

A OBRIGAÇÃO DE NEGOCIAR DE BOA-FÉ NO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO NORTE-AMERICANO

Estêvão Mallet

Professor Associado de Direito do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Resumo:

Nos Estados Unidos da América a negociação coletiva desempenha importante papel na determinação das condições de trabalho, tendo mais relevância do que a própria lei. Fica ela sujeita, porém, à observância da boa-fé, conceito cujo estudo revela-se oportuno no Brasil, tendo em vista as diversas disposições do vigente Código Civil que o consagram.

Abstract:

In the United States, collective bargaining plays such an important role in the establishment of labor relation guidelines that it goes above and beyond the law. It is limited, however, by the duty to act in good faith. Due to the reference of this duty in the new Civil Code, this concept is worthy of consideration today in Brazil.

Unitermos: boa-fé; Código Civil; Direito do Trabalho Coletivo.

Keywords: good faith; Civil Code; Collective Labor Law.

1. Introdução; 2. Obrigação de negociar de boa-fé; 3. Desdobramentos da obrigação de negociar de boa-fé 4. Dever de prestar informação; 5. Negociação obrigatória, negociação facultativa e negociação proibida; 6. *Unfair labor practice* e o *National Labor Relations Board*; 7. Cumprimento das determinações do *National Labor Relations Board*; 8. Conclusão.

1. Introdução.

À medida que cresce a importância da negociação coletiva na regulamentação das condições de trabalho, cresce igualmente a atenção que lhe dispensa o legislador. É natural, portanto, que nos Estados Unidos da América, onde os padrões de trabalho são fixados muito mais por meio de normas coletivas do que por meio da legislação, tenha o procedimento de negociação coletiva encontrado notável desenvolvimento. sem paralelo em qualquer outro sistema jurídico. Para tanto contribuiu também haverem sido consideradas inconstitucionais, durