicos praticados no curso da greve. E nesta sistemática é possível concluir pela existência de um padrão de julgamentos que tende a declarar a abusividade, como ocorreu em 76% dos casos examinados em que o TST julgou originariamente a greve.

⁴⁷⁸ Cf. Araújo Netto, 2006. p.89.

O Tribunal permaneceria marcando sua presença repressiva diante de conflitos coletivos de trabalho com deflagração de paredes. Nem mesmo para exigir o cumprimento de regras pactuadas em acordo coletivo o Tribunal admitiria a deflagração da greve, tendo considerado abusivos movimentos deflagrados em “substituição ao meio pacífico próprio para a solução do conflito” a ação de cumprimento (OJ-SDC nº 1).

O Tribunal seguiu em dissonância com a idéia de direito incorporada na Constituição de 1988 sobre greve, indicando uma visão negativa do conflito social. Perpassou a idéia de greve como “recurso extremo” e como desvio dos meios pacíficos de “solução”. Nesse sentido, o comprometimento maior do Tribunal Superior do Trabalho persistiu sendo com a “solução” dos conflitos e a paz social, mais do que com as idéias de justiça e de autonomia, que caracterizam seu ideário e ação na história (Paoli, 1994). O movimento detectado no final dos anos 1980 e início da década seguinte de busca pelas referências democráticas dos direitos e da Justiça do Trabalho, em que se almejava “uma justiça que não só respeite a autonomia dos atores em conflito, como transforme a sua interlocução real, coletiva e representativa, em base para sua atuação” (Paoli, 1994, p.114), do ponto de vista do que foi examinado, esteve distante de obter êxito no interior do TST, exatamente pelo não reconhecimento da conflituosidade como inerente à arena negocial.

Saliente-se, outrossim, que nenhum processo de construção de sentidos é fruto de uma “tendência natural”, o que pressuporia aceitar a ilusão de que o direito é texto de lei e, portanto, que o juiz é um sujeito asséptico, que apenas aplicaria a regra sem ser um agente da produção de sentidos da própria norma. Embora um amplo grau de coerência lógico-formal do sistema jurídico, abstraída da sua historicidade, contribua para as idéias de uma racionalidade abstrata que suprime o sujeito na mediação entre lei e interpretação da lei (Ruiz, 2001) e de crença que o magistrado estaria isento da construção de relações de poder, o jurista intervém na produção de seu objeto e o constrói (Ruiz, 2001, p.6). A crença na isenção e na estrutura de um discurso que dissimula o exercício do poder contribui para manter as relações entre poder e direito, e ao ocultar tais vínculos,

reforça um processo de legitimação do poder estabelecido (Ruiz, 2001, p.6).⁴⁷⁹ Os processos decisórios e configurações normativas através da atuação judicial podem contribuir para a legitimação de uma dada ordem, bem como para bloquear impulsos de mudança.

Uma Constituição em dissonância com seu tempo pode ser alterada através de reformas formais e de mutações constitucionais. Além do processo de atribuição de sentidos da regra no momento de aplicação, há que se observar existirem transformações no sentido do texto da Constituição, que tanto podem se caracterizar por decorrerem de mutações interpretativas, consistentes no processo de atribuição de sentidos dos significantes legais através da interpretação, ou da aplicação, quanto as que resultam de uma “práxis política independentemente da atividade hermenêutica em face do texto constitucional” (Neves, 1996). É reconhecido que o intérprete, no momento de construção dos sentidos, condiciona-se e se insere no contexto histórico e social, e que o sentido dos textos também se modifica. Assim, os processos interpretativos dos anos 1990 seriam simples consequência de uma “tendência natural” de toda e qualquer atividade interpretativa e jurisdicional, locução utilizada por um dos Entrevistados (nº3) ao refletir sobre as mudanças no comportamento do Tribunal. Para além das insuficiências das explicações “naturalísticas” dos fenômenos, é importante observar os contornos da tendência.

Marcelo Neves (1996) sublinha a necessidade de se avaliar com cautela a questão das mutações, já que a deturpação de um texto no processo de concretização da Constituição pode tornar discutível a sua percepção como simples mutação. Pois há casos em que se está diante de uma “desconstitucionalização fática ou concretização desconstitucionalizante”,⁴⁸⁰ na

⁴⁷⁹ “*El derecho es un discurso social, y como tal, dota de sentido a las conductas de los hombres y los convierte en sujetos. Al mismo tiempo opera como el gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Esse discurso jurídico instituye, dota de autoridad, faculta a decir o a hacer. Su sentido remite al juego de las relaciones de dominación y a la situación de las fuerzas en pugna, en un cierto momento y lugar*” (Ruiz, 2001, p. 5).

⁴⁸⁰ “A concretização desconstitucionalizante no âmbito das Constituições nominalistas dos países periféricos, destacando-se o Brasil, atua no sentido da manutenção do *status quo* social. Serve à permanência das estruturas reais de poder, em desacordo com o modelo textual de Constituição,

qual se observa a inexistência de uma “relação consistente da atividade de interpretação-aplicação constitucional e da práxis política dos órgãos estatais e cidadãos com o modelo normativo do texto constitucional” (Neves, 1996). Quando há uma desconstitucionalização fática não há mero condicionamento ou adequação diante de um contexto, e sim um bloqueio generalizado que obsta a concretização de um projeto constitucional. Não se está diante de uma interpretação construída em uma esfera pública pluralista fruto de uma comunidade de múltiplos intérpretes, mas de “distorções casuísticas do sentido normativo dos textos”, sem reformar a Constituição, e assim se realiza uma prática destrutiva de seus próprios sentidos normativos.

Na década em que se esperava a concretização da Constituição de 1988, em vez de se falar em mutação, parece mais adequado diagnosticar um bloqueio nas possibilidades democratizantes abertas pelo constituinte. Se houve concretização, esta foi desconstitucionalizante da Constituição e dos sentidos da autonomia nela reconhecida. Nesse sentido, para a afirmação da Constituição, da autonomia e dos direitos, não foram os anos 1980, mas sim os anos 1990, a década perdida.

cuja efetivação relevante importaria profundas transformações sociais. Em contraposição aos indícios de mudança expressos no texto constitucional, impõem-se relações reais de poder com pretensão de eternizarem-se...” (Neves, 1996).