



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**A RESOLUÇÃO HETEROCOMPOSITIVA DOS CONFLITOS COLETIVOS DE
TRABALHO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS DO CIDADÃO
TRABALHADOR**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Autor: Gilberto Souza dos Santos

Orientador: Professor Doutor Alex Sander Xavier Pires

Número do candidato: 20151560

Maio de 2018

Lisboa

**A RESOLUÇÃO HETEROCOMPOSITIVA DOS CONFLITOS COLETIVOS
DE TRABALHO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS DO CIDADÃO
TRABALHADOR**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Autónoma de Lisboa, como requisito parcial para aprovação no Curso de Mestrado Académico em Ciências Jurídicas e obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Dr. Alex Sander Xavier Pires.

**Maio de Lisboa
2018**

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, em especial aos meus filhos Jean, Juan e Johan, e à minha esposa, Fernanda Rubenich Hatzfeld, pelos debates dos temas jurídicos e filosóficos, pelo apoio em questões logísticas e pelo incentivo no período de pesquisa.

Agradeço à Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões e aos seus eméritos professores, que iluminaram a minha vida com novos conhecimentos, ao Professor Doutor Ricardo Pedro, pelas lições nos primeiros passos da pesquisa, e, em especial, ao meu Professor Orientador, Doutor Alex Sander Xavier Pires, por conduzir-me por caminhos jusfilosóficos por mim nunca trilhados e por orientar-me, dando o melhor de si no seu mister.

Agradeço aos colegas de trabalho, em especial aos Desembargadores do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Doutores Alexandre Correa da Cruz, Marcelo José Ferlin D'Ambroso, Ricardo Carvalho Fraga e Tânia Maria Silva Reckziegel pela solidariedade e apoio, e aos coordenadores dos grupos de estudos em que atuo, Professor Doutor José Luis Bolzan de Moraes, Professora Doutora Luciane Cardoso Barzotto e Professor Doutor Luis Fernando Barzotto, pelo acolhimento e pelas preciosas lições.

Agradeço aos colegas de gabinete do TRT4, dos quais destaco a Chefe de Gabinete Doutora Gabriele Rigo Segalin e o Assessor Doutor Mário Garrastazu Médici Neto, pelo permanente apoio e pela importante troca de informações.

Agradeço aos amigos e aos colegas da Universidade, em Lisboa, pelo convívio e pela solidariedade.

“As relações individuais de trabalho eram, entre nós, no começo deste século, submetidas às regras da locação de serviços, e, a partir de 1916, reguladas pelo Código Civil; e, para um setor mais limitado, a partir de 1850, pelo Código Comercial. Paulatinamente, porém, o Direito do Trabalho foi se enriquecendo”.

(GOMES e Gottschalk, 1975, 52-53)

RESUMO

Este trabalho acadêmico propõe-se a analisar a evolução das relações coletivas de trabalho a partir dos meios adotados para a solução de conflitos coletivos de trabalho, com ênfase para o cotejamento das práticas e das legislações juslaborais no Brasil e em Portugal. Parte da análise dos principais fatos históricos que deram ensejo ao atual estágio de reconhecimento das organizações sindicais pelo Estado Democrático de Direito, passando pelo estudo da conjuntura política e social brasileira, referentes às relações coletivas e à solução de conflitos de trabalho. A partir das concepções acerca da relação do Estado com a função judiciária e do estudo das instituições encarregadas de realização da Justiça, sob a perspectiva da teoria da Justiça de John Rawls, procura situar o trabalhador em face dos direitos fundamentais da cidadania, estudar os obstáculos do acesso à Justiça para solução de conflitos sobre interesses difusos e coletivos, o fenômeno do agigantamento do Poder Judiciário e as dificuldades impostas às relações de trabalho brasileiras, sob o viés dos interesses dos trabalhadores, pelas reformas flexibilizadoras e pela jurisprudência do STF, refratária à prática da greve e ao atual modelo de organização sindical. Em função da realidade identificada na pesquisa, propõe uma “releitura” dos processos de resolução de conflitos coletivos de trabalho, concluindo por propor a adoção dos meios alternativos de resolução de conflitos e das práticas portuguesas de intervenção administrativa, especialmente nas modalidades arbitrais, e o uso de mecanismos de intervenção judicial nos conflitos coletivos jurídicos e de interesses, incluindo as despedidas coletivas.

Palavras-chave: Meios Alternativos de Resolução de Conflitos; Arbitragem Necessária; Dissídio Coletivos.

ABSTRACT

This academic work aims to analyse the evolution of the collective labor relations from the means adopted for the solution of collective labor conflicts, emphasizing the comparison between the practices and the fair labor laws in Brazil and in Portugal. It starts from the analysis of the main hystorical facts that has brought to the current estage of recognition of the trade union organizations by the Democratic State, passing through the study of the Brazilian political and social context related to the collective relations and to the work conflict resolutions. From the conceptions about the relation of the State with the judicial function and the study of the institutions in charge with carrying out justice, under the perspective of John Rawls's Theory of Justice, this study tries to place the worker in the face of the citizenship fundamental rights, studying the obstacles to access to justice to resolve conflicts over diffuse and collective interests, the phenomenon of the enlargement of the Judiciary Branch, and the difficulties imposed to the Brazilian working relationships under the bias of the workers interests by the flexibilizing reforms and by the Supreme Court jurisprudence, resistant to the strike practice and to the trade union current model. According to the reality identified in the research, this paper proposes one "rereading" of the collective conflict resolution processes, proposing the adoption of alternative means of conflict resolutions and the Portuguese practices of administrative intervention, specially the arbitration procedures, and the use of the judicial intervention mechanisms in the collective bargaining conflicts and interests conflicts, including the collective dismissal of workers.

Key words: Alternative means of conflict resolution, arbitration required, collective bargaining.

Abreviaturas

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art. – Artigo
Arts. – Artigos
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CE – Comunidade Europeia
CF – Constituição Federal
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho (Brasil)
CPC – Código de Processo Civil
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil)
CRP – Constituição da República Portuguesa (Portugal)
CT – Código do Trabalho (Portugal)
EC – Emenda Constitucional
Ed. – edição
Etc. – etcetera
IRCT – Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho
IRC – Instrumento de Regulamentação Coletiva
LACP – Lei da Ação Civil Pública
LAV – Lei da Arbitragem Voluntária (Portugal)
LOSJ - Lei da Organização do Sistema Judiciário
MPT – Ministério Público do Trabalho
NCPC – Novo Código de Processo Civil (Brasil)
OIT – Organização Internacional do Trabalho
P. – Página (s)
PIDCP - Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
PIDESC - Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
RE – Recurso Extraordinário
SDI – Subseção Especializada em Dissídios Individuais
STF – Supremo Tribunal Federal
TCP – Tribunal Constitucional Português
TRT – Tribunal Regional do Trabalho
TST – Tribunal Superior do Trabalho

Agradecimentos	3
Resumo	5
Abstract.....	6
Abreviaturas	7
Introdução.....	10
1. AS RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO	14
1.1. <i>Do trabalho livre às relações coletivas de trabalho</i>	14
1.1.1. 150 anos de avanços e de retrocessos.....	15
1.1.2. Organização sindical: proibição, tolerância e reconhecimento	18
1.2. <i>O Direito Coletivo do Trabalho</i>	20
1.2.1. Entes laborais coletivos	20
1.2.2. Da organização por local de trabalho	23
1.2.3. A expansão internacional da representação laboral.....	24
1.3. <i>A normatização coletiva de trabalho</i>	26
1.3.1. Conflitos coletivos de trabalho.....	27
1.3.2. Conflitos de natureza jurídica e econômica ou de interesses	30
1.3.3. Da composição dos conflitos.....	32
1.4. <i>A autonomia das organizações sindicais</i>	34
1.4.1. Da autonomia privada à autonomia coletiva	34
1.4.2. A autonomia coletiva dos trabalhadores no Brasil e em Portugal.....	36
1.4.3. Da dimensão normativa dos conflitos coletivos de trabalho.....	37
1.4.4. A normatização setorial e a Organização Internacional do Trabalho	39
1.5. <i>A resolução de conflitos em tempos de globalização</i>	42
1.5.1. Da Flexibilização de direitos trabalhistas.....	43
1.5.2. Os limites da flexibilização e da autonomia coletiva	44
2. O ESTADO, A FUNÇÃO JUDICIÁRIA E O DIREITO DO TRABALHO DO CIDADÃO 49	
2.1. <i>A dimensão da democracia na efetivação da igualdade material</i>	49
2.1.1. As teorias contratuais e a garantia da liberdade e da igualdade	50
2.1.2. As instituições do Estado e a garantia da liberdade-igual	55
2.2. <i>O trabalhador e os direitos fundamentais da cidadania</i>	58
2.2.1. Características da proteção da juslaboral em um Estado Social	58
2.2.2. O trabalhador cidadão em um Estado Social	61
2.3. <i>O acesso à Justiça para resolução dos conflitos coletivos de trabalho</i>	63
2.3.1. Do direito de acesso à Justiça.....	63
2.3.2. O direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva	65
2.3.3. A tutela jurisdicional em “casos difíceis” e em “casos trágicos”	67

2.3.4. O fenômeno do agigantamento do poder judiciário	70
2.4. <i>A crise de identidade do Estado Social brasileiro</i>	76
2.5. <i>O Estado Social Português</i>	80
2.6. <i>O descumprimento das promessas do Estado Social</i>	85
Conclusão parcial	87
3. A RELEITURA DOS MEIOS DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO.....	89
3.1. <i>A complexidade da heterocomposição por meios alternativos</i>	89
3.1.1. O reconhecimento dos meios adequados de resolução de conflitos.....	90
3.1.2. Os meios alternativos como instrumento de acesso à Justiça	91
3.1.3. Das “A.D.R. - Alternative Dispute Resolution”	93
3.1.4. O uso dos meios alternativos nos sistemas luso-brasileiro	94
3.1.5. Dos meios alternativos autocompositivos	96
3.2. <i>Do juízo arbitral</i>	101
3.2.1. A arbitragem voluntária.....	101
3.2.2. Aspectos filosóficos do juízo arbitral: a jurisdição do cidadão.....	109
3.3. <i>A resolução arbitral dos conflitos coletivos de trabalho</i>	111
3.3.1. A arbitragem nos sistemas juslaborais português e brasileiro.....	111
3.3.2. Os meios intermediários e administrativos de resolução de conflitos ...	114
3.3.3. Portarias de extensão e de condições de trabalho	118
3.3.4. As arbitragens laborais obrigatória, necessária e de serviços mínimos .	119
3.4. <i>A intervenção judicial nos conflitos coletivos de trabalho</i>	122
3.4.1. A solução judicial de conflitos jurídicos e de interesses	122
3.4.2. O poder normativo da Justiça do Trabalho.....	124
3.4.3. Dissídios coletivos: a intervenção judicial brasileira	127
3.4.4. Dissídios coletivos e a interpretação concretizadora.....	128
3.4.5. A segurança no emprego e as despedidas coletivas	129
3.5. <i>A intervenção judicial em Portugal</i>	130
4. Conclusão	132
BIBLIOGRAFIA	139
Instrumentos Jurídicos e Atos Atípicos Internacionais e Regionais	147
Legislação da República Federativa do Brasil	147
Legislação da República Portuguesa	148
Jurisprudência Brasileira	149
Jurisprudência Portuguesa	150

Introdução

Este trabalho acadêmico de dissertação para a obtenção do título acadêmico de Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa, sob o título A Resolução Heterocompositiva dos Conflitos Coletivos de Trabalho sob a Perspectiva dos Direitos do Cidadão Trabalhador, propõe-se a analisar a evolução das relações coletivas de trabalho a partir dos meios de solução de conflitos coletivos de trabalho, com ênfase para o cotejamento das práticas e das legislações juslaborais no Brasil e em Portugal.

Tem como propósito investigar e responder à formulação principal do projeto de pesquisa, o seguinte problema principal: Considerando a autonomia coletiva dos entes sindicais, qual a relevância da arbitragem laboral e da intervenção estatal para a resolução dos conflitos coletivos de trabalho?

A partir da resposta a cada um dos três problemas secundários formulados, abordados também em três capítulos, busca-se comprovar o objetivo principal proposto na pesquisa: Afirmar a importância da arbitragem laboral para o tratamento consensual dos conflitos coletivos de trabalho e para a normatização setorial autónoma, e a necessidade de intervenção estatal em determinados conflitos laborais, para a superação de graves impasses negociais.

Para obter o intento realiza-se pesquisa bibliográfica e de jurisprudência, seguindo o cronograma projetado, com a análise comparativa entre os meios resolutórios de conflitos coletivos de trabalho, autocompositivos e heterocompositivos, utilizados no Brasil e em outros países, em especial em Portugal, bem como sobre as hipóteses legais de intervenção do Estado nos conflitos coletivos de trabalho.

A investigação percorre os principais fatos que deram ensejo ao estágio atual de reconhecimento das organizações sindicais em um Estado Democrático de Direito, passando pelo estudo da atual conjuntura política e social brasileira, referentes às relações coletivas e a solução de conflitos de trabalho.

Utiliza-se como marco teórico o conteúdo das obras de Alex Sander Xavier Pires, José Joaquim Gomes Canotilho, Mauro Cappelletti, Jorge Miranda, António Menezes Cordeiro, António Monteiro Fernandes, Luís Menezes Leitão, Pedro Romano Martinez e Manuel Barrocas, bem como importantes lições de autores brasileiros como Maurício Godinho Delgado, José Luis Bolzan de Moraes, Luiz Guilherme Marinoni, Fredie Didier e Luciane Cardoso Barzotto, entre outras importantes contribuições.

Ao curso do primeiro capítulo busca-se resposta ao primeiro problema secundário: Qual o âmbito da autonomia coletiva na formação da regulamentação setorial e na definição dos meios de resolução dos conflitos coletivos de trabalho? O objetivo do capítulo é o de definir as características, possibilidades e limites da autonomia coletiva na regulamentação juslaboral autônoma e na escolha dos meios consensuais de tratamento de conflitos coletivos de trabalho.

Para tanto, realiza-se um relato histórico da luta pelo reconhecimento de direitos a prestações econômicas, sociais e culturais, no Século XIX, com a Revolução Industrial, que propiciou o surgimento de organizações de trabalhadores, com objetivo de obter um patamar normativo superior de ganhos e de direitos, dando início ao que se tem hoje como conflito coletivo de trabalho.

Opta-se, pelos limites da pesquisa, por realizar-se um recorte histórico relativamente recente, coincidente com a efervescência do atual perfil de organização sindical dos trabalhadores, utilizando-se de referências de autores clássicos do Direito do Trabalho.

Naquele momento histórico, de advento e consolidação do Estado moderno, o direito era essencialmente fruto das assembleias legislativas e dos tribunais, como manifestação de um quase monopólio do Estado. Em uma sociedade como a brasileira, orientada pelo valor social do trabalho e da livre iniciativa, ao contrário, os conflitos coletivos de trabalho possuem grande transcendência, exigindo um tratamento jurídico próprio, fenômeno relativamente recente, sob o ponto de vista histórico, pois emergido de uma nova visão, advinda da Constituição Federal de 1988.

Após a exposição das definições e características dos conflitos coletivos e da regulamentação juslaboral autônoma das organizações de trabalhadores, conclui o capítulo inaugural por situar a resolução desses litígios diante dos limites possíveis da autonomia coletiva e da flexibilização dos direitos trabalhistas.

Desenvolve-se no segundo capítulo uma análise do processo político que deu ensejo à formação do Estado, respondendo ao segundo problema secundário: As relações coletivas laborais gozam do amplo acesso à Justiça e podem ser submetidas à intervenção do Estado para a resolução de conflitos coletivos de trabalho? O objetivo almejado consiste em identificar as funções primordiais do Estado, o tratamento devido e, de fato, conferido às relações coletivas de trabalho, no tocante à garantia do acesso à Justiça e ao tratamento adequado dos conflitos coletivos de trabalho.

A resposta exige a pesquisa das teorias contratualistas que se seguiram às proposições de Thomas Hobbes até a teoria da justiça de John Rawls, esta baseada numa concepção de interligação dos conceitos de liberdade e de igualdade formal e material e do funcionamento das instituições sociais responsáveis pela entrega da prestação jurisdicional, bem como o estudo dos meios de intervenção estatal.

O estudo do tema é pertinente, particularmente no debate sobre os conflitos coletivos de trabalho no Brasil, país que por décadas designou a ação constitucional de dissídio coletivo para resolução desses conflitos laborais, com efeito normativo, mas que, com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004), que alterou o art. 114 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), passou a exigir, para a intervenção, o comum acordo. Tal pressuposto processual, do consentimento patronal, implicou, na prática, a negação do acesso ao judiciário trabalhista. Por outra parte, a arbitragem, até então regida por norma infraconstitucional, ganhou o status constitucional, colocada como antecedente lógico ao ajuizamento do dissídio coletivo, só admitido por acordo e se inviável a via arbitral.

As constituições modernas têm organizado os Estados de forma a assegurar a efetividade de direitos reconhecidos como fundamentais, com destaque para as normas que asseguram o acesso à Justiça, direito hodiernamente arrolado entre os direitos humanos universais, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Os conflitos coletivos de trabalho têm como objetivo o estabelecimento de um patamar superior de condições de trabalho e de remuneração para uma coletividade de trabalhadores, versando sobre a pretensão de reconhecimento de direitos por meio da normatização coletiva, obtida por negociação coletiva direta ou por intervenção de terceiros ou do Estado, um instrumento para a gradativa obtenção da igualdade material.

As dificuldades de compreensão desse direito advêm da própria estrutura das instituições e dos órgãos constituídos para a aplicação da Justiça, responsáveis pela aplicação dos princípios de justiça, como visto por John Rawls, que deveriam atuar em conflitos coletivos de trabalho com a compreensão de que são manifestações inerentes aos direitos de cidadania do trabalhador.

A referência no título deste trabalho ao “cidadão trabalhador” é posta em referência à tendência mundial de globalização da economia e de flexibilização do Direito do Trabalho, que veem no trabalhador um obstáculo ao crescimento econômico e um alvo a ser atingido na desconstrução da rigidez dos direitos conquistados desde o século XIX, como se fosse um “direito do trabalho do inimigo”, quando é um direito do cidadão.

Por isso a relevância da análise da jurisprudência em matéria de negociação coletiva e a importância do cotejamento do tratamento restritivo conferido pelos tribunais brasileiros em matéria de conflitos coletivos de trabalho, com as normas constitucionais que estruturam o Estado Democrático de Direito. A demonstrar o momento de dificuldades para os movimentos reivindicatórios dos trabalhadores, aponta-se a prática pelo Supremo Tribunal Federal do que se denominou “direito do trabalho do inimigo”, exemplo da atual crise do Estado Social no Brasil, entre outros fatores que obstaculizam a negociação coletiva.

No terceiro capítulo, analisa-se as características dos meios de resolução de conflitos coletivos de trabalho, estatais e alternativos, com ênfase na atuação indutiva à autocomposição e na aplicação da arbitragem laboral, para responder ao terceiro problema secundário: Como e em que hipóteses podem a arbitragem e a intervenção do Estado contribuir, legitimamente, para a resolução dos conflitos coletivos de trabalho? O objetivo perquirido é apresentar os meios de resolução de conflitos coletivos laborais previstos nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal, com ênfase no juízo arbitral e nas hipóteses constitucionalmente admitidas de intervenção do Estado, pela via administrativa e judiciária, para a adequada resolução desses litígios.

Em busca dessa resposta, investiga-se os meios legalmente admitidos nos ordenamentos português e brasileiro, assim como de outros países, sobre a adoção de juízo arbitral para a resolução de conflitos coletivos de trabalho, nas modalidades voluntária e impositiva estatal, como na arbitragem obrigatória e na arbitragem necessária portuguesas, além da atuação judicial estatal.

Dirige-se o estudo a levantar as origens, conceitos e características desses institutos e a analisar a utilização desses métodos de intervenção judicial, governamental e de juízo arbitral nos sistemas de resolução de conflitos coletivos de Portugal e do Brasil, investigando opções para inspiração recíproca entre os dois países dos meios encontrados nas suas legislações.

1. AS RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

Propõe-se neste capítulo a apresentação do instituto jurídico das relações coletivas de trabalho, a partir do conflito coletivo de trabalho, como fonte formal e material do Direito do Trabalho, e de um breve relato fático do reconhecimento do trabalho livre e do recorte do último século e meio de evolução e de desenvolvimento das organizações representativas dos trabalhadores e da autonomia setorial coletiva.

1.1. Do trabalho livre às relações coletivas de trabalho

Neste tópico será feita a análise dos fatos que consubstanciaram o atual perfil das organizações sindicais, a partir do reconhecimento do trabalho livre e dos acontecimentos conformadores de uma concepção atual de relação coletiva de trabalho, ocorridos desde a última metade do século XIX.

O trabalho, nos primórdios, de acordo com Segadas Vianna (SÜSSEKIND et al., 2005, 2), destinava-se à obtenção de alimentos e à defesa diante de animais e de outros homens, embates que originavam escravos, aprisionados pelos vencedores, cujos excessos eram comercializados para laborar em atividades manuais e consideradas menos dignas.

Conforme o autor, “na Grécia havia fábricas de flautas, de facas, de ferramentas agrícolas e de móveis, onde o operariado era todo composto de escravos”, e em Roma havia “escravos de várias classes, desde os pastores até gladiadores, músicos, filósofos e poetas”. Essa prática escravagista foi expandida nos tempos medievais e na Idade Moderna, com o descobrimento da América (SÜSSEKIND et al., 2005, 2-3).

Segundo Mozart Russomano, na organização social da Antiguidade o labor era visto como desprezível, tanto que a Grécia, nos registros de Aristóteles e Platão, recusava aos que exerciam o trabalho físico a honra e a dignidade da cidadania, (RUSSOMANO, 1992, 619). Escravos libertados pelos algozes para trabalhar em seus ofícios, por caridade ou regozijo festivos, teriam sido os primeiros assalariados (SÜSSEKIND et al., 2005, 3).

A partir do advento do trabalho livre e assalariado dos trabalhadores deflagrou-se um processo histórico de reconhecimento de direitos, dentre os quais os relativos à organização associativa e sindical e à expressão da autonomia em termos individuais e coletivos. Conforme Luís Menezes Leitão (LEITÃO, 2016, 21), no âmbito do Direito Romano, embora coexistisse com o trabalho realizado por cidadãos livres, notadamente por meio da “*locatio conductio operis*”, contrato mediante retribuição para realização de uma atividade, “o trabalho

era primordialmente efetivado por escravos, “objetos de propriedade do seu dono, o que torna questionável a importância do Direito Romano como fonte do moderno Direito do Trabalho”.

Com o surgimento das corporações de ofícios romanas, nos séculos XII e XIII, visando o monopólio sobre determinados ofícios, e os movimentos libertários do século XVIII e XIX, com um viés coletivo e classista, com os círculos operários e as primeiras *Trade Unions* (CESARINO JR, 1970, 111-112), houve uma progressiva construção do direito à normatização autônoma das relações laborais. A concentração do capital, promovendo a separação entre incluídos e excluídos em direitos e bens de vida e o investimento do capital em atividades lucrativas, para José Arouca (AROUCA, 2016, 13), fez surgir o empresário, capitalista, e o trabalhador, proletário, a demonstrar que o homem, “um ser gregário, em sociedade tende a dividir-se em função da religião, raça, fortuna e também da casta”.

Até o reconhecimento da legitimidade das organizações coletivas dos trabalhadores, houve uma fase de ilegalidade, registra Arnaldo Süssekind, “a sindicalização foi proibida a partir de 1791, na França; considerada delito de conspiração em 1799, na Grã-Bretanha e suas possessões (no mesmo sentido dispôs o Código Penal Grã-Bretanha francês, de 1810)”. Para o autor, passou a ser tolerada com a liberação das coalizões pelo Parlamento britânico, sendo acompanhada pela França em 1864, e só reconhecida como direito em 1871, na França em 1884 e a seguir nos Estados Unidos por decisões judiciais (SÜSSEKIND *et al.*, 2005, 249).

1.1.1. 150 anos de avanços e de retrocessos

O recorte aproximado do último século e meio de conflitos coletivos de trabalho e de organização associativa dos trabalhadores, ora adotado como marco limítrofe para a presente pesquisa, por ser o ambiente conformador do atual Direito Coletivo do Trabalho¹, permite identificar alguns dos aspectos econômicos, sócio-políticos e jurídicos que influenciaram a formação das associações sindicais, a normatização coletiva de trabalho e a evolução do tratamento dos conflitos coletivos de trabalho.²

Conforme Romano Martinez, a opção de estudar o Direito do Trabalho a partir da segunda metade do século XIX, após Revolução Industrial é porque foi a partir da luta de classes gerada pela Revolução Industrial “que se estabeleceu uma nova perspectiva, dando

¹ Palma Ramalho trata o Direito Coletivo do Trabalho, como “*Direito das Situações Laborais Colectivas*”, ramo do Direito organizado “em torno de três grandes tópicos ou grupos de questões: - questões relativas aos entes laborais colectivos; - questões relativas à negociação colectiva e aos instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho; - questões relativas aos conflitos colectivos de trabalho” (RAMALHO, 2012, 19-20)..

² Bolzan de Moraes e Streck defendem o uso da expressão “tratamento”, no lugar de “resolução”, pois a supressão dos conflitos e eliminação das causas, em conflitos sociais, é raro (STRECK e MORAIS, 2010, 9).

origem ao moderno direito do trabalho”, embora afaste dessa origem o contrato de trabalho. Com o surgimento da máquina a vapor e da industrialização, houve deslocamento para a cidade de grandes massas de trabalhadores, originários dos campos, e a degradação das condições de vida dos trabalhadores e suas famílias, marca da segunda metade do séc. XIX, e que deu origem à “chamada *Questão Social*” (MARTINEZ, 2015, 71-73).

A adoção do sistema Fordista/Taylorista no novo sistema de produção da Revolução Industrial, segundo Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, concomitantemente com o incremento de produção, tornou repetitivas e monótonas as atividades laborais, como bem representado na citação da crítica de CHARLES CHAPLIN, no filme *Modern Times*, “cuja única e eterna função era a de apertar o parafuso nº 999 de um automóvel”. Por outro lado, o processo industrial concentrado gerou uma massa de assalariados, com problemas comuns e tendência de unir-se em torno dos seus interesses (LEITÃO, 2016. 25).

Com a confluência de fatores econômicos e sócio-políticos da Revolução Industrial e do sistema liberal e capitalista, advindos da Revolução Francesa, conforme Palma Ramalho, cria-se condições para a formação das atuais associações sindicais de trabalhadores e patronais. Reforçam essa ideia, do ponto de vista econômico, a massificação do trabalho subordinado e a homogeneização do proletariado decorrentes da rigidez do modelo fabril que sucedeu o trabalho artesanal e, como fatores sócio-políticos, a canalização do descontentamento dos operários e as condições degradantes vividas pelo operariado no séc. XIX, que ensejaram as formulações ideológicas marxistas, antagônicas ao capitalismo econômico e ao individualismo liberal, em apoio a correntes do anarco-sindicalismo e a forças políticas contra os excessos do capitalismo, como a Igreja Católica (RAMALHO, 2012, 29).

A organização dos trabalhadores em sindicatos surge como reação e enfrentamento ao capitalismo, fruto de baixos salários, jornadas exaustivas, precárias condições de vida e da concentração industrial gerada pelo avanço tecnológico. Para Palma Ramalho (RAMALHO, 2012, 29), “o modelo de organização do trabalho nas fábricas, muito rígido e compartimentado, levou à homogeneização do proletariado, permitindo que a representação colectiva dos operários assumisse um perfil classista”.

Inauguram o marco temporal aproximado ora utilizado nesta pesquisa, dos últimos cento e cinquenta anos de organização dos trabalhadores, cinco fatos importantes para a organização dos trabalhadores, ocorridos na Europa, conforme Segadas Vianna (SÜSSEKIND *et al.*, 2005, 10): 1861 – a fundação da Associação Geral de trabalhadores Alemães; 1864 – o reconhecimento do direito de greve, na França e realização do primeiro Congresso da

Internacional Socialista, na Suíça; 1866 – a realização do Congresso operário em Nova York; 1867 – o Segundo Congresso da Internacional, na Suíça; e 1868 – a fundação, por Bakounine, da Aliança Internacional Anarquista, em oposição à Internacional Socialista, na Bélgica.

Nesse período, conforme Segadas Vianna (SÜSSEKIND *et al.*, 2005, 10), ainda no século XIX, houve a sistematização do coletivismo com a obra de Karl Marx, "O Capital", deixando de considerar o homem isolado para focar no "homem histórico e social", que “se desenvolve individual e socialmente”, de um lado formando a própria personalidade e, de outro, levado “a exercer, também, sua personalidade coletiva na função correspondente a suas aptidões e suas capacidades”.

Segundo Palma Ramalho (RAMALHO, 2015, 34), os fenômenos desenvolvidos a partir da segunda metade do séc. XIX, com a consciencialização dos trabalhadores da força associativa, levou-os a agruparem-se na busca de “mecanismos colectivos de atenuação e reparação dos riscos profissionais”, nas associações de socorros mútuos; “para protestarem colectivamente contra as condições de trabalho”, nos movimentos grevistas; e “para procurarem ultrapassar a sua tradicional debilidade contratual perante o empregador através da deslocação da negociação dos seus contratos de trabalho de um plano individual para um plano colectivo”, representados por suas associações de classe, dando ensejo ao “advento do sindicalismo, da negociação colectiva e das convenções colectivas de trabalho”.

Conforme Segadas Vianna, “se até o século XIX as lutas tiveram por objetivo a posse dos meios de produção, com o desenvolvimento das indústrias surgiria a oposição entre os interesses do proletariado e da burguesia”, levando-a a submeter-se, pela força ou pela ameaça, ao atendimento de suas reivindicações. Na França, “a Revolução de 1848, originária de reivindicações da burguesia”, foi realizada pela classe trabalhadora, que exigiu a participação de seus representantes e a criação “de uma legislação do trabalho e até a criação de um Ministério para cuidar dos problemas do proletariado” (SÜSSEKIND *et al.*, 2005, 54).

Por outro lado, na Alemanha, “Bismarck, o Chanceler de Ferro, disposto a ampliar as indústrias e a forçar o engrandecimento do Império, compreendeu que à proteção ao capitalismo deveria corresponder o amparo aos trabalhadores”, temendo o crescente desenvolvimento do pensamento socialista, promulgou uma modelar legislação do trabalho e instituiu os seguros sociais. A criação da Primeira Internacional, em 1864, na Suíça incentivou o proletariado europeu “na luta para a conquista de leis de amparo” e a formação das associações de trabalhadores que muito influenciaram na formação do Direito do Trabalho (SÜSSEKIND *et al.*, 2005, 54).

1.1.2. Organização sindical: proibição, tolerância e reconhecimento

O reconhecimento dos sindicatos pela ordem jurídica, segundo Palma Ramalho, passou por três fases: “*a fase da proibição, a fase da tolerância; e a fase do reconhecimento*”. A primeira fase, nos primeiros momentos da Revolução Francesa, com a oposição da ideologia liberal predominante, contra os fenômenos associativos, tidos como “contrários aos princípios da liberdade e da igualdade dos entes jurídicos privados”. Essa resistência, começa a ser quebrada na Europa, ao final do século XIX e no início do séc. XX, reconhecendo-se a liberdade sindical na Inglaterra, em 1871, com o “*Trade Union Act*”, na França, com a “*loi Waldeck Rousseau*”, em 1884; na Espanha, em 1908, e na Espanha com a “*Ley das Huelgas*”, reconhecendo o direito de coalizão e de greve; e de Portugal, pelo Dec. de 9 de Maio de 1891, que consagrou a liberdade sindical e as associações sindicais (RAMALHO, 2012, 29-31).

Inicialmente, afirma a autora (RAMALHO, 2015, 34), esses “fenómenos laborais colectivos” desenvolveram-se à margem do Direito, fruto da desconfiança à repressão ao associativismo advindo da Revolução Francesa e da “*Loi Le Chapelier, du 17 juin 1791*”, na França, que “proibiu as corporações e todos os fenômenos de associativismo”, vedação que estendeu-se para outros países, inclusive, a Portugal, com o Dec. de 7 de Maio de 1834, e com “a incriminação da greve e do associativismo sindical no Código Penal de 1852 (art. 277º)”.

No momento em que cessaram as restrições aos movimentos associativos, aduz Palma Ramalho, “os fenômenos laborais colectivos viram-se também legitimados e a sua regulação jurídica acabou por se impor, sobretudo a partir da segunda década do século XX”, inicialmente ao largo do Direito Civil, pela dificuldade de assimilação desses fenômenos em face “aos parâmetros dogmáticos predominantemente individualistas do Direito privado da época”. Houve uma expansão do associativismo sindical em Portugal, sob a forma de federações e de uniões sindicais e de celebrações de convenções coletivas de trabalho, após a proclamação da República e o reconhecimento do direito de greve (Dec. de 6 de Dezembro), em 1910, e do direito de associação, na Constituição de 1911 (RAMALHO, 2012, 32).

A atuação do Direito Coletivo do Trabalho em âmbito internacional dá-se com a expansão do direito de associação de operários e patrões, de greve e dos conflitos econômicos, e com o advento, no México, da constitucionalização do Direito do Trabalho, em 1916, da Constituição de Weimar, na Alemanha, em 1919, e do Tratado de Versalhes de 1919, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (RAMALHO, 2012, 16-17).

No Brasil, no período entre 1900 a 1920, registra Segadas Vianna a lei autorizadora da organização sindical, em 1903³, a aprovação da “Lei de Acidentes do Trabalho”, em 1919, e um quadro de “greves em todos os cantos do País”, em 26 de novembro de 1930 é criado o Ministério do Trabalho Indústria e Comércio, em 10 de novembro de 1937, início da vigência da Carta Constitucional, foi instituída a Justiça do Trabalho, e em 10 de novembro de 1943 entrou em vigor a Consolidação das Leis do Trabalho (SÜSSEKIND *et al.*, 2005, 15 e 32).

Como processo histórico, a evolução das associações sindicais, do Direito do Trabalho e do Direito Coletivo do Trabalho entrelaça-se com os fenômenos econômicos, políticos e sociais que permeiam esse século e meio de efervescência desses ramos do Direito. Para Palma Ramalho, os entes sindicais firmam-se “como a instância de representação profissional dos trabalhadores subordinados por excelência”, porém, diante da tendência expansionista do Direito do Trabalho”, ensaiam a representação de trabalhadores no setor público, “ainda que, em alguns casos, com limites de actuação” (RAMALHO, 2012, 38).

Passam ainda as associações sindicais por uma processo de internacionalização, “acompanhando a tendência genética de internacionalização do Direito do Trabalho” e procuram posicionar-se “no actual estágio de evolução do Direito do Trabalho, designadamente na época dita de «crise» desta área jurídica” (RAMALHO, 2012, 39).

Este último fenômeno, segundo Palma Ramalho, referente à atual tendência de flexibilização do Direito do Trabalho, que desde a década de 1970 põe o Direito do Trabalho em confronto com as dificuldades postas “pelo excesso de garantismo e rigidez dos regimes laborais”, levam-no a “evoluir da sua tradicional vocação de proteção do trabalhador para uma índole mais compromissória”, que vai além da proteção dos trabalhadores, resguardando também as empresas e os interesses de gestão dos empregadores. Para a autora, “entre os factores que evidenciam um certo esgotamento do modelo proteccionista e unilateral do Direito do Trabalho tradicional”, surge o que denomina “a «crise» do associativismo sindical”, por meio de duas manifestações essenciais, uma tendência de redução do número de trabalhadores sindicalizados⁴ e de “rigidez da contratação colectiva tradicional, protagonizada

³ Conforme Segadas Vianna, “Decreto n. 979, de 6 de janeiro de 1903, sobre a sindicalização rural, na frase de Cesarino Júnior, “teria feição mais econômica, servindo de intermediários de crédito em favor dos associados””. (CESARINO JÚNIOR apud SÜSSEKIND *et al.*, 2005, 23). Para o autor “Já àquele tempo se fixava o sentido do sindicalismo brasileiro, como se vê do art. 8º: “Os sindicatos que se constituírem com o espírito de harmonia entre patrões e operários, como sejam os ligados por conselhos permanentes de conciliação e arbitragem, destinados a dirimir as divergências e contestações entre o capital e o trabalho, poderão ser consultados em todos os assuntos da profissão”” (SÜSSEKIND *et al.*, 2005, 23).

⁴ Para Palma Ramalho (RAMALHO, 2012, 41), ocorre “pela melhoria global das condições de trabalho e de vida

pelas associações sindicais”, que tem levado “à estagnação e conduzido ao surgimento de formas atípicas de negociação colectiva, protagonizadas por outras instâncias de representação colectiva dos trabalhadores nas empresas” (RAMALHO, 2012, 40-41).

Esse debate permeará a presente pesquisa, até o final, pois está relacionado com o direito de acesso à Justiça, com a necessidade de resolução dos conflitos coletivos de trabalho e com a efetivação de direitos fundamentais dos trabalhadores, a desafiar o papel dos meios de resolução de conflitos coletivos de trabalho em um Estado Social e Democrático de Direito, a comprometer os Estados brasileiro e portugueses.⁵

1.2. O Direito Coletivo do Trabalho

O Direito Coletivo do Trabalho, no escol de Palma Ramalho denominado de “*Direito das Situações Laborais Colectivas*”, é a área do Direito do Trabalho que rege “as situações protagonizadas pelos entes laborais colectivos ou relativas a actuações dos trabalhadores na prossecução dos seus interesses colectivos”, com a análise das questões referentes aos “entes laborais colectivos”, à negociação coletiva e aos seus “instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho”, além de questões relativas aos conflitos coletivos de trabalho (RAMALHO, 2012, 19).

Esse roteiro didático de apresentação panorâmica das questões conceituais e introdutórias da matéria pesquisada será adotado também pelo presente trabalho, traçando um paralelo entre o tratamento da matéria na legislação e na doutrina luso-brasileiras.

1.2.1. Entes laborais coletivos

O Direito Coletivo do Trabalho, como ramo jurídico, conforme Palma Ramalho (RAMALHO, 2012, 33), nasce e desenvolve-se com o surgimento das associações sindicais,

dos trabalhadores ao longo do séc. XX (tornando-os menos dependentes das suas estruturas de representação colectiva) e também pelo surgimento de diversas categorias de trabalhadores, que, pelas suas características próprias ou pelas características dos respectivos vínculos laborais, não são tão ligados às estruturas sindicais como os trabalhadores típicos (assim, os trabalhadores dirigentes e os trabalhadores altamente especializados, as mulheres, os trabalhadores estudantes, os tele-trabalhadores e outros trabalhadores à distância, por exemplo)”.

⁵ Conforme Gomes Canotilho “A Constituição da República não deixa quaisquer dúvidas sobre a indispensabilidade de uma base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de direito (cfr. CRP, art. 1.º: «Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana»; art. 2.º: «A República Portuguesa é um Estado de direito democrático baseado no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais»)” (CANOTILHO, 2003, 248). Também, Ingo Sarlet, ao afirmar que: “Considerando o quadro normativo constitucional contemporâneo dominante, pelo menos no que diz com a evolução em termos formais (textuais) e quantitativos, é possível endossar a afirmação de Peter Häberle no sentido de que os direitos sociais (aqui compreendidos em sentido amplo, abrangendo a dimensão cultural e ambiental), especialmente em virtude de sua umbilical relação com a dignidade da pessoa humana e a própria democracia, constituem parte integrante de um autêntico Estado (Constitucional) Democrático.” (SARLET, 2010, 14)

partilhando com estas “as vicissitudes da história do Direito do Trabalho no séc. XX”, em três fases evolutivas, primeiro, de reconhecimento formal como ente privado, segundo, de publicização e, a seguir, de reprivatização.

Parte esse ramo do Direito, assim, do reconhecimento formal da livre associação, em vários sistemas jurídicos, “como *associações privadas de defesa dos interesses dos trabalhadores*”, e da força vinculante das convenções coletivas, correspondente, “em substância, a uma nova forma de autonomia privada a autonomia colectiva” (RAMALHO, 2012, 34). Após, passa, igualmente, por um período interventivo estatal, fundado num suposto interesse público, para ao final, na terceira fase, encaminhar-se para um novo ciclo de absorção das associações sindicais como entes coletivos privados.

Portugal, segundo Palma Ramalho, trilhou essas três fases, “ainda que nem sempre em épocas coincidentes com a maioria dos países da Europa”, ocorrendo a “*fase da consolidação do associativismo sindical*” a partir de 1891, com a consagração do princípio da liberdade sindical e da instituição das associações de classe pelo Dec. de 9 de maio de 1891, com “tardia difusão da contratação coletiva” em face da sua frágil industrialização. No país, a “*fase de publicização das associações sindicais e patronais*” acompanhou o longo “período do corporativismo - i.e., entre os anos de 1926 e de 1974” e a “*fase da reprivatização das associações sindicais*”, ocorre a partir da “ruptura político-constitucional de 25 de Abril de 1974” (RAMALHO, 2012, 35-36).

Pelo regime do Código do Trabalho português (CT) (PORTUGAL, 2009), são sujeitos coletivos as associações sindicais, os empregadores e as associações de empregadores (art. 491º CT). Destaca Romano Martinez (MARTINEZ, 2015, 569) que, pelo art. 441º, nº 1, CT, as associações sindicais estão sujeitas ao regime geral do direito de associação, em tudo o que não contrarie o Código ou a natureza específica da autonomia sindical, isto é, são pessoas coletivas de direito privado. A atuação dos trabalhadores se dá apenas por meio de sindicatos, salvo em greves em empresas com maioria não sindicalizada. Para Monteiro Fernandes (FERNANDES, 2010, 886), “decorre daí a implícita garantia legal de um *monopólio sindical* no que toca à protagonização dos conflitos colectivos pelo lado dos trabalhadores”.

O Código do Trabalho Português, afirma Guilherme Dray (DRAY, 2015, 152), “situou-se, pois, numa perspectiva personalista: as pessoas, em particular, os trabalhadores, constituem o fundamento de todas as ponderações”, orientando-se pelo equilíbrio entre as necessidades dos trabalhadores e as dos empregadores, assegurando aos sujeitos coletivos “um papel essencial na adaptação e concretização do Direito do Trabalho”. As associações

sindicais representam apenas trabalhadores subordinados, o que afasta de plano a possibilidade de enquadramento por categoria econômica, aos moldes do Brasil, e até mesmo de profissionais autônomos.⁶ Palma Ramalho (RAMALHO, 2012, 47) vê com preocupação o problema da aplicação do princípio da liberdade sindical aos trabalhadores subordinados públicos, defendendo a possibilidade de constituírem associações sindicais, já que qualificados como “trabalhadores” pela Constituição Portuguesa (art. 269º nº 1).

As associações de empregadores, embora reconhecidas desde o corporativismo e incluídas no sistema negocial coletivo do Código do Trabalho (arts. 440º a 468º), não são previstas como entidades sindicais pela Constituição Portuguesa, o que é natural porque nesse campo a preocupação foi com a definição dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Todavia, mesmo não gozando das prerrogativas constitucionais da liberdade sindical, diversas de suas valências, tais como independência em relação ao Estado, participação na elaboração da legislação laboral e na contratação coletiva lhes foram asseguradas pela norma infraconstitucional (RAMALHO, 2012, 160-161).

Por sua vez, os sindicatos brasileiros são associações de direito privado que representam os interesses individuais e coletivos de empregados, profissionais autônomos e de empregadores, com independência em relação ao Estado, liberdade de negociação, autonomia administrativa e liberdade de organização, mitigada pelo regime de unicidade sindical.⁷ Estão os sindicatos autorizados a firmar *acordos coletivos* com os empregadores e *convenções coletivas* entre si, estipulando normas autônomas, para reger os contratos individuais de trabalho no âmbito de empresa ou de suas categorias profissionais e econômicas e a auizerar o dissídio coletivo, (art. 7º, XXVI, e 114 da CRFB c/c art. 611 e 613 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (BRASIL, 1943).

As garantias constitucionais, no entanto, ainda são insuficientes para o pleno exercício da negociação coletiva, com a estabilidade no emprego dos dirigentes sindicais limitando-se a sete dirigentes e respectivos suplentes, conforme os artigos 522, *caput*, e 543, § 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a Súmula n. 369 do Tribunal Superior do

⁶ PALMA RAMALHO (RAMALHO, 2012, 47): “Assim, pela natureza das coisas, *apenas os trabalhadores subordinados poderão constituir associações sindicais* e eventuais associações de trabalhadores autônomos para defesa dos seus interesses profissionais (é o caso das *ordens profissionais*, por exemplo) - que poderão ser constituídas ao abrigo das regras civis gerais das associações não correspondem a associações sindicais (45).”

⁷ CRFB (BRASIL, 1988, 19-20): “Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; [...]”

Trabalho (TST)⁸ e a liberdade sindical mitigada pelo regime de unicidade sindical (art. 8º, I, CRFB).

Com razão Palma Ramalho aduz que “ainda é cedo para opinar sobre a evolução do associativismo sindical no Direito do Trabalho do séc. XXI”, e que “sempre se dirá que o papel dos sindicatos continua a ser vital para o equilíbrio do sistema laboral, já que este equilíbrio tem sido sempre conseguido pela via colectiva e através da intervenção destas entidades”. As lições levam à conclusão de que “para que as associações sindicais mantenham o seu tradicional protagonismo no Direito do Trabalho será importante que se adaptem aos novos desafios hoje enfrentados por este ramo do direito” (RAMALHO, 2012, 42).

Essa necessidade de adaptação dos entes sindicais às novas formas de produção e de atividade econômica, no entanto, não pode ser confundida com a anuência com o aparte da legislação infraconstitucional de um padrão mínimo definido constitucionalmente, sob pena de efetivar-se um paradoxo em relação aos limites dos direitos fundamentais do trabalho e ao caráter progressivo do Direito do Trabalho, assentado no art. 7º, *caput*, da CRFB.

1.2.2. Da organização por local de trabalho

Por força das novas formas de organização das empresas e da similitude de interesses dos trabalhadores, a exigirem por vezes a intervenção na gestão das empresas e uma atuação não mais contida no perímetro territorial dos Estados, observa-se um novo perfil de atuação e de organização das entidades representativas dos trabalhadores.

As comissões de trabalhadores, no plano interno, na ordem jusbatal por portuguesa, são estruturas representativas dos trabalhadores limitadas ao âmbito da empresa, para defesa dos seus interesses e intervenção democrática, reguladas pelos arts. 415º e ss, do Código do Trabalho, gozando de personalidade jurídica, a partir do registro dos seus estatutos no ministério responsável pela área laboral (art. 416º, nº 1)⁹. Para assegurar a sua independência, entende Romano Martinez (MARTINEZ, 2015, 574-575), a entidade sindical não pode ser financiada pelos empregadores (art. 405º, nº 2) e tem os seus membros beneficiados de

⁸ Súmula nº 369 do TST: “DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA - I - É assegurada a estabilidade provisória ao empregado dirigente sindical, ainda que a comunicação do registro da candidatura ou da eleição e da posse seja realizada fora do prazo previsto no art. 543, § 5º, da CLT, desde que a ciência ao empregador, por qualquer meio, ocorra na vigência do contrato de trabalho. II - O art. 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3º, da CLT a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes. [...]”

⁹ Para RAMALHO: “As comissões de trabalhadores devem ser qualificadas como pessoas colectivas em sentido próprio, uma vez que a lei lhes atribui personalidade jurídica a partir do momento em que registem os seus estatutos junto do Ministério responsável pela área laboral (art. 416.º nº 1 do CT)” (RAMALHO, 2012, 105).

proteção especial, atribuída pelo art. 54º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP), conferidas aos delegados sindicais, além de outros previstos no Código do Trabalho, como o direito ao crédito de horas (arts. 408º e 424º), a faltar justificadamente (art. 409º), a proteção em caso de procedimento disciplinar e despedimento (art. 410º) e em caso de transferência do local de trabalho (art. 411º).

Devido ao regime de unicidade das comissões de trabalhadores, do art. 415.º, nº 1, do CT, só é admitida uma comissão dos trabalhadores por empresa ou estabelecimento, mas de acordo com Palma Ramalho (RAMALHO, 2012, 106), é “compatível com o reconhecimento de várias categorias de comissões de trabalhadores”, diversamente das associações sindicais, tratando-se de representação legal e envolve todos os empregados da empresa.

No Brasil há previsão de eleição de um representante em empresas com mais de duzentos empregados, com a finalidade de promoção do entendimento com os empregadores, consoante o art. 11 da Constituição Federal. Todavia, alerta Godinho Delgado, silenciou o Constituinte sobre a outorga de qualquer tipo de garantia de emprego ou de outra natureza ao empregado eleito, o que fez com que por mais de duas décadas se desconhecesse a utilização desse instituto nas relações juslaborais brasileiras (DELGADO, 2018, 144).

A recente reforma da legislação trabalhista, Lei Nº 13.467, de 13 de julho de 2017, no entanto, promoveu a regulamentação necessária para a representação dos empregados nas empresas com mais de duzentos empregados, com a eleição de três a sete membros, para um ano de mandato, sem reeleição nos dois anos seguintes, para promover o entendimento, fiscalizar o cumprimento da legislação e encaminhar reivindicações.

Os representantes eleitos gozam de proteção contra a despedida arbitrária até um ano após o mandato (arts. 510-A a 510-D da CLT). Falta ao novo sistema de representação os importantes poderes para ingerência na gestão das empresas e na elaboração de planos, aos moldes da legislação portuguesa (art. 423.º, *b* e *c*, do CT).

1.2.3. A expansão internacional da representação laboral

A atuação das entidades sindicais no plano internacional não é novidade, mas à tradicional participação dos entes sindicais em organismos e confederações internacionais, surge na atualidade a adoção de práticas negociais envolvendo atores e âmbito vinculativo territorial não mais restritos aos limites do Estado.

O organização supra estatal é reconhecida pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), como observa Palma Ramalho: “a OIT - é institucionalmente feita pelas associações

sindicais” e que é corrente a constituição de organizações internacionais de sindicatos, tendo como membros “associações sindicais nacionais, aliás, sob a égide da OIT, cuja Conv. Nº 87, de 1948, expressamente prevê essa possibilidade (art. 5º)” (RAMALHO, 2012, 39).

Esses fenômenos associativos internacionais são naturais, com a transcendência dos interesses negociais em relação aos limites territoriais do Estado, espaço em que o direito era essencialmente fruto das assembleias legislativas e dos tribunais, quase monopólio do Estado.

Esse fenômeno já foi incorporado pela legislação portuguesa e destacado por doutrinadores lusos, como Romano Martinez (MARTINEZ, 2015, 547) que registra entre as tradicionais partes dos conflitos coletivos de trabalho, a incorporação dos conselhos de empresa europeus e as comissões de trabalhadores.

O Direito Coletivo do Trabalho reconfigura-se com o surgimento de organizações supra-estatais, como a União Europeia, e a consolidação do Estado de Direito, conciliando interesses públicos e privados, como um direito originalmente negociado¹⁰, dando origem à organização comunitária, dentro do espaço territorial dos acordos de convergência de interesses dos países, consentâneo com o lastro histórico do Direito do Trabalho, cuja origem remonta aos movimentos internacionais.

Palma Ramalho, aponta para uma tendência de “europeização” das associações sindicais portuguesas e o “*germinar da contração coletiva europeia*, viabilizada pelos tratados europeus”, acompanhando “a sua vocação internacional, que resulta da dimensão planetária do fenómeno do trabalho”, bem como o “interesse de diversos instrumentos normativos internacionais por este fenómeno” (RAMALHO, 2012, 39).

Os conselhos de empresa europeus são instituídos por trabalhadores de empresa ou de grupo de empresas de dimensão comunitária, com pelo menos 1000 trabalhadores nos Estados membros e 150 trabalhadores em cada um de dois Estados membros, para o exercício do direito de informação e consulta (art. 2.º, “c” e “g”, Lei n.º 96/2009)¹¹. Fruto da incorporação

¹⁰ Cfr. Santos, Ventura e Cardoso, foram reflexos de fenômenos identificados pós-escola francesa (SANTOS, VENTURA e CARDOSO, 2016, 25-25).

¹¹ Conforme Palma Ramalho, “à imagem do que já sucedia no âmbito dos anteriores tratados, o Tratado de Lisboa reconhece o papel dos parceiros sociais ao nível da União e estimula o diálogo social europeu (art.152 do TFUE), prevendo a consulta dos parceiros sociais antes da tomada de decisões e da aprovação de actos normativos em matéria de política social (art.154º do TFUE) e admitindo mesmo que o diálogo social europeu resulte na celebração de convenções colectivas de trabalho ao nível europeu (art. 155º nº 1 do TFUE). Além disso, a CDFUE consagra a liberdade de associação sindical e o direito de negociação e de acção colectiva (respectivamente, arts. 11º nº 1 e 31º nº 1), previsões estas que têm hoje um valor reforçado, por força da disposição do art. 6º nº 1 do TUE, que atribui à Carta valor jurídico idêntico ao dos Tratados”. Para a autora, “Estas previsões têm aberto lugar à constituição de associações sindicais e patronais de nível europeu, com destaque para a *Confederação Europeia de Sindicatos* (CES/ETUC) (28) para o *European Centre of Employers*

interna da Diretiva n.º 2009/38/CE, do Parlamento Europeu pela Lei dos Conselhos de Empresa Europeus (República, 2009), esses conselhos têm objetivo de fomentar a negociação coletiva nessas empresas, em regime de cooperação, e asseguram aos membros empregados mandatos de 4 anos, suporte financeiro para o exercício das atividades e “protecção legal dos membros de estruturas de representação colectiva dos trabalhadores”, além de crédito de 25 horas mensais para exercício das atividade, entre outras prerrogativas (art. 28.º n.º 96/2009).

Entidades sindicais brasileiras também participam de negociações coletivas de âmbito internacional, com empresas transnacionais, como é exemplo o “Acordo Internacional para a Promoção do Diálogo Social e da Diversidade e o Respeito dos Direitos Fundamentais no Trabalho”, realizado entre o grupo francês Carrefour e a UNI Global Union, federação sindical global sediada em Nyon, Suíça, com a participação de delegação brasileira da Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio¹².

Essas ações apontam para uma realidade de inter-relacionamento de entidades sindicais para a atuação nas relações do trabalho em grupos econômicos transnacionais.

1.3. A normatização coletiva de trabalho

É própria do convívio social a existência de confrontos entre indivíduos, grupos e coletividades em suas relações políticas, sociais e econômicas, visando a imposição de seus interesses ou a resistência à aquisição, reconhecimento ou conservação de direitos.

and Enterprises providing Public Services (UCEEPSjCEEp29), para *Union of Industrial and Employers Confederation of Europe* (UNI CE) e para a *European Association of Craft, Small/ and Medium Sized Enterprises* (UEAPME). Estas associações têm tido um papel muito activo, essencialmente a três níveis: por um lado, representando institucionalmente as associações de trabalhadores e de empregadores em órgãos comunitários, designadamente no Comité Económico e Social (art. 300º nº 2 do TFUE); por outro lado, dando parecer sobre propostas de actos normativos comunitários em matéria social; e, por último, celebrando acordos sobre matérias de política social (os chamados «acordos-quadro»), que, não raro, são adoptados como base de propostas normativas da Comissão Europeia ou do Parlamento Europeu.” (RAMALHO, 2012, 39-40).

¹² Pelo documento (CNTC, 2018), a empresa se compromete, em relação aos seus “funcionários”, em nível internacional, a respeitar um conjunto de normas internacionais: “Na qualidade de grupo internacional, CARREFOUR reafirma assim os compromissos assumidos no âmbito do acordo internacional de maio de 2001. As convenções e textos internacionais acima referidos são os seguintes: - Compromissos internacionais para a proteção e a defesa dos direitos humanos das Nações Unidas: • Carta Internacional dos Direitos do Homem; • Declaração sobre a eliminação de todas as formas de discriminação em relação às mulheres; • Princípios de autonomia das mulheres definidos por ONU Mulheres (WEPS). - Convenções fundamentais da OIT respeitando a: • liberdade sindical e proteção dos direitos sindicais; 6 • princípios da negociação coletiva; • trabalho forçado e abolição do trabalho forçado; • proibição do trabalho (idade mínima) e da exploração infantil; • luta contra todas as formas de discriminação; • igualdade de remuneração entre homens e mulheres. As convenções da OIT assim visadas e em vigor à data da celebração do presente acordo, são indicadas em (3). - 10 princípios do Pacto Mundial (Global Compact) adotado por iniciativa das Nações Unidas. - Princípios de orientação da OCDE destinados às empresas multinacionais. - Princípios de orientação das Nações Unidas relativos às empresas e aos direitos do homem”. Fonte: Cópia disponibilizada por Guiomar Vidor, Cordenador da Comissão Nacional de negociação junto aos Grandes Grupos, da Confederação nacional dos Trabalhadores no Comércio (CNTC).

Os conflitos acerca dos interesses das coletividades de trabalhadores e seus respectivos empregadores, vistos individualmente ou por suas organizações associativas, são reconhecidos juridicamente como conflitos coletivos de trabalho e formam a base da normatização coletiva de trabalho, que será objeto do presente tópico.

1.3.1. Conflitos coletivos de trabalho

A definição jurídica de conflito coletivo de trabalho é um dos temas mais importantes e complexos do Direito Coletivo do Trabalho, como adverte Monteiro Fernandes (FERNANDES, 2010, 881-884), para quem são controvérsias que se manifestam a partir de uma divergência de interesses, tendo como partes uma categoria organizada de trabalhadores e outra de empregadores, em torno da regulamentação existente ou futura das relações de trabalho dos membros dessas categorias.

Esses conflitos, adverte Godinho Delgado (DELGADO, 2018, 1532), podem ainda ocorrer no âmbito restrito do estabelecimento ou empresa ou até na “comunidade obreira mais ampla”, identificando-se por seu viés comunitário, a distingui-los dos conflitos entre as partes contratuais trabalhistas, sobre aspectos e condições específicas da prestação laboral, “sem que alcancem, regra geral, projeção no seio da comunidade circundante, empresarial e de trabalhadores”.

Os conflitos coletivos de trabalho ocorrem em disputas de interesses entre categorias profissionais e econômicas e são marcados por terem como objeto a regulamentação presente ou futura das relações jurídicas entre seus membros. Podem surgir no âmbito restrito de um estabelecimento ou empresa ou em uma comunidade, identificando-se por seu viés comunitário, a distingui-los dos conflitos entre as partes contratuais trabalhistas, sobre aspectos e condições específicas da prestação laboral, sem que transcendam seus efeitos para a coletividade laboral ou empresarial. Diferenciam-se dos conflitos de direito comum por alguns elementos qualificadores que também levaram à especialização, individualização e autonomização do Direito do Trabalho, separando-o do Direito Civil¹³.

Interesse, para Barrocas, é “o elo da relação social juridicamente relevante que liga as partes, em função das suas necessidades, ao *quid* capaz de as satisfazer (bens, dinheiro, etc.)” (BARROCAS, 2013, 68). Em se tratando de conflito coletivo, salienta Monteiro Fernandes,

¹³ Para Palma Ramalho, o “*Direito das Situações Laborais Individuais*” se afirmou inicialmente à margem do direito civil, enquanto “que o regime jurídico do vínculo de trabalho se manteve ainda por algum tempo ancorado nas figuras civis da locação ou da prestação de serviços”, tendo, por isso, muito “contribuído para a construção do Direito Laboral como ramo jurídico” (RAMALHO, 2012, 19).

os interesses em oposição “hão-de ser também *interesses colectivos*”, diferenciando-se não só da totalização dos interesses individuais, como também pelo objetivo de superá-los, atuando o potencial conflito entre os interesses individuais e coletivos como elemento agregador para o associativismo profissional “operário e patronal” (FERNANDES, 2010, 888).

Conforme Lima Filho, duas correntes, em especial, discutem a justificação e natureza do conflito, a “escola da harmonia social”, que o vê como uma patologia que atinge o corpo social, a ser eliminada, e a “escola sociológica”, da obra de Georg Simmel, que o vê como inerente à vida em sociedade e “à evolução dos grupos sociais” (LIMA FILHO, 2013, 286).

Para Bolzan de Moraes e Spengler (MORAIS e SPENGLER, 2012, 45-47), referindo-se à escola sociológica, o conflito de interesses é resultado das relações sociais, de posse e de poder existentes em uma sociedade que se proponha a ser dinâmica e democrática. Esse enfrentamento em torno de interesses que caracteriza a ideia de conflito, manifestado de forma pacífica ou por meio de violência ou de ameaça, visando quebrar a resistência adversa e submeter uma vontade à outra, independentemente dos argumentos racionais, é “um confronto dialético entre a realidade e a perspectiva do homem” (RAMALHO, 2012).

A disputa pelo reconhecimento de direitos e pela obtenção de prestações de cunho econômico, sociais e culturais, ensejador do que se tem hoje como conflito, para Jorge Miranda (MIRANDA, 2010), tem um marco no Século XIX, quando os direitos civis, em especial o sufrágio, eram denegados aos que não possuíam determinados requisitos econômicos. Direitos como a propriedade aproveitavam apenas aos que pertenciam a certa classe, e outros, como o direito de associação e sindical, eram difíceis de acessar.

Nesse primeiro momento, não caberia falar em direito, mas em conflito de interesses, em intenção de ver reconhecidos direitos ainda não existentes. Por isso, afirma Francisco Lima Filho (LIMA FILHO, 2013, 289), é o conflito de interesses “uma realidade social pré-normativa”, que o Direito vem integrar, expressando a norma jurídica disposta por um grupo ou grupos sociais, capazes de impor a sua vontade organizativa¹⁴.

Como observa Menezes Leitão (LEITÃO, 2016. 25-26), a nova realidade laboral advinda da Revolução Industrial não provocou imediatos reflexos legislativos, pois os Códigos Civis jusnaturalistas, orientados “em princípios de liberalismo económico e individualismo”, partiam de um falso pressuposto de igualdade entre empregador e

¹⁴ Daí o advento de duas correntes que tentaram explicar a natureza do conflito: a escola da harmonia social que o classificou como uma doença que afeta o corpo social, a ser extirpada para o retorno à normalidade, e a escola sociológica, com base na obra Georg Simmel, que vê os conflitos como inerentes à evolução dos grupos sociais.

trabalhadores, a exigir que o contrato de trabalho fosse integralmente “regulado pela autonomia privada das partes”.

A existência de conflitos trabalhistas que extrapolam o indivíduo, atingindo categorias, profissionais ou econômicas, para Carlos Zangrando, conforma o instituto do *conflito coletivo*, e não comporta similaridade com os conflitos do direito comum, em que o objeto da pretensão cinge-se, em regra, aos próprios sujeitos do conflito (ZANGRANDO, 2013, 608).

Ao contrário das relações obrigacionais de Direito Civil, que geralmente têm como foco a obrigação em si e não a pessoa do prestador, os conflitos trabalhistas possuem tanto um enfoque patrimonial quanto pessoal. Em regra, os conflitos laborais tendem a refletir a desigualdade das partes, enquanto que nos conflitos de direito comum as partes são consideradas em estado de igualdade perante a lei, embora não se desconheça uma nova vertente aproximando os dois ramos do direito, com a nova visão social do contrato.

Com a normatização do Direito Coletivo do Trabalho, desde o início separado do direito civil, atua o ramo como antecedente lógico do Direito Individual do Trabalho, que “se manteve ainda por algum tempo ancorado nas figuras civis da locação ou da prestação de serviços”, organizando-se em torno dos temas dos entes laborais coletivos, da negociação coletiva e dos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, e das questões afetas aos conflitos coletivos de trabalho (RAMALHO, 2012, 19-20).

A atuação dos entes sindicais e a normatização autônoma, para Palma Ramalho, são vitais ao Direito do Trabalho, fazendo o reequilíbrio de forças entre trabalhadores e empregadores, não assegurados, apesar dos princípios da liberdade e da igualdade da Revolução Francesa, “em século de industrialização, dada a flagrante disparidade de poder económico das duas partes do vínculo laboral” (RAMALHO, 2012, 32).

A necessidade de superação desse pressuposto de igualdade nas relações laborais é que deu origem ao Direito do Trabalho. Para Deveali, o Direito do Trabalho é “um direito especial, que se distingue do direito comum, especialmente porque, enquanto o segundo supõe a igualdade das partes, o primeiro pressupõe uma situação de desigualdade que ele tende a corrigir com outras desigualdades” (DEVEALI apud SÜSSEKIND *et al.*, 2005, 98).

Tendo como alvo uma atividade humana e livre, segundo Guilherme Dray (DRAY, 2015, 129), que poderia ser disciplinada pelo Direito civil, a forma da prestação dessa atividade, sob subordinação jurídica, justificou um tratamento especial pelo Direito do Trabalho, com o propósito de proteção do trabalhador, considerado uma parte mais frágil, sob

o ponto de vista jurídico, submetido à direção e disciplina patronal, e econômico, por não deter os meios de produção.

1.3.2. Conflitos de natureza jurídica e econômica ou de interesses

Os conflitos coletivos de trabalho têm sido classificados, de acordo com Monteiro Fernandes (FERNANDES, 2010, 888-891), em *conflitos jurídicos* e *conflitos econômicos*, conforme tenham por objeto uma divergência sobre a interpretação e aplicação das normas vigentes, em especial de cláusulas de convenções coletiva e outras questões «de direito» e ao estabelecimento de normas, “com a criação ou a modificação de preceito existente”.

Godinho Delgado (DELGADO, 2018, 1533) também subdivide os conflitos coletivos laborais nessas duas espécies, definindo os conflitos de natureza jurídica como “os que dizem respeito a divergência de interpretação sobre regras ou princípios jurídicos já existentes, quer incrustados ou não em diplomas coletivos negociados”. Em relação aos conflitos de natureza econômica, afirma, o autor, tratar-se de “divergência acerca de condições objetivas que envolvem o ambiente laborativo e contratos de trabalho”, com repercussões materiais, e abrangendo reivindicações econômicas dos trabalhadores, ou pleitos empresariais perante aqueles, visando alterar condições existentes na empresa ou categoria.

A classificação dos conflitos coletivos de trabalho entre jurídicos e de interesses, alerta Monteiro Fernandes, tem sido motivo de críticas, a começar por um “defeito de *relatividade*”, dependendo do sistema de resolução de conflitos em que esteja inserido, pois, nos países do *common law* todos os litígios são submetidos a meios não jurisdicionais, criados ou mantidos por sindicatos de trabalhadores e de empregadores, sendo indiferente se jurídicos ou econômicos (FERNANDES, 2010, 892).

Outrossim, relativiza-se essa diferenciação pelo objeto da pretensão formulada em conflitos jurídicos, que pode almejar uma vantagem adicional, isto é, “«criar uma norma» dentro da margem de indefinição ou de ambiguidade”, às vezes até intencional, que o texto vigente comporta ou mesmo a “renovação de uma controvérsia de interesses incompletamente dirimida pelo acordo que se celebrou” (FERNANDES, 2010, 892). Assim, não haveria motivos, mesmo nos sistemas de civil law, para afastá-los dos meios de solução criados para a realidade do conflito de interesses.

Há fundamentos importantes na crítica noticiada, especialmente no âmbito do poder criativo da interpretação, pois, como afirma Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, 1999, 20), “na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade”. Da

mesma forma, leciona Robert Alexy (ALEXY, 2007, 36), “nenhum dador de leis pode criar um sistema de normas que é tão perfeito que cada caso somente em virtude de uma simples subsunção da descrição do fato sob o tipo de uma regra pode ser solucionado”. Na resolução de um conflito coletivo, portanto, a interpretação pode criar um direito não previsto e gerar uma vantagem adicional sobre a solução negociada.

Embora se estabeleça em linha tênue e sujeita a alguma incongruência, da forma vista, a distinção entre conflitos coletivos de natureza jurídica e de natureza econômica é evidente. Como expõe Monteiro Fernandes (FERNANDES, 2010, 893), ainda que não se possa negar que a controvérsia coletiva jurídica também se funda num interesse econômico, o interesse de agir na controvérsia coletiva jurídica, a causa de pedir imediata, “se concretiza numa lesão de direitos, consequência da violação da norma colectiva (não aplicada ou erroneamente interpretada)”. O interesse econômico se apresenta apenas mediatamente. Enquanto, no conflito coletivo econômico, o interesse portado pelo sindicato é imediato e “pode ser realizado independentemente de a pretensão ser, de facto ou de direito, fundada ou não”.

A relevância da distinção se manifesta, entre outros possíveis aspectos, para identificação dos meios adequados para resolução dos conflitos, de acordo com o perfil e natureza de cada situação, pois não é possível pensar em uma solução exclusivamente técnica-interpretativa para um conflito de interesses. Para Monteiro Fernandes (FERNANDES, 2010, 894), nesses conflitos, embora haja espaço para análise da relevância dos “*fundamentos objetivos* das prestações”, a verdade é que ao final a solução do conflito tende a corresponder à “*resultante do jogo de forças em confronto*, não ao produto de uma comum valoração dos fundamentos invocados.” Ao contrário, em se tratando de conflito jurídico, para o autor, “ainda que sempre actue ou possa actuar o jogo de forças sociais contrapostas, a solução terá que basear-se em algo de pré-definido e que pertence ao conhecimento comum das partes”.

A decisão em conflito jurídico “terá que assentar na convicção aceite de que é a *mais correcta* entre as comportáveis na norma questionada”, sendo por esse aspecto difícil o julgamento dos conflitos de interesse, pois há necessidade de encontrar parâmetros para as decisões judiciais.¹⁵

¹⁵ Monteiro Fernandes (FERNANDES, 2010, 892 e 893) aponta algumas dificuldade do sistema brasileiro: “Poderão configurar-se dispositivos jurisdicionais para a resolução de conflitos de interesses? Ocorre isso, nomeadamente, no Brasil, país em que se dispõe de uma forma especial de processo perante a jurisdição do trabalho (o processo de dissídios coletivos), cujo produto é a sentença normativa. Esta «cria uma norma e, por conseguinte, vale para o futuro», além de que é susceptível de extensão a pessoas não representadas no processo. Como é óbvio, o critério de tais sentenças é o da equidade. Não se trata aí de aplicar o direito

1.3.3. Da composição dos conflitos

A superação dos conflitos, destaca Lima Filho (LIMA FILHO, 2013, 288), é um elemento importante para conter a violência, motivo pelo qual, desde as sociedades mais primitivas, atribuía-se a alguém o mister de dirimir as divergências, notadamente líderes locais e sacerdotes.

Atualmente recorre-se aos meios sociais e jurisdicionais de controle, sem depender apenas do Poder Público¹⁶, em soluções do Direito, “técnica instrumental de organização social estabelecida para a integração, institucionalização ou juridificação e controle dos conflitos sociais” (CAVALCANTI, Felipe Locke; COSTA, 2013, 288)¹⁷.

Particularmente, em relação aos conflitos laborais, desde o Século XIX, ao menos, encontra-se registros de formação de organizações voltadas para essa finalidade, como destacado por Carlos Zangrando (ZANGRANDO, 2013, 609), citando os *Conseil de prud'hommes*, em 1806, na França, para a conciliação entre fabricantes e operários; a comissão de conciliação denominada *Conseils de conciliation et d'arbitrage*, na Bélgica, em 1888; e os *Collegia di Proviviri*, na Itália, em 1893, para conciliar e julgar as questões trabalhistas. Esse histórico demonstra o interesse das coletividades na rápida e justa composição dos conflitos laborais, pela importância das relações trabalhistas para a estabilidade política, e o desenvolvimento econômico e social gerados pela distribuição de renda e pela melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores.

O Estado, portanto, tem interesse na pacificação dos conflitos e na criação de uma normatização setorial autônoma, pela contribuição que essa relação jurídica pode dar à sociedade, em termos de desenvolvimento econômico e social, distribuição de renda e qualidade de vida para os trabalhadores.

(positivo) mas de o conformar em termos tidos por social e economicamente adequados. O processo de dissídio colectivo (que, em caso de greve, pode ser instaurado ex officio) representa um sucedâneo da negociação colectiva (muito incipiente naquele país) e da intervenção administrativa nos conflitos declarados. Todavia, o sistema suscita inúmeras dificuldades, em particular as que respeitam à adaptação dos juízes (igualmente chamados a decidir de direito questões individuais) e à uniformização de critérios salariais (donde a fixação periódica, por prejulgados do Tribunal Superior do Trabalho, dos métodos e dos índices a empregar). E, de todo o modo, é um mecanismo alheio às exigências da autonomia colectiva.”

¹⁶ Maria do Rosário Palma Ramalho registra tendência internacional e europeia de desenvolvimento de mecanismos extrajudiciais de resolução desses conflitos de interesses: “Nesta linha se insere a aprovação pela OIT de uma *Recomendação Relativa à Conciliação e à Arbitragem Voluntárias* (Conv. Nº 92, de 29 de Junho de 1951), bem como a previsão, no art. 6º n.º 3 da *Carta Social Europeia*, da instituição de processos de com conciliação e arbitragem voluntária para a resolução de conflitos de trabalho.” (RAMALHO, 2012, 401)

¹⁷ Para Adriene Cavalcanti, “A fraternidade torna cada indivíduo responsável pelo outro e, assim, pelo bem da comunidade promovendo a busca de soluções pacíficas para a aplicação do Direito sem que necessariamente dependam do Poder Público, tendo como consequência a valorização de entidades associativas e econômicas voltadas à busca da ampliação das liberdades civis e políticas” (Cavalcanti e Costa, 2013, 300).

Para compor os litígios coletivos de trabalho, os Estados costumam estabelecer em lei um rol de instrumentos para a solução de conflitos, com fomento ao entendimento entre as partes e aos meios alternativos de resolução de conflitos, além de, excepcionalmente, resguardar-se com a intervenção estatal por meio de seus órgãos executivos, especialmente os ministérios da área laboral e econômica, ou pelo Poder Judiciário estatal.

Em regra, as fórmulas de resolução de conflitos coletivos trabalhistas são classificadas em autocompositivas e heterocompositivas. As soluções autocompositivas atuam quando a solução advém de um ajuste das partes coletivas confrontadas, de forma autônoma, por seus próprios meios, como nos casos da negociação coletiva trabalhista ou mesmo por estímulos de terceiros, como na mediação. Por sua vez, as soluções heterocompositivas caracterizam-se pela intervenção decisória de terceiros. As partes coletivas, não obtendo êxito no ajuste autônomo, oferecem a um terceiro o encargo da resolução do conflito, como no caso da arbitragem; ou dão ensejo à intervenção impositiva, provocada pela parte adversa ou até por órgãos do próprio Estado.

Ambos os grupos convivem com as fórmulas de autotutela, tais como a greve e o locaute, que não se confundem com os meios resolutórios, segundo Godinho Delgado (DELGADO, 2018, 1534), por se tratar de meros instrumentos para obtenção de “solução favorável para o conflito através de algumas das duas fórmulas dominantes, e não como meio próprio de resolução desse conflito coletivo”.

Os meios compositivos podem ainda ser classificados em razão do ambiente em que se desenvolvem, sob a imposição estatal ou na sociedade, distante da deliberação do ramo administrativo do Estado ou do Poder Judiciário estatal.

São inesgotáveis as possibilidades de formulações de meios alternativos de resolução de conflitos, justamente por essa característica de serem, em geral, de livre criação e utilização pela sociedade, e mutáveis de acordo com a realidade em que se apliquem, sendo os instrumentos mais tradicionais a conciliação, a mediação e a arbitragem. Ocorrendo a composição por meios estatais ou por meios alternativos de resolução de conflitos, considera-se que foram asseguradas às partes formas de acesso à Justiça, cuja definição, será visto adiante, não se limita à jurisdição estatal.

Costuma o Estado, sem prejuízo das manifestações espontâneas da sociedade, arrolar os meios tradicionais de resolução de conflitos coletivos de trabalho, como faz a legislação portuguesa, conforme Romano Martinez (MARTINEZ, 2015, 651), onde são encontrados

cinco tipos: “a) Negociação, b) Conciliação, c) Mediação, d) Arbitragem, e) Resolução governamental, e f) Decisão judicial”.

Desse rol, a legislação brasileira desconhece apenas a intervenção governamental, de natureza administrativa, considerando que a negociação coletiva é regrada pelos artigos 611 a 625 da CLT, que tratam dos acordos e convenções coletivas de trabalho. Há também leis brasileiras que regem os meios alternativos de resolução de conflitos, em especial a mediação e a arbitragem voluntária;¹⁸ e a solução judicial, pelo dissídio coletivo, do art. 114 da CRFB.

1.4. A autonomia das organizações sindicais

A análise da autonomia coletiva das organizações representativas dos trabalhadores tem como objetivo apresentar as suas principais características e as peculiaridades que a diferenciam da autonomia privada de cunho civilista. Dotada de um viés normativo, a autonomia negocial coletiva não se confunde com a autonomia privada, tradicional orientadora dos negócios jurídicos, embora reconheça-se uma grande incidência da autonomia privada em relações individuais do trabalho.

1.4.1. Da autonomia privada à autonomia coletiva

Operando no plano do direito individual, o direito privado costuma regular interesses tidos como relevantes para a sociedade, disciplinando atividades como o comércio de bens e de serviços, as locações, a prestação de trabalho e outros atos de disposição.

Conforme Emílio Betti (BETTI, 2008, 73-75), tratam-se de interesses que germinam na vida social independentemente do direito, envolvendo relações de particulares, destinadas à satisfação de necessidades, regidas pela boa fé e pelos costumes, e que só depois de um certo grau de desenvolvimento a ordem jurídica lhes reconhece a relevância social, elevando-as, pelo direito, ao nível de negócios jurídicos. Em suas relações, os particulares dão o conteúdo do negócio jurídico e o Estado recepciona-os e garante-lhes os efeitos e as sanções que lhes são próprias, em reconhecimento à autonomia privada e às relações jurídicas entre indivíduos.

A autonomia da vontade, no escol de Arion Romita, é uma referência histórica do liberalismo e do voluntarismo jurídico pela qual a vontade livre do sujeito de direito foi elevada à condição de fonte criadora de direito, tendo ocupado papel fundamental nas codificações civis. A sua limitação só ocorreu por objetivos sociais e éticos, considerando “a

¹⁸ Lei da Arbitragem - Lei Nº 9.307/1996 - (BRASIL, 1996) e Lei de Mediação – Lei Nº 13.140/2015 (BRASIL, 2015), e art. 3º da Lei Nº 13.105/2015 – NCPC (BRASIL, 2015).

desigualdade econômica dos interlocutores sociais, a função social da empresa e o imperativo da boa-fé na formação e na execução dos negócios jurídicos” (ROMITA, 2016, 1034).

Segundo Emílio Betti, direito e negócio, “estão ao serviço da liberdade e da autonomia privada, mas com formalidades essencialmente diferentes”, pois enquanto o direito subjetivo possui uma “finalidade estática, de conservação e de tutela”, protegendo os interesses privados existentes na ordem jurídica que tutela; o negócio jurídico, ao contrário, tem uma “finalidade dinâmica, de iniciativa e de renovação”, competindo-lhe a função “de dar à iniciativa individual um modo de se manifestar e de se mover”, de acordo com as diretrizes que os interessados tenham como mais convenientes (BETTI, 2008, 79-80).

O reconhecimento pela ordem jurídica da autonomia, para Betti, vista como poder assegurado ao titular de auto-regulamentação dos interesses e relações, pode ser “reconhecida como pressuposto e causa geradora de relações jurídicas já disciplinadas, em abstrato e em geral, pelas normas dessa ordem jurídica”, como na autonomia privada propriamente dita, exercida por meio do negócio jurídico. Pode ainda se dar como fonte de normas jurídicas, integrativas da própria ordem jurídica, da qual será subordinada e dependente, ou como delegação da competência normativa, “transformando em órgãos seus”, como ocorre com a normatização coletiva trabalhista. Os negócios jurídicos são vínculos “a que o direito liga o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas entre particulares”; enquanto a autonomia coletiva representa “a posição constitucional de órgão com poderes normativos no âmbito da ordem jurídica que a reconhece” (BETTI, 2008, 80-83).

Ao formular-se normas reguladoras de outras relações individuais, não se exerce a típica autonomia privada. Cuidando-se de autonomia individual, segundo Arion Romita, a referência é à autonomia da vontade, mas, “quando se cuida de autonomia coletiva privada, pensa-se na autonomia dos interlocutores sociais”. Reconhece o Estado as condições para que as empresas, individuais ou coletivamente, e os sindicatos de trabalhadores regulem as relações individuais de trabalho, fenômeno social espontâneo oriundo do conflito industrial. A autonomia coletiva ocorre em defesa do interesse da categoria, “distinto quer dos interesses individuais de cada trabalhador quer dos interesses gerais da coletividade”, já que na própria categoria profissional, “há antagonismo de interesses entre trabalhadores individuais e grupos de trabalhadores; e entre uns e outros e a categoria” (ROMITA, 2016, 1034-1035).

Prevista na Constituição, como vê-se no Brasil e em Portugal, a autonomia inclui-se, no dizer de Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2003, 424), entre os chamados “direitos fundamentais colectivos”, gozando da proteção peculiar desses direitos. Por isso, o instituto

só tem razão de ser se for para criar e proteger direitos, não se justificando o uso da negociação coletiva para enfraquecer a proteção heterônoma estatal e com isso favorecer o crescimento econômico ou o desenvolvimento social.

Pode-se dizer que a organização dos trabalhadores até os atuais sindicatos, surgidos após a revolução industrial, como instrumento protetivo e de resistência contra o retrocesso social, e firmados no início do século seguinte como instituições autônomas e independentes, não foi uma dádiva, mas uma conquista, e como tal deve ser entendida e preservada.

1.4.2. A autonomia coletiva dos trabalhadores no Brasil e em Portugal

A realidade brasileira foi muito adversa às organizações de trabalhadores, já que conviveu com a escravidão de indígenas e de africanos, em um período em que era conduta admissível em terras descobertas por portugueses, espanhóis, ingleses, franceses e holandeses, ocorrendo a organização dos trabalhadores de forma mais tardia. A prática escravagista, combatida na Revolução Francesa, que aclamou a indignidade da escravidão, lembra Segadas Vianna, continuou no Brasil até o final do século XIX (SÜSSEKIND et al., 2005, 2-3).

Gilberto Freyre, apesar do momento histórico nocivo às organizações desses trabalhadores, registra a união dos negros escravos em Pernambuco, em que “os negros dos próprios armazéns de açúcar foram formando uma espécie de aristocracia de escravos, superiores em prestígio”. Em ambiente urbano, sem a pressão autoritária dos “senhores de engenho”, noticia que os negros “formavam uma corporação à parte e tinham o seu governador especial”, por ato do Governador José César de Menezes, designando o “preto crioulo Manuel Nunes da Costa governador dos pretos mercadores de caixas de açúcar desta praça” (FREYRE apud SÜSSEKIND et al., 2005, 247)¹⁹.

Conforme Segadas Vianna, a legislação do trabalho tem relação direta com o ambiente político, social e econômico, porque geralmente ele nasce e se desenvolve por pressão dos fatos. Em regra, o crescimento da legislação trabalhista ocorre em “movimentos ascendentes”, compostos pelas lutas, por vezes com violência, visando ao atendimento de suas

¹⁹ A propósito da importância da participação dos escravos na história da organização dos trabalhadores no Brasil, destaca Segadas Vianna, a Decisão n. 17, do Conde de Aguiar, em 1812, criando no Estado de Pernambuco “uma ‘companhia de pretos’, com direitos e deveres especiais, ‘para fazer todo o trabalho que for necessário ao bem comum do comércio, fazendo arrumar e separar a carga de cada um dos navios’ [...], a primeira experiência da disciplinação das atividades de uma classe, com certas prerrogativas que ainda existem nos sindicatos de estivadores”. Lembra as “confrarias de escravos”, que além das atividades religiosas, recolhiam recursos para comprar cartas de alforria, como “a de Chico Rei, em Minas Gerais, no começo do século XVII, que chegou a adquirir uma mina de ouro, em Vila Rica, usando sua produção para pagar a liberdade de outros escravos” e as “‘Juntas de alforria’, em várias províncias do Sul e do Centro do País” (SÜSSEKIND et al., 2005, 247).

reivindicações, apoiados nas suas organizações, como ocorreu no México, Inglaterra e França. No Brasil, no entanto, a “influência foi do ‘movimento descendente’, que resulta de uma ação de cima para baixo, do Governo para a coletividade” (SÜSSEKIND et al., 2005, 19).

Esse contexto fez com que, em solo brasileiro, não obstante alguns antecedentes históricos, a existência da autonomia das organizações de trabalhadores só surgisse no princípio do século XX e apenas obtivesse um efetivo incremento, na década de 80, seguinte, com as greves de metalúrgicos da região do ABC paulista (SÜSSEKIND et al., 2005, 250). No entanto, somente com a redemocratização do país é que se pode falar em verdadeira autonomia coletiva, com a CRFB, que assegurou o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho e acabou com a intervenção do Estado na formação e atuação dos sindicatos, respectivamente, nos seus artigos 7º, XXVI, e 8º.

A CRFB, segundo Alice Monteiro de Barros, preocupou-se com a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, atenta a uma tendência mundial de reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, com isso, permitindo “que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida” (BARROS e Alencar, 2016, 815). Houve uma alteração de orientação em relação à ordem anterior, com o comprometimento da Constituição com os mecanismos de produção autônoma do Direito, a importância das convenções e acordos coletivos, e com a valorização da atuação sindical, também destaca Godinho Delgado (DELGADO, 2018, 144).

Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa de 1976 (PORTUGAL, 2005) consagra a plena liberdade e a autonomia sindical em seu art. 55º, em consonância com os termos da Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), além de respaldar a autonomia coletiva sindical no seu art. 56º, 3 e 4, nos moldes orientados internacionalmente pelas Convenções nºs 98 e 154 da OIT.

Com isso, define-se o marco teórico basilar, alicerce das formulações acerca da autonomia coletiva nos cenários brasileiro e português, nas constituições brasileiras e portuguesas e na legislação internacional e infraconstitucional posteriores às suas edições ou recepcionadas pelos respectivos textos constitucionais.

1.4.3. Da dimensão normativa dos conflitos coletivos de trabalho

O Direito do Trabalho, como afirma Palma Ramalho (RAMALHO, 2015, 128), sofre com uma permeabilidade ideológica, sendo “uma das áreas jurídicas mais sensíveis ao

ambiente sócio-político envolvente, pela delicadeza social do fenómeno do trabalho e dos fenómenos com ele conexos, dos quais se ocupa”.

Após as fases de rejeição, até o final do século XIX, e de publicização, na Europa, nas segunda e terceira décadas do século XX, segundo Palma Ramalho (RAMALHO, 2015, 58-60), pelo “quadro sócio-político de alguns países da Europa Continental, com o advento das ideologias nacional socialista e fascista, na Alemanha e a Itália, e com o corporativismo *em* Portugal e, um pouco mais tarde, em Espanha”, o Direito do Trabalho recupera a sua dimensão integral. Com esta, a independência e a privatização das associações sindicais e patronais e a autonomia coletiva, com o fim da intervenção estatal, permitindo grande evolução da negociação coletiva e a consequente expansão das normas setoriais.

Os conflitos coletivos de trabalho, como visto, possuem uma dimensão normativa, consistente na possibilidade de convergência da sua superação, da solução encontrada, em norma jurídica abstrata, de grande relevo não apenas para os setores económicos e profissionais envolvidos, mas também para o desenvolvimento económico e social, pois reflete em outros aspectos reconhecidos na ordem estatal.²⁰

Levando-se a autonomia privada para a seara das relações laborais, enquadrar-se-iam os contratos de trabalho como negócios jurídicos firmados entre as partes individuais, empregado e empregador, livremente firmados, dentro dos limites que lhe forem conferidos pela ordem jurídica. A autonomia coletiva dos entes sindicais, entretanto, possui um âmbito de atuação diferenciado da autonomia exercida no âmbito das relações privadas, pois a sua atuação dá-se como fonte normativa, exercida nos limites dados pelo Estado, sendo essa marca uma das razões da especialidade do Direito do Trabalho, por não encontrar parâmetro equivalente nas relações contratuais do Direito Civil, cujos efeitos são definidos por lei.

A negociação coletiva, portanto, conforme salienta Monteiro Fernandes (FERNANDES, 2010, 881-882), não é uma mera técnica de produção de normas, mas antes “um método de superação de conflitos actuais ou potenciais”, em que o conflito deixa de ser uma *patologia* social, para ser expressão “da contraposição de conflitos de interesses coletivos, positivados de forma típica e formal, na contração coletiva, como instrumento de progresso social”, o que lhe dá uma predominante dimensão normativa.

²⁰ A importância da dimensão normativa e do princípio do coletivo, destaca Guilherme Dray, vê-se na legislação portuguesa ao assegurar o direito das associações sindicais e de empregados de participarem na elaboração da legislação do trabalho e na definição das políticas económico-sociais e na intervenção de nos processos de reestruturação das empresas (artigo 54º, n. 5, alíneas a, b, c e e da Constituição) (DRAY, 2015, 254).

1.4.4. A normatização setorial e a Organização Internacional do Trabalho

Com a Declaração Internacional dos Direitos do Homem de 1948 (UNIDAS, 1948), para Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2011, 24-26), consolida-se a ideia de Direito Internacional dos Direitos Humanos, formando um sistema normativo global, com a integração de sistemas regionais de proteção, mais fortes na Europa, América e África, e dos incipientes sistemas árabe e asiáticos, conferindo lastro axiológico e unidade valorativa à proteção desses direitos.

Os princípios e normas jurídicas internacionais que formam o “núcleo duro” do chamado *jus cogens* (previstos em declarações, resoluções e tratados) integram a ordem interna de Portugal, na forma do art. 8.º, 1, da CRP, sendo o princípio do respeito aos direitos do homem, reconhecido no art. 7.º/1 da CRP, assim como no art. 4º, II, da CRFB, conforme Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2003, 231-232). Para o autor, esses direitos atuam como limites impostos ao Estado, tanto em suas relações internacionais quanto na atuação interna, a informar imperativamente os textos constitucionais. Particularmente em relação ao Estado Português, encontram-se na “base antropológica estruturante do Estado de Direito”, lastreada na dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP) e na garantia da efetivação dos direitos e liberdades fundamentais (art. 2.º da CRP).

A partir do reconhecimento desse sistema normativo internacional direcionado à proteção dos direitos humanos, estabeleceu-se o debate sobre os instrumentos necessários para a efetividade desses direitos, prevalecendo na comunidade internacional, conforme Piovesan (PIOVESAN, 2011, 30), a compreensão de que “a Declaração deveria ser ‘juridicizada’ sob a forma de tratado internacional, que fosse juridicamente obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional”.

Para atender tal demanda, foram aprovados, em 1966, dois tratados internacionais no âmbito das Nações Unidas: – o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Com o PIDESC (UNIDAS, 1992), reconheceu a ordem internacional um elenco de direitos a condições de trabalho, concebidos para realização progressiva, condicionados à atuação do Estado, conforme o art. 2º, § 1, do Pacto e que demandam acesso à Justiça para o seu exercício, como o direito à remuneração necessária à uma vida digna; ao trabalho em condições seguras e higiênicas; à igualdade de oportunidades no trabalho; ao descanso, lazer e férias, além de direitos sindicais, entre outros.

No cenário internacional, destaca Piovesan (PIOVESAN, 2011, 41), antes mesmo da Declaração de 1948, logo após a 1ª Guerra Mundial, nascia a Organização Internacional do

Trabalho (OIT), com objetivo de promover parâmetros internacionais de condições de trabalho. A OIT, em 1998, preocupada em afirmar um padrão mínimo de direitos humanos e de direitos fundamentais do trabalho, estabeleceu uma agenda de promoção do trabalho decente, por meio da Declaração relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (Organização Internacional do Trabalho, 1998), com o objetivo de tornar vinculantes quatro grupos de Convenções Internacionais do Trabalho, relacionadas: (1) à liberdade sindical e ao reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (2) à eliminação do trabalho forçado ou obrigatório; (3) à abolição do trabalho infantil; e (4) à discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Ao optar por priorizar a proteção à liberdade sindical em seus diversos aspectos, envolvendo o direito à formação de entidades sindicais, de filiação e de não filiação, e a proteção dos seus dirigentes, postos no mesmo patamar do direito de negociação coletiva, que tem como objetivo a celebração de convenções coletivas, considerou a importância política, social e econômica da resolução dos conflitos coletivos de trabalho. Impôs-se tal dimensão pela relevância para as sociedades atuais da justiça social para a garantia da paz e do objetivo comum de manutenção do equilíbrio entre o progresso social e o crescimento econômico, melhor assegurados quando os trabalhadores podem reivindicar a igualdade de oportunidades e participação nas riquezas para cuja criação tenham contribuído, em condições de liberdade.

O conjunto de normas relativas à liberdade sindical e à negociação coletiva inclui as Convenções nº 87 (TRABALHO, 1948), sobre liberdade sindical; nº 98 (Trabalho, 1951), sobre direito de sindicalização e de negociação coletiva; nº 135 (TRABALHO, 1973), sobre proteção de representantes de trabalhadores; e nº 154 (Trabalho, 1981), sobre o incentivo à negociação coletiva, todas da OIT. Recebem ainda o reforço normativo das Recomendações nº 92, que incentiva a solução de conflitos coletivos por meio da adoção de sistemas de conciliação e de arbitragem, e nº 163 (TRABALHO, 1981), que formula proposições para a promoção da negociação coletiva, como o treinamento adequado e a oferta pelas autoridades de assistência a organizações de empregadores e trabalhadores.

Com a Declaração da OIT de 1998, para Luciane Barzotto (BARZOTTO, 2007, 13-14), firma-se o nexos dos direitos humanos e a dignidade do trabalhador, pois, dado o seu caráter positivado, “não apresenta apenas exigências morais, mas reafirma direitos básicos que passam a fazer parte dos ordenamentos jurídicos nacionais”. Para a autora, essa relação manifesta-se pelos três principais enfoques definidos para os direitos humanos: “como direitos subjetivos, como necessidades e como princípios”, e torna-se importante em tempos

de globalização, “na qual os Estados nacionais perdem força”, reacendendo o debate sobre o valor do trabalho na sociedade, “questão social” a ser repensada, aproximando o indivíduo e o coletivo, considerando a “planificação de futuro e a escassez do bem trabalho”.²¹

Conforme Guilherme Feliciano e Francisco Araújo Júnior (FELICIANO e ARAÚJO JÚNIOR, 2017), a melhoria das condições de vida e de trabalho tem sido objetivo reiterado nos tratados que envolvem a União Europeia²².

Em Portugal, ressalvada a recepção automática das normas gerais, previstas no art. 8.º, 1, da CRP, a absorção no direito interno das normas originárias de organizações internacionais da qual o Estado faz parte pode se dar independentemente de ratificação, com base no art. 8.º, 3, da CRP, que assegura imediato vigor, por recepção direta. Por mais que a redação não seja óbvia, já que a plena vigência está tratada no inciso 2, do art. 8.º, é de se cogitar nessa hipótese do possível enquadramento das Convenções da OIT, excluindo-as da exigência geral imposta às demais convenções internacionais, que dependem de regular ratificação para plena vigência, na forma do art. 8.º, 2, da CRP²³.

Porém, ainda que se entenda enquadráveis as convenções da OIT em um sistema dualista²⁴, com vigência interna condicionada à ratificação, tais normas, no tocante à liberdade sindical e a negociação coletiva já se encontram formal e materialmente consagradas no ordenamento como direitos fundamentais (v.g., arts. 55.º e 56.º da CRP)²⁵.

²¹ Sobre esses aspectos, a autora faz referência à obra de Pierre Rosanvallon (ROSANVALLON, 1998).

²² Destacam os autores (FELICIANO e ARAÚJO JÚNIOR, 2017): “Desde a fundação da Comunidade Europeia, com a assinatura do Tratado de Roma, em 25 de março de 1957 (GAJA, 2014), a integração europeia fixou, dentre os seus pilares, “o objetivo essencial de melhoria contínua das condições de vida e de trabalho dos seus povos” (Preâmbulo do Tratado de Roma, 1957), objetivo este que foi depois reproduzido pelo Ato Único Europeu e pelos Tratados de Maastricht, Amsterdam, de Nice e de Lisboa, e que também orienta a política da Comunidade Europeia de Proteção do Ambiente Laboral”.

²³ O sistema de recepção de normas internacionais em Portugal é o ocorre de múltiplas formas, conforme lições de António Pedro Ferreira (FERREIRA, 2016, 205): “Note-se que o artigo 8º CRP 1976, sob a epígrafe Direito internacional, dispõem: as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português (nº 1); as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português (nº 2); e as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos (nº 3).

²⁴ Gomes Canotilho cita as normas da OIT como exemplo de proteção internacional de direitos econômicos, sociais e culturais (CANOTILHO, 2003, 522): “A protecção internacional de alguns direitos económicos, sociais e culturais advém também do cumprimento, através da ratificação pelos órgãos políticos competentes e posterior execução, das convenções da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.), sobretudo no que respeita à política social, ao direito de trabalho, ao direito à segurança social e à igualdade de tratamento”.

²⁵ A inclusão de normas não inseridas na Constituição, com base no art. 16, 1 (parte final), da CRP, como materialmente fundamentais, admitidas por Gomes Canotilho e Jorge Miranda, é recusada por Jorge Bacelar Golveia (GOUVEIA, 2011, 1035), para quem “não parece que faça sentido apreciar os direitos fundamentais em função da sua pertença ou não à Constituição, uma vez que lhes é fundamental a sua inserção constitucional e, assim sendo, ficando dotados de força constitucional”.

Essa compreensão se coaduna com o Texto Constitucional brasileiro, fruto de uma Constituinte, vista por Ingo Sarlet (Sarlet, 2014, 16) como “amiga dos direitos sociais e dos direitos dos trabalhadores”, com a ressalva de que, após uma breve fase de “ufanismo”, os direitos sociais tenham voltado a ser questionados qualitativamente, pelo nível de vinculação, e quantitativamente, quanto ao volume de direitos consagrados.²⁶

Estão os Estados Membros da OIT comprometidos com a liberdade sindical e com a proteção da negociação coletiva, com objetivo de assegurar a possibilidade de participação dos trabalhadores na riqueza auferida com o seu trabalho. A intervenção do Estado para mediar e instrumentalizar uma negociação coletiva justa e a preservação do equilíbrio entre o capital e o trabalho se impõe, diante do caráter progressivo dos direitos sociais, afirmados no art. 7º, *caput*, da CRFB, da solução pacífica dos conflitos, prevista no preâmbulo da Constituição e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, afirmada pelo § 3º do art. 5º²⁷.

Considerando que as Convenções e Recomendações da OIT, a Declaração da OIT de 1998 e a Constituição reconhecem a importância dos conflitos coletivos de trabalho, não é permitido ao Estado que lhes seja indiferente, impondo-se que intervenha diante desses conflitos, quando necessário, para solucioná-los, diante de impasses, ou para fazer respeitá-los como direitos fundamentais e como direitos humanos internacionalmente consagrados.

1.5. A resolução de conflitos em tempos de globalização

O “fenômeno da globalização da economia”, conforme Menezes Leitão, tem levado os países a considerar o peso da legislação laboral nas decisões de investimento dos agentes econômicos que, atuando em âmbito mundial, podem optar por investir em outros locais, impondo dificuldades a países com legislação laboral mais rígida para atrair investimentos

²⁶ Ingo Sarlet ressalva ainda o alerta de Lenio Luiz Streck, na obra “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica” de que os direitos fundamentais dos trabalhadores elencados “não significam que as promessas da modernidade tenham sido efetivamente cumpridas no Brasil”, impondo-se “a necessidade promover a defesa das instituições da modernidade que se revelam indispensáveis à instauração de um efetivo Estado Democrático (e Constitucional) de Direito” (STRECK Apud Sarlet, 2014, 16).

²⁷ No Brasil, com advento da EC n. 45/2004, que acrescentou dois parágrafos ao art. 5º da CRFB, por força do § 3º, os tratados de direitos humanos aprovados por quórum especial de três quintos, passaram a ser formalmente equivalentes à norma constitucional. Os demais tratados dessa natureza, ratificados sem tal previsão, foram reconhecidos pelo STF como de estatura supralegal (RE n. 466.343-1/SP, de dezembro de 2008). Adverte, entretanto, Georgeton Franco Filho que o § 2º, do art. 5º, da CRFB já autorizaria o enquadramento de tais tratados como normas materialmente constitucionais e que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, ratificada pelo Brasil, dispõe o Estado-Parte não pode invocar o seu direito interno para descumprir um tratado (art. 27), o que já lhes garantiria a recepção como normas materialmente constitucionais, independentemente do quórum interno de aprovação (FRANCO FILHO; MAZZUOLI, 2016, 17-18).

estrangeiros. Por isso, é comum a transferência de empresas para países com legislação trabalhista mais propícia aos investidores, fenômeno conhecido como "deslocalização de empresas", com graves reflexos para o nível de empregabilidade local (LEITÃO, 2016, 31).

Pretende-se neste momento situar a pesquisa da resolução dos conflitos coletivos diante do quadro dos fenômenos da globalização e da flexibilização dos direitos trabalhistas, retratando os seus reflexos nas estruturas juslaborais luso-brasileiras.

1.5.1. Da Flexibilização de direitos trabalhistas

A organização coletiva dos trabalhadores ocorrida a partir da segunda metade do século XIX, com a conscientização do operariado de que unidos teriam maior força do que individualmente, segundo Palma Ramalho (RAMALHO, 2015, 34), visava a obtenção de mecanismos de redução dos riscos laborais, o protesto contra as condições de trabalho (greve) e o deslocamento da negociação do plano individual para o coletivo. Com isso, poderiam “ultrapassar a sua tradicional debilidade contratual perante o empregador”, dando ensejo ao advento do sindicalismo, da negociação coletiva e das convenções coletivas de trabalho.

Nas últimas décadas, entretanto, o conjunto de fatores econômicos comportados na denominada “globalização” tem imposto ao Direito do Trabalho um movimento inverso, que o leva, conforme Palma Ramalho, “a inflectir na sua tendência regulativa tradicional de universalização e intensificação da tutela dos trabalhadores”. As tradicionais figuras da “empresa laboral-tipo” e do “trabalhador subordinado típico”, seriam incompatíveis com atividades econômicas de uma nova geração, como as tecnologias da informação, “de alta especialização e escassa mão de obra” (RAMALHO, 2000, 1019-1020)

Esse fenômeno, visto como “tendências modernas de evolução do Direito do Trabalho: a flexibilização dos regimes laborais; a flexisegurança”, teve origem nos anos setenta do século passado e expandiu-se para a maioria dos países da Europa continental, até então com sistemas laborais “garantísticos”, conhecido como “*a flexibilização do Direito do Trabalho*”, por questionar “a rigidez e o garantismo dos regimes laborais” (RAMALHO, 2015, 70).

Para Menezes Leitão (LEITÃO, 2016, 31), o tradicional “modelo social imposto pelo Direito do Trabalho” foi muito afetado pelas crises económicas ocorridas nos anos 70 do séc. XX, pelo “choque do petróleo”, associadas na Europa à recessão, com redução dos níveis de emprego e o deslocamento dos empregos do setor industrial para o setor de serviços, pondo em crise o modelo de contrato de trabalho. Houve uma precarização das relações laborais, com a absorção pela legislação de formas atípicas de trabalho, com a fuga dos contratos de

trabalho subordinado, trocados por contratos de prestação de serviços, no fenômeno também identificado por Palma Ramalho dos "falsos trabalhadores independentes"²⁸.

Esse movimento de flexibilização de direitos dos trabalhadores nada mais é do que uma representação da referida “permeabilidade” ou “porosidade ideológica” do Direito do Trabalho, fenômeno utilizado por Palma Ramalho para demonstrar a maleabilidade desse ramo do direito às alterações do quadro sócio-político, como são exemplo as alterações ocorridas a partir dos anos setenta passados (RAMALHO, 2015, p. 128).

Para a autora, essa característica, inevitável, revela-se, primeiro, porque a “porosidade ideológica” se apresenta no plano normativo, com a coexistência de “normas de inspiração muito diversa ou mesmo oposta”; segundo, porque atua no plano linguístico, com a utilização normativa de termos ideologicamente conotados, e, terceiro, porque, fruto da “sensibilidade social dos fenômenos laborais”, há a tendência de “volatilidade” e menor rigor técnico das normas laborais, pela urgência da resposta às demandas (RAMALHO, 2015, 128).

Opondo-se a uma visão de inexorabilidade da flexibilização dos direitos trabalhistas em face do fenômeno da globalização, Luciane Barzotto, a partir das concepções de Pierre Rosanvallon (ROSANVALLON apud BARZOTTO, 2007, 14), propõe, diante da possibilidade de supressão de direitos dos trabalhadores, em busca de atração de investidores, o fortalecimento dos vínculos do Estado Social e das garantias constitucionais²⁹.

1.5.2. Os limites da flexibilização e da autonomia coletiva

O Brasil passou recentemente por um processo de flexibilização da sua legislação laboral, realizada por meio de medidas legislativas aprovadas no Parlamento e convertidas nas Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017 - terceirização e trabalho temporário (BRASIL, 2017), e pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 - reforma trabalhista (BRASIL, 2017), complementada pela MP 808/17 (BRASIL, 2017), que, entre outros dispositivos, determinava a aplicação imediata aos contratos de trabalho em vigor. Todo o processo legislativo ocorreu sem a audiência prévia das organizações de trabalhadores.³⁰

²⁸ Conforme a autora, a flexibilização tem como efeitos empíricos a “redução do *standard* de proteção”, a multiplicação dos contratos de trabalho atípicos, sob diversos títulos “contratos a termo” e a “tempo parcial”, “temporário”, “a domicílio”, “teletrabalho” e “intermitente”, bem como por condutas ilícitas como os falsos autônomos e ajustes rescisórios pré-combinados (RAMALHO, 2000, 1018-1019).

²⁹ O movimento de flexibilização jusbatal em Portugal um obstáculo que é o “princípio da segurança no emprego”, previsto no art. 53º da CRP, impondo limites à tendência europeia, neste início de século, de inversão do perfil expansionista do Direito do Trabalho, conforme Palma Ramalho (RAMALHO, 2000, 1017).

³⁰ Com relação às impropriedades de encaminhamento da reforma brasileira, indica-se artigo de autoria dos ministros do TST Luiz Philippe Viera de Mello Filho, Augusto César Leite de Carvalho e Cláudio Mascarenhas

A principal orientação da nova ordem trabalhista foi a imposição das normas negociada setorialmente sobre o legislado, ainda que derogatórias do patamar protetivo estatal, em determinados temas, comportando um debate ainda aberto na doutrina e na jurisprudência, já que a Constituição brasileira previu um elenco de direitos fundamentais dos trabalhadores, com normas rígidas. A Norma Constitucional restringe a flexibilização pela autonomia coletiva à irredutibilidade salarial, à compensação de jornada e à jornada dos turnos de revezamento e afirma o caráter progressivo desses direitos, ao enquadrar como tais, “outros que visem à melhoria da sua condição social”, na porta de abertura do art. 7º, *caput*, VI, XIII e XIV, da CRFB.

Implantou o legislador, por via infraconstitucional, um sistema laboral inverso, de normas flexíveis, ao definir no art. 611-B da CLT que constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo “exclusivamente” a supressão de um elenco de institutos jurídicos. Logo, abre-se para todos os demais direitos não arrolados, o que, no plano dos fatos, pode vir a coincidir ou não com a flexibilização admitida constitucionalmente, levando às relações coletivas mais insegurança jurídica do que incentivo à negociação coletiva.

O conjunto de medidas causou especial impacto no Processo do Trabalho, com a imposição de sucumbência recíproca até então inexistente, ficando os trabalhadores sujeitos à condenação em honorários advocatícios em caso de malogro de suas pretensões, bem como à condenação em honorários periciais a que porventura dê ensejo, mesmo que assistidos por seus sindicatos³¹. Assim, provocou mudanças sobre a atuação da Justiça do Trabalho e dos sindicatos, além de criar obstáculos e maior onerosidade ao acesso à justiça pelos trabalhadores e pelos legitimados coletivos³².

Como amálgama para a adesão ao projeto governamental da reforma trabalhista, em muito influenciou o desgaste entre o empresariado uma suposta parcialidade do Judiciário trabalhista, que tenderia a forçar a conciliação e a beneficiar os trabalhadores, duas acusações que estão, de fato, no inconsciente da classe empresarial local.

Para Wilson Ramos Filho, há um mito “segundo o qual a Justiça do Trabalho sempre dá ganho de causa aos empregados”, que teria nascido entre as décadas de quarenta e

Brandão, denominado Terra Sem Lei (MELLO FILHO, CARVALHO e BRANDÃO, 2017).

³¹ A Constituição brasileira prevê no art. 5º o direito à tutela jurisdicional, ou ao acesso à Justiça, ao estabelecer que “a lei não afastará da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (XXXV) e que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (LXXIV).

³² Dentre as medidas processuais, incluiu a responsabilização solidária os entes sindicais sobre custas “de processos que tenham intervido, de autoria de trabalhadores não sujeitos à Justiça Gratuita” (art. 790, § 1º, da CLT).

cinquenta, passadas, quando, “boa parte do empresariado ainda resistia à “intromissão estatal” no domínio “privado” e não aceitava a “desmercantilização” operada pela CLT”. Opunham-se à limitação da autonomia da vontade e à inclusão de “conteúdos mínimos para os contratos de trabalho”, e à instituição de direitos aos empregados de “ordem pública” e “irrenunciáveis”. Por resistirem, “os empregadores raramente cumpriam a legislação e, frequentemente, quando ocorriam “reclamações trabalhistas”, recebiam condenações nas sentenças proferidas pelas Juntas de Conciliação e Julgamento (JCJ)” (RAMOS FILHO, 2013, 84).

Por outro lado, é comum ouvir-se que “na justiça do Trabalho o empregado sempre consegue ao menos um acordo”. Segundo Ramos Filho, também datam da origem essa mística e uma “tolerância, também excessiva, em relação ao ilícito trabalhista”, pois, dotadas as JCJ de “composição corporativa *tripartite*, com vogais representantes de empregados e de empregadores”, nomeados pelo Governo, procuravam a adesão do empresariado para a necessidade de cumprir a legislação do trabalho, desenvolvendo uma “obsessão” em relação à conciliação, “para evitar a condenação dos empregadores” (RAMOS FILHO, 2013, 84).

A reforma trabalhista brasileira, de uma forma geral, com seria previsível, agradou o empresariado³³, mas descontentou as representações dos trabalhadores, da Magistratura trabalhista e do Ministério Público do Trabalho³⁴, ocorrendo em um momento em que os trabalhadores estão fragilizados pela crise econômica pela qual passa o país, precisando conservar o posto de trabalho, sem qualquer garantia na ordem jurídica brasileira.

A alteração, além disso, tem aspectos de constitucionalidade duvidosa, já que não há margem para modificação da competência por norma infraconstitucional, incluindo feitos de uma jurisdição voluntária, de natureza administrativa, com base na autorização dada ao legislador infraconstitucional para expandir a competência da Justiça do Trabalho para outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho (art. 114, IX, da CRFB). A conferência de um “carimbo” de coisa julgada aos negócios jurídicos realizados diretamente entre empregados e

³³ Sobre a participação do empresariado no *lobby* pela reforma trabalhista, indica-se a leitura de matéria da Revista Carta Capital, “Temer prepara uma reforma trabalhista para agradar aos empresários” (MARTINS, 2016).

³⁴ Registra a o inconformismo desses setores a reportagem do “Jornal Folha de São Paulo”, “Para juízes, procuradores e advogados, reforma trabalhista viola Constituição” (VIZONI, 2017), em que são arrolados os signatários de “nota pública” contrária: “MPT (Ministério Público do Trabalho), a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) e a CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil). Assinam também a nota a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), a Associação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (AMPDFT), a Associação Nacional do Ministério Público Militar (ANMPM), a Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios (Amagis-DF), a Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (Abrat) e o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (Sinait).”

empregadores não se enquadra na condição prevista, pois, se foi previamente acordada não há mais controvérsia. O mesmo se pode dizer em relação às medidas que restringem o acesso à Justiça, com a oneração dos trabalhadores, sem nenhuma medida compensatória.

Ao Judiciário caberá a aplicação das novas normas laborais com os limites impostos pela Constituição, com vista a manter uma ordem jurídica com valores plurais, com a convivência harmônica dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e evitar o puro e simples retrocesso social, sem qualquer medida compensatória.

O Brasil, como visto, assim como Portugal, que passou por uma reforma trabalhista de 2011 em diante, está submetido a um processo de flexibilização decorrente da globalização que atinge os países capitalistas em geral, com a realização de concessões legislativas para atração de investimentos necessário ao crescimento da economia desses países³⁵.

Nada há de inusitado nesse aspecto, na iniciativa brasileira, mas a conjuntura econômica não pode impor medidas que extrapolem os limites da proteção constitucional de cada um dos Estados, devendo preservar os direitos fundamentais individuais e coletivos do trabalho, sendo acompanhadas de medidas compensatórias que justifiquem as alterações legislativas, sob pena de caracterizar o retrocesso social³⁶.

Em Portugal, algumas das medidas facilitadoras do processo de despedimento e da sobreposição do legislado sobre a negociação coletiva foram tidas como inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional Português, por afronta aos princípios da “*ultima ratio e da segurança no emprego*”, previsto no art. 53º da CRP, e ao “*princípio da autonomia coletiva*”, inserido no art. 56º da CRP) (RAMALHO, 2014, 759-765)³⁷.

No caso das medidas restritivas do acesso à Justiça e de ampliação infraconstitucional do alcance da chamada prevalência do legislado sobre o patamar autorizado

³⁵ O Estado português necessitou discutir alterações na ordem juslaboral para atender as exigências de agentes econômicos e financeiros internacionais, diante da fragilidade momentânea da sua economia, o fazendo a partir de debates na “Comissão Permanente de Concertação Social”, órgão tripartite, com a participação de representação dos trabalhadores, empresários e governo (PORTUGAL, 2018). As medidas foram implantadas entre 2011 e 2013, com base no “*Memorandum de Entendimento sobre as Condições de Política Económica (MoU)*”, acordo realizado em 03/05/2011, entre Portugal, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Central Europeu e a Comissão Europeia (MoU), no “Programa de Assistência Financeira” (PORTUGAL, 2011).

³⁶ Conforme Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2003, 338), o núcleo essencial de um direito fundamental constitucionalmente garantido não pode ser suprimido sem mecanismos compensatórios, “sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial”.

³⁷ A apreciação das medidas pelo TCP realizou-se nos acórdãos N.º 602/2013 (TCP, 2013) e N.º 635/2013 (TCP, 2013), e da constitucionalidade das medidas flexibilizadoras das jornadas de trabalho, com ampliação do banco de horas, pela Lei portuguesa n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, cfr. Acórdãos N.º 338-2010 (TCP, 2010) do TCP.

constitucionalmente no Brasil, nenhuma medida compensatória foi proposta, foi só a supressão, sem nenhum ganho social. Logo, é possível compreender algumas dessas mudanças como inconstitucionais.

Concluindo esse primeiro capítulo, identificou-se que o reconhecimento do valor social do trabalho é fenômeno recente, evoluindo a partir da segunda metade do século XIX, com a legalização das associações representativas dos trabalhadores e empresariais e com a legitimação dos conflitos coletivos de trabalho, além da criação dos correspondentes meios de resolução dos respectivos conflitos e dos instrumentos de normatização setoriais. Viu-se ainda que a eficácia da autonomia coletiva passa por uma organização sindical livre e protegida pela ordem jurídica e pela existência de meios adequados para a solução das controvérsias.

Observou-se também que o Direito do Trabalho é influenciado pelas alterações sócio-políticas e econômicas da sociedade e por isso, em um contexto de globalização, sofre forte pressão para a flexibilização dos direitos dos trabalhadores, com reflexos na redução da capacidade dos entes coletivos de assegurar uma adequada resolução dos seus conflitos, a demandar a intervenção estatal para proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores e dos entes sindicais.

2. O ESTADO, A FUNÇÃO JUDICIÁRIA E O DIREITO DO TRABALHO DO CIDADÃO

A partir da compreensão de que o Estado deve intervir, se necessário, para assegurar os direitos fundamentais dos trabalhadores e das associações sindicais, será neste capítulo analisado o papel do Estado diante dos conflitos coletivos de trabalho, o conteúdo e as dificuldades que tem para prover a função judiciária e a sua relação com a proteção dos direitos do trabalhador, enquanto cidadão.

Considerando-se as formulações nos últimos séculos de ideias de afirmação da organização social do Estado e do seu comprometimento com a afirmação da liberdade e da igualdade, pretende-se doravante analisar a estrutura estatal a partir das concepções contratuualistas, com objetivo de situar o tratamento dos conflitos de trabalho dentre os compromissos das instituições sociais. Em especial procurar-se-á demonstrar a importância da função judiciária e da aplicação dos princípios de justiça e dos mecanismos de acesso à Justiça, para a efetivação dos direitos fundamentais individuais e coletivos dos trabalhadores.

2.1. A dimensão da democracia na efetivação da igualdade material

O comprometimento dos Estados com o tratamento dos conflitos coletivos de trabalho é fruto da evolução civilizatória dos direitos humanos internacionais, sendo um direito universalmente admitido como tal e presente nas modernas constituições como direito fundamental dos trabalhadores e das suas organizações coletivas, demandando a instrumentalização dos meios de obtenção das conquistas sociais.

Há uma tendência de reconhecimento dos direitos humanos universais como valores inerentes à democracia substancial, como propõem Michael Hardt e Antonio Negri, no “*projeto da multidão*”, apontando para uma nova forma de soberania, como direitos a serem estabelecidos em uma “sociedade global democrática, aberta e inclusiva”, que deve proporcionar aos seus integrantes os meios para alcançá-los (HARDT e NEGRI, 2012, 9).

A visão de sociedade em escala global, em que a liberdade e a igualdade são alcançadas a todos, além das fronteiras territoriais, é compartilhada por outros pensadores como Stefano Rodotà, para quem o caminho para a igualdade passa por um rompimento das fronteiras em que as pessoas são encerradas por características como de etnia, língua, religião, entre outros fatores (RODOTÁ, 2014, 29).

A construção de uma ordem jurídica democrática que atenda a direitos humanos universais, além das fronteiras, em Portugal e no Brasil, assim como em outros países, está

ainda fora da realidade, pois há dificuldades de concretizá-la materialmente, diante dos obstáculos que as instituições garantistas têm para assegurarem, em seus próprios territórios, os direitos fundamentais.

Particularmente mais difícil é a situação do Brasil, como já visto, que vive um momento parecido com o retratado na obra *Poderes Selvagens*, de Luigi Ferrajoli, em que analisa um quadro semelhante, na Itália da primeira década do século XXI, no governo do Berlusconi, com “a redução das garantias jurisdicionais dos direitos dos trabalhadores; o controle político da informação e da mídia, sobretudo a televisiva” (FERRAJOLI, 2014, 13).

Para Bolzan de Moraes (MORAIS, 2017) a atual conjuntura brasileira indicaria “o fim da geografia institucional”, um estado de fato em que não haveria respeito aos “limites funcionais das instituições”, em metáfora à expressão “geografia constitucional”, utilizada no livro de Stefan Rodotà (RODOTÁ, 2014) para apontar determinados fenômenos que ultrapassam o espaço territorial dos Estados, como são os casos das movimentações migratórias e dos delitos oriundos da internet.

Por isso, maior dimensão possui o debate que ora se estabelece em torno da dimensão da função judiciária na preservação da liberdade e da igualdade, e que tem as suas raízes nas teorias contratualistas e na evolução do liberalismo político, que elevaram a estrutura judiciária à condição de principal garantidora dos direitos fundamentais.

Essa perspectiva de liberdade orientada pela igualdade é expressada, na leitura de John Rawls, como princípio primeiro a reger uma sociedade, designando o conceito de liberdade igual, que irá orientar o estudo dos meios de tratamento dos conflitos coletivos de trabalho, sob o enfoque da preservação dos direitos fundamentais coletivos constitucionalizados no Brasil e em Portugal.

2.1.1. As teorias contratuais e a garantia da liberdade e da igualdade

A metade final do século XVII, conforme Alex Pires (PIRES, 2016, 39), foi marcada pelas *teorias contratualistas*, que levaram ao afastamento do absolutismo do direito divino, pondo o homem no centro do debate político, com as obras de Thomas Hobbes (*Leviatã - 1651*) e de John Locke (*Segundo Tratado sobre o Governo Civil - 1690*), sobre a passagem do estado de natureza para a sociedade civil por meio de um pacto social. Essas teorias diferenciaram-se pela natureza do consentimento e tinham em comum a busca da igualdade entre os indivíduos, iniciando um período histórico de evolução das concepções de Estado entre o “contratualismo fundador” e o “coletivismo” (PIRES, 2016, 35-37).

A ideia de estado de natureza, para Lenio Streck e Bolzan de Moraes (STRECK e MORAIS, 2010, 29), aparece como “mera *hipótese lógica negativa*, ou seja, sem ocorrência real. É uma abstração que serve para justificar/legitimar a existência da sociedade política organizada”.

Thomas Hobbes afirmava que o homem, no estado de natureza, tende a aniquilar os seus semelhantes, em uma “guerra de todos contra todos”, pois “o homem é o lobo do homem”, impondo a transferência do poder, por um pacto de submissão a um terceiro absoluto, o Estado-Leviatã, como garantia da igualdade no direito à proteção da vida pelo Estado (HOBBS apud PIRES, 2016, 37). Segundo Bolzan de Moraes e Spengler (MORAIS e SPENGLER, 2012, 66), na teoria de Hobbes, “essa contratação garantiria segurança aos homens, que estariam obrigados a cumprir os pactos que tivessem celebrado”, estando ínsito que “nela reside a fonte e a origem da justiça, determinando que justo é o cumprimento do pacto e injusto o seu descumprimento”.

John Locke, por sua vez, sustenta que em sua vida em natureza o homem viveria em harmonia e que a guerra só adviria se alguém, inadvertidamente, atentasse contra a propriedade alheia, e que a paz seria mantida por um pacto consensual de transferência do poder de punir à totalidade dos membros da comunidade, exercido coletivamente -“ideia de corpo único” (PIRES, 2016, 38-39).

Ambas as teorias da passagem de um *estado de natureza para a sociedade civil* foram questionadas por Jean-Jacques Rousseau, conforme Alex Pires, em obras como “*Os Discursos sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens 1755*” (PIRES, 2016, 40), propondo que o debate partisse da essência do homem, “o homem original”, construído hipoteticamente e por argumentos racionais, excluindo teorias inverossímeis e “construções metafísicas e dogmáticas” (PIRES, 2016, 42). Defendia Rousseau uma “igualdade racional”, advinda de uma construção moral de que o ser humano é um ser sensível e que “a desigualdade, quase nula no estado de natureza, extrai sua força do desenvolvimento das faculdades e dos progressos do espírito humano e torna-se estável e legítima pelo estabelecimento da propriedade e das leis” (ROUSSEAU apud PIRES, 2016, 41).

A solução seria de um compromisso de associação para a proteção das pessoas e bens, com uma força comum, por meio de um contrato social em que cada pessoa alienaria seus direitos à sociedade, constituindo um corpo moral e coletivo. Assim, com o voto individual dos associados, em assembleia, formariam “uma unidade marcada pela igualdade”, sem

privilégios e diferenças, e a perda da liberdade natural pela liberdade civil seria orientada pela vontade geral (ROUSSEAU apud PIRES, 2016, 42).

As concepções contratualistas de Estado, em permanente evolução, ganharam nova dimensão com as formulações de Alexis de Tocqueville, baseadas na experiência estadunidense, de que as construções morais sobre a liberdade individual foram superadas pela igualdade na busca da liberdade como ideal democrático (conteúdo coletivo), pela igualdade de condições (riqueza e propriedade) e de inteligências (grau de instrução) (TOCQUEVILLE apud PIRES, 2016, 56-57). O individualismo na igualdade da democracia, avalia Tocqueville, torna o indivíduo fraco, convindo a restauração dos laços associativos, preservando a liberdade individual e um governo livre, com a percepção de que o indivíduo “não é tão independente dos seus semelhantes como julgava inicialmente e que, para obter seu apoio, deve, muitas vezes, auxiliá-los” (TOCQUEVILLE apud PIRES, 2016, 57).

Ultrapassada essa primeira fase, avançam as teorias para uma compreensão da necessidade da intervenção do Estado no âmbito privado, com formulações sobre o binômio “liberdade pública” e “liberdade política”, de acordo com Alex Pires (PIRES, 2016, 72). A “garantia da liberdade em lei” (política), como reserva de autonomia para agir sem a interferência do Estado e da coerção ganhou uma variável, conciliando democracia e liberdade, e a legitimação dos atos de governo, consagradores de liberdades públicas, contrárias ao absolutismo e ao domínio do Estado, com a força, em benefício de todos³⁸. Parte desse novo período da ideia de que, garantida pela lei, a liberdade decorre da vontade geral e da igualdade entre os cidadãos, como medida de limitação e de segurança, reconhece-se a existência de direitos postos acima das leis comuns, pertencentes aos indivíduos, e de uma lei de sobreposição às demais com força para criar um Estado, a Constituição³⁹.

Nasce assim, para Alex Pires, a noção de liberdade pública como limitação da intervenção do Estado, concebida por Maurice Duverger, distinguindo entre a via pública, de atuação direta do Estado, e a via privada, de âmbito exclusivo do indivíduo, em que o Estado não pode intervir, separando o Estado liberal do totalitário, ora aperfeiçoada para admitir a intervenção estatal no domínio privado para impedir a opressão individual por agentes particulares (DUVERGER apud PIRES, 2016, 75-76). O convívio harmônico das noções

³⁸ Em especial de direitos da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (PIRES, 2016, 72)

³⁹ Para Alex Pires, “O embate teórico entre as vontades geral e da maioria - nesta Tese, Rousseau e Kelsen [...] fez com que uma novel variável de liberdade fosse trazida ao debate: as liberdades públicas.” (PIRES, 2016, 71)

tradicional, não interventiva, e moderna, de intervenção moderada e controlada, preservaria o equilíbrio em relações públicas e privadas e os excessos do poder econômico.

Essa “leitura [neo]liberal francesa” de liberdade política, para Alex Pires (PIRES, 2016, 77-79), ao orientar o constituinte sobre o que e como deve ser protegido, se aproxima da teoria rawlsiana, cujo primeiro princípio da liberdade igual serviria de “padrão principal à convenção constituinte”, o que lhe leva a concluir que “liberdades públicas como variável da liberdade política e liberdades fundamentais individuais se assemelham”. Garantida pela Constituição, para o autor, como “instituição social mais importante e norma de superposição, definidora do critério de validade das demais leis”, em tal compreensão, a liberdade permitiria “o acesso aos bens primários e às liberdades derivadas, independentemente das políticas públicas praticadas”. Os ajustes da teoria liberal no sistema francês, de intervenção moderada do Estado nos domínios privados para garantir o equilíbrio das relações sociais, origem da variável das liberdades públicas, teve vertente estadunidense na “crise ideológica do liberalismo deflagrada nas décadas de 1960 e 1970”.

É compreensível a preocupação com a reformulação da teoria liberal, afinal, como sustenta Luciane Barzotto (BARZOTTO, 2012, 36), “as Revoluções Liberais, ao afirmar a igualdade de todos como sujeitos de direitos, não viram que o exercício dos direitos poderia gera desigualdades”.

Para Ronald Dworkin, a mudança passou por três acontecimentos: a guerra, que desacreditou o liberalismo como “partido da humanidade”; a constatação de relação entre liberalismo e exploração, liberalismo e conservadorismo; e a perda de identidade partidária e combinações das posições políticas (DWORKIN apud PIRES, 2016, 78).

Reestruturou-se a teoria com a formulação de princípios de garantia com um perfil mais amplo de liberdade, sustentando Dworkin uma concepção liberal da igualdade, orientada por uma “moralidade política coerente”, como princípio central do liberalismo, com base em posições políticas constitutivas, de natureza afirmativa, “valorizadas por si mesmas”, e derivadas, de natureza. Nesse momento, o liberalismo foca o discurso no binômio liberdade-igualdade, identificando dois princípios que consideram a igualdade como um ideal político: o *primeiro*, o *princípio constitutivo*, de exigir que o governo trate todos como iguais, como direito a igual atenção e respeito; e, o *segundo*, o *princípio derivado*, de impor que trate igualmente a todos na atribuição de oportunidades (DWORKIN apud PIRES, 2016, 79-80).

Reconhece assim, o liberalismo, a ideia de ponderação diferenciada dos princípios constitutivos de igualdade e liberdade, como elemento de equiparação, em duas vertentes,

“pela primeira, o governo deve se alhear de interferir no que concerne ao viver bem; enquanto a segunda orienta a intervenção dado que os indivíduos não são realmente iguais” (DWORKIN apud PIRES, 2016, 78).

Essencialmente liberal, a primeira teoria justifica o princípio da igualdade aproximada, na distribuição igualitária de recursos e oportunidades, tanto quanto possível e ao novo princípio do igual tratamento, que “reconhece que o governo não pode - e não deve - prover diretamente todos os bens e serviços aos indivíduos”. Cabe às instituições políticas, inclusive o mercado econômico e a democracia, tratar o mais aproximadamente como iguais, acrescentando “tipos diferentes de direitos individuais” para obter “o igual interesse e respeito” (DWORKIN apud PIRES, 2016, 80-82).

Situando os conflitos de trabalho e relacionando-os com as funções do Estado e o tratamento dos conflitos coletivos de trabalho, na perspectiva de Dworkin, vê-se que as suas características vão ao encontro dos dois princípios formulados. Em relação ao primeiro princípio, trata-se de exercício de liberdades asseguradas pelo Estado, de organização sindical e de plena negociação coletiva, com objetivo de assegurar o reconhecimento de direitos a partir de uma manifestação de interesses, direitos setoriais de um segmento econômico, sem exigir que o Estado proveja esses direitos diretamente.

O interesse de crescimento econômico da sociedade não pode se sobrepor aos legítimos interesses de liberdade e de igualdade dos trabalhadores, coletivamente identificado pelo conflito coletivo de trabalho, como propõe a globalização e a proposta de flexibilização dos direitos laborais, pois, ensina Alex Pires, aproximando os pensamentos de Dworkin e Rawls, que “a ninguém deve ser imposto o dever de sacrifício próprio sob a justificativa de favorecimento do todo social” (PIRES, 2016, 105)⁴⁰.

Por outro viés, no tocante ao segundo princípio, em caso de impasses negociais de difícil superação, impõe-se o fornecimento dos instrumentos de solução ou até mesmo a intervenção do Estado, como se verá adiante, contribuindo com o equilíbrio material das forças em conflito e com a paz social, pela solução pacífica dos conflitos. Essa atuação se justifica pelo objetivo de obtenção da igualdade, consistente no propósito de elevação do patamar de direitos, de ganhos e de melhoria das condições do trabalho de uma determinada categoria profissional ou de uma coletividade de trabalhadores.

⁴⁰ Cfr. Alex Pires, Dworkin, reconhecendo a existência de dois liberalismos, “o da neutralidade e o da igualdade”, opta pelo último, opondo-se a argumentos utilitaristas que justificariam “perdas irreversíveis para uma minoria a fim de garantir ganhos para a grande maioria” ou “o dever de sacrifício em nome da grandeza e do futuro da sociedade”, que não encontram abrigo “num liberalismo desta classe” (DWORKIN Apud PIRES, 2016, 105).

Trata-se de atuação de uma organização da sociedade comprometida com o exercício de uma liberdade na construção da igualdade material, por meio de conquistas normativas. As funções do Estado devem convergir para assegurar o exercício dessa liberdade e para disponibilizar os meios e as condições necessárias para a construção da igualdade formal e material nas relações coletivas laborais.

2.1.2. As instituições do Estado e a garantia da liberdade-igual

A busca de uma identificação da definição de Justiça, segundo Alex Pires, vem de tempos imemoriais, e ao longo do tempo as concepções míticas foram cedendo espaço às construções racionais, inicialmente com discursos sofisticados “que viam a justiça como uma virtude natural”, evoluindo para um tratamento normativo, em torno de valores sociais, e encontrando em Hans Kelsen a defesa de uma definição relativa, “aquela que a ciência garantiria, haja vista que um tom absoluto somente seria possível por argumentos metafísicos e religiosos que andariam na contra-mão da segurança metodológica” (PIRES, 2016, 85-87).

Conforme o autor, diante da impossibilidade de se encontrar uma definição acadêmica em prol da justiça, “melhor que se identifiquem variáveis que permitam a determinação da concepção”, como sustenta John Rawls, ao propor uma releitura do contratualismo tradicional de forma a construir uma teoria alternativa à concepção utilitarista, afirmando-se na ideia de uma teoria de justiça a inspirar todas as instituições sociais, em especial a função judiciária, e a consagrar na devida medida os valores da liberdade e da igualdade (PIRES, 2016, 87-88).

Para Alex Pires a proposta de Rawls, ao “vincular a definição ao contexto social e, por conseguinte, ligada à estrutura básica”, afastando-se de posições dos indivíduos, demonstra a sua preocupação mais com uma concepção baseada na atuação de princípios, do que com a formulação de um conceito (PIRES, 2016, 88-89). A relação feita entre a justiça e as associações e a liberdade decorre da teoria de Rawls (RAWLS Apud PIRES, 2016, 89) de que “as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas”, levando ainda à compreensão de que “liberdade e justiça são virtudes-condições indispensáveis à Teoria” e de que, por consequência, necessita a “liberdade-justiça ser orientada pela igualdade” (PIRES, 2016, 89).

A partir da teoria do contrato social de Locke, Rousseau e Kant, John Rawls propõe os seus princípios da justiça, denominados “justiça como equidade”, para atender o objeto primário da justiça, a estrutura básica da sociedade e suas principais instituições, como um consenso em que pessoas livres e racionais, preocupadas com seus próprios interesses,

“aceitariam numa posição original de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação”⁴¹ (RAWLS, 2000, 12 e 61).

A justiça para Rawls como a “primeira virtude das instituições sociais” assegura à cada pessoa uma inviolabilidade “que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar”, não admitindo que “a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros”, pois em uma sociedade justa “os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais” (RAWLS, 2000, 3-4). A aceitação dos princípios em uma “sociedade bem-ordenada”⁴² partiria da “posição original”, em “equilíbrio reflexivo” e em situação hipotética primitiva, como no estado de natureza do contrato social, presumindo indivíduos sem concepções de bens ou propensões psicológicas particulares, sob “um véu de ignorância”, todos em situação semelhante, sem predisposição para favorecer suas condições particulares, resultando um “ajuste equitativo” (RAWLS, 2000, 7 e 13).

Com base no escol de Alex Pires (PIRES, 2016, 89) é possível ampliar o sentido da Teoria de Rawls e identificar alguns elementos subliminares que poderiam passar despercebidos em uma primeira análise, que, como diz o autor, a própria “compreensão de sociedade bem-organizada que, por si só, contém uma profusão de definições e comandos que merecem um tratamento em separado”. Principia, conforme o autor, com a expressão “no início” a designar “o limite metodológico (160)”⁴³ para a teoria de John Rawls, para quem a teoria é concebida em “sociedade hipotética” que “é uma associação de pessoas mais ou menos auto-suficientes que, em suas relações mútuas, reconhece certas normas de conduta como obrigatórias e que, na maior parte do tempo, se comporta de acordo com elas.” (RAWLS apud PIRES, 2016, 90-91).

Encontra-se ainda nas lições de Alex Pires o questionamento às definições dos elementos manejados, como o faz ao perquirir e responder sobre o que Rawls entende por instituição e como esta contribui concretamente para a sociedade. No estudo, resgata o autor

⁴¹ Cfr. Rawls, “uma sociedade é uma associação mais ou menos auto-suficiente de pessoas que em suas relações mútuas reconhecem certas regras de conduta como obrigatórias e que, na maioria das vezes, agem de acordo com elas”. (RAWLS, 2000, 4)

⁴² Cfr. Rawls, bem-ordenada seria “uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios.” (RAWLS, 2000, 5)

⁴³ Reproduz-se a nota de rodapé da citação original de Pires, de interesse para o tema: “(160) Além da “sociedade hipotética”, Rawls ainda identifica, no início, ao menos mais três limites metodológicos que permitem a razão por detrás da exposição: o primeiro. Concernente ao papel da justiça na cooperação social, cujo objeto primário é a própria estrutura básica da sociedade (da qual a “sociedade hipotética” é a base construtiva); o segundo, na construção da justiça como equidade: e, o terceiro, na anteposição ao intuicionismo e ao utilitarismo”.

uma noção de sistema público de normas que definem cargos, oportunidades, direitos, deveres e poderes, “ao mesmo tempo em que, de concreto, afirma que reunidas para um mesmo fim, definem os direitos e deveres dos indivíduos [...], bem como as expectativas de cada membro, para, ao final, assentar a estrutura básica da própria sociedade” (PIRES, 2016, 95).

A construção de um sistema de resolução de conflitos coletivos de trabalho, por envolver o uso de uma liberdade coletiva e a pretensão de igualdade, por meio da manifestação coletiva dos trabalhadores, não pode desconsiderar o referencial teórico exposto e o comprometimento das instituições sociais com os dois princípios da justiça, da Teoria de John Rawls (RAWLS, 2000, 64):

“Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. (princípio da liberdade igual).”

“e Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. (princípio da diferença).”

O primeiro princípio assegura o direito individual de igualdade no sistema de liberdades a todos assegurados e o segundo princípio, segundo Rawls (RAWLS, 2000, 88), que “as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo a serem ao mesmo tempo (a) para o maior benefício esperado dos menos favorecidos e (b) vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.”

O segundo princípio, para Rawls (RAWLS, 2000, 39-40), o princípio da diferença, “serve como um padrão de justiça forçando a busca do bem-estar coletivo e equilibrando a distribuição de vantagens”. Tem especial pertinência para a resolução de conflitos coletivos de trabalho, pois interpreta o princípio da fraternidade⁴⁴. Corresponde “a um significado natural de fraternidade: ou seja, à ideia de não querer ter maiores vantagens, exceto quando isso traz benefícios para os outros que estão em pior situação”, como ocorre na família, “em que o princípio de maximização da soma de vantagens é rejeitado” (RAWLS, 2000, 112-113).

Para Rawls, associando a interpretação dos dois princípios da justiça com as ideias de liberdade, igualdade e fraternidade, “a liberdade corresponde ao primeiro princípio, a

⁴⁴ Para Rawls, a fraternidade é “um conceito menos especificamente político, que não define em si mesmo nenhum dos direitos democráticos”, representando “uma certa igualdade de estima social manifesta em várias convenções sociais”, ou “um senso de amizade cívica e solidariedade social”, embora “não seja de se esperar laços sentimentais na sociedade, interpretado como princípio é uma concepção aplicável” (RAWLS, 2000, 112).

igualdade à ideia de igualdade no primeiro princípio juntamente com a igualdade equitativa de oportunidades, e a fraternidade corresponde ao princípio da diferença” (RAWLS, 2000, 113).

Tratando-se a autonomia coletiva, igualmente, de mecanismo de construção da liberdade e da igualdade dos trabalhadores, a opção de enfraquecê-la se contrapõe a uma tendência moderna de liberdade-igual a orientar as modernas teorias do liberalismo político, que se impõem na medida em que só afaste o direito à igualdade se for para melhorar as condições de vida dos menos afortunados.

Por isso, os conflitos coletivos de trabalho encontram abrigo nos dois princípios da justiça de Rawls, pois são exercício de uma liberdade [sindical] que tem como objetivo a construção da igualdade social e econômica, referida no segundo princípio de Rawls, com a elevação das condições de vida e de trabalho, a permitir que a atividade econômica conviva com o progresso social a todos assegurados.

2.2. O trabalhador e os direitos fundamentais da cidadania

Apesar da existência de diferenças entre os sistemas de proteção social luso-brasileiros, com predominância para a proteção portuguesa à segurança no emprego (art. 53.º, CRP), em um Estado Social mais definido constitucionalmente, enquanto o Brasil relega à Lei Complementar (art. 7º, I, CRFB), é possível resgatar em ambas as Constituições a proteção aos direitos do cidadão trabalhador a garantir a tutela dos seus conflitos coletivos de trabalho.

2.2.1. Características da proteção da juslaboral em um Estado Social

Compreende-se a partir do contratualismo o Estado enunciado por Gomes Canotilho como “uma forma histórica de organização jurídica do poder”, espécie “estruturante do pensamento político-constitucional europeu”, e formulado a partir de lições como as de Thomas Hobbes e o seu *Leviatã*, que “recortaram o Estado, a sua soberania e o seu poder como categorias centrais da modernidade política” destinada a assegurar a liberdade e a igualdade (CANOTILHO, 2003, 89).

O Estado lastreia um patamar de direitos assegurado ao cidadão, já que se manifesta por inúmeras funções na organização da sociedade, segundo Jorge Miranda, conformadas de forma que “todas as funções do Estado não podem deixar de ser funções jurídicas e todos os atos em que se desdobram atos jurídico-públicos”, pois, “não há atividade do Estado à margem do Direito” (MIRANDA, 2015, 358).

A democracia, em seu conteúdo substancial, derivado da previsão constitucional de que o poder emana do povo e em seu benefício deve ser exercido, impõe que seu exercício

contemple também a forma participativa, especialmente em temas mais polêmicos, não se compatibilizando com o *princípio democrático* um despotismo legislativo⁴⁵. Com essa nova forma de organização social, sob o abrigo do Estado, o trabalhador é titular de direitos de cidadania, sendo esta vista além da perspectiva da legitimidade para o processo eleitoral, da nacionalidade, ou de outros enquadramentos jurídico-territoriais, mas por sua condição de pessoa humana, como centro dos direitos fundamentais, conceito mais próximo ao de povo.

A noção moderna de cidadania, para Jorge Miranda (MIRANDA, 2015, 101), afasta-a do conceito de nacionalidade, demais aberto, ao ponto de aplicar-se a pessoas coletivas e até a coisas, como navios e aeronaves e também da cidadania ativa, vista pela titularidade de direitos eleitorais. Hodiernamente, deve ser entendida como qualidade de uma pessoa enquanto integrante de um Estado democrático, onde direitos e deveres ficam bem definidos.

A identificação do membro do povo como detentor de uma relação de cidadania decorre de um compromisso jurídico que o cidadão tem com o Estado, um vínculo de direito, em comum com um conjunto de pessoas vinculadas de forma institucional e estável a um determinado ordenamento jurídico, como define Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2000, 92-94). Essa relação entre cidadania e povo, como sujeito de direitos e de deveres, transforma o cidadão em destinatário da ordem jurídica de um Estado, na condição de sujeito e alvo do poder do Estado, superando a vinculação ao conceito de nacionalidade, próximo ao de nação.

É decorrência do princípio da universalidade dos direitos fundamentais, que impõe a todos quanto façam parte da comunidade política a condição de integrantes da comunidade jurídica e de titulares dos direitos e deveres nela consagrados. Sob esse aspecto, a cidadania é afirmada na universalidade, segundo Jorge Miranda (MIRANDA, 2009, 63), já que “os direitos fundamentais têm ou podem ter por sujeitos todas as pessoas integradas na comunidade política, no povo”, revelando-se em seu conteúdo substancial por três elementos essenciais, para Walber de Moura Agra (AGRA, 2013, 229), a democracia material, a dignidade da pessoa humana e a cidadania participativa.

Embora possa, por vezes, acompanhar o cidadão distante do seu Estado de origem ou restringir-se diante de outros Estados, segundo Jorge Miranda (MIRANDA, 2015, 305-307), costuma a cidadania estar direcionada ao âmbito de um território, pois só no seu solo o Estado

⁴⁵ Segundo Gomes Canotilho, a referência a “Estado de Direito” aplica-se a um Estado organizado por uma “*constituição* limitadora do poder político através do império do direito”, consistindo o adicional “*democrático*”, na representação de um compromisso com “uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos” (CANOTILHO, 2003, 98).

pode dar força executiva e sancionatória às leis por ele criadas. Isso não impede que determinadas situações jurídicas que afetem cidadãos pertencentes a um Estado possam ser moldadas ou restringidas no ordenamento estatal a que se vincule por força. Exemplo disso são os limites territoriais da cidadania em uma realidade de convivência comunitária, que deixam de existir e passam a depender da decisão de outras cidadanias participantes da comunidade política, como na defesa de interesses de empresas comunitárias e na atuação das organizações dos trabalhadores dentro das empresas de atuação na comunidade europeia.

Em regra, o âmbito subjetivo de aplicação dos direitos de cidadania é dividido entre integrantes de agrupamentos sociais estratificados por origem, idade ou outros fatores, como ocorre na Constituição Portuguesa, apresentando-se, para Gomes Canotilho, em quatro círculos de abrangência. O primeiro, dos direitos exclusivos dos cidadãos portugueses (artigos 15.º/2/3, 121.º/1, 275.º/2 da CRP), como os direitos políticos, seguindo-se dos direitos estendidos aos estrangeiros oriundos de estados membros da União Europeia (art. 15.º/5 c/c os arts. 8.º e seguintes do Tratado da União Europeia). Somam-se os direitos extensíveis a cidadãos de países de língua portuguesa (art. 15.º/3) e os “direitos de todos”, extensivos a estrangeiros e apátridas que só poderão receber tratamento diferenciado dos “cidadãos portugueses” se houver fundamento material que justifique, diante dos *standards mínimos* fixados pelo direito internacional (CANOTILHO, 2003, 417).

Como visto, a extensão dos direitos de cidadania a cidadãos de outros países depende do alvedrio do constituinte ou, conforme Gomes Canotilho, da existência de um certo grau de discricionariedade no «alargamento» ou «restrição» de direitos fundamentais aos estrangeiros, pelo legislador constituinte, ou, mediante autorização da constituição, pelo legislador ordinário (CANOTILHO, 2003, 417-419). Entretanto, as regras internas, ao definir os direitos de cidadania, não podem olvidar o caráter universal de um núcleo de direitos humanos. Para a ordem jurídica internacional, o ser humano, como centro do ordenamento jurídico, estando sob o solo de um país, em princípio, é destinatário de suas normas, exclusão que só será justificável se houver motivos relevantes para alguma discriminação, premissa condicionante que se impõe até mesmo ao poder constituinte.

Esses direitos podem ser protegidos até mesmo contra o legislador constitucional, aplicando-se o que Gomes Canotilho define como “teoria de limites” do poder constituinte, referentes à existência de um núcleo essencial de direitos fundamentais que não podem ser privados sequer aos cidadãos estrangeiros e apátridas, tais como os direitos de natureza

análoga estritamente relacionados com o desenvolvimento da personalidade humana (CANOTILHO, 2003, 418-419).

Assim, o conceito clássico de cidadania, conforme Walber Agra, dá lugar a um novo conceito, com a necessidade de implementação da proteção efetiva dos direitos fundamentais e ao incentivo “de uma cidadania ativa, que leve o cidadão a se sentir responsável por cada ato praticado pelos entes estatais” (AGRA, 2013, 230). Onde estiver o ser humano, para Jorge Miranda, há o direito à proteção de um Estado “e terá sempre o Estado um dever de proteção dos seus cidadãos frente aos Estados em cujos territórios residam” (MIRANDA, 2015, 102).

Portanto, a compreensão da cidadania do sujeito trabalhador passa pela proteção possível, dentro e fora do seu Estado de origem, pela atuação permitida em uma comunidade de nações, com o deslocamento de trabalhadores, como ocorre na União Europeia, e pelo reconhecimento das organizações representativas, além do sentido formal, mas também como protagonistas e destinatárias da legislação trabalhistas.

Nessa perspectiva, o trabalhador tem direito de alcançar progressivo patamar de direitos, por meio da imposição de interesses expressos em conflitos coletivos de trabalho, com os meios de pressão que lhe são assegurados, como a greve, direito posto, e igualmente receber a proteção do Estado com instrumentos aptos a garantir um equilíbrio formal e material nas relações coletivas de trabalho, e a intervenção administrativa e o acesso à Justiça para a solução desses conflitos.

2.2.2. O trabalhador cidadão em um Estado Social

As sociedades tiveram de criar instrumentos de efetivação dos benefícios da evolução civilizatória, por meio do correlato estabelecimento de garantias, que correspondem, de acordo com Luigi Ferrajoli, às expectativas positivas e negativas geradas pela normatividade em uma democracia (FERRAJOLI, 2014, 26). Para esse fim adveio um movimento de valorização e crescimento da atividade judicial, que deu origem aos fenômenos do agigantamento do poder judiciário e a teoria do acesso à Justiça, a seguir desenvolvidos.

O cidadão, em um Estado Social, desenvolve-se em um ambiente de gradativo reconhecimento de direitos, titular de um patamar mínimo de igualdade cujos limites se projetam além dos contornos temporais da sua geração e do território de um país, para Stefano Rodotà (RODOTÁ, 2014, 29), a cada dia mais universais e sem fronteiras.

Todavia, sem um elenco de medidas processuais que atendam às peculiaridades das carências de tutela emergentes nas relações jurídicas vivenciadas pelos cidadãos, não há como

assegurar no plano processual a igualdade real, de cunho substancial. Necessita o cidadão, assim, da tutela de meios idôneos e adaptados aos novos direitos, advindo de uma sociedade em constante evolução e de um comprometimento das instituições judiciárias com a viabilização do acesso à Justiça.

As organizações de trabalhadores tiveram a centralidade no “momento revolucionário” português que ensejou a Constituição de 1976, segundo Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2003, 206), sendo essas instituições protagonistas de um Estado de Direito Democrático, com características próprias de um Estado Social.

Ao trabalhador português, no Capítulo III da CRP, entre outros direitos, foram garantidos a segurança no emprego, com a vedação à despedida sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológico (art. 53.º, *caput*, CRP); a organização para intervenção democrática e o controle da gestão das empresas (art. 54.º, 1 e 5, *b*, da CRP) e o direito à livre associação sindical, exercida nos moldes assegurados pelo art. 55.º, da CRP, e da Convenção n.º 87 da OIT, ratificada pelo país⁴⁶.

O Estado brasileiro, conforme Lenio Streck e Bolzan de Moraes (STRECK e MORAIS, 2010, 83), com os objetivos definidos no art. 3º da CRFB, para entregar ao cidadão o que lhe é assegurado constitucionalmente, impôs a criação de um Estado Social que assumia a condição de árbitro para as soluções das injustiças, realizando-o sob a fórmula de um Estado Democrático de Direito.

Como cidadão, o trabalhador brasileiro tem direito a uma sociedade livre, justa e solidária, a laborar em uma sociedade em desenvolvimento, em que a pobreza seja erradicada e as desigualdades sociais e regionais sejam reduzidas, de forma a promover-se o bem de todos, em condições de igualdade formal e substancial, sem preconceitos ou qualquer tipo de discriminação, como lhe destina o art. 3º da CRFB.

O Estado de Bem-Estar Social, no entanto, tem dificuldades de financiamento que o impedem de monopolizar as alternativas de resolução de conflitos, fenômeno que Bolzan de Moraes e Streck denominam de “crise funcional do Estado”, consistente na perda de exclusividade de órgãos tradicionalmente incumbidos do desempenho de funções estatais (STRECK e MORAIS, 2010, 160).

Ocorre, assim, uma permeabilidade do Estado para soluções criadas pelos próprios interessados e para outras iniciativas populares, com a redução da sua soberania em proveito

⁴⁶ Portugal, ao contrário do Brasil, mantém um amplo regime de liberdade sindical, com a ratificação da Convenção n.º 87 da OIT (TRABALHO, 1948).

da ampliação do acesso à Justiça, com a criação de novos organismos e procedimentos visando apreciar e prevenir conflitos, e emergir direitos substantivos, ao torná-los efetivos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, 19 e 25).

Por isso, caso não tenha meios para oferecer acesso a uma tutela efetiva e adequada pelos meios estatais, deve o Estado fomentar a solução de conflitos coletivos de trabalho por meios alternativos, notadamente o juízo arbitral e, se necessário, pela intervenção direta com a estipulação de condições provisórias ou com soluções pela atuação administrativa ou, residualmente da Justiça, pois o direito à tutela jurisdicional é direito fundamental do cidadão.

2.3. O acesso à Justiça para resolução dos conflitos coletivos de trabalho

Feita a análise histórica da organização dos trabalhadores e da importância e da legitimidade da sua atuação para resolução dos conflitos coletivos de trabalho e para a paz social e para a elevação do patamar de igualdade material dos trabalhadores, faz-se necessário abordar as teorias do acesso à Justiça e as dificuldades a serem superadas para a prestação da tutela jurisdicional de grupos nos conflitos laborais.

2.3.1. Do direito de acesso à Justiça

A garantia de acesso aos tribunais é reconhecida entre os direitos humanos universais, por tratar-se o acesso à Justiça, conforme Bolzan de Moraes e Spengler (MORAIS e SPENGLER, 2012, 31), do “mais básico de todos os direitos humanos”. Está amparada no art. 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Humanos, que reconhece a todo o ser humano o direito a uma “justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres” (UNIDAS, 1948).

O estudo do acesso à Justiça por Cappelletti e Garth (CAPPELLETTI e GARTH, 1988), sob a forma de propostas de reformas legislativas e sociais, muito contribuiu para a superação de barreiras econômicas, a ampliação do âmbito da tutela jurisdicional e a adoção de um novo enfoque de acesso, com a representação de interesses coletivos e difusos e os meios alternativos de resolução de conflitos.

Em Portugal o acesso à Justiça é garantido pelo art. 20.º da CRP, ao assegurar a todos “o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos”. Para Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2003, 275), o princípio da garantia da via judiciária manifesta-se em dimensões materiais, funcionais e organizatórias.

As dimensões referidas pelo autor e as suas respectivas características encontram-se estampadas ao longo do Texto Constitucional português. A dimensão material, por exemplo, com a imposição ao legislador da operacionalização da defesa de direitos, por meio de um processo adequado (artigos 20.º, 5, e 268.º, 5, da CRP). A dimensão organizatória pode ser vista com o controle judicial em relação ao exercício dos poderes legislativo e executivo (art. 202.º, 2, da CRP). A dimensão de garantia de proteção jurídica, com a função de prover decisões juridicamente vinculantes sobre as questões de fato e de direitos suscitadas no processo (art. 205.º, 2, da CRP), assim como a função de garantia de um processo judicial, fixando a competência para algum órgão judiciário apreciar o caso que lhe seja admitido, sendo exemplo a competência residual dos tribunais comuns (art. 211.º/1, da CRP).

O direito brasileiro, segundo Alex Pires (PIRES, 2016, 11), teve a primeira norma processual local, fora do domínio português, só com o advento do Código Comercial da Lei nº 555, de 25 de junho de 1850, sendo as normas processuais deslocadas após para o Código Civil da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentando o seu processo (art. 179, XVIII). A preocupação com o acesso à Justiça ao final do Século XIX, influenciou o Código Civil de 1916, que no art. 75, assegurava uma ação para todo o direito, instituindo, para a classificação de Marinoni (MARINONI, 2013, 2380), o “princípio da proteção jurisdicional”, direito também reconhecido na Constituição de 1946, ao definir que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (art. 141, § 4º).

A evolução para o direito de acesso à Justiça ocorre com o advento do art. 5º, no inciso XXXV, da Constituição de 1988, ao dispor que a lei não afastará da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, comando reproduzido no *caput* do artigo 3º do novo Código de Processo Civil (NCPC), de 2015, conforme Lenio Streck e Bolzan de Moraes - (STRECK e MORAIS, 2010), preenchendo com um conteúdo finalístico a previsão normativa do direito fundamental.

A proteção é complementada em outros dispositivos de igual status de direitos fundamentais, como o que reconhece o direito à assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, CRFB). A Constituição portuguesa, da mesma forma, assegura o acesso universalizado ao direito e aos tribunais para defesa de direitos e interesses legalmente protegidos e impõe como dever de o Estado garantir o seu exercício aos cidadãos que não possuam condições econômicas para tanto (art. 20º, 1, CRP).

A atuação dos constituintes brasileiro e português vai ao encontro das conclusões do chamado “movimento de acesso à Justiça”, teorizado por Cappelletti e Garth, trabalho que

pesquisou as barreiras que permeiam o caminho do exercício do direito e do acesso ao Poder Judiciário, previsto como direito fundamental na maior parte das constituições modernas. Nessa concepção, o acesso à Justiça tem duas funções essenciais no sistema jurídico: tornar acessível a Justiça aos cidadãos que dela necessita e garantir que essa Justiça produza resultados individual e socialmente justos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, 3).

O estudo dessas questões foi sistematizado nas “três ondas” de reformas propostas para o acesso à Justiça. A primeira com estudos para superação das barreiras notadamente econômicas, a segunda com uma perspectiva de ampliação do âmbito da tutela jurisdicional, com a representação de interesses coletivos e difusos, e a terceira introduzindo um novo enfoque de acesso, por meio, inclusive, de iniciativas da sociedade e dos meios alternativos de resolução de conflitos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, 5 e 30).

São inegáveis os grandes avanços legislativos para facilitar o acesso dos pobres ao Judiciário, com a retirada de barreiras econômicas e com os diversos modelos de assistência judiciária gratuitas, tanto no Brasil quanto em Portugal. Em relação à primeira função, de democratização do acesso à Justiça, notoriamente focados na superação de obstáculos econômicos que dificultam o acesso dos cidadãos à jurisdição estatal, “Primeira Onda”, muito já foi feito. Advém dessas reformas, no Brasil, o dever a prestação de assistência jurídica, defensoria pública e advogado gratuito; isenção de taxas judiciárias, de custas e de despesas processuais (art. 5º, LXXIV); e a exigência de procedimentos e justiças especializadas para viabilizar o acesso dos mais pobres ao Poder Judiciário (art. 98, I, da CF), pela estruturação de uma rede prestação de assistência jurídica gratuita e de defensorias públicas em todo o país.

Todavia, uma noção contemporânea de acesso à Justiça envolve a cooperação de todos os envolvidos com o afastamento das barreiras que se colocam para o exercício dos direitos e faculdades processuais⁴⁷ e não se limita aos aspectos relacionados aos requisitos extrínsecos do exercício do direito de ação, impondo medidas legislativas e atuação incisiva dos que as aplicam para assegurar ao destinatário a tutela adequada e efetiva do seu direito substantivo.

2.3.2. O direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva

O Estado Democrático de Direito tem no acesso à Justiça um dos seus esteios, não se conformando com disposições meramente formais, pois dá uma dimensão de conteúdo à

⁴⁷ Miguel Teixeira de Sousa (SOUSA, de, 1997, 65) afirma que “o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ónus ou deveres processuais (cfr. artº 266º, nº 4)”. O dever, seria um dos efeitos anexos do princípio processual da colaboração.

tutela jurisdicional, integrando-a às liberdades clássicas e de natureza processual e aos direitos sociais, com intuito de viabilizar a efetiva participação do cidadão na sociedade, com a realização do direito de ação, conforme Marinoni (MARINONI, 2013, 854/5554), focado não mais na jurisdição, mas no acesso à justiça.

A retirada de obstáculos à efetivação da tutela jurisdicional, assim, mais do que permitir o acesso aos tribunais dos economicamente débeis, passa pelo reconhecimento de que os instrumentos processuais servem para atender a questões sociais e que é necessária a superação do modelo de direito processual civil tradicional, aparentemente neutro, mas que desconhece a desigualdade real das partes em determinadas controvérsias jurídicas (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, 5).

A prestação jurisdicional do Estado, segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero, precisa ser efetiva, isto é, produtora de resultados que representem a realização do Direito material posto, mesmo que não se apresente literal, como ocorre em interregnos ou vazios regulatórios, pela dificuldade do legislador de acompanhar a rapidez dos fatos (MARINONI, Arenhart e Mitidiero, 2015, 96). Necessita o Estado dar efetividade ao direito estabelecido, pois a confiança na atuabilidade desse direito é a base da segurança jurídica, um dos fundamentos do Estado Constitucional.

A garantia do acesso aos tribunais, já previsto nas constituições anteriores, era insuficiente para responder a uma demanda atual do conceito de garantia de acesso à Justiça. Por isso, conforme Gomes Canotilho, na Constituição de 1976, foi moldada em seu conteúdo pela forma do direito à tutela jurisdicional efetiva. As clássicas garantias, como direitos que são aos quais se agregam a qualificação de um caráter instrumental de proteção, no acesso à Justiça são traduzidas na tutela do direito subjetivo dos cidadãos de exigirem dos poderes públicos a proteção dos seus direitos e de obterem meios processuais adequados a essa finalidade (CANOTILHO, 2003, 396 e 433).

A atual concepção de acesso à Justiça, apreendida pela CRP, portanto, foi edificada sob uma visão material, atrelada ao conteúdo da tutela jurisdicional, definindo novos paradigmas para exercício do direito de ação, em oposição ao sistema positivo da primeira metade do século XX, que se conformava apenas com a tutela formal, de menor densidade.

A prestação jurisdicional satisfativa, de acordo com Marinoni, terá de apreciar o mérito da pretensão que lhe é posta, direcionando-se à realização do alegado direito material, afastando entraves processuais e enfrentando as alegações e as provas produzidas pelas partes, até os atos executivos, como manifestação do Estado. Essa compreensão material do art. 5º,

XXXV, da CRFB, que veda a exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito, endereça-se num plano negativo ao legislador, para que não afaste matérias da apreciação jurisdicional e que abstenha-se de opor obstáculos ao exercício do direito de ação, exigindo a eliminação de encargos de difícil transposição, taxas judiciais excessivas, ou o fim de instância prévia⁴⁸, garantias a um não fazer do Estado (MARINONI, 2013, 857/5554).

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, na referência constitucional brasileira, com efeito, divorciado do direito material controvertido, não seria suficiente para garantir a tutela jurisdicional modernamente concebida, para a qual não basta o recebimento da petição formulada pela parte interessada. Em sua atuação positiva, deve o legislador assegurar o exercício do direito de acesso à Justiça, por meio da criação de instrumentos apropriados, com ou sem comprovação do alegado direito, pois o direito de ação, compreendido como o direito à técnica processual adequada, não depende do reconhecimento do direito material.

Em relação aos magistrados, o amparo ao jurisdicionado se coloca no plano negativo, de forma a exigir que não se recusem a decidir sobre determinadas matérias e, no positivo, para que utilizem todos os instrumentos processuais necessários à prestação da tutela jurisdicional que lhe foi requerida, aptas a potencializar os benefícios prometidos pelo direito material, pois o direito de ação se realiza por meio da efetiva tutela do direito substancial. Dele se espera, como diz Piero Calamandrei (CALAMANDREI, 2000, 11), que encarne o direito, assegure na vida prática “aquela tutela que em abstrato a lei me promete” e que se torne “expressão concreta de vontade operativa através da sua palavra.”

2.3.3. A tutela jurisdicional em “casos difíceis” e em “casos trágicos”

O direito à tutela adequada e efetiva, como parte do direito fundamental de acesso à Justiça, não pode encontrar barreiras insuperáveis, ainda que os novos direitos surpreendam com a aparente ausência de instrumentos de tutela e que o resultado de dar vida ao direito possa significar uma contradição com outros direitos e valores tutelados.

Em casos de maior complexidade, por vezes, o juiz não tem sequer na lei uma opção elementar para a solução efetiva, por força de determinados interregnos ou vazios regulatórios, como alerta José Medina⁴⁹, como nos chamados “casos difíceis”, citando os

⁴⁸ A exigência de instância administrativa prévia é admitida como exceção na instância desportiva, conforme previsto na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em seu art. 217, § 1º.

⁴⁹ Sobre a dinâmica atual das relações jurídicas substanciais e a impossibilidade de regulação tempestiva, a exigir do juiz uma criatividade superior, segue oportuna citação de José Miguel Garcia Medina, retirada de texto de Zigmunt Bauman: “no momento, nós estamos em um interregno. Um interregno que significa, simplesmente,

“hard cases” da doutrina de Ronald Dworkin⁵⁰. Mesmo nesses, tem o juiz o dever de encontrar a solução no sistema jurídico, obtida das orientações constitucionais e do diálogo com outras ciências ou ainda com outras fontes legislativas.⁵¹

A maior dificuldade, para José Medina, ocorre quando se trata de “casos trágicos”, citando a expressão de Manuel Atienza, referindo-se àqueles em que não haveria solução possível que não sacrificasse algum valor tido como fundamental, jurídica ou moralmente, a demandar a resolução, “quase que exclusivamente com a ponderação de valores, e não apenas ponderação de princípios conflitantes”.⁵²

Por mais difícil que seja a realização, no plano concreto do direito substancial, esse é o compromisso de uma tutela efetiva, e do acesso à Justiça, não afastando, porém, o necessário apoio do órgão jurisdicional, pois, para Teixeira de Sousa (SOUSA, 1997, 65), “o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais (cfr. Art. 266º, n.º 4)”.

Em Portugal todos têm o direito de acesso aos tribunais “para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos” e a uma “decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo” (art. 20.º, 1 e 4, da CRP). Dentre as funções dos tribunais, enquanto “órgãos de soberania com competência para administrar a justiça” está o dever de “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” (art. 202.º, 1 e 2, da CRP).

O direito ao processo equitativo, presente no art. 20.º/4 da CRP e em dispositivos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6.º), do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civil e Políticos (art. 14.º) e na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 10.º), conforme Gomes Canotilho, tem origem remota no art. 39 da Magna Carta, ao referir ao

que a antiga maneira de agir não funciona mais, e novos modos de agir ainda não foram inventados. Esse é o interregno” (MEDINA, 2016, 82 e 89).

⁵⁰ Ronald Dworkin faz crítica aos positivistas pelo fato de que, em casos difíceis, “em que as leis e as regras do direito costumeiro (*common law*) são quase sempre vagas”, o juiz continua tendo o dever “de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”. E em casos em “que colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes”, criam uma norma como se legisladores fossem, defendendo que a decisão deva ser gerada por princípios e não por políticas. (DWORKIN, 2002, 127-132).

⁵¹ Cláudia Lima Marques propõe a aplicação no Direito brasileiro da teoria sobre o “diálogo das fontes”, com o uso de diversas fontes normativas para proteção de um determinado bem jurídico, com base na doutrina de Erik Jaime, mesmo em situações de aparente conflito de normas. Para a Marques, substitui-se com êxito a aplicação dos tradicionais métodos de resolução de conflitos aparentes de lei, hierárquico, cronológico e especialidade, pela coordenação de fontes com campo de aplicação convergentes. (MARQUES, 2014), p. 129-145

⁵² José Medina faz referência às lições de Manuel Atienza, na obra *As razões do Direito*, p. 335 (ATINZA apud MEDINA, 2016, 88-89).

direito a “um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país”, um clássico direito de defesa.⁵³

Posto apenas como garantia institucional, o acesso à via judiciária é um *direito fundamental formal*, a depender da interconexão com direitos fundamentais materiais, que “fornecem as *medidas materiais de protecção* por esses mesmos tribunais”, cuja eficácia da proteção exige que “não fique aniquilada em virtude da inexistência de uma determinação legal da via judicial adequada”. Sustenta Canotilho que “no direito de acesso aos tribunais inclui-se o direito de obter uma decisão fundada no direito”, favorável ou não, simples ou complexa, sob a lógica do direito aplicável, como definido na “Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (art. 7.º): a promoção do acesso à justiça inclui o direito à ‘emissão de pronúncias sobre o mérito das pretensões formuladas’” (CANOTILHO, 2003, 495-498).

Assim sendo, conclui-se que a ordem jurídica portuguesa absorve a técnica de julgamento proposta por Dworkin para a solução dos “casos difíceis”, criando um ambiente em que o juiz Hércules⁵⁴ terá os instrumentos adicionais no Texto Constitucional, nas normas internacionais incorporadas ou recepcionadas (art. 8.º da CRP) e nos precedentes judiciais para identificar o conteúdo e o alcance do direito aplicável aos casos mais complexos.

Os desafios tornam-se maiores na realidade brasileira, em que a previsão literal do acesso à Justiça, no art. 5º, XXXV, da CRFB, restringe a prestação jurisdicional aos casos de “lesão ou ameaça a direito”, a evidência menos amplo do que a previsão dos artigos 20.º, 1, e 268.º, 4, ambos da CRP, que preveem a tutela “dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos”. Em alguns casos, todos os instrumentos de tutela jurisdicional serão insuficientes, caso não se enfrente os impasses gerados pelas dificuldades de eficácia dos direitos de pessoas indeterminadas, os chamados interesses coletivos e difusos, e dos conflitos coletivos de trabalho, com restritas hipóteses de submissão à ação judiciária.

⁵³ Gomes Canotilho destaque que as origens do *dues process of law* conduzem aos esquemas garantíticos previstos no art. 39 da Magna Carta: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país”. (CANOTILHO, 2003, 495)

⁵⁴ A expressão juiz Hércules é utilizada a partir da figura criada por Dworkin, extraída da obra de Alex Pires como simbolismo de um julgador que utiliza como fundamento de suas decisões os recursos interpretativos disponíveis na ordem jurídica, criando teorias a partir de leis e precedentes, “resguardando não só os direitos individuais, mas principalmente a equidade contida no tratamento igual de casos assemelhados nas decisões” (PIRES, 2016, 483).

É possível que o acesso à Justiça para a efetivação de direitos fundamentais coletivos, como à efetiva negociação coletiva, o acesso ao local de trabalho para a prática sindical e a própria superação de barreiras para a solução de conflitos coletivos de trabalho, diante da recalcitrância ou má-fé de alguma das partes, na ordem juslaboral brasileira seja algum desses “casos difíceis”, pela ausência de elementos legais objetivos a garanti-los.⁵⁵

Com essa análise preliminar, vê-se que, assim como o ordenamento jurídico português, a ordem jurídica brasileira, seguindo a doutrina contemporânea, ao reconhecer o acesso à Justiça como um direito fundamental a uma tutela adequada e efetiva, compromete-se com a criação e aplicação de instrumentos processuais destinados à tutela de direitos materiais e à obtenção dos resultados prometidos pelo direito substancial.

2.3.4. O fenômeno do agigantamento do poder judiciário

A jurisdição estatal⁵⁶ tem enfrentado dificuldades para atender a demanda crescente de tutela de direitos e, mesmo convivendo com o gradativo crescimento de sua estrutura, equiparando-se em importância diante dos demais poderes, administrativo e legislativo, não tem conseguido dar respostas céleres e adequadas a muitos conflitos, como é o caso dos conflitos coletivos de trabalho.

Tragadas pela notória morosidade da jurisdição estatal trabalhista brasileira, as decisões para esses conflitos estão longe de atender a determinação constitucional da razoável duração do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da CRFB.

O processo de valorização do segmento judiciário e as suas paradoxais dificuldades caracterizam um fenômeno conhecido como “agigantamento do poder judiciário”, cuja origem mais provável, para Cappelletti (CAPPELLETTI, 1999, 39), exposto na obra “Juízes Irresponsáveis?”, está no crescimento dos estados com os avanços econômicos e sociais que caracterizaram o *welfare states* ou estado de bem-estar social, tipicamente um “estado

⁵⁵ Visto por outro ângulo, a aplicação da reforma trabalhista brasileira, de 2017, com dispositivos antagônicos sob o ponto de vista lógico e sistemático aos direitos fundamentais laborais, individuais e coletivos, podem ser caracterizada também como exemplo de “casos trágicos”.

⁵⁶ Gomes Canotilho restringe o conceito de poder judiciário à jurisdição de competência geral. Para o autor: “Através do conceito de poder judiciário pretende-se recortar o complexo organizativo da chamada magistratura ordinária tradicionalmente considerada como “magistratura comum” por ser dotada da competência geral para o julgamento dos feitos submetidos às decisões dos tribunais. Os outros tribunais com competências expressamente restringidas a determinadas matérias (exemplo: os tribunais administrativos, aos quais é confiada a função jurisdicional em “questões jurídico-administrativas” nos termos do art. 2 1 2.º/3; o Tribunal Constitucional, com competência, segundo o art. 22 1.º, para dizer o direito em “questões jurídico-constitucionais”), incluir-se-iam no poder jurisdicional mas não no poder judiciário (CANOTILHO, 2003, 661).

legislativo”⁵⁷. Com o advento dos direitos sociais e da intervenção do estado em diversos segmentos, a demandar um crescimento também do “estado administrativo” ou “estado burocrático”, por prestações legislativas, seria natural o crescimento da atividade judiciária.

Para Cappelletti, o agigantamento de uma das funções do estado não está limitado “ao campo do direito judiciário”, refletindo a expansão do estado como um todo, representando, “o necessário contrapeso [...] num sistema democrático de *"checks and balances"*, à paralela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno” (CAPPELLETTI, 1999, 19). O crescimento, para o autor, advém do exercício individual da atividade judicante, pois “na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade”, podendo ainda decorrer “do *grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciários” (CAPPELLETTI, 1999, 21-22).

Porém, em um Estado de Direito, o reconhecimento da existência de um “agigantamento do Poder Judicial”, não autoriza a realização pelo Poder Judiciário de atribuições de outros órgãos constitucionais, sem autorização normativa para tanto, na prática do “ativismo judicial”, consistente, conforme Luis Barzotto, na “desvinculação do juiz do direito expresso na lei” (BARZOTTO, 2017, 11).

Em Portugal, os tribunais foram concebidos, conforme o artigo 202.º, 1 e 2, da CRP, como “órgãos de soberania”, competindo-lhes “administrar a justiça em nome do povo”, para “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”.

Ao decidir atribuir a condição de “órgão de soberania” aos arrolados no artigo 110.º da CRP (Presidente da República, Assembleia da República, Governo e Tribunais), afastando o tratamento de “Poder Judicial”, conforme Gomes Canotilho, o constituinte de 1976 optou pela ordenação de competências e funções, separando a função jurisdicional, atribuída só aos tribunais, e afastando “a concentração ou a confusão entre quem faz as leis, quem as aplica e quem julga”, garantindo-lhe a liberdade e a independência⁵⁸. Embora em condição de igualdade com os demais órgãos de soberania, na vinculação às funções e competências

⁵⁷ Paralelamente, a jurisdição foi gradativamente incumbida de relevantes funções de controle do “legislador-gigante”, exercer o controle da constitucionalidade das leis e prover a *justiça administrativa*, no controle judicial dos atos do executivos e suas consequências (CAPPELLETTI, 1999, 39).

⁵⁸ Conforme Gomes Canotilho, “A independência dos tribunais é um daqueles *Kampfbegriffe* (“conceitos de luta”) de que está povoado o estado de direito”, tendo uma conotação antimonárquica, pois através dela “se combatiam as sentenças de direito e as sentenças de império proferidas pelo soberano”, a afirmar dois postulados: primeiro, de que o parâmetro para a resolução de controvérsias jurídicas deve estar pré-estabelecido abstrata e objetivamente (leis) e, segundo, de que “a resolução dos litígios deverá ser confiada a juízes dotados de uma posição jurídica independente perante os outros poderes” (CANOTILHO, 2003, 659-660).

constitucionais, na comparação dos tribunais com os demais órgãos constitucionais, há especificidades, dentre estas a condição dos juízes de “sujeitos à lei” (artigo 203.º da CRP). Aqui, não no sentido de submissão hierárquica aos órgãos legislativos, e sim à própria função judicial de “garantia, concretização e desenvolvimento do direito, revelado, em via inicial, por actos legislativos ou por actos de valor idêntico ou superior (convenções internacionais, normas comunitárias)” (CANOTILHO, 2003, 657-658).

Exercem os magistrados a “jurisdição”, definida por Gomes Canotilho como “a actividade exercida por juízes e destinada à revelação, extrinsecação e aplicação do direito num caso concreto”. Sob o ponto de vista orgânico-subjetivo, é atribuída “a titulares dotados de determinadas características (juízes)”, difundido entre vários juízes, concretamente considerados, onde cada um “dispõe diretamente do poder de jurisdictio”, consistente no “Princípio da polaridade individual do poder judiciário”, que qualifica o poder judiciário como “um complexo articulado de micropoderes” (CANOTILHO, 2003, 657-658 e 662).

Com base nesses limites constitucionais definidos especialmente nos artigos 110.º e 202.º da CRP, pode-se dizer que em Portugal não há margem para o “agigantamento do Poder Judicial”, no sentido de prática do “ativismo judicial”, com a realização de atribuições de outros órgãos constitucionais, já que a Constituição define as estritas funções e limites para a competência dos “órgãos de soberania”.

Situação diversa é a concretização de direitos pela interpretação judicial e o preenchimento de lacunas, dentro da margem autorizada pela Constituição, bem como a preocupação com a ampliação do acesso à Jurisdição, em face dos benefícios do reconhecimento e das dificuldades próprias de um processo de fadiga da capacidade do Estado de prover esse direito instrumental. Entre os efeitos do “agigantamento do poder judiciário”, estão os decorrentes do excesso de demandas que sobrecarregam a função judiciária estatal, a demonstrar que além de uma promissora valorização da atividade judicial, frente ao crescimento das funções legislativa e administrativa, expõem também a incapacidade do sistema estatal de resolução de conflitos de atender as expectativas de acesso à Justiça em um Estado Social.

É compreensível que o Estado Social seja um potencial gerador de direitos, caracterizado que é, no dizer de Lenio Streck e Bolzan de Moraes, “como aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político” (STRECK e MORAIS, 2010, 79). Como os direitos sociais não podem ser apenas “atribuídos” ao indivíduo, exigindo a permanente ação

do estado para promover os programas sociais, era inevitável a demanda aos juízes sobre o caráter preceptivo ou “self-executing” dos direitos (CAPPELLETTI, 1999, 41).

Para Cappelletti (CAPPELLETTI, 1999, 43-46), em um cenário “pluralístico-liberal”, de intensa política partidária e elevado número de parlamentares, com a paradoxal autoatribuição de tarefas e encargos, houve um desmedido aumento da legislação e um fenômeno de obstrução da função legislativa (“overload”), criando o descrédito e a transferência de atividades, levando as sociedades a alternativas, paralelamente aos meios estatais. As soluções encontradas, como é da natureza do Estado contemporâneo, foram absorvidas pelas ordens jurídicas modernas e algumas até reconhecidas como jurisdicionais.

A percepção das dificuldades do Estado para a prestação jurisdicional, o questionamento da sua legitimidade para normatizações setoriais e uma nova preocupação com o tratamento dos conflitos, apontam para outras técnicas de solução de conflitos, alternativas em relação ao aparato da Justiça estatal, que podem cumprir a função de tutela aos direitos fundamentais, com um importante impacto sobre a aplicação da lei substantiva (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, 5 e 11).

Essa necessidade de desconcentração da função jurisdicional na estrutura estatal, incapaz de responder com efetividade a muitos conflitos, é qualificada por Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, 2014, 412) como um obstáculo processual, objeto da “terceira onda” do que denomina movimento de acesso à Justiça. Afirma o autor a existência de nova espécie de “pobreza”, uma “pobreza organizacional, que, se não superada, tornaria de todo ineficiente a proteção judicial” (CAPPELLETTI, 2014, 408).

Em se tratando de conflitos coletivos de trabalho a pobreza organizacional se manifesta no Brasil por meio de um número excessivo de sindicatos fracos, protegidos pela estrutura de unicidade sindical que os tornou representantes de categorias profissionais, independentemente de associação e um futuro sombrio se vislumbra. A estrutura sindical tem sido alvo de medidas enfraquecedoras em relação às suas fontes de custeio, com a extinção do desconto compulsório das tradicionais contribuições sindical e assistencial, sem que lhes tenha sido afastado o dever da representação da categoria, impondo-lhe, ainda, novos ônus pela defesa judicial dos interesses de seus representados, na recente reforma trabalhista⁵⁹.

⁵⁹ A reforma trabalhista da Lei nº 13.467/2017 vedou o desconto de valores destinados aos sindicatos sem a prévia autorização do trabalhador e determinou a atuação como listisconsorte obrigatório em processos individuais e coletivos visando a anulação de cláusulas convencionais, além de determinar a responsabilização por custas processuais e honorários periciais e advocatícios em processos em que intervir em defesa de representados.

Esse fenômeno foi também identificado por Bolzan de Moraes e Lenio Streck, que apontam os obstáculos à concretização democrática com o advento do Estado Social, em que um dos limites de atuação se dá justamente pelo “alargamento participativo” e pelo acúmulo de demandas, a gerar uma frustração diante da “lentidão das respostas, sua insuficiência ou, ainda, pela ineficiência”. Conforme destacam, “à sobrecarga de demandas, viabilizada pela facilitação democrática, seguiu-se a defasagem quantitativa e/ou qualitativa das soluções propostas pelos métodos adotados para tal finalidade” (STRECK e MORAIS, 2010, 119).

A consolidação do acesso à Justiça como um direito fundamental e o surgimento de novas demandas por direitos substanciais carentes de tutela, a envolver direitos transindividuais, impôs ao Estado o dever de dotar a sua estrutura jurisdicional de mecanismos de solução de conflitos gerados por interesses difusos. Houve assim uma demanda pela ampliação do conceito de legitimação processual, com a inclusão de legitimados coletivos, e pela criação de instrumentos de tutela para proteção de direitos de massa, muitos tidos como direitos fundamentais, dos quais destacam-se a proteção do meio ambiente e dos consumidores.

Portanto, mesmo com as suas carências, tem o Estado o dever de adoção de medidas que levem ao pleno acesso à Justiça, com a superação de entraves e a criação de soluções que não dependam exclusivamente do protagonismo do Estado de Bem-Estar Social. Com efeito, para atender tais demandas, o Estado contemporâneo relativiza a sua soberania, com a emergência de novas relações sociais tendo sujeitos outros que não os “indivíduos isolados”, que assumem para si funções que se incluíam naturalmente no “rol do poder soberano do Estado” (STRECK e MORAIS, 2010, 145).

A criação de meios de tutela de bens jurídicos protegidos constitucionalmente, como os interesses difusos e a normatização autônoma trabalhista, é uma exigência da própria unidade da ordem jurídica e de uma ideia de harmonia interna, pois consagram direitos fundamentais. Há bens jurídicos, como aduz Fernando Silva (SILVA, 2008, 21), que funcionam como elo de conexão entre vários ramos do direito, colocados na proteção dos mesmos valores, e têm na tutela extrapenal um ponto de partida para a sua proteção.

Com essa dimensão, é inaceitável que o Estado brasileiro se abstenha de fornecer instrumentos para dirimir tais controvérsias ou se omita de dispor sobre os meios resolutórios alternativos e judiciais, como está a fazer com os conflitos coletivos, quando exige o comum acordo para conhecimento do dissídio coletivo econômico. Os direitos de acesso dos entes sindicais ao local de trabalho, à reposição do poder de compra dos salários dos trabalhadores e

aos danos decorrentes da má-fé na negociação coletiva, à falta de mecanismos de superação dos impasses negociais, direitos individuais dos entes sindicais que não se confundem com os simples interesses, objeto da normatização setorial, há uma lacuna regulatória.⁶⁰

Por outro lado, tende o Estado a transformar-se, com a utilização de iniciativas populares e a permeabilidade do Estado para soluções criadas pelos próprios interessados, reduzindo a sua soberania em proveito da ampliação do acesso à Justiça, que passa pela criação de organismos da sociedade e novos procedimentos, com o objetivo de apreciar e prevenir conflitos na sociedade contemporânea, fazendo emergir direitos substantivos, ao torná-los efetivos. Com esse acréscimo de experiências, buscar-se-ia a superação do denominado “obstáculo processual”, reconhecido por Cappelletti (CAPPELLETTI, 2014, 405-407), com a adoção de novas técnicas processuais, além dos já conhecidos e tradicionais métodos alternativos de resolução de conflitos (conciliação, mediação e arbitragem), por considerar que para determinadas questões, são inadequados os tipos ordinários de procedimento.

Há na legislação brasileira, ademais, um campo fértil para a introdução de técnicas alternativas endoprocessuais, não vinculativas, como incentivo a soluções em conciliações, mediações e arbitragem voluntária, fora das formas ora incipientemente utilizadas (extraprocessuais), vinculadas a fases pré-processuais e a processos judiciais em curso, com notícias de aplicação exitosa no Direito estadunidense.⁶¹

A admissão da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos também serve para atenuar os efeitos nefastos do agigantamento da função judicial, motiva-se, segundo Ricardo Pedro (PEDRO, 2015, 104), muitas vezes, devido “às dificuldades que a administração da justiça clássica tem apresentado no cumprimento do direito constitucional à tutela jurisdicional efectiva [...] nomeadamente, face a um cenário persistente de morosidade”.

O aperfeiçoamento do acesso à Justiça no Brasil tem alta relevância para uma política de solução de conflitos coletivos de trabalho. A incapacidade de vazão de entrega da tutela de direitos pela jurisdição estatal mina o exercício da cidadania pelo trabalhador, com a

⁶⁰ Sobre as consequências da má-fé na negociação coletiva, recomenda-se a leitura da dissertação de Mestrado em Direito do Trabalho, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), “**As consequências jurídicas imputáveis ao descumprimento de deveres anexos na negociação coletiva trabalhista**”, de Vitor Rocha Nascimento (NASCIMENTO, 2017).

⁶¹ Sobre a matéria, recomenda-se a leitura de artigo de Eugênio Facchini Neto sobre o uso das ADR nos Estados Unidos da América (FACCHINI NETO, 2011, 118-141).

impossibilidade de intervenção judicial em conflitos coletivos de trabalho, por ausência de meios para atendê-los com a celeridade exigida.

Essa dificuldade pode ter influenciado o afastamento da Jurisdição trabalhista do julgamento dos dissídios coletivos de natureza econômico, com a exigência do comum acordo introduzido no art. 114, § 2º, da CRFB pela Emenda Constitucional nº 45/2004, sem que os meios alternativos tivessem ainda sido implantados, de fato, para a solução de tais conflitos.

Por outro lado, além do fenômeno do agigantamento do poder judiciário, o quadro que ora se apresenta, no Brasil, para a resolução de conflitos coletivos é dos mais difíceis, também por conta da forma com que os direitos trabalhistas individuais e coletivos têm sido vistos pelos três poderes instituídos, particularmente, em relação à ação sindical e o exercício do direito de greve. Soma-se a isso a crise econômica estabelecida no país, com alguma variação, desde 2008, em que a redução do custo do trabalho tem sido posta como solução milagrosa para o crescimento da economia.

Embora não seja possível em uma primeira análise identificar todas as causas desse momento difícil vivido pelas relações laborais coletivas, alguns fenômenos são transparentes e podem ser enunciados para sustentar essas afirmativas.

2.4. A crise de identidade do Estado Social brasileiro

A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, fundado na Cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político (art. 1º, I a V, da CRFB) e que tem no ápice da sua estrutura judiciária o Supremo Tribunal Federal, a quem compete a guarda da sua Constituição (art. 102 da CRFB). O Direito Coletivo do Trabalho tem como objetivo a realização de conquistas aos trabalhadores, vistos em suas coletividades, sob as bases definidas nos fundamentos previstos na CRFB, como é próprio de um Estado Social, que intervém nas relações econômicas e sociais “para aproximá-las o mais possível da Justiça material” (Silva, 2015, 264).

O conjunto de alterações na legislação trabalhista e na jurisprudência do STF, criando instabilidade na organização sindical e a redução do patamar protetivo laboral, individual e coletivo, em detrimento de uma longa jornada de afirmação progressiva dos direitos dos trabalhadores, aponta para uma crise de identidade do Estado Social brasileiro e para um momento de tensão entre essas medidas e as garantias asseguradas constitucionalmente. Ainda que se compreenda a influência de fatores econômicos e sociais até mesmo na interpretação da norma jurídica, impondo-se na verificação da compatibilidade das novas medidas

legislativas a devida atenção à conjuntura em que foram introduzidas, já que para Gomes Canotilho nem o direito constitucional lhe pode ser indiferente⁶², a ordem constitucional, econômica e social, não se reconhece na reforma ora implantada.

A estrutura sindical brasileira, ao contrário das modernas legislações de países com referência democrática, como é o caso de Portugal, foi implantada sob o regime da unicidade sindical, seguindo ainda o modelo corporativista da *Carta del Lavoro* italiana, ao limitar a existência de um sindicato por categoria profissional dentro de uma área mínima de um município, conforme previsto no art. 8º, *caput*, da CRFB.

Esse modelo da Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, com a representação de toda a categoria profissional, independentemente de filiação, por opção do Constituinte originário de 1988, foi mantido na Constituição, aliado ao custeio do sistema com um desconto anual denominado “contribuição sindical”, de um dia de salário de todos os trabalhadores, impedindo a ratificação da Convenção nº 87 da OIT.

A Constituição democrática brasileira, embora mantenha conceitos modernos de liberdade e autonomia sindical, ressalvada a unicidade, recepcionou uma legislação infraconstitucional refratária à livre organização, com a limitação do número de dirigentes sindicais beneficiários de proteção no emprego, de três a sete membros e os respectivos suplentes (art. 522, CLT), qualquer que seja o porte dos entes sindicais. Sujeitou-os, ainda, a um rígido controle para o registro estatal, a pretexto de manter o respeito à unicidade sindical, com o registro no Ministério do Trabalho, que se presta ao controle político e a impedir o fracionamento das entidades e a criação de novos sindicatos, nas mesmas bases territoriais de outros já existentes. No entanto, paradoxalmente, o número de entidades sindicais supera o estratosférico número de quinze mil entidades. Destas, menos da metade manteve norma coletiva autônoma, no ano de 2016.

A negociação coletiva, por outro lado, não é devidamente estimulada, primeiro, porque a representação se dá independentemente de filiação sindical, sendo garantidos ao trabalhador os benefícios da norma coletiva, participando ou não do processo negocial, custeando ou não os custos da negociação coletiva. A contribuição sindical, apesar de gerar a acomodação de entes desidiosos, para os entes sindicais não é suficiente para custear os altos custos da

⁶² Conforme Canotilho, “A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”. (CANOTILHO, 2003, 338)

negociação coletiva e resiste a jurisprudência à estipulação de uma contribuição negocial ou por adesão, fixada em assembleia geral aos beneficiários das convenções coletivas, que não sejam filiados à entidade signatária.

Encobertas pelo paradoxal manto da unicidade e da autonomia sindical, as entidades sindicais entronam direções por reiterados mandatos, por até mais de trinta ou quarenta anos, sem que sejam viáveis a democratização e a eleição de alguma chapa de oposição, devido ao reduzido número de associados e o dispendioso processo eleitoral. Frutos dessa dificuldade, proliferam nas grandes cidades sindicatos milionários de trabalhadores representativos de categorias com mais de cem mil empregados na base, inacessíveis democraticamente, e com precária proteção normativa.

A recente reforma trabalhista, que enfrentou resistência da classe trabalhadora e dos segmentos especializados, como a Magistratura trabalhista e o Ministério Público do Trabalho, alterou o sistema de custeio sindical, vedando o desconto das contribuições sindical legal e assistenciais, que vem a ser a contribuição negocial referida, sem a autorização expressa do trabalhador. Essa alteração, no entanto, preocupou-se mais em minar a força dos entes sindicais, facilitando o processo de flexibilização, do que democratizar os sindicatos, tanto que manteve a obrigatoriedade da representação, de negociação e de prestação de assistência judiciária à categoria sem autorizar qualquer custeio, em contrapartida.

No Brasil não há uma tradição de organização sindical por local de trabalho, aos moldes portugueses, inexistindo regras que autorizem sequer o acesso de dirigentes aos estabelecimentos obreiros, e há ainda um forte temor com a exposição dos trabalhadores nas práticas sindicais, haja vista que impera na ordem juslaboral brasileira a livre despedida imotivada e há grande temor com a repressão antisindical. Por outro lado, a recente reforma trabalhista, ao regulamentar a representação dos trabalhadores nas empresas com mais de duzentos empregados, prevista originalmente no art. 11 da CRFB, cerceou expressamente a participação dos sindicatos no processo de eleição dos dirigentes e não conferiu à representação laboral qualquer atribuição no acompanhamento da gestão das empresas ou de participação na negociação coletiva.

Além disso, a nova legislação limitou os mandatos dos representantes locais, com proteção contra a despedida imotivada, em um ano, vedando a reeleição, o que direciona o trabalhador a uma convivência cordata com o empregador, inibindo um ativismo inerente à função, pelo fato de que findo o período para o qual foi eleito, terá de retornar à condição originária, sem qualquer proteção ao emprego.

As cláusulas das convenções coletivas, por outra sorte, têm seu prazo de aderência aos contratos de trabalho limitada à duração da norma coletiva, de no máximo dois anos, sem qualquer possibilidade de ultratividade (art. 614, § 3º, CLT), convivendo a precariedade das conquistas com uma jurisprudência muito restritiva ao direito de greve, por parte das decisões do STF. Com isso, a perspectiva de perda de todo o patamar protetivo da categoria profissional com a cessação obrigatoriamente pré-determinada da convenção faz com que os trabalhadores se sujeitem ao regramento que for imposto pelo empregador, acarretando o empobrecimento e o déficit normativo setorial de muitas categorias profissionais.

Entre as dificuldades conjunturais brasileiras à atuação das organizações dos trabalhadores, destacam-se o tratamento restritivo ao direito de greve por parte do Supremo Tribunal Federal e a iniciativa do Governo brasileiro e da sua base parlamentar majoritária de implantar uma reforma trabalhista, que teve como efeito a fragilização da competência da jurisdição trabalhista e o enfraquecimento da atuação sindical.

Como interpretações restritivas ao direito de greve, pode-se citar cinco decisões: (1) A extensão da vedação do direito de greve dos servidores militares (art. 142, § 3º, IV, CRFB) aos policiais civis, nos autos da Reclamação - Rcl nº 6568 (STF, 2008). (2) A extensão da vedação do direito de greve a outras atividades de Estado, como segurança pública e saúde pública, novamente nos autos na Reclamação – Rcl nº 6568, em 25/09/2009 (STF, 2009). (3) O veto ao direito de greve dos empregados de um hospital universitário, apesar da manutenção dos serviços e de 70% do efetivo, conforme o art. 11 da Lei nº. 7.783/89 (Lei de Greve), nos autos da Reclamação – Rcl nº. 24.597 (STF, 2018). (4) A determinação da competência da Justiça comum, federal ou estadual, para julgar a abusividade de greve de empregados da Administração pública direta, autarquias e fundações públicas, nos autos do Recurso Extraordinário - RE 846854 (STF, 2018). (5) E o prévio “corte do ponto” dos servidores públicos grevistas, salvo se decorrer de conduta ilícita do Poder Público, nos autos do Recurso Extraordinário - RE 693456 (STF, 2017).

Como exemplo de interpretação *in pejus* das normas coletivas podem ser colacionados dois acórdãos do STF, reconhecendo (1) a regra de quitação plena dos contratos de trabalho em acordos coletivos de despedidas incentivadas ou voluntárias, nos autos do Recurso Extraordinário - RE nº 590.415 (STF, 2017), e (2) a possibilidade de transação de direitos legais, por normas coletivas, mediante alguma compensação, nos autos do Recurso Extraordinário - RE nº 895.759 (STF, 2016).

O agravamento da insegurança dos trabalhadores quanto à manutenção das cláusulas negociadas e ao custeio dos entes sindicais é visto em duas outras decisões, (1) quando sustou o efeito da Súmula nº 277 do TST, que previa a ultratividade das normas coletivas, enquanto não substituídas por instrumento negocial ou por sentença normativa, em Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 323 (STF, 2016) e (2) quando o Min. Gilmar Mendes vedou a cobrança de contribuições negociais de não associados, no Agravo em Recurso Extraordinário - ARE nº 1018459 (STF, 2017).

Considerando essa linha de decisões, em especial sobre os dissídios coletivos de greves de servidores públicos celetistas, Cristiano Paixão e Ricardo Lourenço Filho (PAIXÃO e LOURENÇO FILHO, 2016) apontam a prática pelo STF do “direito do trabalho do inimigo”, em remissão às formulações do penalista alemão Günther Jakobs, que identifica tendência abolição de garantias penais reservadas aos cidadãos a determinados delinquentes.

Por outra sorte, percebe-se uma despreocupação do governo brasileiro com os vazios protetivos, como ocorre com os trabalhadores informais, ditos “parassubordinados”, inclusive com o incentivo à formação de vínculos autônomos com características de dependência, como fez a reforma trabalhista da Lei 13.467/2017, ao afastar expressamente a existência de vínculo empregatício em relação à figura do “autônomo exclusivo”.⁶³

2.5. O Estado Social Português

O Estado de Portugal, a toda evidência, é um Estado Social, e essa característica está estampada no seu Texto constitucional, entre outros pontos, quando afirma os seus princípios fundamentais e apresenta-se como uma República “baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 1.º da CRP) e como um Estado de direito democrático comprometido com a “efectivação dos direitos e liberdades fundamentais [...] visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa” (art. 2.º da CRP).

Como tal, assume o Estado entre as suas tarefas fundamentais o compromisso de “assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais” e de “promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses” (art. 9.º, *c* e *d*, da CRP).

A República que surge da Constituição de 1976, conforme Gomes Canotilho, orienta-

⁶³ Para uma análise mais acurada sobre o fenômeno da parasubordinação, recomenda-se a recente tese de doutorado de Leandro Krebs Gonçalves, pela Universidade de São Paulo (USP) (GONÇALVES, 2017).

se por princípios estruturantes que o “reconduz à «tríade mágica»: o homem como pessoa, como *cidadão* e como *trabalhador*”. Assume o Estado o propósito de proteger o indivíduo “na sua identidade e integridade física e espiritual através da vinculação dos poderes públicos a formas, regras e procedimentos jurídicos (princípio do Estado de direito)”. Prevê “o homem livre no processo de participação e decisão democráticas (princípio democrático e republicano)” e garantido dos riscos “através do acesso ao trabalho, à iniciativa económica e ao direito à segurança social (princípio do Estado social)” (CANOTILHO, 2003, 1185-1186).

Esses princípios estruturantes, segundo o escol de Canotilho, articulam-se complementarmente, de forma que “o poder político - «domínio de homens sobre homens» - carece de uma legitimação e justificação que só pode vir do povo”. Dessarte, “a forma democrática exige procedimentos, formas e processos de modo a evitar-se uma «democracia sem Estado de direito» ou um «Estado de direito sem democracia»”. Com essa compreensão, “a «decisão democrática» e a «forma de Estado de direito» não dispensam uma medida material - liberdade, igualdade, fraternidade - intrinsecamente informadora da «construção de uma sociedade livre, justa e solidária» (CRP, art. 1.º)” (CANOTILHO, 2003, 1186).

Nesse contexto, a estrutura jurídica da República portuguesa, fruto da atuação e da influência dos princípios estruturantes, em suas funções complementares e relações recíprocas, dirige-se para uma visão conteudista da democracia e do Estado. As tarefas do Estado, na orientação constitucional portuguesa, “devem ser entendidas no sentido de tarefas próprias do Estado de direito social” e a democracia não será vista apenas como “um procedimento formal de «escolha de governantes»”, mas como “objecto de enriquecimento material”, a exigir-lhe “não apenas uma organização política democrática mas também a realização de uma democracia económica, social e cultural” (CANOTILHO, 2003, 1186).

No campo do Direito do Trabalho, da solução dos conflitos coletivos de trabalho e, especificamente, da negociação coletiva, o Estado Social emerge voluntarioso da Constituição de 1976, com a consagração do princípio da segurança no emprego (art. 53.º), a adoção de um sistema de representação dos trabalhadores por meio das comissões de trabalhadores e da plena liberdade sindical, com entes dotados de direito de intervenção na própria formação da legislação laboral, assegurando aos sindicatos a contratação coletiva (arts. 54.º, r, c, 55.º e 56.º, 2, a, e 3). Foram ainda constitucionalizadas as garantias do direito de greve (art. 57.º), do Direito ao trabalho (art. 58), além de um rol de direitos dos trabalhadores, protegendo-os, entre outros riscos, contra a discriminação e os danos à vida privada, garantindo-lhes a conciliação das atividades profissionais com a vida familiar (art. 59.º, 1, b).

Desse rol específico de direitos tipicamente laborais, por sua vez, emergem um número significativo de comandos com eficácia de atuação nas relações de trabalho, individuais e coletivas, pois “os princípios estruturantes, bem como os subprincípios que os densificam e concretizam, constituem princípios ordenadores positivamente vinculantes” (CANOTILHO, 2003, 1187).

Ao mesmo tempo em que se identifica no Brasil a perda de referenciais constitucionais e uma conjuntura adversa à expressão coletiva dos direitos dos trabalhadores, ao ponto de ser atribuída ao STF a prática do “direito do trabalho do inimigo”, em Portugal, o ordenamento jurídico e o TCP continuam a afirmar os princípios constitucionais que alicerçam a garantia do emprego (inexistente no Brasil) e a autonomia coletiva, e que o Direito do Trabalho é criado e aplicado como um direito consagrador da cidadania. Essa condição é identificada com clareza no estudo de algumas decisões da mais alta corte portuguesa ao longo das três últimas décadas em que as balizas do Estado Social luso foram preservadas dos ataques neoliberais, mesmo diante da reforma trabalhista advinda do acordo firmado com credores internacionais no *memorando de entendimento* de 2011 (PORTUGAL, 2011).

Pode-se, assim, dizer que a República Portuguesa e o TCP possuem uma atuação efetivadora dos direitos e garantias dos trabalhadores, assegurando a preservação dos valores sociais da Constituição, inclusive, em face de eventuais ataques do legislador infraconstitucional. Como fundamento dessa afirmativa, elenca-se um rol afirmativo de institutos protetivos vistos na legislação local e em decisões da jurisdição constitucional.

Com forte conteúdo científico, as decisões do TCP realizam um estudo minucioso dos casos, sendo material de pesquisas não apenas da interpretação estrita dos dispositivos impugnados, como do conjunto de aspectos que envolvem os litígios, desde análise histórica, legislativa e jurisprudencial, até a colação da doutrina de autores consagrados.

O surgimento e a evolução na legislação portuguesa do princípio da garantia de emprego, v.g., foi objeto de estudo no acórdão n.º 107/1988 do Tribunal Constitucional Português (TCP, 1988), tendo origem em requerimento do Presidente da República Portuguesa para a apreciação preventiva da constitucionalidade do decreto da Assembleia da República n.º 81/V, que lhe foi submetido à promulgação como lei, com o objetivo de “*rever o regime jurídico da cessação do contrato individual de trabalho, do contrato de trabalho a termo e o regime processual da suspensão e redução da prestação do trabalho*”.⁶⁴

⁶⁴ A possibilidade de pedido de análise preventiva de constitucionalidade, formulado pelo Presidente da República

Segundo esse estudo, o advento do instituto da proteção ao trabalhador em caso de cessação do contrato de trabalho foi com a Lei nº 1.952, de 10 de março de 1937, que diferenciou os rompimentos contratuais unilaterais, por qualquer das partes, sem necessidade de declaração de motivos, mediante a obrigação de aviso prévio (artigo 10º), da denúncia por justa causa ou por motivos pessoais do trabalhador, disciplinares ou não, e das causas objetivas, como a decretação judicial da falência ou da insolvência civil (artigo 11º). Com o advento do Decreto-Lei nº 372-A/75, de 16 de julho, houve um gradativo aprofundamento da proteção contra a despedida sem justa causa ou sem “motivo atendível”, inaugurando na ordem jurídica lusa o *direito à reintegração* em caso de despedimentos declarados nulos. A redação do Decreto-Lei nº 84/76, de 28 de Janeiro, limita a possibilidade de denúncia do contrato de trabalho, pelo empregador, aos casos de justa causa apurada em processo judicial e às hipóteses de despedimentos coletivos⁶⁵, e na vigência da Constituição de 1976, a Lei nº 48/77, de 11 de Julho, consagrou em Portugal a proibição de despedimentos sem justa causa apurada em processo disciplinar (TCP, 1988).

Atualmente, com a redação da Lei n.º 1/82, de 30/09, o artigo 53.º da CRP consagra o princípio da segurança no emprego, dispondo que são “proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos”. Por isso, alerta Menezes Leitão, o contrato de trabalho em Portugal pode estender-se por toda a vida ativa, “adquirindo uma estabilidade pouco comum nos contratos de execução continuada” (LEITÃO, 2016, 113).

Foi exemplar a atuação do TCP para preservação dos princípios estruturantes, da garantia do emprego e da negociação coletiva na análise das impugnações a dispositivos da reforma trabalhista de 2011. Com a crise econômica e financeira em que esteve submerso o Estado português, estabeleceu-se o debate sobre as medidas impostas pelos credores internacionais. Participaram a representação dos trabalhadores, empregadores e de órgãos governamentais, no âmbito da “Comissão Permanente de Concertação Social” (PORTUGAL, 2018), respeitando, portanto, o direito de participação dos entes sindicais no debate da “elaboração da legislação do trabalho”, de “planos econômico-sociais” e de “participação em

ao TCP, para avaliação prévia de propostas legislativas, tratados internacionais submetidos à ratificação e acordos internacionais, prevista no artigo 278.º da CRP, também não possui parâmetro normativo na CRFB.

⁶⁵ Os despedimentos coletivos, antes regrados pelo Decreto-Lei nº 783/74, de 31 de Dezembro, possuem dois elementos essenciais, a abrangência de “uma *pluralidade* de trabalhadores da empresa” e de um fato relevante, uma “*razão comum* a todos eles”, a motivar o rompimento e a fundamentar a proteção, um “fenômeno homogêneo” desvinculado de questões subjetivas relacionadas ao comportamento dos trabalhadores, “mas apenas motivos inerentes à organização produtiva em que se inserem, por isso *exteriores* às relações de trabalho (Monteiro Fernandes, *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*, 1, 3ª ed., 1979, p. 322)”. (Portugal, 1988).

organismos de concertação social” (art. 56º, 2, *a, c e d*, da CRP), um “direito reflexivo”, ou seja, “definidor de vínculos com grupos e organizações” (CANOTILHO, 2003, 1153).

Não obstante o respaldo do debate social para as medidas flexibilizadoras da ordem juslaboral realizadas no período de 2011 a 2013, exigidas pelo “Memorandum de Entendimento sobre as Condições de Política Económica (MoU)” (PORTUGAL, 2011), assinado em 03/05/2011, pelo Estado Português, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Central Europeu e a Comissão Europeia (MoU), no “Programa de Assistência Financeira a Portugal”. As alterações focaram na ampliação das possibilidades de rompimento do vínculo de emprego, a supressão de feriados, a redução da remuneração da jornada suplementar, e flexibilização das hipóteses de compensação de jornadas e do banco de horas.⁶⁶

Apesar da acolhida da maior parte das medidas, o TCP decretou a inconstitucionalidade das regras facilitadoras do “despedimento por extinção do posto de trabalho” e do “despedimento por inadaptação”, que substituíam a obrigatoriedade de oferta de posto de trabalho alternativo e ainda afastava o critério da antiguidade na escolha do ocupante do posto de trabalho. Foram recebidas como afronta aos princípios constitucionais da “ultima ratio” e da “segurança no emprego” (art. 53º, CRP). Em relação a medidas que previam a prevalência das novas regras sobre as normas coletivas então vigentes, foi reconhecida a ofensa ao “princípio da autonomia coletiva” (art. 56º, CRP).⁶⁷ Pontuando os princípios constitucionais que restringem a atuação legislativa, o TCP reafirmou a República Portuguesa como um Estado Social, apesar da tendência mundial de fluidez das garantias juslaborais.⁶⁸

Demonstra-se ainda o comprometimento do ordenamento jurídico português com a efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores com o advento da Lei nº 63-2013 (PORTUGAL, 2013) que, mesmo após a reforma flexibilizadora de 2011, instituiu mecanismos de identificação de falsos contratos de prestação de serviços, combatendo a utilização da contratação ilícita de trabalhadores falsos independentes, para Viriato Reis, atendendo a Recomendação n.º 198 da OIT (Reis, 2015, 4).

⁶⁶ Sobre o tema, recomenda-se a leitura do artigo “O Olhar do Tribunal Constitucional Sobre a Reforma Laboral - Algumas Reflexões” (RAMALHO, 2014, 759-765).

⁶⁷ Com relação à aplicação das normas previstas na reforma trabalhista reduzindo direitos previstos em contratos individuais, não se manifestou, entendendo não ter sido provocado motivadamente, deixando em plena vigência os dispositivos (RAMALHO, 2014, 759-765).

⁶⁸ O estudo dos acórdãos que apreciaram a constitucionalidade das medidas introduzidas pela reforma trabalhista portuguesa baseou-se nas seguintes decisões do TCP: Acórdão N.º 602/2013 (TCP, 2013), Acórdão N.º 635/2013 (TCP, 2013). Foi ainda analisada, decisão anterior, diante da flexibilização da jornadas de trabalho e do “banco de horas”, pela Lei portuguesa n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, no Acórdão N.º 338-2010 (TCP, 2010).

2.6. O descumprimento das promessas do Estado Social

Por tudo que foi visto até este momento, percebe-se que as organizações de trabalhadores, titulares de direitos fundamentais coletivos e legatárias de séculos de lutas e conquistas sociais, historicamente têm se submetido a graves retrocessos e chamadas a cobrir a conta do crescimento econômico com a retirada dessas conquistas, com a flexibilização de seus direitos e com a permanente ameaça de retirada de garantias, a cada crise política ou econômica.

Esse tratamento é visto nas ações políticas no período investigado, em que as concessões legislativas aos trabalhadores foram feitas sempre com o propósito de evitar um mal maior ou de minorar os danos aos interesses de domínio econômico, e em que a retirada de direitos e da própria liberdade sindical comumente acompanha momentos de tensionamento entre a liberdade e a igualdade.

A tutela dos interesses difusos é um importante meio de participação do cidadão, tanto vindicando a tutela de interesses difusos e coletivos quanto a probidade na gestão da coisa pública, vinculando-se a atuação à noção de democracia participativa⁶⁹.

Os resultados da análise das estruturas de acesso à Justiça fornecidas pelo Estado brasileiro também demonstram que a jurisdição trabalhista não responde à necessidade de tutela coletiva de direitos constitucionalmente assegurados, por falta de meios de assessoramento, de modelos de ações judiciais aptas à tutela de interesses de grupos e de resolução de impasses na solução de conflitos coletivos de trabalho.

As instituições responsáveis pela garantia da tutela dos direitos dos trabalhadores, os sindicatos, a Administração Pública e o Poder Judiciário não têm sido eficazes para a entrega de uma proteção progressiva da liberdade e da igualdade nas relações laborais, sem alternativa de acesso a soluções heterocompositivas para evitar os danos pela fragilidade das condições em que se estabelece a negociação coletiva no Brasil.

Ao menos em tese, por tudo que foi pesquisado até aqui, não se vislumbra que sofram os trabalhadores portugueses de um “déficit organizacional” e que tenham problemas para a defesa de seus interesses, afinal, possuem em geral a garantia de emprego, gozam da faculdade de organização por local de trabalho, vivem em um regime de liberdade sindical e possuem um elenco de meios de acesso à Justiça, com todos os benefícios de um Estado Social que ainda mantém incólume a proteção dos trabalhadores.

⁶⁹ Para Jorge Miranda, “Cidadania significa ainda, mais vincadamente, a participação em Estado democrático. Foi nesta perspectiva que o conceito foi elaborado e se difundiu com a Revolução americana e a Revolução francesa.” Op. Cit, p. 102.

Em Portugal, a defesa dos interesses difusos por litigantes individuais é outorgada pelo art. 52.º, 3, da CRP, dentre os “direitos, liberdades e garantias de participação política”, sendo assegurada a possibilidade de, pessoalmente ou por meio de associações, exercer “o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização”. Havendo a atuação consorciada de legitimados individuais e coletivos, em se tratando de colegitimação, competirá ao julgador, na avaliação de eventual dano, ponderar com um juízo de razoabilidade e proporcionalidade o alcance da indenização.

Com alternativa de legitimação individual ou coletiva, a ação popular portuguesa, supera, nos âmbitos subjetivo e material, a homônima brasileira, sendo autorizada “para promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural”, assim como para “assegurar a defesa dos bens do Estado” (art. 52.º, 3, a e b, da CRP). Promove uma ampla tutela dos direitos difusos e coletivos, exercíveis diretamente pelo interessado ou por legitimação coletiva, sendo passível de ser utilizada para defesa de direitos tipicamente trabalhistas.

A ação popular brasileira, outrossim, dependente exclusivamente da atuação individual, dirige sua competência material apenas a “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural” (Inciso LXXII do artigo 5º da CRFB), dificilmente aplicável a preservação de direitos dos trabalhadores, em sentido estrito.

Os trabalhadores brasileiros, de outra parte, sofrem os efeitos do agigantamento do Poder Judiciário e da desestruturação dos seus direitos, diante de uma jurisprudência do STF restritiva aos meios de manutenção dos entes sindicais e ao exercício do direito de greve pelos trabalhadores, além das reformas da legislação trabalhista, sempre buscando atingir a rigidez de suas conquistas.

Ao fim, percebe-se que as instituições encarregadas de assegurar as garantias dos princípios da Justiça, previstos na teoria de John Rawls, oscilam entre assegurar aos trabalhadores e às suas organizações representativas os direitos civilizatórios criados pelo Direito do Trabalho aos cidadãos trabalhadores e a aplicar o rigor de interpretações restritivas aos moldes de um direito do trabalho do inimigo.

Logo, a superação do quadro de desproteção coletiva dos trabalhadores brasileiros é necessária para que se tenha uma perspectiva, se não de paz e progresso, de proteção do chamado patamar civilizatório mínimo contra o retrocesso social.

Conclusão parcial

Ao concluir o segundo capítulo, percebe-se que a organização do Estado a partir das teorias contratuais dirige-se para uma crescente efetividade dos valores e princípios da liberdade e da igualdade, aproximando esses dois valores em um conceito de liberdade com conteúdo de igualdade, onde o foco da proteção das instituições sociais são os direitos fundamentais, que os consagram como objetivo primeiro de uma sociedade organizada.

Os conflitos coletivos de trabalho são expressão de uma liberdade conquistada, notadamente, ao longo dos últimos dois séculos, para construção de uma crescente igualdade para o trabalhador, com a obtenção de melhores condições de trabalho e de distribuição da riqueza que ajuda a produzir, elevando o patamar civilizatório com a autonomia coletiva e normatização setorial negociada.

Entretanto, assim como o Direito do Trabalho, as manifestações coletivas dos trabalhadores, tais como a negociação coletiva, o direito de greve e a estrutura das suas organizações representativas, sofrem os efeitos de uma nova concepção desregulamentadora e flexibilizadora da rigidez da proteção estatal, representadas na atuação do poder público em suas atividades executivas, legislativas e jurisdicionais.

Há um quadro que aponta para uma crise do próprio Estado Social, particularmente maior se vista a atual conjuntura brasileira, pois as instituições encarregadas de garantir o exercício da cidadania e dos direitos fundamentais dos trabalhadores estão empenhadas em movimentos retrocedentes em relação à proteção estatal, contrariando o caráter progressivo desses direitos.

Mesmo sofrendo os efeitos de uma crise econômica e financeira, que o fez depender de recursos internacionais para solver seus compromissos e ceder a imposições dos seus credores, em troca do socorro financeiro⁷⁰, Portugal vem mantendo os seus compromissos

⁷⁰ Nesse sentido, Guilherme Dray, em solo brasileiro, em 20/04/2018, em palestra assistida pelo signatário, realizada na Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em Porto Alegre, RS, afirmou, que a negociação governamental ocorrida em 2011 em momento algum passou pelo aperfeiçoamento da legislação laboral, mas tratou-se de simples retribuição em redução dos custos do trabalho, com propósito apenas econômico, da ampliação da margem de lucro dos acionistas dos agentes financeiros. Na ocasião, para o conferencista, “o governo assumiu além da troika, o chamado “direito de trabalho de exceção”, com a flexibilidade de direitos e ruptura com o que se tinha como direito do trabalho, com a diminuição dos salários e

constitucionais, assegurando o acesso à Justiça e agregando proteção, como nos processos de reconhecimento de vínculos de trabalho em relação a falsos autônomos, pelo que não se pode falar, com segurança, em descumprimento das promessas do Estado Social.⁷¹

Tal como em Portugal, o Estado brasileiro deve comprometer-se com a manutenção de um elenco de meios de resolução desses conflitos de interesse, incluindo meios interventivos administrativos e de atuação jurisdicional estatal, haja vista que em caso de graves impasses e de insubsistência de uma solução negociada, tem os trabalhadores e as suas entidades representativas o direito de acesso à Justiça para solução pacífica dos seus conflitos.

das compensações sobre o despedimento admitido e a facilitação para hipóteses de despedimento, só contidas pela atuação Judicial”. Citou como exemplo as decisões dos acórdãos 353/2012, 187/2013 e 602/2013 do TCP.

⁷¹ Ao afirmar-se que ainda não se pode estabelecer a quebra da promessa do Estado Social em Portugal, não se está a desconhecer as alterações legislativas e o questionamento nas últimas três décadas, quase em todo o mundo, ao que se denomina “a crise do Estado Social”, objeto de estudo de autores como Pierre Rossanvalon, para quem “O surgimento de uma nova questão social traduz-se pela inadaptação dos antigos métodos de gestão do social, como testemunha o fato de que a crise do Estado Providência, diagnosticada no fim dos anos 1970, mudou de natureza, iniciando uma nova fase a partir do princípio da década de 1990. Além dos problemas lancinantes de financiamento, e das disfunções sempre onerosas dos aparelhos estatais, são discutidos os princípios fundamentais da organização da solidariedade e a própria concepção dos direitos sociais. Portanto, trata-se de um problema de natureza filosófica que temos diante de nós.” (Rosanvallón, 1998, 23).

3. A RELEITURA DOS MEIOS DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO

Vê-se na abordagem dos primeiros capítulos que, para assegurar a proteção prometida ao cidadão trabalhador pelo Estado Social, deve o Estado reconhecer a legitimidade dos conflitos coletivos de trabalho e a sua importância para a paz social, para o progresso econômico e para a garantia da liberdade e da igualdade, bem como exercer o seu papel de garantidor dos direitos fundamentais, por meio das suas instituições sociais encarregadas de prover os valores da Justiça.

A partir deste terceiro capítulo serão analisadas as alternativas do Estado diante dos conflitos coletivos de trabalho de difícil superação, com a apresentação dos meios alternativos de resolução de conflitos, priorizando o estudo dos meios heterocompositivos, como o juízo arbitral e a intervenção do Estado pela via administrativa ou judicial.

Pretende-se contribuir para a compreensão da importância da atuação do Estado na resolução dos conflitos coletivos de trabalho, com o estudo dos instrumentos resolutórios utilizados em países democráticos, em especial, nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, desde o fomento aos meios adequados de resolução de litígios laborais, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, até a intervenção impositiva, nas formas e limites compatíveis com as legislações luso-brasileiras.

3.1. A complexidade da heterocomposição por meios alternativos

A análise dos meios de resolução de conflitos coletivos de trabalho é complexa, principalmente, em face dos muitos interesses contraditórios que os envolve, seja pelas partes, polos contrapostos social e economicamente, resultado da luta histórica entre o capital e o trabalho, seja pela natureza da controvérsia, imposição de interesses que, em geral, têm de ser conquistados com mobilizações, mas que costumam gozar da proteção constitucional, como direitos fundamentais, tanto nos métodos quanto no conteúdo.

O Estado brasileiro tem um largo histórico de intervenção nos conflitos coletivos de trabalho, mas pela influência das concepções flexibilizadoras sobre as suas instituições tem resistido em intervir nessas relações, restringindo, inclusive, o acesso à Justiça estatal para a solução dos impasses negociais, o que aumenta a importância dos meios alternativos de resolução de conflitos que serão a seguir estudados.

O Estado de Portugal, no entanto, em direção oposta, quanto à intervenção nos conflitos coletivos de trabalho, atua para assegurar a isonomia entre os trabalhadores, a paz

social e o progresso econômico, bem como para evitar a anomia setorial em caso de caducidade das convenções coletivas, além de em outras hipóteses de envolvimento do interesse público. Possui, para isso, um conjunto de ferramentas heterocompositivas, utilizáveis até mesmo à revelia de uma ou mais partes do conflito, como nos Instrumentos de Regulação Coletiva de Trabalho não negociais, em decisões das arbitragens obrigatória e necessária, que são meios de intervenção governamental para a solução de litígios, e a normatização administrativa para determinadas coletividades de trabalhadores, por meio das portarias de extensão e de condições de trabalho, pela regulamentação administrativa sobre as condições de trabalho controvertidas.

3.1.1. O reconhecimento dos meios adequados de resolução de conflitos

O Brasil, desde a reforma constitucional da EC 45/2004, que condicionou o acesso ao dissídio coletivo de natureza econômica ao comum acordo, com a nova redação do art. 114 da CRFB, rejeita a solução judicial como via unilateral de tratamento de conflitos coletivos de trabalho, embora tenha mantido um sistema de intervenção judicial em conflitos coletivos por mais de sessenta anos.

Talvez, em face do uso desmedido da intervenção oficial, desde a fundação da Justiça do Trabalho, em 1939, o país, paradoxalmente, possui um sistema juslaboral muito incipiente em métodos indutivos à negociação coletiva e de pouco fomento para o uso dos meios alternativos de resolução de conflitos laborais, em regra desconhecidos dos entes coletivos. Por outro lado, apesar do pouco uso desses meios no Brasil, esses mecanismos têm tido um crescimento expressivo em outros segmentos do Direito, notadamente para a composição de conflitos entre pessoas jurídicas, ou coletivas, na linguagem legislativa portuguesa.

O crescimento dos métodos resolutórios denominados alternativos aponta para a crise da tutela jurisdicional estatal, realidade vivida no Brasil, cuja jurisdição trabalhista nos últimos anos viveu um colapso, gerado pelo expressivo aumento de demandas e por uma dificuldade para entregar a prestação jurisdicional, garantindo aos cidadãos o pleno acesso à Justiça, visto como a prestação adequada e efetiva para os conflitos que lhe são submetidos.

As dificuldades e contradições existentes no acesso à Justiça para a resolução dos conflitos coletivos de trabalho, em especial em um mundo globalizado e em um momento de flexibilização das relações de trabalho, exigem uma releitura dos processos tradicionais de solução para tais controvérsias.

Essa atuação deve ser direcionada a incentivar o uso de meios autônomos, propiciar a consolidação dos meios alternativos, e movimentar a estrutura administrativa estatal, por meios indutivos à conciliação e mediação e, se necessário por medidas administrativas, provisórias, levadas a efeito para regrear condições setoriais.

Não deve ser descartado, até mesmo, o acesso à jurisdição estatal, diante da relevância desses conflitos para a realização de direitos fundamentais, para a paz social e para o progresso econômico da sociedade.

3.1.2. Os meios alternativos como instrumento de acesso à Justiça

A tradicional jurisdição estatal vive uma crise gerada pelo crescente aumento de demandas e pelas dificuldades de entrega da efetiva prestação jurisdicional, garantindo aos cidadãos o pleno acesso à Justiça, visto este como uma prestação adequada à solução dos conflitos que lhe são submetidos.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, ao vedar a autotutela, assume o Estado o dever de prestar tutela jurisdicional idônea aos direitos, e ao afirmar a inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV, CF), a Constituição brasileira afirma a existência de direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva, promessa reproduzida no art. 3º, *caput*, do NCPC, que inclui os meios de resolução de conflitos adicionais ou alternativos à jurisdição estatal. O compromisso decorre da inclusão dos meios alternativos de resolução de conflitos no conceito de tutela jurisdicional adequada e efetiva, a ser prestigiada na sociedade civil, fora da jurisdição estatal, sob pena de esvaziar não só o direito à tutela jurisdicional (plano do direito processual), mas também o próprio direito material, isto é, o direito à tutela do direito (plano do direito material)” (MARINONI, Arenhart e Mitidiero, 2015, 92 e 95).

Sob o ponto de vista jusfilosófico, os meios alternativos são uma demanda do cidadão que exige o respeito das autoridades estatais às suas opções, já que as soluções verticalizadas, impostas pelo Estado não são necessariamente as mais adequadas ao conjunto da sociedade. O Estado impõe as suas normas gerais e abstratas e a sua jurisdição aos cidadãos, que muitas vezes não se reconhecem nos modelos de comportamento previstos nas normas estatais, incompatíveis com a realidade fática dos comportamentos. Como afirma Diogo Leite de Campos, a sociedade questiona a autoridade da norma legal estatal, geral, abstrata e uniformizadora de condutas, feitas por um Estado distante e sob influência de fortes grupos de pressão, que “aparece muitas vezes como resultado de uma contratação, de um contrato social reduzido a cada vez menos actores, fraccionando o ordenamento” (CAMPOS, 2007, 41).

O Estado, segundo Diogo Campos, ainda resiste à sua condição de mero instrumento da sociedade civil, colocando limitações à escolha dos meios ditos alternativos de resolução de conflitos, quando é o Estado e os seus tribunais que precisam de justificação para excluir o direito e as jurisdições escolhidas pelas partes (CAMPOS, 2007, 42). Para o autor, o cidadão que faz os seus contratos tem o direito de escolher os meios de resolução dos seus conflitos, afastando-se do monopólio jurisdicional estatal, pois a sociedade está em uma fase de questionamento das funções do Estado, tendente à superação da “configuração “utópica” de um juiz, erudito objectivo, racional e ilustrado, subsumindo todos os casos nas factualidades típicas previstas nas leis” (CAMPOS, 2007, 43).

Em seus resultados práticos, são muitas as vantagens dos meios alternativos de resolução de conflitos, sobretudo os meios autocompositivos, como a conciliação e a mediação, em relação à jurisdição estatal, reconhece a doutrina brasileira e portuguesa. Dentre os méritos, arrola Barrocas o fato de serem mais flexíveis, podendo tratar de interesses e não de direitos, e mesclar modalidades; a condição resolutiva mais ágil do litígio; a maior especialização e a redução de custos; o elevado padrão de êxito; a prioridade para manter a relação entre os litigantes; e a confidencialidade dos temas tratados (BARROCAS, 2013, 83).

Para Mauro Cappelletti nos meios alternativos há uma maior proximidade com aspectos da justiça coexistencial, sendo mais adequados para o tratamento de conflitos entre pessoas que convivem socialmente, nas chamadas “instituições totais”, como escolas, bairros urbanos e em locais de trabalho, onde as pessoas continuarão em contato diário. Em tais casos seria “por demais difícil a *avoidance*, ou seja, a fuga da instituição, porque implicaria mudança de trabalho, de escola, de residência”, sendo a solução conciliatória ou coexistencial mais vantajosa. Isso, na visão do autor, também poderia explicar a larga utilização dos métodos autocompositivos em sociedades primitivas, “em que a *avoidance* poderia significar a perda daquele tipo de família, tribo, solidariedade local, que, nessas sociedades, é frequentemente condições *sine qua non* de sobrevivência” (CAPPELLETTI, 2014, 416-417).

O uso dos meios alternativos de resolução de conflitos tem sido objeto de formulações teóricas em investigações sobre ampliação das formas de acesso à Justiça, notadamente a partir das premissas propostas pela investigação de Mauro Cappelletti, para quem é necessário compreender-se que “em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal – o tradicional processo litigioso em Juízo – pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação de direitos” (CAPPELLETTI, 2014, 412).

Reconhece o autor que “essa ideia decerto não é nova: a conciliação, a arbitragem, a mediação foram sempre elementos importantes em matéria de solução de conflitos”, mas há, no entanto, “um novo elemento consistente em que as sociedades modernas descobriram novas razões para preferir tais alternativas”, que expressariam “a própria essência do movimento de acesso à Justiça, a saber, o fato de que o processo judicial agora é, ou deveria ser, acessível a segmentos cada vez maiores da população”. Conclui o pesquisador, com o ensaio autônomo em relação às suas tradicionais obras compiladas, que esse é “o preço do acesso à Justiça, [...] da própria democracia: um preço que as sociedades avançadas devem sentir-se dispostas a (e felizes em) pagar” (CAPPELLETTI, 2014, 412-413).

3.1.3. Das “A.D.R. - Alternative Dispute Resolution”

Nos Estados Unidos da América, conforme Facchini Neto (FACCHINI NETO, 2011, 120-121), há uma grande preocupação com a superação de conflitos a partir do entendimento das partes, com a manutenção das relações sociais, razões que levaram o legislador a criar um conjunto de medidas acessórias ao processo judicial, para a composição dos conflitos.

Segundo o autor, “mais do que em qualquer outro país, é acentuada a tendência de se implementar meios alternativos de resolução de litígios, genericamente nominados de *A.D.R. - Alternative Dispute Resolution*”, com ganhos sobre o processo judicial, pois “enquanto o processo judicial volta-se para o passado, revolvendo a relação litigiosa, as ADR olham para o futuro, aproximando-se do ideal de justiça coexistencial” (FACCHINI NETO, 2011, 123).

A prática dos meios alternativos na América do Norte é viabilizada por um significativo elenco de procedimentos de ADR, a maioria com participação facultativa e poucos obrigatórios, sem que em qualquer hipótese o resultado seja vinculante, já que a parte interessada pode requerer um novo julgamento pela justiça estatal, valendo, no máximo, como uma “condição de procedibilidade da ação civil” (FACCHINI NETO, 2011, 121).

Regidas pela lei federal “*Alternative Dispute Resolution Act of 1998*”, os meios alternativos estadunidenses abrangem processos ou procedimentos em que terceiro, não Juiz togado, através de certos procedimentos, auxiliam na resolução de questões controvertidas, superando a “complexidade, o tecnicismo, além dos custos elevados, do tradicional processo judicial norte-americano”. Tratam-se de “*tentativas* orientadas a encontrar um modo mais econômico e rápido de solução dos litígios” (FACCHINI NETO, 2011, 119).

Apesar desses argumentos favoráveis, de acordo com Facchini Neto, há também críticas que apontam para o intuito de retirar dos órgãos regulares de justiça os chamados

“*garbage cases* (casos-lixo)”, de reduzido valor econômico e de pouca relevância para o “progresso da ciência jurídica”, liberando a justiça ordinária para lides de maior dimensão “para a elite política e econômica (*establishment*)”. Registram, igualmente, os críticos, uma preocupação do Estado, antes de qualquer outra intenção, em conter, via ADR, “o ativismo judicial que vinha se manifestando em certas áreas muito importantes para o *establishment*”, como nos casos da tutela do consumidor (SILVESTRI apud FACCHINI NETO, 2011, 123).

Essas críticas devem ser consideradas na implantação dos meios alternativos em cada país, haja vista que o objetivo maior da implantação desses métodos deve ser a ampliação e a efetivação do acesso à Justiça, e não a busca de estabilidade social pela contenção do ativismo de juízes ou pela adoção de meios de segregação de determinados casos de uma tutela jurisdicional estatal⁷².

3.1.4. O uso dos meios alternativos nos sistemas luso-brasileiro

Essa temática também é objeto de estudos em Portugal e no Brasil, havendo sintonia da doutrina luso-brasileira, notando-se uma preocupação dos legisladores com a inclusão dos meios alternativos de resolução de conflitos, enquanto componentes de um conjunto de instrumentos que viabilizam o acesso à Justiça, até o momento, sempre como acréscimo a esse direito fundamental.

Gomes Canotilho entende interessar ao estudo da jurisdição e da solução de conflitos definir se “a *jurisdição*, a *função jurisdicional* e a *reserva de juiz*, recortados na Constituição, constituem um sistema fechado ou se os esquemas de organização do poder judiciário estão abertos a novas formas de composição dos conflitos”. Para o autor, a tradicional forma de solução dos conflitos, por meio dos tribunais e “mediante decisão de um juiz imparcial é considerada, hoje, como incapaz de assegurar, só por si, a paz jurídica e de garantir em tempo razoável alguns direitos e interesses das pessoas” (CANOTILHO, 2003, 672).

Em Portugal, segundo Manuel Barrocas (BARROCAS, 2013, 71), houve uma abertura na última década para a implantação dos meios alternativo de resolução de conflitos, com disposições legais que preveem expressamente a sua utilização, com regimes híbridos, ora de forma obrigatória ora de uso facultativo, destacando-se os sistemas de mediação laboral e dos julgados de paz. Os Juizados de Paz, instituídos pela Lei n.º 78/2001, de 13/07, com a redação

⁷² Luis Barzotto (BARZOTTO, 2017, 23-24), a propósito do “ativismo judicial”, crítica o “neoconstitucionalismo”, particularmente quanto à formulação da “teoria baseada em direitos” de Dworkin. Para o autor: “O neoconstitucionalismo é um semiconstitucionalismo no sentido moderno do termo: ignora completamente as questões referentes à articulação dos poderes e centra sua atenção somente na proteção dos direitos”.

atualizada pela Lei n.º 54/2013, de 31/07⁷³, embora constituam verdadeiros tribunais, utilizam métodos de mediação destinados a evitar uma solução jurisdicional do litígio, especialmente em áreas de pequena litigiosidade. Dentre outros mecanismos de incentivo à participação das partes na resolução do próprio litígio, estão a previsão de pré-mediação e a prioridade para os institutos da mediação e da conciliação, com a ausência de juízes togados, substituídos por portugueses com mais de 30 anos e com licenciatura em Direito, entre outros requisitos (artigos 16.º, 23.º, 49.º e 51.º da atual redação da Lei n.º 78/2001, de 13/07).

Para avanço dos sistemas de conciliação, mediação e arbitragem voluntária, legislou sobre aspectos gerais da Mediação, por meio da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril, assegurando a executividade dos acordos de mediação (art. 9.º, 1), além de atualizar a Arbitragem Voluntária, com a Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, garantindo eficácia de sentença às decisões arbitrais sobre direitos patrimoniais e não patrimoniais passíveis de transação (art. 1.º, 1 a 5), inclusive por meio da criação privada de centros de arbitragem (art. 62.º).

A regulamentação do dispositivo constitucional que consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, no novo Código de Processo Civil – NCPC (Brasil, 2015), arrola dentre os instrumentos a conciliação, a mediação e a arbitragem, como institutos destinados ao acesso à justiça (art. 3º, *caput*). Também com o comando à valorização da solução consensual, trazida pelo § 2º, e sobretudo, da cláusula geral de abertura para a utilização e a livre implantação de métodos alternativos, dentro do próprio Judiciário, prevista no § 3º.⁷⁴ A essas medidas, somam-se a criação e a atualização de seus principais institutos, tais como: a atualização da Lei da Arbitragem (Lei Nº 9.307, de 23 de setembro de 1996) pela Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, e da Lei da Mediação (Lei Nº 13.140, de 26 de junho de 2015) que autorizam o seu uso inclusive na administração pública direta.

Vê-se assim que se está procurando a superação do obstáculo processual para o acesso à Justiça para os conflitos coletivos de trabalho, cada um da sua forma.

Como alerta Carlos Carmona (CARMONA, 2009, 32), há uma nova compreensão quanto aos meios alternativos, vistos como mais apropriados para efetivar alguns direitos. Por

⁷³ Os juizados de paz são um instrumento de resolução alternativa de conflitos criados pela Lei por meio de um rito processual mais simplificado, para dar vazão a ações de menor repercussão econômica e social, como declarativas, de pequena expressão patrimonial, com valor até quinze mil euros e de contravenções penais (artigos 2.º, 1 e 2; 6.º, 1 e 2; 8.º; e 9.º da Lei n.º 78/2001, de 13/07, com a redação da Lei n.º 54/2013, de 31/07).

⁷⁴ CPC: “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. §1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

isso, “na medida em que uma visão mais moderna do tema aponta meios **adequados** (ou mais adequados) de solução de litígios, não necessariamente **alternativos**”, implanta-se a lógica de um “sistema multiportas” de resolução de conflitos para oferecer aos litigantes um conjunto de métodos, para que o interessado escolha o que for mais adequado ao caso concreto.

3.1.5. Dos meios alternativos autocompositivos

Dentre as hipóteses possíveis de soluções negociais, consagra-se nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português os institutos da conciliação e da mediação, como meios autocompositivos.

Sem pretensão de aprofundamento da análise dos institutos da conciliação e da mediação, tendo em vista o fato da pesquisa nos meios heterocompositivos, convém neste momento apresentar em linhas gerais as características principais e as peculiaridades dos dois institutos nas ordens jurídicas portuguesa e brasileira.

Conforme Gilberto Sturmer, conciliar “é o ato ou efeito de fazer com que alguém que esteja em desacordo com outra pessoa, entre em acordo”, expressão ligada à ideia de pacificação, de “harmonização de litigantes ou pessoas desavindas”. A compreensão da necessidade desde a instalação da Justiça do Trabalho e a sua inserção nas constituições brasileiras a partir de então, consagra a conciliação na Jurisdição trabalhista brasileira “como principal meio de pacificação social nas relações de trabalho” (STURMER, 2015, 47-49).

A conciliação, para Romano Martinez (MARTINEZ, 2015, 652), é uma forma especial de negociação que se caracteriza mediante a direção e estímulo de um terceiro, distante do interesse das partes, “uma entidade distinta das partes em conflito a estimular e a dirigir a negociação, podendo inclusivamente apresentar propostas concretas para a resolução dos conflitos”, tratando-se de uma “negociação assistida”. Esta última qualificação também é utilizada por Monteiro Fernandes (FERNANDES, 2010, 902), por ser, em geral, conduzida por uma autoridade, mediante a direção persuasiva para a composição do litígio, inclusive com a apresentação de propostas.

A concessão recíproca das partes por meio da autocomposição de interesses, independentemente da denominação e das especificidades do instrumento utilizado, mediação ou conciliação, é sempre o objetivo primordial do tratamento dos conflitos.

Segundo Romano Martinez, baseado dos arts. 526º e ss. do Código do Trabalho português, a mediação é uma modalidade de meio resolutório de conflitos colectivos “que se encontra a meio termo entre a conciliação e a arbitragem”. Para o autor, o mediador “vai mais

além do que a conciliação”, não se limitando a “estimular a aproximação das partes e as levar à negociação”, cabendo-lhe a apresentação de propostas de resolução do litígio, “sem o decidir ele mesmo, ao contrário do que sucede na arbitragem” (MARTINEZ, 2015, 653-654).

No mesmo sentido, refere-se Monteiro Fernandes (FERNANDES, 2010, 902-903), sobre a mediação, trata-se de “um processo caracterizado pela intervenção de uma entidade alheia ao conflito, que, depois de se inteirar das posições das partes e dos seus fundamentos, lhes endereça uma recomendação ou proposta de solução”. Para esse autor, estar-se-á diante de “não já à «negociação assistida», mas à «negociação por interposta pessoa», sem que, todavia, o mediador assuma poderes de representação de qualquer das partes”.

Em Portugal, a norma geral vigente prevê que a mediação é um instituto que se caracteriza pela intervenção de um terceiro escolhido pelas próprias partes, para aproximá-las com objetivo de superação do litígio por um meio consensual, na forma art. 2.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, que “estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal”⁷⁵. A norma, que tem aplicação como lei geral, com ramificações em outros ramos do direito, em relação aos conflitos coletivos de trabalho tem aplicação apenas subsidiária, consoante os artigos 46.º da Lei de Mediação⁷⁶.

Conforme Monteiro Fernandes, a forma e o nível de envolvimento da intervenção do terceiro são variáveis, indo desde o simples apoio processual até apresentação de propostas às partes, observando “os indícios que estas vão fornecendo quanto a zonas de cedência possível”, pois muitas vezes um acordo depende apenas da iniciativa das partes (FERNANDES, 2010, 902-903).

A doutrina não é uníssona na definição jurídica do que sejam a conciliação e a mediação, o que aponta para certa dificuldade na eleição de critérios científicos para diferenciá-las, embora nas definições postas seja possível perceber que o campo de aplicação dos institutos da conciliação e da mediação guardam uma certa relação de proporção e de disponibilidade.⁷⁷

⁷⁵ Artigo 2.º “Definições - Para efeitos do disposto na presente lei, entende-se por: a) «Mediação» a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos; b) «Mediador de conflitos» um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio.”

⁷⁶ Artigo 46.º “O disposto na presente lei aplica-se à mediação de conflitos coletivos de trabalho apenas na medida em que não seja incompatível com o disposto nos artigos 526.º a 528.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.”

⁷⁷ Mauro Schiavi registra que Maurício Godinho Delgado, na 6ª edição da sua obra Curso de Direito do Trabalho (2007), classificava a mediação como um meio heterocompositivo, pela participação de terceiro na solução do

Pode-se compreender o caráter mais amplo e livre da mediação, perfeitamente assimilável para os conflitos coletivos de trabalho, movidos pela disputa de interesses, e em menor âmbito para resolver conflitos individuais de trabalho, em que a disputa é de direitos e normalmente a negociação é engessada pela indisponibilidade e pela irrenunciabilidade em negócios particulares. Para essas transações é necessária a presença de uma autoridade constituída com competência para tanto, o que ocorre, em regra, na conciliação, que é realizada costumeiramente pela autoridade judiciária estatal.

A mediação, mais afeita a conflitos coletivos de trabalho, para Monteiro Fernandes (FERNANDES, 2010, 903-904), “não tem que cingir-se a critérios de equidade ou de conveniência técnico-económica. O critério fundamental da mediação é o da *eficácia na procura do acordo possível*”. Enquanto que na conciliação a transação envolve direitos, para o autor, “cumpre ao mediador, não propriamente apontar a solução justa, sim descobrir e facultar às partes o ponto exacto de maior aproximação possível entre as suas posições”.

Para Manuel Barrocas (BARROCAS, 2013, 73), no entanto, os dois meios autocompositivos distinguem-se entre si “porque na mediação são as próprias partes que negociam a tentativa de obtenção do acordo [...], mas assistidas por um mediador neutral”, enquanto que “na conciliação, não há negociação assistida entre as partes. Estas estão desavindas e consideram que não há condições para negociar, todavia admitem uma hipótese de se conciliar com o auxílio de um terceiro”. A diferença essencial, para Barrocas, não seria a postura ativa e persuasiva do terceiro na conciliação e a atitude de mera aproximação das partes pelo mediador, como propõem Romano Martinez e Monteiro Fernandes, mas a iniciativa das próprias partes em procurar a aproximação, escolhendo o mediador, ou de se submeter à iniciativa de conciliação proposta por um terceiro, em geral uma autoridade.

Os métodos autocompositivos não são concorrentes, mas complementares em relação aos meios heterocompositivos, recepcionando conflitos sobre direitos disponíveis, sem violar o âmbito exclusivo da jurisdição estatal. A mediação e a conciliação, como aduz com propriedade Manuel Barrocas (BARROCAS, 2013, 71) “tratam, sobretudo, de harmonizar interesses e não de jurisdicionalmente atribuir ou reconhecer direitos. Esta é tarefa dos tribunais estaduais e da arbitragem”. Segundo o autor não há violação à Constituição

litício (SCHIAVI, 2016, 40). Porém, Delgado reconhece atualmente que, embora a negociação trabalhista possa “receber certos impulsos ou estímulos, caracterizados por mecanismos de autotutela, como a greve, ou próximos à heterocomposição, como a mediação [...] a presença desses diferentes mecanismos não desnatura a autocomposição realizada”. Na 18ª edição diz que “São fórmulas heterocompositivas a arbitragem e o processo judicial próprio ao sistema trabalhista brasileiro, chamado dissídio coletivo.” (DELGADO, 2018, 1533).

portuguesa na criação de câmaras de mediação e conciliação, “desde que o objeto da sua intervenção se situe no âmbito de litígios nos quais estejam em jogo interesses de natureza patrimonial ou mesmo não patrimonial desde que suscetíveis de transação”.

Na ordem juslaboral portuguesa, segundo Romano Martinez (MARTINEZ, 2015, 652-653), a mediação é uma forma especial de negociação para a resolução de conflitos coletivos de trabalho, com vista a celebração ou a revisão de uma convenção coletiva (art. 523º, nº 1). Sujeita-se, em princípio, à regulação das próprias partes “que determinarão a forma de escolha e o procedimento a adoptar pelo conciliador, apenas se aplicando o regime supletivo dos arts. 523, nº 3, e 524º, na ausência dessa regulamentação (art. 523, nº 2)”.

Como no caso brasileiro, pode ser promovida a qualquer momento por acordo ou iniciativa de uma das partes, nos termos do art. 523º, nº 3. Por essa especificidade local, o autor destaca que a mediação, regulada nos arts. 526º a 528.º do Código do Trabalho, pode ser assumida pelo Ministério da área laboral, a pedido da parte interessada, prevendo o procedimento a apresentação de propostas pelo mediador (MARTINEZ, 2015, 653-654). Esse aspecto é um dos diferenciais em relação à conciliação regradada pelo art. 523 do mesmo código e também em relação à mediação brasileira, que segue a lei geral, sem particularidades em se tratando das relações de trabalho.

O Processo do Trabalho brasileiro prevê que os processos sujeitos à Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação (art. 764, *caput*, da CLT). Tem o Juiz o dever de propor a conciliação em dissídios individuais em pelo menos em pelo menos duas oportunidades, sendo a primeira logo após a abertura da audiência inaugural, antes da entrega da contestação (art. 846 da CLT) e a segunda após o encerramento da instrução e a apresentação das razões finais, antes da apresentação da decisão (art. 850, *caput*, da CLT). Igualmente, em dissídios coletivos, em que o Presidente do Tribunal deverá arguir as partes sobre as bases da conciliação e submeter aos interessados uma solução que lhe pareça adequada para resolver o litígio (art. 862 da CLT).

A mediação, regulada no Brasil pela Lei Nº 13.140/2015 é um mecanismo de aproximação das partes, com objetivo de obter uma saída consensual, tanto quanto a conciliação. Para a lei “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (parágrafo único do art. 1º). Embora não haja autorização legal para a utilização da mediação em conflitos laborais, aos moldes do Código do Trabalho de Portugal (art. 526 e seguintes), trata-se de medida

inserida nas práticas negociais brasileiras e assumida pelo Ministério do Trabalho local em suas práticas de fomento às soluções consensuais para os conflitos coletivos de trabalho.⁷⁸

Conforme Godinho Delgado, com base no regramento brasileiro, a mediação se apresenta como um processo em que determinado terceiro, agente externo às partes em dissenso e considerado imparcial em relação aos interesses contrapostos e às partes conflituosas, “busca auxiliá-las e, até mesmo, instigá-las à composição, cujo teor será, porém, decidido pelas próprias partes”. O Sistema, além de se diferenciar da arbitragem pela ausência de poderes decisórios, tem como traço marcante a abstenção do agente externo do propósito de formulação de soluções isoladas, cumprindo a missão apenas de aproximação das partes, “fornecendo-lhes subsídios e argumentos convergentes, aparando divergências, instigando à resolução pacífica da controvérsia” (DELGADO, 2018, 1735).

Vê-se, assim, que a mediação brasileira não comporta a apresentação de propostas e de soluções de parte do terceiro-mediador, função admissível na conciliação, enquanto que no sistema português, ao contrário, o mediador tem o papel de propor soluções às partes, instigando à adoção das fórmulas apresentadas. Essa tarefa no Brasil compete à conciliação.

A conciliação não favorece apenas as partes, mas o próprio Estado, que é beneficiado com o ambiente de paz e progresso social e econômico trazido pela composição dos conflitos coletivos, além da redução da sobrecarga de processos que assola o Poder Judiciário. Por isso, alerta Carlos Zangrando (ZANGRANDO, 2013, 608), para os Estados a conciliação dos litígios trabalhistas estão na base de sua sistemática por “clara atitude de autopreservação”.

As vantagens da conciliação em relação à decisão em um processo judicial evidenciam-se, conforme Luciane Barzotto, pois, “através dela, antecipa-se o futuro e foge-se da indeterminação do acaso de ver o conflito solucionado pelo terceiro imparcial” (BARZOTTO, 2013, 733).

Por outro lado, o uso dos meios autocompositivos, em que a intervenção estatal se dá apenas com a aproximação e o fomento, não deve ser a única forma de composição dos conflitos e nem motivar a inércia do Estado na fiscalização e na contenção dos abusos.

Como afirma Ramos Filho, há uma cultura de descumprimento de direitos trabalhistas no Brasil, onde ao contrário de outros ramos, v.g. o Direito Penal, em que o ilícito tem

⁷⁸ Publicação no portal do Ministério do Trabalho registra que após um período de mediação obrigatória, imposta pelo Decreto-Lei 229, de 28 de fevereiro de 1967, o procedimento passou a ser facultativo, a partir de 1995, por meio do Decreto 1.572, de 28 de julho, em consonância com as Convenções n.º 98 e 154 da OIT. Fonte: sítio da internet <http://trabalho.gov.br/cadastro-de-entidades-sindicaais/cadastros-nacional-de-entidades-sindicaais/mediacao>. Acesso em 08/09/2017.

consequências práticas, o ilícito trabalhista é tratado por “descumprimento” ou “inadimplemento” da lei ou do contrato, sob a influência do “corporativismo e do seu ideário de conciliação” (RAMOS FILHO, 2013, 89).

3.2. Do juízo arbitral

Sendo a prioridade da pesquisa o estudo dos meios resolutórios heterocompositivos, o primeiro instituto a ser examinado com maior profundidade, ainda que em seus aspectos gerais, é o da arbitragem, meio heterocompositivo por excelência, pois a decisão é realizada por terceiro eleito pelas partes litigantes, notadamente sob a forma de arbitragem voluntária.

3.2.1. A arbitragem voluntária

A utilização da denominação arbitragem voluntária, aqui para diferenciá-la das formas impositivas, de natureza administrativa, que serão adiante examinadas, é prescindível, sendo tratada pela doutrina indistintamente simplesmente como arbitragem, como na sequência.

Inicialmente, parte-se de considerações gerais acerca da definição e características da arbitragem, passando-se na análise dos subitens à abordagem de aspectos gerais sobre o instituto, que se apresentem como relevantes para a pesquisa, devido à necessidade de delimitar o tema, em função da extensão da matéria.

A arbitragem na definição de Manuel Barrocas é “um modal de resolução de litígios entre duas ou mais partes” levada a efeito por uma ou mais pessoas com poderes conferidos pelos interessados e reconhecidos por lei.⁷⁹ Identificando-se em seu conceito quatro elementos: “(1) a sua função jurisdicional (resolução de litígios), (2) a fonte de que resulta (a convenção da arbitragem)⁸⁰, (3) os titulares da função arbitral (os árbitros) e (4) o reconhecimento legal” (BARROCAS, 2013, 33).

A utilização do vocábulo litígio afasta aparentemente controvérsias menos acentuadas como interpretações de contratos, função integradora não olvidada por Barrocas, que esclarece utilizá-lo em sentido lato, tal como no artigo 1º número 1 da Lei da Arbitragem Voluntária portuguesa (LAV), conceito que no seu entendimento aplica-se à arbitragem

⁷⁹ Esse conceito, para Barrocas, não seria aplicável à arbitragem necessária que, no seu entender, não se trata de verdadeira arbitragem (BARROCAS, 2013, 33). No cenário brasileiro, esse debate sobre a natureza da arbitragem obrigatória não tem maior relevância, pois a única modalidade de juízo arbitral prevista no seu ordenamento é arbitragem voluntária, regulamentada pela Lei n. 9.307/1996.

⁸⁰ Menezes Cordeiro (CORDEIRO, 2015, 16) utiliza em seu conceito a menção à remissão, como um acordo para a composição por terceiros de um litígio eventual (cláusula compromissória) ou atual (compromisso arbitral), não incluindo a “remissão legal”, por entender que nessa hipótese que não há propriamente arbitragem.

voluntária e não a outros meios, como a arbitragem necessária, que para o autor não se trata de verdadeira arbitragem (BARROCAS, 2013, 34).

Para Menezes Cordeiro (CORDEIRO, 2015, 16) a arbitragem é “a situação jurídica decorrente da remissão, pelas partes, da composição de um litígio, para decisão de terceiros”. A expressão litígio, também é utilizada em sentido lato, pois não exige confronto, podendo ser apenas visões ou saídas não coincidentes ou dúvidas, não superáveis consensualmente.

Segundo o autor (CORDEIRO, 2015, 16) “situação jurídica” é uma “ocorrência relevante para o Direito” e “composição” é a resolução de um caso por uma decisão humana, sendo a “situação arbitral” complexa, “por envolver, pelo menos, três sujeitos, com funções diferenciadas, englobando direitos e deveres distintos”. Por remissão, entende o acordo de vontades para submissão a árbitros “de um litígio eventual (cláusula compromissória) ou atual (compromisso arbitral)”, afastando, de plano, a “remissão” legal”, ou seja, os casos de submissão compulsória impostas por lei, em que não haverá, propriamente, arbitragem.

A arbitragem diferencia-se de outros meios, como a mediação e a conciliação, conforme Romano Martinez, dá-se pelo carácter heterocompositivo, como “um *processo decisório* de resolução dos conflitos”, pois, enquanto na mediação e na conciliação as partes não se vinculam a aceitar a proposta formulada, “na arbitragem existe uma vinculação efectiva das partes à decisão dos árbitros” (MARTINEZ, 2015, 655).

Conceito semelhante aos dos três doutrinadores portugueses parte do processualista brasileiro Fredie Didier (DIDIER JR, 2015, 169-170), para quem a arbitragem se apresenta como “técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e “imparcial” (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio”. Segundo o autor, embora seja meio heterocompositivo, a arbitragem é constitucional, por ser consensual, além de prevista pela Emenda Constitucional n. 45/2004, para o tratamento dos conflitos coletivos trabalhista (art. 114, §§ 1º e 2º, CF/1988). Seguindo os padrões internacionais, destaca, é constituída a partir de um negócio jurídico, a convenção de arbitragem, compreendendo tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral, para que terceiros, de sua confiança resolvam o litígio.

Trata-se, nas lições de Carlos Carmona (CARMONA, 2009, 31), de intervenção para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais, disponibilizada aos interessados que a constituem por meio de poderes advindos de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal e com a mesma eficácia da sentença judicial. Para o autor a arbitragem é um “mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro,

escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes”, o que a caracteriza como meio heterocompositivo de solução de controvérsias, “à distância da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios”.

Por outro lado, Cappelletti e Garth (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, 30), tratam a arbitragem por suas linhas gerais, como “uma instituição antiga caracterizada por procedimentos relativamente informais, julgadores com formação técnica ou jurídica e decisões vinculatórias sujeitas a limitadíssima possibilidade de recurso”. Trata-se do parâmetro mais próximo da tradicional jurisdição estatal, já que é o único em que a solução da controvérsia é impositiva e conferida a terceiros, embora tenda a ser um processo um pouco dispendioso para as partes em função dos honorários do árbitro.⁸¹

A origem da arbitragem é das mais antigas, segundo Menezes Cordeiro (CORDEIRO, 2015, 20), confundindo-se com a vida civilizada, com referências na Mesopotâmia, em 3000 a. C., em decisões arbitrais em questões entre cidades-estados. Conforme o autor, quando houvesse discórdia quanto “à atribuição de certo bem ou à adoção de determinada postura e não pretendessem resolver o assunto com recurso à força bruta”, era natural que pedissem a uma terceira pessoa, de confiança de ambos, decidir o conflito, vindo a arbitragem a complicar-se “desde o momento em que o Estado decidiu intervir nela, acabando, no limite, por integrar os tribunais arbitrais no universo dos tribunais em geral”.

No plano internacional, o juízo arbitral passou por uma grande expansão desde a segunda metade do século passado, com o advento da Convenção de Nova Iorque (CNY) de 1958, e da Lei-Modelo da UNCITRAL de 1985, influenciou legislações em vários Continentes.⁸² Em Portugal, para Menezes Cordeiro (CORDEIRO, 2015, 60) a popularização da arbitragem, deve-se, dentre outros motivos: ao aumento do incentivo e hipóteses legais de arbitragem; à implantação da arbitragem no setor público administrativo; a nova Lei da Arbitragem Voluntária, em 2011; as dificuldades da jurisdição do Estado no tocante à

⁸¹ A demonstrar a similitude da decisão da arbitragem com a jurisdicional estatal, a redação do art. 31 da Lei nº 9.307/119: “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

⁸² Sobre a Lei-Modelo, Menezes Cordeiro (CORDEIRO, 2015, 26): “A Lei-Modelo da UNCITRAL (a) A CNUDCI/UNCITRAL. A CNUDCI (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional) ou UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), sigla inglesa hoje universal, é uma agência especializada das Nações Unidas. Foi criada por resolução da Assembleia Geral de 17-dez.-1966, com o objetivo de reduzir as disparidades entre os ordenamentos comerciais dos vários Estados, disparidades essas que funcionariam como obstáculos às trocas internacionais. A UNCITRAL é composta por 36 Estados, eleitos para mandatos de 6 anos, de acordo com as regras de distribuição geográfica da ONU. Tem um secretariado assegurado pelo Serviço de Direito Comercial Internacional do Departamento de Assuntos Jurídicos das Nações Unidas, com sede em Viena.”

celeridade, adequação e especialização da vida empresarial; e à generalização de fóruns, congressos, seminários, cursos e publicações especializadas.

No Brasil, conforme o histórico de Menezes Cordeiro, as Ordenações já previam a arbitragem para conflitos de terras, e a Constituição do Império, de 1824, no art. 160, admitia a possibilidade de as partes nomearem árbitros em causas cíveis e penais, sem recurso, se assim convencionado. Houve, inclusive, hipóteses de arbitragem obrigatória no Código Comercial de 1850, revogada pela L 1.350, de 14-set.-1866, subsistindo a arbitragem voluntária. O Código Civil de 1916 e os CPC de 1939 e de 1973, também possuíam dispositivos sobre a arbitragem. O Estado brasileiro ratificou a Convenção de Nova York sobre o reconhecimento e a execução de decisões arbitrais estrangeiras, pelo Decreto n.º 4.311, de 23/07/2002. Com o atual perfil da arbitragem brasileira, advindo da Lei de Arbitragem de 1996 (Lei 9.307/96), o Brasil posicionou-se no “xadrez da arbitragem contemporânea”, sendo atualizada pela Lei 13.129/2015, para admitir sentenças parcelares, desenvolver as tutelas cautelares e formalizar o pedido de colaboração ao poder judiciário através da "carta arbitral", com parâmetro na Lei-Modelo da UNCITRAL (CORDEIRO, 2015, 44-46).

A arbitragem, como destaca a obra de Marinoni, Arenhart e Mitidiero firma-se no Direito brasileiro com o reconhecimento pelo STF dos artigos que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos da sentença arbitral (art. 31). Ademais, teve o seu rito reforçado pelo novo CPC com a exigência de arguição de convenção na contestação (art. 337, X, CPC), sob pena de aceitação da jurisdição e renúncia ao juízo arbitral (art. 337, § 6.º, CPC), e com previsão de agravo de instrumento da decisão que a rejeita (art. 1.015, III, CPC) e apelação da que extingue, (art. 1.009, CPC) (MARINONI, Arenhart e Mitidiero, 2015, 95),.

Discute-se, ainda, no Brasil, se a arbitragem possui natureza jurisdicional, debate já superado em Portugal, com a inclusão dos tribunais arbitrais na estrutura do Poder Judiciário. A menção à arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias segundo Carmona toma como referência o processo estatal, meio heterocompositivo mais empregado para dirimir conflitos, embora cite que Cernelutti, mesmo reconhecendo semelhança com o método estatal de composição de lides, preferia a designação como equivalente jurisdicional, por entender que a Jurisdição somente seria exercida pelo Estado (CARMONA, 2009, 31-32).

Fredie Didier, ao elencar os elementos de conceito jurídico de arbitragem⁸³, também distingue os meios jurisdicionais dos equivalentes jurisdicionais. Para o autor, “equivalentes jurisdicionais são as formas não-jurisdicionais de solução de conflitos”, porque, não sendo jurisdição, funcionam como técnica de tutela dos direitos, “resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas”, não sendo as decisões definitivas, pois submetem-se ao controle jurisdicional. Nestas incluem-se a autotutela, a autocomposição e a solução estatal não jurisdicional de conflitos. A arbitragem trata-se de exercício de jurisdição por autoridade não-estatal. “Não é equivalente jurisdicional porque é jurisdição” (DIDIER JR, 2015, 164).⁸⁴

Em Portugal a jurisdição dos tribunais arbitrais advém da incorporação na estrutura orgânica do Poder Judiciário, no art. 209.º da Constituição da República Portuguesa. Segundo Gomes Canotilho, a Constituição dá cobertura à criação de tribunais arbitrais, no entanto, “discutindo-se apenas a legitimidade constitucional de tribunais arbitrais necessários (Cod. Proc. Civil, art. 1252.º e Acs. TC 32/87, 33/88 e 52/92)” (CANOTILHO, 2003, 671).⁸⁵

Por força da submissão às normas constitucionais, submete-se aos princípios que orientam a litigância em juízo, como referido por Manuel Barrocas (BARROCAS, 2013, 387), para quem o perfil menos formal e mais flexível do processo arbitral, em comparação com o processo civil, “não dispensa, antes reforça, a necessidade de definir claramente os princípios fundamentais do processo arbitral”. Segundo o autor, por força disso, as leis e a doutrina dos países que utilizam a arbitragem em larga escala obedecem como princípios fundamentais os que seguem: “princípio da boa-fé das partes; princípio da igualdade das partes; princípio do contraditório; e princípio da ampla participação das partes no processo”.⁸⁶

⁸³ “A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).” (DIDIER JR, 2015, 153 e 164).

⁸⁴ Nesse mesmo sentido, Garcia Medina, para quem, com o advento do art. 515, VII, do CPC/2015 reconhecendo a sentença arbitral como título executivo judicial, a natureza jurisdicional da arbitragem não mais comporta questionamentos. MEDINA, José Miguel Garcia Medina - **Direito Processual Civil Moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6938-8. p. 158.

⁸⁵ Para o Gomes Canotilho, “a Constituição (CRP, art. 209.º), ao admitir tribunais arbitrais, parece não afastar a ideia de reserva de juiz nas vestes de *juiz arbitral* (cfr. Ac. TC 52/92, de 14-3, e 506/96, DR, II, 5-7)”, ressaltando apenas a necessidade de observância das disposições constitucionais relativas às competências, procedimento e forma de criação destes tribunais, (cfr., Ac. TC 250/96). O Código de Processo dos Tribunais Administrativos, de 2002, para o Constitucionalista, “confirma a tendência para alargar o espaço de reserva de juiz arbitral à resolução de litígios jurídico-administrativos” (CANOTILHO, 2003, 671).

⁸⁶ Conforme Manuel Barrocas (BARROCAS, 2013, 387-388): “Embora não mencionado no artigo 30º, número 1., LAV, o *princípio da boa fé* domina todo o processo arbitral e tem importantes consequências práticas. [...] Em nossa opinião, a parte que incumpra injustificadamente o dever de boa fé pode ser constituída em responsabilidade civil nos termos gerais de direito por violação da convenção de arbitragem dado o seu caráter simultaneamente instrumental de vinculação das partes a recorrer a arbitragem e substantivo na justa medida em

Embora se reconheça ao processo arbitral alguns dos principais princípios orientadores do Processo Civil, prevalece a sua natureza contratual, o que, segundo Miguel de Souza afasta alguns institutos processuais, como a intervenção de terceiros (SOUZA, 2013, 918).

A competência em matéria arbitral, no Brasil, está regida pela Lei nº 9.307/1996, com as alterações da Lei nº 13.129/2015, que previu que pessoas capazes poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

A contratação da arbitragem, conforme o art. 3º da Lei nº 9.307/1996, dá-se por meio da convenção de arbitragem, “assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”, definindo os arts. 4º e 9º a *cláusula compromissória* como uma convenção pela qual as partes comprometem-se a submeter eventual litígio referente ao respectivo contrato à arbitragem e *compromisso arbitral* como ajuste feito de submissão de um litígio (já existente) à arbitragem, podendo ser judicial ou extrajudicial.

A competência da arbitragem no Brasil, referente à *direito patrimonial disponível*, para Carmona (CARMONA, 2009, 38), é superior à versão anterior, que reportava a direitos “sobre os quais a lei admita transação”, já que a “remissão à disponibilidade do direito é objetiva e não oblíqua”. Para o autor, “um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência”.

Em Portugal, a competência da arbitragem ainda recai sobre direitos patrimoniais e transacionáveis, conforme o art. 1.º, n.ºs 1 e 2, do anexo da LAV. Para Moura Vicente, conjuga “o critério da *patrimonialidade* dos interesses em litígio, a que se refere o n.º 1, com o da *transigibilidade* do direito controvertido, acolhido no n.º 2 como critério alternativo”. São patrimoniais, “os interesses que podem ser avaliados em dinheiro; são insuscetíveis de transação, nos termos do art. 1249º do Código Civil, os direitos de que os respetivos titulares não podem dispor e as questões respeitantes a negócios ilícitos”⁸⁷ (VICENTE, 2015, 22).

Incluem-se no item n.º 2 o arbitramento de direitos não patrimoniais, desde que transacionáveis e afasta-se com isso a discussão da redação anterior do mesmo dispositivo, com a utilização do critério da disponibilidade.

que a convenção de arbitragem é fonte de direitos e obrigações de natureza contratual próprios, que estão para além e são independentes do caráter meramente instrumental da convenção”.

⁸⁷ O critério da patrimonialidade, segundo o autor (VICENTE, 2015, 22), também é acolhido “no art. 177, n.º 1, da lei suíça de Direito Internacional Privado (doravante “Lei Suíça DIP”) e no § 1030, n.º 1, do CPC alemão (doravante “Lei Alemã”)”, este último, que também o integra com a exigência da disponibilidade.

A lei da arbitragem voluntária portuguesa, para Manuel Barrocas, constitui um regime geral de arbitragem, aplicável a todos os processos arbitrais, a não ser que lei especial afaste essa competência⁸⁸. A competência natural para o julgamento dos litígios, no entanto, continua a ser dos tribunais estaduais, afastável somente na hipótese de compromisso entre as partes. Por isso, a convenção de arbitragem constitui “um autêntico pacto privativo de jurisdição dos tribunais estaduais” (Barrocas, 2013, 19).

Tal qual o Brasil, na lei da arbitragem voluntária de Portugal, segundo Moura Vicente, “Além de litígios atuais (*hoc sensu*, já suscitados ao tempo da sua submissão a árbitros)”, admite-se a “a sujeição a árbitros dos litígios que possam resultar de determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual”, acolhendo em relação à convenção de arbitragem, “o sistema dualista, que distingue - embora equiparando-os sob o ponto de vista dos seus efeitos jurídicos - o *compromisso arbitral* e a *cláusula compromissória*.”⁸⁹

Em Portugal, prevê o art. 4.º, n.º 1, da LAV, a possibilidade de modificação da convenção de arbitragem pelas partes, até a aceitação do primeiro árbitro ou o acordo de todos os árbitros, até a prolação da sentença arbitral, sendo essa possibilidade de modificação, para Moura Vicente, “um corolário do princípio da autonomia privada” (VICENTE, 2015, 27). Embora não haja referência expressa na lei arbitral brasileira, devido à liberdade contratual, é possível a alteração a qualquer tempo, desde que ainda não tenha sido proferida a sentença arbitral, momento em que finda a arbitragem, conforme o art. 29 da Lei nº 9.307/1996⁹⁰.

Prevê o art. 20, *caput* e § 2º, da LAV brasileira (Lei nº 9.307/1996) que a parte que pretender arguir questões relativas à competência, nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral, deverá fazê-lo na primeira oportunidade de manifestação, após a instituição da arbitragem, e que, não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a

⁸⁸ A referência do autor à arbitragem voluntária e ao padrão arbitragem se deve ao fato de que no Direito português há espécies *sui generis* que utilizam a denominação, como a arbitragem obrigatória e a arbitragem necessária, que não teriam natureza de arbitragem, devido aos traços de compulsoriedade. No cenário brasileiro esse debate sobre a natureza das arbitragens obrigatórias não tem maior relevância, pois a única modalidade de juízo arbitral prevista no seu ordenamento é arbitragem voluntária, regulamentada pela Lei n. 9.307/1996.

⁸⁹ A solução, destaca, é também adotada em legislações da Alemanha (§ 1029, nº 1, da Lei Alemã) e francesa (art. 1442 do CPC, doravante “Lei Francesa”, revista em 2011), além de prevista na “Lei-Modelo sobre a arbitragem comercial internacional da UNCITRAL” (VICENTE, 2015, 22).

⁹⁰ Carlos Carmona destaca que, segundo a Lei de Arbitragem brasileira, as partes têm liberdade para escolher o direito material e processual a ser adotado para a solução da controvérsia, prestigiando “em grau máximo e de modo expresso o princípio da autonomia da vontade, de forma a evitar dúvidas na aplicação da Lei”. Conforme o autor, a arbitragem “não se processualizou entre nós” (CARMONA, 2009, 15 e 25), o que reforça a ideia de que a convenção de arbitragem, instrumento autônomo limitador dessa vontade, possa ser alterada ao alvedrio das partes, salvo limites impostos pela ordem pública ou pelo próprio processo legal de arbitragem, não se aplicando ao caso as regras do CPC.

arbitragem, sem prejuízo da apreciação do Poder Judiciário, na forma do art. 33 da Lei, que trata da ação de nulidade da sentença arbitral.

Logo, definem os dispositivos invocados que o juízo de competência para apreciação dos litígios objeto de convenção de arbitragem é do árbitro competente, não competindo ao Poder Judiciário qualquer juízo preliminar sobre essa competência, salvo quando da eventual apreciação de alegação de vícios intrínsecos ou extrínsecos da decisão arbitral.

Com conteúdo aproximado, ao tratar dos efeitos negativos da convenção de arbitragem, prevê o art. 5.º, n.º 4, do anexo da LAV portuguesa (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro) que não podem ser dirimidas em tribunal estadual as questões de “nulidade, ineficácia e inexecutibilidade de uma convenção de arbitragem”, que tenham como propósito “impedir a constituição ou o funcionamento de um tribunal arbitral”.

A referência a efeito negativo da convenção de arbitragem, explica Moura Vicente (VICENTE, 2015, 29), dá-se porque, além do *efeito positivo*, de atribuir “competência ao tribunal arbitral para julgar o litígio ou litígios visados pela convenção de arbitragem”, a existência do pacto “produz ainda um *efeito negativo*, que se traduz na incompetência dos tribunais estaduais para conhecerem desse litígio ou desses litígios”. No mesmo sentido a explicação de Menezes Cordeiro (CORDEIRO, 2015, 20), ao referir-se ao duplo efeito decorrente da celebração de uma convenção de arbitragem, havendo um “(1) positivo, porquanto atribui competência para dirimir o litígio a um tribunal arbitral; (2) negativo, por retirar tal competência aos tribunais estaduais que, de outro modo, seriam competentes”.

Conforme Moura Vicente (VICENTE, 2015, 29-58), a outorga de poderes ao próprio tribunal arbitral para apreciação do controle de validade, eficácia e exequibilidade da convenção de arbitragem, prevista nos art. 5.º e 18.º da LAV, “é o chamado *efeito negativo da competência-competência*”⁹¹, fundado na finalidade de “evitar manobras dilatórias de

⁹¹ O art. 18.º, n.ºs 1, 9 e 10, do anexo da LAV portuguesa, *verbis*: “Artigo 18.º Competência do tribunal arbitral para se pronunciar sobre a sua competência. 1 - O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção. [...] 9 - A decisão interlocutória pela qual o tribunal arbitral declare que tem competência pode, no prazo de 30 dias após a sua notificação às partes, ser impugnada por qualquer destas perante o tribunal estadual competente, ao abrigo das subalíneas i) e iii) da alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º, e da alínea f) do n.º 1 do artigo 59.º 10 - Enquanto a impugnação referida no número anterior do presente artigo estiver pendente no tribunal estadual competente, o tribunal arbitral pode prosseguir o processo arbitral e proferir sentença sobre o fundo da causa, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 5.º”

qualquer das partes” e de “centralizar no tribunal arbitral o contencioso relativo à validade, eficácia e exequibilidade da convenção”.

O instituto, para Manuel Barrocas, é um efeito do princípio *pacta sunt servanda*, em que as partes adquirem, reciprocamente, “um direito potestativo e uma sujeição quanto ao meio de resolução do litígio existente ou futuro [...] vulgarmente designado por princípio da competência-competência”, derivada dos institutos da “*kompetenz-kompetenz*”, da versão alemã ou “*competence—competence*”, na nomenclatura francesa (BARROCAS, 2013, 163).

A ideia de “competência-competência, para Menezes Cordeiro, em matéria arbitral, “impôs-se por necessidades práticas, sem que a Ciência do Direito tenha logrado ultrapassar o paradoxo subjacente: não se pode, logicamente, ser competente para fixar a competência própria, quando desta dependa a existência do decisor” (CORDEIRO, 2015, 213).

Trata-se à evidência, de uma decisão precária, apenas para não impedir o curso do trâmite arbitral, já que facultado ao Juízo Estatal, remotamente, apreciar as questões relativas aos vícios que lhes foram afastados num primeiro momento, como referido pelo autor (CORDEIRO, 2015, 213), “o tribunal arbitral tem uma competência sujeita a uma condição resolutiva”, posta de forma pragmática, “sem uma explicação processual satisfatória”, ao contrário, “é uma miragem que nenhum civilista poderia subscrever”.

3.2.2. Aspectos filosóficos do juízo arbitral: a jurisdição do cidadão

A arbitragem representa um questionamento à decantada confiabilidade da função jurisdicional do Estado, imposta aos cidadãos através dos juízos togados. Preparado para aplicar normas jurídicas previamente estabelecidas, como afirma Diogo Leite de Campos, “o juiz togado tem encontrado alguma dificuldade em transitar para a composição concreta de conflitos concretos”, em que a norma legal, “mesmo entendida em termos de “norma-problema”, cede perante o direito (e os direitos) de cada caso.” Para o autor, há uma crise de reconhecimento do próprio direito produzido pelo Estado, pelas anomalias do processo legislativo, pela influência de grupos econômicos na edificação da legislação, em grande parte gerada por interesses corporativos (CAMPOS, 2007, 45).

Trata-se, na visão de Diogo Campos, de uma construção em que os cidadãos assumem a resolução dos seus conflitos, por meio de estruturas criadas para cada conflito, com árbitros mandatários e não pelo Estado, não sendo propriamente um meio alternativo diante dos tribunais estatais, mas “um” dos meios de resolução desses conflitos, podendo tomar-se “o” meio típico de resolução dos conflitos (CAMPOS, 2007, 46).

O crescimento dos meios adequados de resolução de conflitos põe em dúvida a eficácia da jurisdição estatal, mas a arbitragem ainda procura o seu lugar entre os meios de resolução de conflitos, sendo de pouca utilização, diante do desconhecimento e da resistência de setores da sociedade, das restrições da legislação estatal, que a contém nos limites dos direitos disponíveis, e da confiança no monopólio de jurisdição estatal que está tendo dificuldades para responder à altura das necessidades sociais.

A via arbitral é a forma mais natural de resolução de conflitos, pois a solução é oferecida a partir de um terceiro escolhido pelas partes e com as regras oferecidas pelos próprios litigantes. Para Menezes Cordeiro, é “mais fácil entender a ideia de arbitragem do que explicar a teoria geral do Estado e, no seio deste, a presença dos tribunais estaduais com poderes para, em nome do Povo, administrar a Justiça, mesmo a quem não a queira” (CORDEIRO, 2015, 20).

Ao relacionar a arbitragem com o “Estado-dos-Cidadãos”, Diogo Campos (CAMPOS, 2007, 46) defende a utilização do Estado pelo cidadão como um instrumento de vida em comum, substituindo a norma jurídica geral e abstrata pela criação do seu “direito”, direitos individuais, opostos, mas conciliáveis, e também dos meios de resolução dos seus conflitos, em vez de delegarem ao Estado o monopólio do Direito e da função jurisdicional.

Afirma também Campos a necessidade de avaliar a função da jurisprudência, “Direito de cada caso que serve cada vez menos de parâmetro para a resolução de casos futuros. Estou a emitir juízos de realidade e não de valor”. Nesse cenário, vê uma tendência de inversão dessa realidade e dos próprios princípios que orientam a jurisdição, deslocando-se o “eixo de justificação” da arbitragem voluntária para a própria legitimidade da “soberania” dos tribunais do Estado, “num Estado democrático-dos direitos e dos-cidadãos” (CAMPOS, 2007, 39).

A lição de Campos de que “o Estado-dos-direitos tem a arbitragem como via natural de resolução dos conflitos” e de que “os conflitos de direitos não se julgam, compõem-se”, reporta-se à origem do julgamento pelo Estado das condutas dos particulares, com a intenção de uniformização dos comportamentos através de critérios pré-concebidos e aplicáveis por técnicos do Estado. Para o autor, essa postura, hoje, é inaceitável, pois “(re) descobriu-se a singularidade de cada caso, insusceptível de ser subsumida em normas gerais e abstractas. À (“desejável”) uniformidade substituiu-se a “natural” diversidade” (CAMPOS, 2007, 39).

É necessário, como prevê Diogo Campos, que as pessoas percam gradativamente a sua dimensão pública para resguardar o seu espaço privado, onde a ordem pública passe a ser resultado das práticas dos cidadãos, “com a substituição do Direito “público” pelo “Direito

privado, de cidadãos iguais, livres de constrangimentos, exercendo a sua autonomia pessoal e patrimonial” (CAMPOS, 2007, 42).

3.3. A resolução arbitral dos conflitos coletivos de trabalho

Os conflitos coletivos de trabalho podem e devem ser compostos por meio do juízo arbitral, convindo, traçar as características do instituto e a aplicabilidade como meio adequado de resolução de conflitos coletivos laborais nos sistemas jurídicos brasileiro e português.

3.3.1. A arbitragem nos sistemas juslaborais português e brasileiro

A jurisdição laboral brasileira, no tocante aos conflitos de interesse, tem a sua competência questionada para o julgamento dos conflitos coletivos de trabalho, fator que se soma à sua notória dificuldade para atender todas as demandas que lhe são submetidas.

Não sendo exceção na sobrecarga do Judiciário brasileiro, a magistratura especializada trabalhista também está em processo de esgotamento pelo volume de ações judiciais e recursos anualmente carreados pela instância estatal, exigindo, se por outro motivo mais nobre não fosse, a urgente adoção de política de tratamento adequado dos conflitos.⁹²

Como parâmetro para a sua utilização, impõe a lei de arbitragem um critério objetivo, a patrimonialidade e um subjetivo, relativo à disponibilidade. Este poderia impedir por si só a realização de convenção, como no caso dos direitos pessoais, como os direitos de personalidade e os trabalhistas em sentido estrito, tais como salários e férias, reconhecidos pela doutrina como indisponíveis.

A possibilidade de adoção da arbitragem em conflitos coletivos de trabalho é prevista no § 1º do art. 114 da CRFB (“§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”). Diante da omissão da legislação trabalhista sobre arbitragem, aplica-se às controvérsias laborais o sistema geral de arbitragem voluntária (Lei nº 9.307/1996, com redação da Lei nº 13.129/2015), conforme autorizam os artigos 8º e 769 da CLT.

A ideia de adoção da arbitragem em conflitos coletivos de trabalho, no Brasil, vem desde a primeira lei sindical brasileira (Lei nº 1.637, de 5 de janeiro de 1907), cujo art. 8º previa que os sindicatos seriam ligados por “conselhos permanentes de conciliação e

⁹² Essa carência, no Brasil, é reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como registra o seu sítio na internet: “<http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/consultas-publicas/regulamentacao-da-politica-judiciaria-de-tratamento-adequado-aos-conflitos-de-interesses-no-ambito-da-justica-do-trabalho>”, acessado em 29/05/2017: “O Conselho Nacional de Justiça, por meio da [Portaria n. 25, de 9 de março de 2016](#), instituiu Grupo de Trabalho com o escopo de elaborar estudos visando à regulamentação da Política Judiciária de tratamento adequado aos conflitos de interesses no âmbito da Justiça do Trabalho.”

arbitragem, destinados a dirimir as divergências e contestações entre o capital e o trabalho”. Na década de 80, inspirado no sistema norte-americano “National Labor Relations Board (NLRB)”, o Decreto n. 88.984, de 10.11.83 criou o Serviço Nacional de Mediação e Arbitragem, “com árbitros independentes e remunerados pelas partes (art. 4º, II)”, sistema arbitral que caiu no desuso.

No Brasil, a solução arbitral é prevista ainda para conflitos decorrentes do exercício do direito de greve (Lei 7.783/1989, art. 7º), relativos à participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa (art. 4º, II, da Lei nº 10.101/2000), e para conflitos sobre gestão de mão de obra de trabalhadores portuários (art. 37 da Lei nº 12.815/2013).

O juízo arbitral tem plena aceitação em conflitos coletivos de trabalho, como parte integrante da autonomia coletiva dos entes sindicais, e se coaduna com a Constituição brasileira, que tem como compromisso, nas ordens interna e externa, a solução pacífica das controvérsias, da qual os meios alternativos de resolução de conflitos são modalidades, e foi renovada com a menção constitucional nos §§ 1º e 2º do art. 114 da CRFB. Trata-se de norma autônoma setorial na legislação brasileira, efeito que lhe assegura a CRFB, no § 1º do art. 114, ao referi-la como sucedânea da negociação coletiva, cujos instrumentos são os acordos coletivos de trabalho e as convenções coletivas de trabalho (arts. 611, *caput* e § 1º, da CLT).

O Código do Trabalho de Portugal prevê a adoção da arbitragem voluntária como um dos meios de solução de conflitos, para “as questões laborais resultantes, nomeadamente, da interpretação, integração, celebração ou revisão de convenção coletiva” (art. 506.º do CT). A arbitragem voluntária é um instrumento de regulamentação coletiva de trabalho (IRCT) negocial, regrado no CT, resultando em norma equivalente à convenção coletiva de trabalho.

A submissão do conflito, a escolha dos árbitros e as regras do processo dependem da vontade das partes, e o teor equivalente a uma Convenção Coletiva de Trabalho, sujeita às mesmas regras quanto ao conteúdo obrigatório, ao depósito e à publicação (artigo 505.º, n.ºs 1, 2 e 3, e artigo 519º). A arbitragem voluntária dos artigos 506.º e 507.º do Código do Trabalho Português, para Manuel Barrocas, é a verdadeira arbitragem, pois constituída a partir do compromisso das partes e adotada para “as questões laborais resultantes, nomeadamente, da interpretação, integração, celebração ou revisão de convenção coletiva” (art. 506.º do CT).

Em relação ao comando de aplicação da Lei da Arbitragem Voluntária portuguesa como lei geral, a todos os casos não submetidos exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, encontra-se, dentre as exceções ao regime geral, a arbitragem laboral, operando a lei geral de arbitragem de forma subsidiária, por força do art. 505º, n.º 4, do CT.

Pode-se enquadrar como inovadora a introdução no ordenamento trabalhista brasileiro, pela Lei Nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (Lei da Reforma Trabalhista), de um regime diferenciado de proteção e de resolução de conflitos laborais para trabalhadores que possuam renda superior a duas vezes o máximo do valor dos benefícios previdenciários, em torno de doze salários mínimos). Para esses empregados passa a ser assegurada a possibilidade de solução arbitral de conflitos individuais e, tendo formação superior, a livre-estipulação contratual, com a exclusão das normas estabelecidas em negociação coletiva, conforme os arts. 444, parágrafo único, e 611-A.

Embora seja cedo para projetar os reflexos, no Brasil, dessas recentes medidas, é de prever-se que se consolide a arbitragem como tema prioritário de negociação coletiva, com criação de mecanismos setoriais de resolução arbitral de conflitos individuais e coletivos. Por ora, ainda há insuperável resistência dos tribunais brasileiros e portugueses à arbitragem de conflitos laborais individuais, por entenderem que versam sobre direitos irrenunciáveis e transacionáveis apenas diante de juízo estatal competente, com dissidências doutrinárias.⁹³

Apesar das considerações e do relato histórico, entretanto, forçoso é reconhecer que a arbitragem laboral no Brasil, como diz Segadas Vianna, “mais foi regulamentada do que efetivamente utilizada” (SÜSSEKIND *et al.*, 2005, 337). Para Mauro Schiavi, não há no país tradição em solução dos conflitos pela via arbitral, por acreditar-se “que os árbitros não estão preparados para resolver os litígios com imparcialidade e justiça” (SCHIABI, 2016, 60).

A solução para a criação de um instrumento idôneo de acesso ao juízo arbitral passaria pela negociação coletiva, mas com sindicatos enfraquecidos não haverá confiança entre os trabalhadores para estruturarem métodos alternativos setoriais. Torna-se assim um círculo

⁹³ Defendendo a possibilidade de adoção da arbitragem em matéria de direito individual do trabalho, Barrocas (Barrocas, 2013, 19), para quem tais direitos podem ser passíveis de transação no momento em que identificada a sua titularidade, como segue: “O que significa, pois, a transacionalidade do direito? Significa que, em dado momento da sua existência, é lícita a possibilidade de sobre o direito controvertido ser celebrado acordo. É o caso de certos direitos laborais (o direito a indenização por cessação do contrato de trabalho ou por violação de qualquer outro direito laboral, o direito a indenização por dano corporal, o direito do comercial a indenização de clientela, etc.) comercial, a indenização de clientela, etc.). Em que momento e em que condições é, por conseguinte, lícito transigir sobre um direito desta natureza? A sua constituição na esfera jurídica do titular é o momento relevante. Não podem ser renunciados antes que se verifique essa titularização, tal como não podem ser objeto de transação. Mas, a partir do momento em que a aquisição se verificou, a sua renunciabilidade pode ocorrer. Em geral, o que não é admitida é a renúncia ou transação antecipada a um direito que, por razões de política legislativa, baseada em razões de ordem moral, social ou económica, se entende que, para proteção do consumidor ou da parte presuntivamente menos forte ou contratualmente dependente, deve ser preservado o direito do seu proposto adquirente”. Também, no Brasil, Enoque Ribeiro dos Santos (SANTOS, 2016, 56), para quem, referindo-se às alterações da Lei n. 12.129/2015 e a adoção dos meios alternativos, é natural que o legislador incorpore as inovações processuais civis para “tentar reduzir a vergonhosa duração real de tramitação de nossos processos nas searas civis e trabalhista”.

vicioso, pois o trabalhador não tem acesso à Justiça para a superação dos impasses negociais, pelas restrições legais e conjunturais, e a inexistência de meios alternativos disponíveis não permite que solucione os seus conflitos coletivos com a eficácia dos meios adequados.

3.3.2. Os meios intermediários e administrativos de resolução de conflitos

As ações do Poder Público em relação aos conflitos coletivos de trabalho não devem se limitar à disponibilização de instrumentos para a formação de normas autocompositivas, como as convenções e os acordos coletivos de trabalho, e de intervenção judicial, como ocorre no dissídio coletivo, previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Propõe-se neste item uma abordagem acerca da intervenção estatal atípica na solução de conflitos coletivos de trabalho, que se dá fora do âmbito tradicional da heterocomposição, realizada pelas vias judicial e arbitral, mas como forma de fomento à negociação coletiva, na concertação social pré-legislativa ou sob a forma da intervenção indireta nos conflitos coletivos, com a imposição de medidas provisórias e pacificadoras.

É razoável esperar-se que o Estado Social, preocupado com a solução pacífica das controvérsias, mantenha mecanismos intermediários de resolução de conflitos, com fomento e atuação estatal, espécies alternativas entre as medidas autocompositivas e a tradicional heterocomposição, para tratar conflitos coletivos de trabalho.

A primeira das intermediações promovidas pelo Estado, em matéria de conflitos coletivos de trabalho, deve ser com a proposição de um diálogo social para a formação da legislação que atinja interesses de trabalhadores e empresas, o que tende a conter conflitos, pelo comprometimento social com a norma jurídica.

A Constituição Portuguesa, nesse sentido, mantém um sistema de direitos fundamentais coletivos, conforme Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2003, 424), de titularidade das “pessoas colectivas como tais, e não aos seus membros individualmente considerados”, cuja finalidade é “a tutela de formações sociais, garantidoras de espaços de liberdade e de participação no seio da sociedade plural e conflitual”. Dentre esses incluem-se o direito das comissões de trabalhadores e das associações sindicais de participarem da criação da legislação do trabalho (artigos 54.º, 5, *d*, e 56.º, 3, da CRP).

Esse mecanismo que impõe a participação dos trabalhadores no processo de criação das normas jurídicas de interesse direto para as relações individuais e coletivas de trabalho é regulamentado no Código do Trabalho português, que define o que é legislação do trabalho, em seu art. 469.º, enquadrando como tais os diplomas que regulam: “a) Contrato de trabalho;

b) Direito coletivo de trabalho; c) Segurança e saúde no trabalho; d) Acidentes de trabalho e doenças profissionais; e) Formação profissional; f) Processo do trabalho”, além da “aprovação para ratificação de convenções da Organização Internacional do Trabalho”. Tratando dessas matérias, há uma “precedência de discussão”, prevista no art. 470.º do CT, que determina que qualquer proposta ou projeto legislativo só pode ser discutido e votado “depois de as comissões de trabalhadores ou as respetivas comissões coordenadoras, as associações sindicais e as associações de empregadores se terem podido pronunciar sobre ele”.

No sistema jurídico português, são as organizações de trabalhadores detentoras, no escol de Gomes Canotilho, de “direitos reflexivos”, com regras definidoras de “esquemas relacionais dos grupos e organizações da época actual”, como nos artigos 54.º, 5, d, e 56.º, 2, a, da CRP, referentes ao direito das comissões de trabalhadores e associações sindicais de participarem na elaboração da legislação do trabalho. A participação das associações sindicais vai além da normatização autônoma de origem negocial, exigindo o processo legislativo a participação das associações sindicais e patronais nas questões que digam respeito às relações de trabalho, conforme o art. 56.º, 2, a, da CRP, num sistema que Gomes Canotilho denomina de “repartição social” (CANOTILHO, 2003, 561 e 1153).⁹⁴

Diante do inevitável dissenso das partes de uma relação coletiva de trabalho, sobre questões concretas de interesses antagônicos, deve o Estado Social atuar para a solução desses conflitos, contribuindo para a composição da controvérsia. Por outro lado, o Estado, além de facultar a participação dos trabalhadores, se necessário, deve intervir nas relações de trabalho para assegurar a estabilidade dos direitos coletivos setoriais, enquanto pende a negociação coletiva, em especial quando há risco de precarização das condições de trabalho ou à isonomia em relação a trabalhadores não protegidos por normas negociais.

Essas situações são enfrentadas pela legislação portuguesa com os instrumentos das portarias de extensão e de condições de trabalho e com a imposição de meios cogentes de solução de conflitos, como as arbitragens laborais obrigatória e necessária.

A legislação laboral brasileira em matéria de normatização coletiva, comparada à portuguesa, é bem mais simples, prevendo como formas negociais apenas os acordos coletivos de trabalho, entre sindicato profissional e empresa, e as convenções coletivas de

⁹⁴ Para Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2003, 1321 e 1322): “Se uma lei, decreto-lei ou qualquer acto legislativo, estabelecer a disciplina normativa das relações de trabalho sem a participação das comissões de trabalhadores ou das associações sindicais estaremos perante uma hipótese de falta de um elemento integrativo da competência dos órgãos legislativos quanto à legislação do trabalho e que não se pode considerar propriamente como fazendo parte do procedimento legislativo.”

trabalho, entre sindicatos das categorias profissionais e econômicas (art. 611 da CLT). Como alternativa à não composição pelas partes, resta a adoção dos dissídios coletivos, só acessados pelas partes de comum acordo (art. 872 e ss, da CLT, e art. 114, §§ 2º e 3º, da CRFB).

O Estado brasileiro esgota a sua intervenção em conflitos coletivos de trabalho com um modesto fomento aos meios autocompositivos, como a mediação e a conciliação, e na disponibilidade apenas formal de meios heterocompositivos, se escolhidos autonomamente pelas partes, com a adoção da arbitragem voluntária ou pelo dissídio coletivo.

Esses instrumentos, apesar de previstos normativamente, não são utilizados pelos atores coletivos, pois não há uma cultura de entrega dos litígios à jurisdição não estatal e, se colocada ao alvedrio das partes o acesso à jurisdição especializada trabalhista, a parte demandada, logicamente, não dará o consentimento, não sendo conhecido sequer um caso de autorização expressa da parte adversa para o dissídio coletivo de natureza econômica.

Há um vazio legislativo em relação a meios para dirimir controvérsias coletivas de difícil superação, como negociações exaustivas e infrutíferas, ou casos de resistência ou de recusa à negociação, estando as partes fadadas ao enfrentamento do instrumento da greve, até como meio transverso de acesso à solução da jurisdição estatal.

Caso se trate de greve em atividade essencial, com risco ao interesse público, poderá o MPT propor o dissídio coletivo (art. 114, § 3º, CRFB), e dar acesso à apreciação judicial das reivindicações das partes. Isto é, para os trabalhadores terem acesso à normatização setorial e a solução dos seus litígios, ou à ultratividade das normas extintas pelo termo, ou caducidade, na expressão legislativa portuguesa, têm de realizar uma greve em atividade essencial.

A imposição prática da utilização da greve como única alternativa para a criação ou manutenção de normas setoriais, em caso de malogro da negociação, é um contrassenso, pois, ainda que seja um instrumento legítimo da classe trabalhadora, enquadrado entre os direitos fundamentais nas constituições modernas, como são a portuguesa e a brasileira, é a *ultima ratio*. Deve esse meio ser utilizado com prudência, primeiro, pelos prejuízos econômicos e sociais que lhe são inerentes e, segundo, porque tem a sua eficácia em muito prejudicada, em tempos de disseminação territorial dos empregos, não mais concentrados na tradicional fábrica da revolução industrial, e de redução da empregabilidade, acarretada pelas crises econômicas e pela flexibilização.

Diante de impasses não há mecanismos intermediários com atuação do Estado, aos moldes da legislação portuguesa, com a Portaria de Extensão (art.514), a Portaria de Condições de trabalho (art. 516) e as arbitragens obrigatória e necessária. É necessário ter

uma atuação mais ampla, como possui Portugal, com um elenco de medidas que vão desde a participação na formação da legislação do trabalho, passando por seus Instrumentos de Regulação Coletiva de Trabalho, negociais e não negociais (art. 2.º, n.º 2, do CT), com a atuação administrativa na definição de condições de trabalho e casos de acesso à Justiça.

Em experiências de outros países, registra-se ainda formas intermediárias de intervenção entre a negociação coletiva e os meios mais extremos de apoio à negociação, como a greve ou a intervenção heterocompositiva da jurisdição estatal, como é o caso do ordenamento estadunidense, lembrado por Monteiro Fernandes, da “Lei Taft-Hartley (*Labor Management Relations Act*)”. Instituída em 1947, para atuação em conflitos que exponham riscos à saúde pública ou à segurança nacional, prevê hipóteses em que o Presidente da República poderá nomear uma comissão de inquérito, cujo relatório pode ensejar uma “ordem (*injunction*) do Tribunal competente, no sentido de que não seja desencadeada ou não prossiga uma greve, por um período de 80 dias”. Esse lapso, “período de «arrefecimento» (*cooling off*)”, serve como trégua para a negociação, sem inibir de todo o exercício do direito de greve, pois esgotado, perde a eficácia e a greve torna-se lícita (FERNANDES, 2010, 902).

Ressalva-se a relevante opinião de Segadas Vianna (SÜSSEKIND *et al.*, 2005, 17), de que a aprovação da “Lei Taft-Hartley” teve propósito de instituir uma lei contra a greve, não se poderia afastar a conveniência de medidas intermediárias como essa no cenário brasileiro.

Esse mecanismo, ao que tudo indica, seria apto para situações extremas em serviços em atividades sensíveis, capazes de causar transtornos à população, sem inviabilizar o exercício do direito de greve, como nas situações narradas, referentes a decisões do STF brasileiro, que chegaram a ser rotuladas na doutrina como direito do trabalho do inimigo.

Portugal possui uma legislação mais aperfeiçoada e protetiva das relações coletivas de trabalho do que a do Brasil, a iniciar pela concepção dos instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho, que se orientam pelo princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador (art. 476.º do CT), não incidindo *in pejus* em relação às cláusulas contratuais. O Brasil, ao contrário, após a reforma trabalhista da Lei nº 13.467/2017, impôs a prevalência da convenção coletiva sobre os acordos coletivos, mesmo em prejuízo aos trabalhadores e da negociação individual sobre as normas coletivas, para empregados com salário superior a duas vezes o teto de benefícios da Previdência Social (art. 444, parágrafo único, da CLT).

Há no Brasil, ademais, uma carência de meios de exercício da democracia participativa pelos entes sindicais na formação da legislação trabalhista, que favorece o retrocesso social e a dificuldade de aceitação social das normas juslaborais.

Os institutos jurídicos estrangeiros arrolados são exemplos de instrumentos eficazes de democracia substancial e de atuação pré-legislativa dos entes coletivos para a prevenção e o tratamento de conflitos coletivos de trabalho. Tais mecanismos, entretanto, inexistem no Brasil, fazendo com que, em casos de recusa à negociação ou de impasses em conflitos coletivos de trabalho, as partes não tenham instrumentos a recorrer para a defesa de seus interesses, acarretando interstícios sem normatização autônoma e perda de direitos anteriormente conquistados, com o esgotamento do termo de vigência da norma coletiva.

Para suprir a legislação brasileira com novos meios de resolução de conflitos coletivos de trabalho, de *lege ferenda*, oferece-se o estudo específico de práticas portuguesas que podem contribuir para o aperfeiçoamento da ordem juslaboral do Brasil, o que se passará a abordar, sem preocupação com uma análise exaustiva.

3.3.3. Portarias de extensão e de condições de trabalho

Por vezes, a solução para os conflitos não é obtida com a negociação autônoma e as partes não acordam quanto a um meio de tratamento do conflito, bem como não há possibilidade jurídica de acesso imediato à Jurisdição, mas permanece o interesse do Estado intervir para assegurar o exercício de direitos ou, ao mesmo tempo, para resguardar a sociedade dos danos causados pelo impasse. Nessas ocasiões, é importante que o Estado tenha ferramentas de intervenção nos conflitos de trabalho para assegurar o cumprimento das obrigações de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos fundamentais.

Para esse fim, a legislação portuguesa estabeleceu instrumentos normativos não negociais não existentes no Brasil, como os Instrumentos de Regulamentação Coletiva de Trabalho “não negociais”, previstos no art. 2º, nº 3, CT, a portaria de extensão, a portaria de condições de trabalho e as decisões em processo de arbitragem obrigatória ou necessária.

Em relação a estas duas últimas modalidades arbitrais, de natureza impositiva, não obstante haja características de medida interventiva administrativa, haverá descrição em separado, pois muito se aproximam das normas da arbitragem tradicional, a voluntária.

A portaria de extensão, regulada a partir do art. 514.º, do CT, é um instrumento administrativo atribuído ao ministro responsável pela área laboral, destinado a estender, total ou parcialmente, o conteúdo de convenções coletivas ou de decisões arbitrais a empregadores e trabalhadores que não estavam originalmente por elas abrangidos. O manejo pressupõe a integração de empregadores e trabalhadores nos mesmos setores econômico e profissional, e a ponderação de circunstâncias sociais e econômicas que a justifiquem, submetendo-se a um

procedimento prévio, facultada a participação das entidades que possam vir a ser afetados (artigos 514.º, nºs 1 e 2, e 516.º do CT). Havendo oposição por motivos de ordem econômica, a atribuição será conjunta com o ministro responsável pela atividade (art. 516º, nº 1, do CT).

Por sua vez, a portaria de condições de trabalho, regradada nos arts. 517º e seguintes do CT, igualmente, é um instrumento administrativo da atribuição do ministro responsável pela área laboral, de manejo conjunto com o ministro responsável pelo setor de atividade afetado, para definir condições de trabalho em hipóteses em que não seja admissível a portaria de extensão e que inexistam associações sindicais ou de empregadores. Será utilizada sempre que as circunstâncias socioeconômicas a justifiquem, obedecendo a um procedimento que inclui a elaboração de estudos preparatórios por uma comissão técnica, com a participação de assessores técnicos indicados pelos empregadores e pelos trabalhadores (art. 518.º do CT).

Os instrumentos de regulamentação não negociais, excetuadas as decisões arbitrais obrigatória e necessária, destaca Menezes Leitão, são subsidiários em relação aos negociais, pois somente podem ser expedidos na sua ausência (cfr. arts. 515º e 517º, nº 2). Portanto, “existindo um IRC negocial aplicável, aquela estará ferida de ilegalidade, a qual pode ser declarada nos termos do processo de ilegalidade dos regulamentos” (LEITÃO, 2016, 81).

A existência de dispositivos como a Portaria de Extensão e a Portaria de Condições de Trabalho seria de real valia para o ordenamento brasileiro, que carece de qualquer mecanismo estatal de superação de impasses e regulação coletiva não negocial, impondo um vazio normativo setorial a categorias inorganizadas ou em dificuldades negociais, ou a via judicial, com a exigência de um inviável consentimento adverso.

3.3.4. As arbitragens laborais obrigatória, necessária e de serviços mínimos

A legislação portuguesa é pródiga em alternativas de modalidades arbitrais compulsórias, manifestadas notadamente pelos institutos da arbitragem obrigatória, da arbitragem necessária e da arbitragem de serviços mínimos em caso de greve.

Ricardo Pedro (PEDRO, 2016, 544), referindo-se aos “tribunais arbitrais necessários”, cuja adoção deve-se à imposição legislativa e não na vontade das partes, destaca como particularidade de alguns desses meios em relação aos tribunais arbitrais voluntários a possibilidade de acesso à jurisdição estatal, por meio do recurso do laudo arbitral para os tribunais estaduais. Logo, introdutoriamente já se percebe que a imposição às partes do juízo arbitral não traz a ideia de definitividade dos juízos arbitral voluntário e da jurisdição estatal.

Conforme Moura Vicente (VICENTE, 2015, 22), a referência a leis especiais, no art. 1.º, nº 1, da LAV portuguesa, remete ao “DL nº 259/2009, de 25 de setembro, que regulamenta a arbitragem obrigatória e a arbitragem necessária em matéria laboral” e à “arbitragem sobre serviços mínimos durante a greve (previstas nos arts. 508º e segs. e 538º do CT)”⁹⁵.

A diferença entre as duas primeiras, para Romano Martinez, fica nos pressupostos e âmbito da aplicação, “enquanto que a arbitragem obrigatória pode ser aplicada em quaisquer conflitos que resultem da celebração e revisão de uma convenção colectiva, a arbitragem necessária resulta da caducidade de uma convenção colectiva”. Para o autor, são exemplos dessa prática a “*arbitragem obrigatória legal*”, para manutenção de serviços mínimos, em caso de paralisação nos serviços da administração direta ou indireta do Estado, de autarquias locais, ou de empresa do sector empresarial do Estado (art. 536º, nº 4, CT) e a “*arbitragem obrigatória administrativa* [...] prevista nos arts. 508º e ss., quanto à arbitragem obrigatória, e nos arts. 510º e ss., quanto à arbitragem necessária”, bem como a previsão de que “na falta de acordo quanto aos serviços mínimos, a sua definição cabe imediatamente a um tribunal arbitral” (arts. 24º e ss. do D.L. 259/2009, de 25 de Setembro) (MARTINEZ, 2015, 617-618).

A arbitragem obrigatória é regida pelo art. 508º, aplicando-se para resolver conflitos resultantes da celebração ou de revisão de convenção coletiva de trabalho em três hipóteses: (1) sendo a primeira convenção, a requerimento de qualquer das partes, após negociações prolongadas e infrutíferas, conciliação ou mediação frustradas e não tenha sido possível resolver o conflito por arbitragem voluntária, em virtude de má fé da outra parte, ouvida a Comissão Permanente da Concertação Social” (art. 508º, nº 1, a, CT); (2) na negociação de convenção coletiva, na celebração ou revisão da convenção, havendo recomendação da Comissão Permanente da Concertação Social, com a maioria de votos dos representantes dos trabalhadores e dos empregadores (art. 508º, nº 1, b, e nº 2); e (3) por iniciativa do ministro da área laboral, na celebração ou revisão da convenção, estando em causa serviços essenciais destinados à protecção da vida, saúde ou segurança das pessoas e ouvida a Comissão Permanente da Concertação Social (art. 508º nº 1 c) e nº 2).

A discricionariedade do ato ministerial da área laboral, que determina essa arbitragem é mitigada pela exigência de despacho fundamentado, com o número de trabalhadores afetados pelo conflito, a relevância da protecção social dos trabalhadores envolvidos, a posição

⁹⁵ Para o autor (VICENTE, 2015, 22), inclui ainda a “Lei nº 62/2011, de 14 de dezembro, que cria um regime de arbitragem necessária para a composição dos litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos”.

das partes quanto ao objeto e os efeitos sociais e econômicos do conflito, e a ouvida das partes ou contrapartes (Arts. 508º, nº 1, a, e 509º, nº 1). Aplica-se, subsidiariamente, o Código de Procedimento Administrativo (art. 509º, 5).

A arbitragem necessária é um processo arbitral destinado a evitar os danos decorrentes do vácuo normativo que se impõe às partes de um conflito coletivo de trabalho, gerado pela caducidade de uma ou mais convenções coletivas de trabalho, aplicáveis a uma empresa, grupo de empresas ou setor de atividades, quando não celebrada nova convenção nos 12 (doze) meses subsequentes e não haja outra aplicável ao menos a 50% (cinquenta por cento) dos trabalhadores vinculados.

Identifica-se nos artigos 510º e 511º, nº 1, do Código do Trabalho Português os requisitos objetivos de admissibilidade da *arbitragem necessária*: 1) caducidade de convenção coletiva de trabalho aplicável a uma empresa, grupo empresarial ou setor de atividade; ausência de celebração de nova convenção nos doze meses subsequentes; 2) inexistência de outra convenção aplicável a, pelo menos, 50% (cinquenta por cento), dos trabalhadores pertencentes ao segmento económico envolvido; 3) requerimento da parte interessada, no período de 12 (doze) meses seguintes ao intervalo mínimo de ausência regulatória, de 12 (doze) meses.

A instauração do processo arbitral depende de decisão do ministro responsável pela área laboral, submetido a publicação no Boletim do Trabalho e Emprego e a eventuais oposições (arts. 510º e 511º nºs 2 e 4, CT). Trata-se de processo com maior contraditório e participação das partes, em comparação como a *arbitragem obrigatória*. Como alerta Palma Ramalho (RAMALHO, 2012, 393), na falta de acordo das partes quanto ao objeto da arbitragem necessária, o objeto será fixado pelo tribunal arbitral, ao contrário da arbitragem obrigatória, que nessa hipótese, é definido pelo membro do Governo responsável pela área laboral, conforme (art. 12º nºs 1 e 2 do DL nº 259/2009, e art. 511º nº 5 do CT). Aplica-se ao procedimento, subsidiariamente, a Lei da Arbitragem Voluntária (art. 505º, nº 4).

Palma Ramalho critica a dependência da arbitragem obrigatória em relação à Comissão Permanente da Concertação Social, a quem cabe a iniciativa do processo ou a prévia ouvida, impossibilitando a aplicação em outras situações de negociações infrutíferas de revisão de convenções coletivas, “enquanto a autonomização da arbitragem necessária destina-se, justamente, a evitar a frustração da revisão que termine na caducidade da convenção” (RAMALHO, 2012, 389-390).

Em relação à arbitragem de serviços mínimos durante a greve, prevista no art. 538.º, N.º 4, b, do CT, em Portugal, trata-se de modalidade de arbitragem obrigatória a ser instaurada pelo ministério responsável pela área laboral, em caso de recusa das partes, devidamente notificadas para tanto, em compor a manutenção dos serviços mínimos legais, em se tratando de “empresa do setor empresarial do Estado”.

No Brasil a utilização da arbitragem é prevista também para decidir as relações obrigacionais durante o período de greve, no art. 7º da Lei nº 7.383, de 28 de junho de 1989 (Lei de Greve), porém não existe margem legal para a utilização da arbitragem em modalidade semelhante à arbitragem obrigatória portuguesa.

A rigor, afirmam Menezes Cordeiro (CORDEIRO, 2015, 16) e Manuel Barrocas (BARROCAS, 2013, 90), se, por opção legislativa, alguns conflitos são confiados a tribunais arbitrais, vedando o acesso aos tribunais estatais, ao menos em primeira instância, nessas hipóteses, para esses autores, não se trata de verdadeira arbitragem.

Embora parte da doutrina resista a admitir os meios arbitrais induzidos ou impostos como verdadeira arbitragem, a solução trazida por esses instrumentos é apta a criar uma instância intermediária entre a pura e simples autonomia da vontade, sujeita a eventuais abusos e fragilidades, por má-fé ou desequilíbrio de forças, e o acesso à jurisdição estatal, mais rígida e imprópria para a composição de conflitos coletivos. Ainda que ocorra a imposição, essa intervenção estatal é flexibilizada com a oitiva das partes e espaços negociais, como no modelo norte-americano, ou consorciada com instrumentos de arbitragem, como no modelo português, possuindo mecanismos participativos superiores aos meios judiciais.

3.4. A intervenção judicial nos conflitos coletivos de trabalho

O meio judicial, em se tratando de conflitos coletivos de trabalho, não é dos mais usuais, e sequer é recomendado pela maior parte da doutrina, haja vista que o interesse é de pacificação, e esta condição, em regra, só se dá plenamente, se a solução for consensual ou ao menos tiver a participação das partes interessadas.

Há casos, entretanto, que a atuação jurisdicional pode legitimar-se pela ordem infraconstitucional normatizada ou até mesmo por aplicação dos princípios constitucionais que asseguram o acesso à Justiça, como será visto na sequência.

3.4.1. A solução judicial de conflitos jurídicos e de interesses

Os conflitos coletivos de trabalho para grande parte da doutrina se dividem em conflitos jurídicos e conflitos de interesse. Os primeiros, na linha exposta por Monteiro

Fernandes, comportam “via de resolução semelhante à que, nos tribunais, é assegurada aos litígios individuais, pois trata-se, num como noutro caso, de *interpretar e aplicar normas existentes*”. Essa fórmula, aponta, foi adotada na lei dos tribunais do trabalho da Alemanha (Rechtsstreitigkeiten) e na lei federal do trabalho do México (FERNANDES, 2010, 895-896).

Segundo Monteiro Fernandes, em países que adotam um tratamento comum dos conflitos coletivos, jurídico ou de interesses, como a França, há dúvidas quanto à aplicação das técnicas de resolução pacífica. “Diz-se então: «sobre uma questão de direito, não há solução intermédia: um tem razão, o outro não» (1)⁹⁶” (FERNANDES, 2010, 895).

O uso de técnicas civilistas de interpretação de normas ou de declarações negociais coletivas, implica em desconsiderar o caráter interpretativo autêntico e a função integradora da norma autônoma. É muito difícil separar as fases de criação e de interpretação das normas coletivas, pois o confronto de forças e de interesses não finda na formação da norma coletiva, que se completa na sua aplicação, sendo “a interpretação e a integração das suas cláusulas dois momentos adicionais na procura do equilíbrio de interesses colectivos: a convenção refaz-se e completa-se através da sua própria aplicação” (FERNANDES, 2010, 896).

Para Monteiro Fernandes, porém, não se deve olvidar que os conflitos jurídicos, ao contrário dos conflitos de interesse, surgem ancorados sobre uma realidade objetiva, o texto de uma norma coletiva, e ainda que se recorra a uma “interpretação «criativa», sob uma certa margem de indeterminação existente em alguma cláusula”, em qualquer opção possível quanto às técnicas interpretativas a utilizar, haverá “a necessidade da correspondência mínima entre o sentido atribuído à cláusula e seu texto”. Por isso, o meio mais utilizado para a resolução dos conflitos coletivos jurídicos ainda é o recurso a dispositivos autônomos, como na Bélgica, com comissões paritárias com competência para fixar a interpretação de cláusulas controversas, mesma situação da lei portuguesa, prevista no art. 492.º/3 do Código do Trabalho, que exige o regramento em convenção coletiva (FERNANDES, 2010, 896-897).

Entretanto, como os meios alternativos não resolvem todos os conflitos coletivos de interesse, diante de grave estremecimento entre as partes ou de recusa radical às pretensões formuladas, a ordem jurídica não lhe pode ser indiferente, confiando apenas à autonomia dos sujeitos coletivos a resolução dos conflitos e a regulamentação das suas relações jurídicas.

Reconhece Monteiro Fernandes que, em graus e modalidades diversos, ainda predomina a intervenção estatal nos conflitos coletivos de trabalho, adotando como razões,

⁹⁶ Segundo Monteiro Fernandes, RIVERO/SAVATIER consideram que apenas a arbitragem se adequa às características dos conflitos jurídicos coletivos (RIVERO apud FERNANDES, 2010, 896).

primeiro, “a necessidade de prevenir ou, ao menos, *limitar no tempo* as situações de tensão social e desgaste económico que sempre se associam, em medida maior ou menor, aos dissídios laborais”; segundo, a importância da negociação coletiva para o progresso social e o “papel simultaneamente nivelador das condições de vida da população”; e, terceiro, a “posição proeminente que a convenção colectiva ocupa no elenco das fontes de Direito”, para progresso e como “meio de adaptação das regras e dos princípios gerais às características técnicas e económicas de cada sector de atividade” (FERNANDES, 2010, 901).

Por isso, deve ser preservado um espaço de acesso à Justiça, com procedimentos interventivos na jurisdição estatal, como em Portugal e, restritamente, com o dissídio coletivo, no Brasil, cuja jurisdição trabalhista, investida de poder normativo, pode proferir, com base em equidade, uma “sentença normativa”, com força de lei (FERNANDES, 2010, 901-902).

3.4.2. O poder normativo da Justiça do Trabalho

Embora doutrinadores como Wagner Gíglio (GÍGLIO, 2002, 383-384) ainda apontem que se trata de nomenclatura singular, desconhecida em outros sistemas, baseada na *Carta del Lavoro* italiana, não cabe mais essa objeção, diante das constantes atualizações do seu texto, inclusive em períodos democráticos, como destacam Castilhos Pereira (PEREIRA, 2011), Segadas Vianna (SÜSSEKIND *et al.*, 2005, 34)⁹⁷ e Souto Maior (SOUTO MAIOR, 2017)⁹⁸.

A preocupação da Justiça do Trabalho com a solução de conflitos coletivos de trabalho conforme Alice Monteiro de Barros (BARROS e ALENCAR, 2016, 1148) é anterior ao texto da CLT, advinda do Decreto-Lei n. 1.237, de 1939, responsável pela sua organização como órgão da administração, ao qual foi outorgada competência normativa, por meio dos

⁹⁷ Conforme Segadas Vianna (SÜSSEKIND *et al.*, 2005, 34): “Afirma-se comumente que a Comissão da CLT se inspirou na *Carta del Lavoro*. Tal acusação, além de confundir o todo com uma de suas partes, revela, sem dúvida, o desconhecimento da evolução das leis brasileiras sobre o Direito do Trabalho. Dos onze títulos que compõem a Consolidação, apenas o V, relativo à organização sindical, correspondeu ao sistema então vigente na Itália. Mas, nesse tópico, a Comissão nada mais fez do que transplantar para o seu projeto os decretos-leis de 1939 a 1942, que reorganizaram o sistema sindical à luz da Constituição de 1937, então vigente, tendo por alvo a preparação das corporações cujos representantes integrariam o Conselho de Economia Nacional nela instituído (arts. 57 e 58). O Título VI, referente ao contrato coletivo de trabalho, revelou as necessárias adaptações ao regime sindical adotado.”

⁹⁸ Para Jorge Luiz Souto Maior constituiria “grave desconhecimento histórico dizer que é a CLT de Vargas, de origem fascista, que regula as relações de trabalho no Brasil”. Lembra o autor o Decreto n. 8.740, de 19 de janeiro de 1946, que alterou a CLT, na organização sindical, reconstituindo a liberdade sindical, originalmente na Constituição de 1934, a seguir revogado pelo Decreto 8.740/46, no governo Dutra, reintroduzindo os termos da CLT. Registra ainda o Decreto-Lei n. 229/67, modificando, revogando ou alterando 200 artigos da CLT, inclusive o 576 (enquadramento sindical) e 579 (contribuição sindical). Assim, “embora se possa argumentar que a organização sindical brasileira, com natureza corporativa, tenha sido implementada por Vargas a partir de 1931 (e não a partir de 1943), a sua vigência de 1946 em diante está ligada aos interesses do governo militar e da elite da classe empresarial brasileira, não podendo ser atribuída a Vargas” (SOUTO MAIOR, 2017).-

Conselhos Regionais do Trabalho, com poderes para o julgamento de dissídios coletivos, para criar normas para categoria profissional, em atividade tipicamente legislativa.

A legislação trabalhista, naquele momento incipiente, anota Ramos Filho, pela tardia autorização para a União “legislar sobre o trabalho”, só advinda com a Revisão constitucional de 1926, influenciada “por diretrizes da OIT, criada em 1919, e pelas duas ideologias complementares: o corporativismo e o catolicismo social”, originaram “as primeiras intervenções legislativas de âmbito nacional nas relações trabalhistas (direito a férias e a jornada reduzida para os adolescentes)” (RAMOS FILHO, 2013, 72).⁹⁹

O poder normativo, registra Castilhos Pereira, representava a implantação de um Estado Providência, inserindo o proletariado nas instituições da sociedade, afirmando uma ação estatal de promoção dos operários, “mas sempre prevendo uma solução pacífica para os problemas, assegurando vida harmônica entre empregados e patrões” (PEREIRA, 2011).

Manifesta-se o poder normativo pela sentença normativa da Justiça do Trabalho, decisão colegiada dos tribunais, que atua como regra geral, de caráter abstrato e impessoal, materialmente como lei, no seio de uma categoria profissional ou de uma empresa. Trata-se de fonte normativa de atuação setorial. Conforme Segadas Vianna, “a sentença coletiva tem uma extensão menor que a norma legal, por isso que se refere à “categoria” e não à Nação”, o que se justifica, citando *Carnelutti*, porque “a Nação é o limite máximo e não o limite mínimo de extensão da norma, e, por conseguinte, podem existir normas, legais e consuetudinárias, que se refiram a uma coletividade menor” (CARNELUTTI apud SÜSSEKIND *et al.*, 2005, 109).

Constitucionalmente, o poder normativo foi reconhecido apenas na Constituição de 1946 e mantido nas de 1967, 1969 e 1988, ganhando novas características com a Emenda Constitucional n. 45/2004, que o condicionou ao comum acordo.

Com a nova redação do art. 114 da CRFB, advinda da EC 45/2004, prevendo no § 1º o uso de arbitragem e, no § 2º, a possibilidade de que, na recusa de qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, seja ajuizado dissídio coletivo de natureza econômica, condicionado ao “comum acordo” ou à iniciativa do Ministério Público, em caso de greve em

⁹⁹ Segundo Ramos Filho (RAMOS FILHO, 2013, 72-73), a iniciativa foi “para se contrapor aos ideários anarquista, socialista e comunista que encontravam nas precárias condições de trabalho condições objetivas propícias ao seu desenvolvimento”. Correspondeu à promessa do corporativismo de “concretização do ideal de uma “sociedade sem conflitos” pregando a “harmonia” entre as classes sociais que ocupam posições antagônicas nas relações de trabalho, com grande influência na construção dos regimes totalitários (Itália e Alemanha) ou autoritários (Portugal, Espanha) na década de trinta”.

atividade essencial, com risco ao interesse público (art. 114, §§ 1º, 2º e 3º, CF88), foi inviabilizado o acesso voluntário ao dissídio coletivo de interesses.

A exigência de comum acordo para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica é objeto de ação direta de inconstitucionalidade, que tramita no Supremo Tribunal Federal, com a constitucionalidade do tema e a repercussão geral reconhecidas no julgamento de incidente no recurso extraordinário ARE Nº 679137, da relatoria do Min. Marco Aurélio.

Está pacificada, no TST, a jurisprudência no sentido de que os conflitos coletivos de natureza econômica passaram a ter tal pressuposto processual, transformando-se numa espécie peculiar de tutela arbitral, exercida com caráter jurisdicional, pois não se tem notícias de qualquer pedido de julgamento formulado de “comum acordo”, nesses anos seguintes.

Os efeitos da exigência são deletérios para a negociação coletiva e para a paz social, diante da intransigência do empregador, aos trabalhadores só resta a realização da greve. Essa situação é reconhecida por Ives Gandra Martins Filho (MARTINS FILHO, 2015, 796), para quem, com o comum acordo e após uma virada protecionista na jurisprudência do TST as empresas e sindicatos patronais se recusam a conceder novos benefícios à classe trabalhadora “se as empresas já não querem negociar nem ir à Justiça em dissídios coletivos, a greve passa a ser o instrumento de recurso ao Judiciário. E, num conflito de força, todos saem perdendo”.

Embora questionado o poder normativo tende a prevalecer nos tribunais brasileiros, mesmo após a reforma trabalhista introduzida pela Lei 13.467/2017, que dispôs sobre a prevalência do “negociado sobre o legislado”, em matérias elencadas no art. 611A da CLT, da mesma forma que resistiu à investida do constituinte reformador, na EC nº 45/2004.

Nesse sentido foi a conclusão do debate sobre a matéria no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por magistrados de primeiro e segundo graus, em evento oficial promovido pela Escola Judicial do TRT4, na 1ª Jornada sobre a Reforma Trabalhista, realizada em 10/11/2017, na qual foi aprovado um enunciado preventivo que “A prevalência do negociado sobre o legislado autorizada no artigo 611A da CLT, está alicerçada no exercício da autonomia privada coletiva, o que não implica perda do poder normativo da Justiça do Trabalho na solução de conflitos coletivos”¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Relação das propostas aprovadas na I Jornada sobre a Reforma Trabalhista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em 10 de novembro de 2017 (ANAMATRA, 2017).

3.4.3. Dissídios coletivos: a intervenção judicial brasileira

O Brasil é um dos países que admite o acesso à Justiça para resolução de conflitos coletivos de trabalho, pelo dissídio coletivo, ação constitucional criada para o julgamento de conflitos entre sindicatos de empregados em face de empresas ou de sindicatos de empresas (art. 856 da CLT), para a definição de regras abstratas e gerais, aplicáveis a contratos de trabalho a uma coletividade de empregados de determinadas categorias ou empresas.

Neste momento cabe a exposição das características de cada uma das modalidades de dissídios coletivos, e as suas respectivas qualidades e destinação.

O dissídio coletivo de natureza econômica tem como objeto pedido de criação de vantagens remuneratórias e de melhorias nas condições de trabalho, para vigorar como norma jurídica abstrata a reger relações individuais de trabalho de uma categoria profissional, empresa ou grupo de empresa, provimento tipicamente legislativo.

Para Otávio Brito Lopes (LOPES, 2005, 168-169), com a exigência do “comum acordo”, os dissídios econômicos transformaram-se numa espécie de arbitragem submetida à jurisdição estatal, e não mais teriam função jurisdicional, “por não ser expressão do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, mas atividade jurisdicional típica (aplicação de norma preexistente a caso concreto para solução de lide), está contido na regra da competência ordinária do inciso I do art. 114 da CF”. Também identificando uma aproximação do dissídio coletivo de natureza econômica com o juízo arbitral, Gandra Martins Filho (MARTINS FILHO, 2009, 117), para quem a exigência do comum acordo para instauração da instância por força do § 2º do art. 114, da CRFB, teria esse efeito.

Por sua vez, o dissídio de natureza jurídica ou interpretativo traz pretensão de aplicação ou interpretação de uma norma preexistente, normalmente uma norma coletiva setorial, adotada em contratos individuais de trabalho das categorias ou empresas envolvidas, sendo recepcionado pela EC nº. 45/2004, para o TST, que o manteve em seu Regimento Interno, como defendeu desde a primeira hora André Spies (SPIES, 2005, 438). Essas ações, cuja competência não foi alterada pela EC nº 45/2004 e que continuam sendo julgados pela Justiça do Trabalho, conforme o art. 241, II, do Regimento Interno do TST (BRASIL, 2017), recebem tratamento diverso no que diz respeito ao julgamento, pois não estão submetidos ao “comum acordo”, já que a restrição constitucional que excetuou a competência é específica para os conflitos de natureza econômica.

A doutrina brasileira prevê um terceiro tipo, envolvendo as atividades jurisdicionais clássicas de interpretação e a aplicação do direito, em atividade excepcional normativa, como

nos dissídios coletivos de greve (Lei n. 7.783/89, art. 8^a), em que é necessário definir a partir das normas jurídicas vigentes a legalidade e a seguir solucionar o conflito, estabelecendo direitos ou condições de trabalho, evitando os danos sociais de uma greve prolongada.

Bezerra Leite (LEITE, 2015, 2429/2961) frisa a natureza mista do dissídio de greve, que pode “ter natureza meramente declaratória, se seu objeto residir apenas na declaração de abusividade ou não do movimento paredista” ou, julgando procedentes os pedidos, “a um só tempo, a sentença normativa correspondente declarará a abusividade (ou não) do movimento de paralisação concertada do trabalho e constituirá novas relações coletivas de trabalho”.

3.4.4. Dissídios coletivos e a interpretação concretizadora

As ações de dissídios coletivos, em regra, possuem natureza mista, haja vista que os dissídios coletivos brasileiros, na prática, além de pedidos de mero interesse, possuem outros tipicamente interpretativos, de aplicação de normas jurídicas, em geral ainda pendentes de concretização, seja legislativamente ou por ausência de intervenção judicial, o que, apesar de trazer pretensões de interesse, não lhes retira o objeto de aplicação de norma pré-existente.

Com frequência os pedidos buscam a efetivação de direitos fundamentais, como “a manutenção do poder de compra dos salários”; a “proteção ao mercado de trabalho da mulher”; e a “redução dos riscos inerentes ao trabalho”, com base nos incisos V, VI, XX e XXII, do art. 7º da CRFB ou ainda postulam o acesso à empresa para reuniões sindicais, concretizando preceitos do art. 8º da CRFB e de normas internacionais ratificadas, como as convenções 98 e 154 da OIT, sendo tratados como de interesses.

O enquadramento, então, tem sido feito a partir da predominância de uma natureza ou de outra, o que se justifica pelo fato de que, até a EC 45/2004, não havia relevância nessa discriminação dos pedidos jurídicos e econômicos, prática não superada, continuando as representações¹⁰¹ a conterem uma cumulação objetiva de ações interpretativas e de interesses.

Apesar da relevância processual da distinção entre conflitos jurídicos e de interesse, pelo fato de que a eventual extinção dos pedidos de natureza econômica não deve implicar em igual tratamento em relação aos pedidos interpretativos, materialmente, em geral, não se justificaria a distinção. Para Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, 1999, 20), é inegável o efeito criativo da interpretação judiciária do direito legislativo. No mesmo sentido ensina Robert Alexy (ALEXY, 2007, 36) que “nenhum legislador pode criar um sistema normativo

¹⁰¹ A petição inicial dos dissídios coletivos foi denominada pelo legislador como *representação*, de acordo com o art. 856 da CLT. Utiliza-se os termos suscitante, para designar o autor e suscitado para o demandado.

tão perfeito que permita solucionar todos os conflitos com a simples subsunção do fato à regra criada”. Assim, na apreciação dos conflitos jurídicos a interpretação pode criar um direito ou gerar uma vantagem não previstos na solução negociada, tal qual seria no conflito econômico.

Não se pode retirar dos entes coletivos a condição de titular de ação para efetivação de direitos fundamentais, que devem ser vividos, concretizados e as suas garantias exercidas.

A vivência da norma faz parte da interpretação e não de mera pretensão de interesses, pois, como diz Peter Häberle, “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelos menos por co-interpretá-la (*Wer die Norm "lebt", interpretiert sie auch (mit)*”. Para o autor, uma investigação realista da hermenêutica constitucional demanda a observação da interpretação do “cidadão e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública”, que atualizam a Constituição (HÄBERLE, 1997, 13-14).

Existem demandas coletivas de natureza jurídica com aparência de disputas de natureza econômica, como ocorre quando a postulação é de concretização de direitos fundamentais, que Norberto Bobbio enquadraria como de segunda e de terceira gerações, pois, ao contrário dos direitos de primeira geração, que em geral exigem apenas o reconhecimento, nessas hipóteses, a previsão abstrata torna os seus beneficiários credores do direito de acesso à Justiça para a satisfação do conteúdo prometido pelo texto constitucional, sob pena de ofensa à base estruturante do Estado Democrático de Direito.¹⁰²

O afastamento da tutela jurisdicional dos conflitos coletivos de trabalho que postulam a efetivação de direitos fundamentais implica em um obstáculo ao exercício do direito fundamental de acesso à Justiça, cujas funções essenciais visam tornar a Justiça acessível aos que dela necessitam e garantir resultados individual e socialmente justos.

3.4.5. A segurança no emprego e as despedidas coletivas

A proteção ao trabalhador brasileiro, em matéria de segurança no emprego, foi apenas prometida, na norma do art. 7º, I, da CRFB, que remete a uma lei complementar que, passados quase trinta anos, sequer foi cogitada pelos sucessivos governos.

Ao invés de proteger o trabalhador contra a despedida, em um período de transição, até o regramento, o art. 10, I, do ADFT da CRFB, consagra o inverso, o direito potestativo do

¹⁰² Identifica-se na doutrina de Norberto Bobbio (BOBBIO, 2004, 34) uma diferença entre direitos que, na dúvida, dependeriam apenas da declaração para se ter certeza, com alguma semelhança com a prestação jurisdicional em dissídios coletivos de natureza jurídica, tratamento diverso que deve ter a Jurisdição quando o pleito foi de estabelecimento da igualdade material, como os pleitos referidos, pois “Só de modo genérico e retórico se pode afirmar que todos são iguais com relação aos três direitos sociais fundamentais (ao trabalho, à instrução e à saúde); ao contrário, é possível dizer, realisticamente, que todos são iguais no gozo das liberdades negativas”.

empregador de despedi-lo sem justa causa, assegurando ao empregado tão somente uma indenização equivalente a 40% (quarenta por cento) do valor do saldo depositado no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. Este fundo é constituído a partir de depósitos mensais correspondentes a 8% (oito por cento) da remuneração mensal, previsto na Lei nº 5.107/1966.

Há no ordenamento brasileiro um sistema de rasa proteção, em se tratando de garantias de emprego. Apenas em casos excepcionais, como de integrantes de comissões de trabalhadores (art. 543, CLT), de comissões internas de prevenção de acidentes e de gestantes (art. 10, II, *a* e *b*, ADFT da CRFB), ou de representantes sindicais (art. 8º, CRFB), é assegurada aos trabalhadores alguma defesa contra a despedida imotivada, ao contrário da ordem jurídica portuguesa, cujo art. 53º, da CRP, põe entre os “direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores” o princípio da segurança no emprego, vedando a despedida imotivada.

Porém, tratamento diverso tem sido conferido pela jurisprudência laboral, em se tratando de despedidas coletivas, considerando a relevância para o corpo social desses conflitos, as prerrogativas dos entes sindicais e os efeitos da despedida em massa, situação peculiar que ocorre em despedidas simultâneas em uma mesma empresa, com um número significativo de empregados, de forma a gerar efeitos sociais e econômicos transcendentais aos interesses individuais dos trabalhadores, fato jurídico que justifica o interesse do Direito Coletivo de Trabalho, como espécie exceção à regra de despedida potestativa do empregador.

O Código do Trabalho de Portugal regula a despedida com essas configurações em seus artigos 358.º a 366.º, 383.º e 388.º a 390.º, em regramento minucioso para o caso de necessidade de despedida coletiva (BITTENCOURT, 2015, 198-213).

3.5. A intervenção judicial em Portugal

Em Portugal também há previsão de intervenção para resolução de conflitos coletivos de trabalho pelo acesso à via jurisdicional estatal, menciona Romano Martinez (MARTINEZ, 2015, 656), em casos em que o Tribunal é chamado a pronunciar-se sobre a interpretação ou aplicação de Instrumentos de Regulamentação Coletiva de Trabalho, conforme previsão da Lei da Organização do Sistema Judiciário, da Lei nº 62/2013, de 26 de agosto, no art. 126º, nº 1, *a*) e em questões cíveis decorrentes do exercício da greve (art. 126º, nº 1, *p*)).

Há ainda hipóteses de solução jurisdicional de conflitos coletivos previstas do Código de Processo do Trabalho, DL nº 480/99, de 09 de novembro, nos arts. 16.º e 26º, *a*) e *d*), referentes à competência e urgência para ações cautelares e de impugnações emergentes do despedimento coletivo, cujas ações devem ser apensadas (art. 31.º, CPT). Por força do art. 5.º,

1 e 2, do CT, as associações sindicais e de empregadores são partes legítimas como autoras nas ações que digam respeito aos interesses coletivos que representam, sem afastar a “representação individual e a substituição de trabalhadores que o autorizem”.

Igualmente, preveem os artigos 44.º e 46.º do Código de Processo do Trabalho a atuação coletiva dos representantes sindicais em pedidos de providências para prevenir ou para afastar os riscos existentes em instalações, locais e processos de trabalho, em caso de perigo sério e iminente, à segurança, à higiene ou à saúde dos trabalhadores, bem como a determinação judicial de providências adequadas.

Serão ainda chamados os entes coletivos para ação com pedidos de tutelas para a anulação e interpretação de cláusulas de convenções coletivas, prevista nos artigos 183º e 186º do Código de Processo do Trabalho, cuja decisão terá efeito ampliado da revista em processo civil, isto é, em todo ou em parte, terá um efeito desconstitutivo da norma coletiva, atingindo a representação coletiva como um todo, mesmo de partes que não atuaram no processo. Essa ação se assemelha em efeitos à decisão do magistrado do Ministério Público em face do conteúdo discriminatório de cláusulas de convenções coletivas de trabalho, a partir de notícia da autoridade do ministério da área laboral, por previsão do art. 479.º, 3 e 6, do CT.

O sistema laboral português, outrossim, assegura o acesso imediato à Justiça para a “apreciação relativa à igualdade e não discriminação” de instrumento de regulamentação coletiva negocial ou de decisão arbitral de arbitragem obrigatória ou necessária, após exame de legalidade e proposta do ministério responsável pela área laboral, com oitiva dos interessados, à apreciação de magistrado do Ministério Público. Sendo constatada a existência de disposição ilegal “o magistrado do Ministério Público promove, no prazo de 15 dias, a declaração judicial da nulidade dessas disposições” (art. 479.º, 1 a 6, do CT). Essa medida não tem parâmetro no ordenamento brasileiro, sendo o Ministério do Trabalho mero depositário das convenções e acordos coletivos, sem qualquer análise de ilegalidade intrínseca.

Outra importante porta de acesso à Justiça para o julgamento de controvérsias a partir de conflitos de interesse, na legislação portuguesa, ocorre a partir da apelação de decisões de arbitragens obrigatória e necessária, que, por serem mecanismos originalmente impostos pela autoridade, equivalem como uma sentença de primeiro grau de jurisdição, e são recorríveis no prazo de 10 dias ao Tribunal de Relação (art. 21, nº 6, e 22º, nºs 1 e 2, D.L. 259/2009)¹⁰³.

¹⁰³ Decreto-Lei n.º 259/2009, de 25 de Setembro (PORTUGAL, 2009):

“Artigo 21.º. Decisão arbitral [...] 6 — A decisão arbitral equivale a sentença da primeira instância para todos os efeitos legais.”

A atuação dessa instância recursal demonstra que também em Portugal há atuação jurisdicional para dirimir conflitos de interesse, ainda que mediamente, após o trâmite da negociação coletiva e da intervenção governamental, solução não disponibilizada pela legislação brasileira, que não permite aos entes coletivos qualquer tipo de acesso à jurisdição estatal, sem a anuência da parte adversa.

Portanto, ficou demonstrado neste capítulo que a resolução dos conflitos coletivos de trabalho deve ser uma preocupação do Estado, que deve se abrir para um sistema multiportas de meios resolutivos, não dispensando, se necessários, os meios heterocompositivos, inclusive a intervenção por meio de soluções da Jurisdição estatal.

4. Conclusão

Espera-se ao fim da pesquisa e redigidos os três capítulos da dissertação ter alcançado os três objetivos secundários, que acompanharam as formulações dos capítulos trilhados, e o objetivo principal proposto, de afirmar a importância da arbitragem laboral para o tratamento consensual dos conflitos coletivos de trabalho e para a normatização setorial autônoma, e a necessidade de intervenção estatal em determinados conflitos laborais, para a superação de impasses negociais de graves proporções.

No decorrer do **primeiro capítulo**, denominado “AS RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO”, objetivou-se, como projetado: “Definir as características, possibilidades e limites da autonomia coletiva na regulamentação juslaboral autônoma e na escolha dos meios consensuais de tratamento de conflitos coletivos de trabalho”.

Ao transcorrer a elaboração do texto, constatou-se que o trabalho manual percorreu um período de simples subsistência, evoluindo da submissão à escravidão até o reconhecimento social e a conquista de um mínimo de liberdade que permitiu a formação das suas organizações sociais. Viu-se que os conflitos coletivos de trabalho derivaram da organização dos trabalhadores por melhores condições econômica e sociais, especialmente dos movimentos iniciados com a Revolução Industrial, no século XIX, que em tempos modernos ganharam uma qualificação diferenciada com o reconhecimento da autonomia do Direito do Trabalho, assegurando a combinação dos meios de composição de conflitos com a formação de normas jurídicas setoriais por instrumentos negociais ou deliberatórios.

“Artigo 22.º. Recurso da decisão arbitral [...] 1 — Da decisão arbitral cabe recurso, com efeito devolutivo, para o tribunal da Relação, nos termos previstos no Código de Processo Civil para o recurso de apelação. 2 — O prazo para interposição de recurso é de 10 dias, a contar da notificação da decisão às partes.”

Os fenômenos estudados, relacionados aos entes laborais coletivos, aos conflitos coletivos de trabalho, à negociação coletiva e aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, as normas autônomas setoriais, fazem parte do Direito Coletivo do Trabalho, um ramo do Direito do Trabalho.

Sob a denominação de entes laborais coletivos, atualmente, engloba-se os sindicatos de trabalhadores, as empresas, as associações de empresas e também as novas formas de organização da representação laboral, como as comissões por local de trabalho e as organizações comunitárias e internacionais.

Os conflitos coletivos de trabalho se dividem em conflitos de natureza jurídica, quando visam a interpretação sobre uma norma jurídica, ou econômicos, que são conflitos de interesse e têm como objetivo a criação de normas jurídicas abstratas aplicáveis a contratos individuais de trabalho de empregados de uma empresa, coletividade ou a um segmento profissional ou econômico.

Por sua importância para o bem-estar social e para o desenvolvimento econômico, tem sido reconhecida aos entes sindicais uma autonomia coletiva para produção de normas negociais, e disponibilizados meios de solução dos conflitos coletivos de trabalho, que em geral dá-se por instrumentos legais autocompositivos ou heterocompositivos, com a participação decisiva do Estado ou de terceiros.

A existência de conflitos que extrapolam os interesses individuais, com dimensão normativa, propondo comandos próprios de leis, foi um dos fatores responsáveis pela especialização do Direito do Trabalho, afastando-o do Direito Civil, cujo objeto da pretensão atinge apenas os sujeitos do conflito, junto com o princípio da proteção, com a criação de normas redutoras das desigualdades na relação de trabalho.

Com o advento das propostas de flexibilização, há tendência de não mais ver a proteção dos trabalhadores como fator de desenvolvimento econômico e social, em tempos de “globalização” e de “deslocamento” de empresas. Exemplo disso são as reformas trabalhistas que fragilizam o padrão de direitos, as condições negociais e as alternativas de resolução de conflitos coletivos de trabalho, particularmente agravadas no Brasil, pelo déficit de reconhecimento social que pesa sobre a sua reforma, por ter nitidamente priorizado os setores empresariais e financeiros.

A flexibilização da legislação trabalhista brasileira, particularmente, desconstrói parte significativa das conquistas históricas dos trabalhadores e dos seus entes sindicais, enfraquecendo-os nas relações individuais e coletivas de trabalho e frente ao Estado, sendo de

se esperar a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores por meio das instituições responsáveis pela função judiciária e pela garantia dos princípios de justiça.

O percurso do **segundo capítulo**, denominado “O ESTADO, A FUNÇÃO JUDICIÁRIA E O DIREITO DO TRABALHO DO CIDADÃO”, teve como propósito cumprir com o segundo objetivo secundário, de identificar nas funções do Estado o tratamento devido e, de fato, conferido às relações coletivas de trabalho, à garantia de acesso à Justiça e ao tratamento adequado dos conflitos coletivos de trabalho.

Com os elementos obtidos na pesquisa, constatou-se que o comprometimento dos Estados com o tratamento dos conflitos coletivos de trabalho é fruto da evolução civilizatória dos direitos humanos internacionais e está ligado a um conceito de democracia substancial, vinculando a função judiciária a teorias de justiça que visam garantir a preservação dos direitos fundamentais, da liberdade e da igualdade.

A análise das concepções de liberdade e de igualdade que se seguiram ao contratualismo de Thomas Hobbes e desembocam nas teorias de Ronald Dworkin e de John Rawls demonstra que houve a inversão do foco da proteção constitucional, do Estado para o indivíduo, com a finalidade de assegurar uma liberdade impregnada com o conteúdo da igualdade, ao encontro do conteúdo dos conflitos coletivos de trabalho.

Essas teorias levam ao reconhecimento dos conflitos coletivos de trabalho como manifestação da liberdade organizativa dos trabalhadores e da pretensão de elevação das condições de igualdade, a ser protegida pelas instituições sociais garantidoras da justiça, na busca do bem-estar coletivo e na distribuição equilibrada das vantagens.

Por outro lado, viu-se com as lições de Gomes Canotilho e Jorge Miranda que em um Estado (Democrático) de Direito, como são Brasil e Portugal, o trabalhador é dotado de uma proteção que é assegurada aos cidadãos, na condição de destinatários das normas jurídicas, e que, sob o império do Direito, o Estado abre mão da sua soberania e do seu poder para assegurar a todos a participação, a liberdade e a igualdade.

Como cidadão, o trabalhador tem direito a um progressivo patamar de liberdade-igualdade, com a efetivação das pretensões expressas nos conflitos coletivos de trabalho e a receber do Estado a proteção e os meios para o equilíbrio nas relações coletivas de trabalho, incluindo a intervenção administrativa e jurisdicional na solução de conflitos.

A noção contemporânea de acesso à Justiça envolve a permanente atuação do Estado e da sociedade, criando instrumentos processuais e estruturando a jurisdição estatal e os meios

comunitários de solução de conflitos, para atender as demandas geradas pelos conflitos inerentes ao convívio social em um Estado de Direito.

A tutela dos direitos substantivos exige do processo meios adequados de proteção e preocupação permanente com a efetividade, fim último da tutela jurisdicional dos direitos, o que tem sido observado pelo Direito Processual Civil brasileiro, que tem evoluído na criação de instrumentos processuais destinados à tutela de direitos materiais, notadamente com a vigência do NCPC, em 2016.

Para a efetividade do direito material e a confiança no sistema jurídico, no entanto, impõe-se ao juiz que afaste os obstáculos econômico e processuais que dificultam o acesso do cidadão à Justiça e que preste a jurisdição mesmo nos casos mais difíceis e que envolva conflitos de princípios e valores.

A proteção dos interesses difusos dá-se não apenas pela possibilidade de outorga de tutela de interesses relevantes para efetividade dos direitos sociais, como também para o exercício da cidadania, diretamente, inclusive os ligados às organizações representativas, como para o exercício de direitos sindicais e de negociação coletiva, com reflexos diretos na eficácia dos conflitos coletivos de trabalho.

Como exemplo de legitimação individual para defesa de direitos difusos, destaca-se a Constituição portuguesa que assegura, pela sua ação popular, a atuação direta do cidadão a múltiplos meios de tutela de direitos difusos dos quais seja cotitular, e não apenas à anulação de atos da Administração, como na Constituição brasileira.

Apesar do esforço da legislação brasileira, com a criação de instrumentos complexos, feitos com medidas outorgadas pelo regramento estatal, com o diálogo de diversas fontes normativas, em especial o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei da Ação Civil Pública (LACP) e o Novo Código de Processo Civil (NCPC), de 2015, as soluções existentes não foram suficientes para a efetividade da tutela dos interesses difusos. Dentre os motivos dessa insuficiência, destacam-se as restrições à atuação direta do cidadão na defesa de interesses comuns, a exigência de pertinência temática e estatutária para a legitimação das associações, bem como os limites financeiros e orçamentários do Estado Social e os déficits estruturais da jurisdição estatal.

O fenômeno do agigantamento do poder judiciário representa uma elevação da importância da atividade judicial em relação aos demais ramos estatais, legislativo e administrativo, sendo resultado de fatores positivos, como o controle de constitucionalidade

das leis e a implementação dos direitos fundamentais, mas acarreta efeitos negativos, como a sobrecarga do judiciário estatal e as dificuldades para assegurar o amplo acesso à Justiça.

Entretanto, no Estado brasileiro, como visto, há uma crise de identidade do próprio Estado Social, pela administração de seus governantes, em situação muito próxima à retratada por Luigi Ferrajoli, na obra *Poderes Selvagens*, com o não assunção das obrigações de garantia dos princípios da justiça pelas instituições sociais.

Neste cenário são incluídas as atividades administrativa e legislativas, que estão preocupadas em reduzir o patamar de direitos dos trabalhadores e em restringir o acesso à Justiça pelos trabalhadores e por suas representações, tanto em conflitos individuais como coletivos de trabalho, dos próprios sindicatos, incapazes de se democratizarem, e do topo da função jurisdicional, com julgamentos comprometedores da ação sindical.

Sob os efeitos do agigantamento do Poder Judiciário e da desestruturação dos seus direitos em reformas trabalhistas, da jurisprudência do STF restritiva aos meios de fomento dos entes sindicais e ao exercício da greve, percebe-se que as instituições de garantias, parafraseando Günther Jakobs, oscilam entre assegurar aos trabalhadores e às suas organizações o Direito do Trabalho dos cidadãos e a aplicar o rigor de interpretações restritivas, aos moldes de um direito do trabalho do inimigo.

Logo, a superação do quadro de desproteção coletiva dos trabalhadores brasileiros, com o reconhecimento da legitimidade dos direitos dos trabalhadores e dos seus entes representativos, é necessária para que se tenha uma perspectiva de paz e progresso e de proteção do patamar civilizatório mínimo contra o retrocesso social.

Percorreu-se o **terceiro capítulo**, denominado “A RELEITURA DOS MEIOS DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO”, procurando-se atender ao terceiro objetivo secundário, de apresentar os meios de resolução de conflitos coletivos laborais previstos nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal, com ênfase no juízo arbitral e nas hipóteses constitucionalmente admitidas de intervenção do Estado, pelas vias administrativa e judiciária, para a adequada resolução desses litígios.

A pacificação dos conflitos coletivos de trabalho tem importante função para o desenvolvimento econômico e social e para a implementação de um patamar mínimo de liberdade e de igualdade nas relações de trabalho, por meio de normas coletivas que assegurem a melhoria da condição de vida e de trabalho, a concretização de direitos fundamentais e uma maior distribuição de renda, impondo-se ao Estado a criação de meios de tratamento dessas controvérsias.

Com a pesquisa foi possível identificar que Brasil e Portugal possuem políticas de incentivo aos meios adequados de resolução de conflitos, estando empenhados em consolidar as metas da denominada terceira onda de acesso à Justiça, especialmente com o prestígio à arbitragem voluntária, que ganha força em ambos os países.

O tratamento dos conflitos coletivos laborais, tanto jurídico como econômico, recomenda a composição dos interesses em jogo, para a qual o julgamento estatal não se mostra totalmente eficiente, sendo conveniente recorrer-se, primordialmente à negociação coletiva e aos meios alternativos de resolução de conflitos.

Embora seja prioritário, nesses litígios, o uso de meios autocompositivos, como a conciliação e a mediação, ambos com grande potencial de efetividade, em um contexto de crise econômica e de desregulamentação, com corte da rigidez da legislação protetiva do trabalho, para superação de graves impasses negociais, é necessária a atuação de meios heterocompositivos.

O Estado brasileiro tem tido dificuldades para o tratamento dos conflitos coletivos de trabalho, em especial a partir da EC 45/2004, com a exigência de comum acordo para o julgamento dos dissídios coletivos, em que pese a elevação da arbitragem a instrumento constitucional, sendo necessário que se crie incentivos e assessoramento para que o instituto ocupe o seu lugar como meio de acesso à Justiça.

A possibilidade de uso do instrumento da arbitragem para a resolução de conflitos coletivos de trabalho, posto como forma prioritária e antecedente lógico ao ajuizamento do dissídio coletivo econômico pela EC 45/2004, é uma inovação constitucional, pois é meio resolutório inexplorado no cenário brasileiro. Trata-se também de uma mudança paradigmática da função judiciária, porque no período de 1º de maio de 1943 a 31 de dezembro de 2004, esses litígios eram objetos do dissídio coletivo, cuja decisão era uma sentença normativa, imposta às partes.

A arbitragem laboral contribui para a atividade judiciária ao aliviar o desgaste pela crise de sobrecarga do judiciário trabalhista, ampliando o acesso à Justiça de categorias de trabalhadores e empregadores, transformando-se em instrumento de efetividade de direitos fundamentais no âmbito da regulamentação setorial.

Por essas qualidades, o novo Código de Processo Civil não só prestigiou a arbitragem e os meios alternativos de resolução de conflitos, como também incumbiu a jurisdição estatal, no plano administrativo, de apoiar as atividades dos tribunais arbitrais para diligências e para executar as suas decisões.

Com a consolidação do juízo arbitral haveria igualmente uma tendência de democratização das atividades estatais, nos ramos legislativo, executivo e judiciário, com a substituição da competência normativa legislativa e jurisdicional e do processo de fiscalização do cumprimento da lei por uma nova visão de tratamento de conflitos, com uma maior participação das partes.

O juízo arbitral, comparado com o processo judicial estatal, permite um nível de participação maior das partes, na escolha dos julgadores, do objeto do litígio, das regras processuais e até mesmo do Direito a ser aplicado, sendo o meio adequado para o julgamento dos conflitos, em um Estado de Direitos. Além disso, pode cumprir com a função extinta dos dissídios coletivos de natureza econômica, mesmo sendo forma privada de atividade jurisdicional, pois, apesar de ser meio heterocompositivo privado, suas decisões revestem-se de imutabilidade, tal qual a coisa julgada na Justiça Estadual.

No entanto, a arbitragem no Brasil por muito tempo esteve restrita, quase que totalmente, às atividades comerciais, vocação natural da sua regulamentação pela Convenção de Nova York, e não existe sequer um regramento para o uso específico em conflitos coletivos de trabalho, como previsto no Código do Trabalho português.

Visto pela realidade atual, apesar de criar uma normatização de fomento ao uso dos meios alternativos de resolução de conflitos de trabalho, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, constatou-se que o Brasil ainda não possui uma prática de utilização desses meios, em se tratando de conflitos coletivos de trabalho, sendo a arbitragem um instrumento desconhecido pelos entes coletivos.

Por outro lado, há hipóteses em que as partes não compõem por acordo os seus conflitos e nem chegam a um entendimento quanto à indicação de um terceiro para resolvê-lo, criando uma instabilidade setorial, cujos efeitos nocivos extrapolam os interesses das partes, com a frustração dos efeitos econômicos e sociais da elevação do patamar civilizatório, a desproteção dos trabalhadores e a ocorrência de greves nefastas.

Nessas situações, os Estados podem optar por se omitir, deixando o conflito à sua própria sorte, ignorando os efeitos sociais transcendentais, ou por intervir com a solução jurisdicional impositiva, como faz hoje o Brasil, estritamente para greves em atividades essenciais, com risco ao interesse público.

Pode ainda atuar por meios administrativos, como faz Portugal com as arbitragens obrigatória, necessária e de serviços mínimos, propiciando o acesso à Justiça estatal

remotamente, nesses casos, pela via recursal ao Tribunal de Relação, órgão jurisdicional estatal, em face da decisão do procedimento compulsoriamente imposto.

Em relação a esses impasses de maior gravidade, entretanto, a legislação brasileira não tem recursos resolutórios em conflitos coletivos de trabalho para as situações de maior ocorrência, na iniciativa privada e com risco restrito às partes, como os casos de má-fé ou recusa de negociação por alguma das partes ou de longos períodos sem normatização setorial, por caducidade ou extinção de convenções coletivas.

Esses dilemas são enfrentados com altivez pela legislação portuguesa, com os institutos da arbitragem obrigatória e da arbitragem necessária, e ainda o acesso à Justiça estatal, em sede recursal, enquanto no Brasil o Constituinte derivado mantém em um “limbo normativo setorial” categorias profissionais, com a retirada da intervenção jurisdicional, sem um instrumento adequado previsto para a solução desses conflitos.

Considerando que os direitos fundamentais e a destinação das normas jurídicas em benefício da liberdade e da igualdade são conquistas da cidadania, o Direito do Trabalho autônomo e protetivo é o direito do cidadão, enquanto que direito desregulamentador, que ignora as conquistas e garantias históricas e que suprime direitos sem consultar os interessados, é o direito do trabalho do inimigo.

Portanto, na avaliação dos meios possíveis de tratamento de conflitos coletivos de trabalho, de *lege lata* ou de *lege ferenda*, devem as instituições sociais brasileiras mirar-se nos exemplos do Estado de Direito Democrático Português, para propiciar às relações coletivas de trabalho um rol de instrumentos que garantam o acesso à Justiça com uma tutela adequada e efetiva e um Direito do Trabalho do cidadão.

BIBLIOGRAFIA

AGRA, Walber De Moura - Comentários ao art. 1º- II. Em **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013. ISBN 978-85-02-21263-3. p. 229–230.

ALEXY, Robert - **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007

ANAMATRA, Associação Nacional Dos Magistrados Trabalhista- - **Enunciados da 2ª Jornada da Anamatra de Direito Material e Processual do Trabalho** [Em linha], atual. 2017. [Consult. 2 mai. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados->

por-tema>.

- AROUCA, José Carlos - **Curso Básico de Direito Sindical**. 5. ed. São Paulo : LTr, 2016. ISBN 978-85-361-8737-2.
- BARROCAS, Manuel Pereira - **Manual de Arbitragem**. 2. ed. Coimbra : Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5299-1.
- BARROCAS, Manuel Pereira - **Lei de Arbitragem Comentada**. EPub ed. Coimbra : Almedina, 2013. ISBN 978-97-240-5127-7.
- BARROS, Alice Monteiro; ALENCAR, Jessé Claudio Franco De - **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo : LTr Digital, 2016. ISBN 978-85-361-8688-7.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso - **Direitos Humanos e Trabalhadores**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007. ISBN 978-85-7348-489-2.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso - Igualdade e Discriminação no Ambiente de Trabalho. Em **Trabalho e igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012. ISBN 978-85-7348-810-4. p. 35 a 53-35 a 53.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso - Acordo e justiça: A Racionalidade dos Juízos Solomônicos Segundo Jon Elster. Em **Conciliação: Um Caminho Para a Paz Social**. Curitiba : Juruá, 2013. ISBN 978-85-362-4056-5. p. 731-737.
- BARZOTTO, Luis Fernando - **Teoria do Direito**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2017. ISBN 978-85-69538-90-5.
- BITTENCOURT, Pedro Ortins - **Códigos do Trabalho e Processo do Trabalho**. 12. ed. Lisboa : QUID JURIS, 2015. ISBN 978-972-724-736-3.
- BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. 5ªEd-7ª ed. São Paulo : Campus/Elsevier, 2004. ISBN 978-85-3521-561-1.
- BONAVIDES, Paulo. - **Ciência Política**. 10ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000. ISBN 85-7420-023-9.
- CALAMANDREI, Piero - **Eles, os Juízes, Vistos Por Um Advogado**. São Paulo : Martins Fontes, 2000. ISBN 85-336-0401-7.
- CAMPOS, Diogo Leite De - A Arbitragem Voluntária, Jurisdição Típica do Estado-dos-direitos e dos-cidadãos. Em **A Evolução do Direito no Século XXI**. Coimbra : Almedina, 2007. ISBN 978-972-403-195-8. p. 39-53.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra : Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.
- CAPPELLETTI, Mauro - **Juízes Legisladores**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor,

1999

- CAPPELLETTI, Mauro - Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo. Ano 11:2014) 405–424.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. Reimp 2002 ed. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988
- CARMONA, Carlos Alberto - **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2009. ISBN 978-85-224-5584-3.
- CAVALCANTI, Felipe Locke; COSTA, Adriene Domingues - O Conselho Nacional de Justiça e a Política Judiciária de Tratamento de Conflitos. Em **Conciliação: Um Caminho Para a Paz Social**. Curitiba : Juruá, 2013. ISBN 978-85-362-4056-5. p. 299–311.
- CNTC, Confederação Nacional Dos Trabalhadores No Comércio- - **PRESIDENTE DA CNTC PARTICIPA DE ACORDO MARCO GLOBAL COM A EMPRESA CARREFOUR NA FRANÇA** [Em linha], atual. 2018. [Consult. 18 jan. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.cntc.org.br/?noticias=presidente-da-cntc-participa-de-acordo-marco-global-com-a-empresa-carrefour-na-franca&vt=1&album=79&cover=0&occur=1&photo=3142>>.
- CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de Arbitragem**. Coimbra : Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6160-3.
- DELGADO, Maurício Godinho - **Direito Coletivo do Trabalho**. 4. ed. São Paulo : LTr, 2011. ISBN 978-85-361-1946-5.
- DELGADO, Maurício Godinho - **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo : LTr Digital, 2018. ISBN 978-85-361-9581-0.
- DIDIER JR, Fredie - **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 17. ed. Salvador : Jus Podivm, 2015. ISBN 978-85-442-0353-8.
- DRAY, Guilherme Machado - **O Princípio da Proteção do Trabalhador**. São Paulo : LTr, 2015. ISBN 978-85-361-8495-1.
- DWORKIN, Ronald - **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo : Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1513-2.
- FACCHINI NETO, Eugênio - ADR (Alternative Dispute Resolution) - Meios Alternativos de Resolução de Conflitos: Solução ou Problema? **Direitos Fundamentais & Justiça**.

- Porto Alegre. 17:2011) 118–141.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães; ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton - Direito Comunitário Europeu e Tutela Jurídica da Saúde e Segurança no Meio Ambiente do Trabalho. Em **Direito Ambiental do Trabalho: Apontamentos para uma Teoria Geral - Volume 3**. São Paulo : LTr Digital, 2017. ISBN 978-85-361-9093-8. p. 13–26.
- FERNANDES, Antônio De Lemos Monteiro - **Direito do Trabalho**. 15. ed. Coimbra : Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4206-0.
- FERRAJOLI, Luigi - **Poderes Selvagens**. São Paulo : Saraiva, 2014. ISBN 978-85-022-1334-0.
- FERREIRA, António Pedro A. - A Norma Jurídica. Em **Introdução ao Direito**. Coimbra : Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6474-1. p. 177–224.
- FRANCO FILHO, Georzenor De Souza; MAZZUOLI, Valerio De Oliveira - **Direito Internacional do Trabalho - O estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil**. São Paulo : LTr Digital, 2016. ISBN 978-85-361-8723-5.
- GÍGLIO, Wagner D. - **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo : Saraiva, 2002. ISBN 85-02-03811-7.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson - **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1975
- GONÇALVES, Leandro Krebs - **Fundo Social do Trabalhador Autônomo: Proteção e Regulamentação de Direitos Fundamentais**. São Paulo : LTr Digital, 2017. ISBN 978-85-361-9092-1.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar - **Manual de Direito Constitucional - Vol. II**. 4. ed. Coimbra : Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4681-5.
- HÄBERLE, Peter - **Hermenêutica Constitucional A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. ISBN 978858278553.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio - **Multidão - Guerra e Democracia na Era do Império**. Rio de Janeiro : Editora Record, 2012. ISBN 978-85-01-07001-2.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes - **Direito do Trabalho**. 4. ed. Coimbra : Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-5795-8.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra - **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 16. ed. São Paulo : Saraiva, 2015. ISBN 978-85-0262-539-6.

- LIMA FILHO, Francisco Das C. - A Importância dos Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Em **Conciliação: Um Caminho Para a Paz Social**. Curitiba : Juruá, 2013. ISBN 978-85-362-4056-5. p. 285–298.
- LOPES, Otávio Brito - O Poder Normativo da Justiça do Trabalho Após a Emenda Constitucional nº 45. **Revista LTr**. São Paulo. 69:2005) 169.
- MARINONI, Luiz Guilherme - Direito Fundamental de Ação. Em **Comentários à Constituição do Brasil**. Ebook ed. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013. ISBN 978-85-02-21263-3. p. 850–867/5554.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel - **Novo Código de Processo Civil Comentado [Livro Eletrônico]**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-5938-9.
- MARQUES, Cláudia Lima - Diálogo das Fontes. Em **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 978-85-203-5376-9. p. 129–145.
- MARTINEZ, Pedro Romano - **Direito do Trabalho**. 7. ed. Coimbra : Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5908-2.
- MARTINS, Miguel - **Temer Prepara uma Reforma Trabalhista para Agradar aos Empresários** [Em linha], atual. 2016. [Consult. 1 set. 2017]. Disponível em WWW:<URL:<https://www.cartacapital.com.br/revista/904/temer-prepara-uma-reforma-trabalhista-para-agradar-aos-empresarios>>.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra Da Silva - **Processo Coletivo do Trabalho**. 4. ed. São Paulo : LTr, 2009. ISBN 978-85-361-1384-5.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra Da Silva - Métodos Alternativos de Solução de Conflitos Laborais: Viabilizar a Jurisdição Pelo Prestígio à Negociação Coletiva. **Revista LTr**. São Paulo. . ISSN 1516-9154. Ano 79, nº:2015) 791.
- MEDINA, José Miguel Garcia Medina - **Direito Processual Civil Moderno**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6938-8.
- MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira; CARVALHO, Augusto César Leite De; BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas - **Terra Sem Lei** [Em linha], atual. 2017. [Consult. 27 jun. 2017]. Disponível em WWW:<URL:<https://jota.info/artigos/terra-sem-lei-24062017>>.
- MIRANDA, Jorge - Os princípios da universalidade e da igualdade na Constituição portuguesa. Em **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha (Teoria da Constituição, direitos fundamentais e jurisdição)**. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2009. ISBN 978-85-7147-716-2. p. 63–97.

- MIRANDA, Jorge - **Teoria do Estado e da Constituição**. 4ª Ed ed. Rio de Janeiro : Forense, 2015. ISBN 978-85-309-5224-2.
- MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion - **Mediação e Arbitragem Alternativas à Jurisdição**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012. ISBN 978-85-773-4881-42.
- NASCIMENTO, Vitor Rocha - **As consequências jurídicas imputáveis ao descumprimento de deveres anexos na negociação coletiva trabalhista**. [S.l.] : Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017
- PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo - **O STF e o Direito do Trabalho do Inimigo** [Em linha], atual. 2016. Disponível em WWW:<URL:<http://jota.info/artigos/o-stf-e-o-direito-trabalho-inimigo-01112016>>.
- PEDRO, Ricardo - Arbitragem Institucional e Centros de Arbitragem de Direito Público. Em **Arbitragem e Direito Público**. Lisboa : AAFDL Editora, 2015. ISBN 978-972-618-833-9. p. 99–131.
- PEDRO, Ricardo - **Responsabilidade Civil do Estado Pelo Mau Funcionamento da Administração da Justiça**. Coimbra : Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6607-3.
- PEREIRA, José Luciano De Castilhos - **70 anos da Justiça do Trabalho** [Em linha], atual. 2011. [Consult. 1 set. 2017]. Disponível em WWW:<URL:https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/25339/005_pereira.pdf?sequence=4>.
- PIOVESAN, Flávia - Direito ao Trabalho Decente e a Proteção Internacional dos direitos Sociais. Em Cadernos da AMATRA IV. Porto Alegre : HS Editora Ltda, Nov. 2013. ISBN 978-85-773-4881-42
- PIRES, Alex Sander Xavier - **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. Rio de Janeiro : Pensar a Justiça, 2016. ISBN 978-85-909488-2-7.
- PIRES, Alex Sander Xavier - Novo Paradigma detrás da Reforma Processual Civil Brasileira Introduzida pela Lei nº13.105/2015: Um Código Dedicado a Razoável Duração do Processo. **Revista do Direito de Língua Portuguesa**. Lisboa. 7:2016) 7–72.
- RAMALHO, Maria Do Rosário Palma - Insegurança ou Diminuição do Emprego? A Rigidez do Sistema Jurídico Português em Matéria de Cessação do Contrato de Trabalho e de Trabalho At pico. **Revista LTr**. São Paulo. Ano 64-V:2000) 1017–1021.
- RAMALHO, Maria Do Rosário Palma - **Tratado de Direito do Trabalho - Parte III - Situações Laborais Colectivas**. Coimbra : Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4940-3.

- RAMALHO, Maria Do Rosário Palma - O Olhar do Tribunal Constitucional Sobre a Reforma Laboral - Algumas Reflexões. Em **Para Jorge Leite - Escritos Jurídico-Laborais**. 2. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2259-3. p. 757–777.
- RAMALHO, Maria Do Rosário Palma - **Tratado de Direito do Trabalho - Parte I - Dogmática Geral**. 4. ed. Coimbra : Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6159-7.
- RAMOS FILHO, Wilson - A Conciliação Como Obsessão no Capitalismo Descomplexado. Em **Conciliação: Um Caminho Para a Paz Social**. Curitiba : Juruá, 2013. ISBN 978-85-362-4056-5. p. 69–96.
- RAWLS, John - **Uma teoria da justiça**. São Paulo : Martins Fontes, 1997. ISBN 85-336-0681-8.
- REIS, Viriato - **As Perplexidades Geradas pela Ação Especial de Reconhecimento da Existência de Contrato de Trabalho** [Em linha], atual. 2015. [Consult. 29 mar. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/VII_Coloquio/prviriatoeis.pdf>.
- RODOTÁ, Stefano - **El Derecho a Tener Derechos**. Madrid : Editora Trotta, 2014. ISBN 978-84-9879-538-7.
- ROSANVALLON, Pierre - **A Nova Questão Social - Repensando o Estado de Providência**. Brasília : Instituto Teotônio Vilela, 1998
- SANTOS, António Carlos Dos; VENTURA, André; CARDOSO, Elionora - O Direito como Ordem Normativa e como Saber: Problemas Fundamentais. Em **Introdução ao Direito**. Coimbra : Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6474-1. p. 17–48.
- SANTOS, Enoque Ribeiro Dos - Aplicabilidade da Arbitragem nas Lides Individuais de Trabalho. **Revista LTr**. São Paulo. Ano 80, ja:2016) 56–62.
- SARLET, Ingo Wolfgang - Algumas Notas a Respeito dos Direitos Fundamentais Sociais e a Proibição de Retrocesso: Desafios e Perspectivas. **Cadernos da AMATRA IV**. Porto Alegre. . ISSN 1981-2590. 13:2010) 13–47.
- SARLET, Ingo Wolfgang - Os Direitos dos Trabalhadores Como Direitos Fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988. Em **Diálogos Entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional - Estudos em Homenagem a Rosa Maria Weber**. São Paulo : Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-21226-8. p. 15 a 73-15 a 73.
- SCHIAVI, Mauro - **Manual de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo : LTr, 2016. ISBN 978-85-361-8948-2.

- SILVA, Almiro Do Couto E - **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo : Malheiros, 2015. ISBN 978-85-392-0257-7.
- SILVA, Fernando - **Direito Penal Especial - Os Crimes Contra as Pessoas**. 2. ed. Lisboa : QUID JURIS, 2008. ISBN 978-972-724-373-O.
- SOUSA, Miguel Teixeira De - **Estudos Sobre o Novo Processo Civil**. Lisboa : Lex, 1997. ISBN 978-97-2949-555-7.
- SOUSA, Miguel Teixeira De - A Intervenção de Terceiros no Processo Arbitral. Em **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas - Vol. II**. Coimbra : Coimbra Editora, 2013. ISBN 978-972-32-2120-6. p. 919.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz - **Artifício Editorial** [Em linha], atual. 2017. [Consult. 29 out. 2017]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.jorgesoutomaior.com/blog/artificio-editorial>>.
- SPIES, André Luís - As ações que Envolvem o Exercício do Direito de Greve - Primeiras Impressões da EC n. 45/2004. **Revista LTr Vol 69-04**. São Paulo. 2005) 438.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan De - **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-857-34-8886-9.
- STURMER, Gilberto - Efetivação da Justiça e Conciliação no Processo do Trabalho Brasileiro. **Justiça do Trabalho**. Porto Alegre. Ano 32. Nº:2015) 47 a 52-47 a 52.
- SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* - **Instituições de Direito do Trabalho - Vol. II**. 22. ed. São Paulo : LTr Digital, 2005. ISBN 85-361-0654-9.
- SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* - **Instituições de Direito do Trabalho - Vol. I**. 22. ed. São Paulo : LTr Digital, 2005. ISBN 85-361-0654-9.
- VICENTE, Dário Moura - **Lei de Arbitragem Voluntária Anotada**. 2. ed. Coimbra : Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5975-4.
- VIZONI, Adriano - **Para juízes, Procuradores e Advogados, Reforma Trabalhista Viola Constituição** [Em linha], atual. 2017. [Consult. 3 set. 2017]. Disponível em WWW:<URL:<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1900096-para-mpt-oab-e-cnbb-reforma-trabalhista-viola-a-constituicao.shtml?cmpid=menupe>>.
- ZANGRANDO, Carlos - A Conciliação Extrajudicial no Direito Brasileiro e no Direito Comparado. Em **Conciliação: Um Caminho Para a Paz Social**. Curitiba : Juruá, 2013. ISBN 978-85-362-4056-5. p. 607–626.

Instrumentos Jurídicos e Atos Atípicos Internacionais e Regionais

Convenção Nº 87 da OIT. **Diário da República de 07/07/1977** [Em linha] (48- [Consult. 18 jan. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/conv_87.pdf>.

Convenção Nº 98 da OIT. **Promulgação = Decreto n. 33.196, de 29.6.53** [Em linha] (51- [Consult. 18 jan. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235188/lang-pt/index.htm>.

Convenção Nº 135 da OIT. [Em linha] (73- [Consult. 18 jan. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.ilo.org/brasil/temas/normas/WCMS_235867/lang-pt/index.htm>.

Convenção Nº 154 da OIT. **Decreto n. 1.256, de 29.9.94** [Em linha] (81- [Consult. 18 jan. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.oitbrasil.org.br/node/503>>.

Declaração Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. **Portal da OIT** [Em linha] (98- [Consult. 5 nov. 2017]. Disponível em WWW:<URL:http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>.

Declaração Universal dos Direitos do Humanos. [Em linha] (48- Disponível em WWW:<URL:<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.>>.

Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC. **Promulgação - Decreto nº 591, de 06/07/1992.** [Em linha] (92- Disponível em WWW:<URL:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>.

Recomendação nº 163 da OIT. **Portal da OIT Brasil** [Em linha] (81- [Consult. 18 jan. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.oitbrasil.org.br/content/sobre-promoção-da-negociação-coletiva>>.

Legislação da República Federativa do Brasil

Consolidação das Leis do Trabalho. **DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943** [Em linha] (43- Disponível em WWW:<URL:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm>.

Constituição da República Federativa do Brasil. **Texto constitucional originalmente**

publicado no Diário Oficial da União de 5 de outubro de 1988. [Em linha] (88- 496. Disponível em WWW:<URL:https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf?sequence=1>.

Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. [Em linha] (96- [Consult. 18 jan. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>.

Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. [Em linha] (15- Disponível em WWW:<URL:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm>.

Lei nº 13.115, de 16 de março de 2015. [Em linha] (15- [Consult. 18 jan. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. **Portal da Presidência da República** [Em linha] (17- [Consult. 18 jan. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>.

Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. **Portal da Presidência da República** [Em linha] (17- [Consult. 18 jan. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>.

Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017. **Portal da Presidência da República** [Em linha] (17- [Consult. 18 jan. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>.

Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho. [Em linha] (17- Disponível em WWW:<URL:http://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Novo+Regimento+Inter no.pdf/40430142-bcd9-cecd-8d28-571d94a966ea>.

Legislação da República Portuguesa

Constituição da República Portuguesa; **Lei nº 1/2005 – Sétima Revisão Constitucional** (05-4642–4686.

Código do Trabalho de Portugal - Lei n.º 7/2009 de 12 de Fevereiro. **Diário da República, 1.ª Série - N.º 30 - 12/02/2009** [Em linha] (09- 1020–1026. Disponível em

WWW:<URL: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1047&tabela=leis&so_miolo=>.

Decreto-Lei n.º 259/2009. [Em linha] (09- 6910. [Consult. 6 mai. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/490467/details/maximized>>.

Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica. **Governo de Portugal** [Em linha] (11- [Consult. 22 abr. 2018]. Disponível em WWW:<URL: http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf>.

Lei n.º 63/2013 de 27 de Agosto. [Em linha] (13- [Consult. 22 abr. 2018]. Disponível em WWW:<URL: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1976&tabela=leis&ficha=1&pagina=1>.

Comissão Permanente de Concertação Social. **Portal do Conselho Económico e Social - Portugal** [Em linha] (18- [Consult. 18 jan. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.ces.pt/concertacao-social/atribuicoes>>.

Jurisprudência Brasileira

Acórdão em Reclamação Rcl n.º 6568. **Portal do STF** [Em linha] (08- [Consult. 18 nov. 2017]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2507681&tipoApp=RTF>>.

Acórdão em Reclamação Rcl n.º 6568. **Portal do STF** [Em linha] (09- [Consult. 18 nov. 2017]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=181&dataPublicacao=25/09/2009&incidente=2638272&capitulo=5&codigoMateria=1&numeroMateria=29&texto=3164617>>.

Acórdão no Recurso Extraordinário RE n.º 895.759. **Portal do STF** [Em linha] (16- [Consult. 4 mai. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4794743>>.

Decisão Monocrática em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta na ADPF n.º 323. [Em linha] (16- [Consult. 4 mai. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4599102>>.

Acórdão no Recurso Extraordinário RE 693456. **Portal do STF** [Em linha] (17- [Consult. 4 mai. 2018]. Disponível em

WWW:<URL:http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=1418208&tipoApp=.pdf7>.

Acórdão no Recurso Extraordinário RE nº 590.415. **Portal do STF** [Em linha] (17- [Consult. 18 nov. 2017]. Disponível em WWW:<URL:http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4255687>.

Acórdão em Agravo em Recurso Extraordinário RE nº 1018459. [Em linha] (17- [Consult. 4 mai. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1018459&%0Aclasse=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M%0A>.

Acórdão em Reclamação Rcl nº 24.597. (18-

Acórdão no Recurso Extraordinário RE nº 846854. **Portal do STF** [Em linha] (18- [Consult. 4 mai. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=4356032&tipoApp=RTF>.

Jurisprudência Portuguesa

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 107/88. [Em linha] (88- [Consult. 22 abr. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880107.html>.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 338/10. [Em linha] (10- [Consult. 21 abr. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110338.html>.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/13. [Em linha] (13- [Consult. 8 mar. 2017]. Disponível em WWW:<URL:http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130602.html>.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 635/13. [Em linha] (13- [Consult. 6 mai. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130635.html>.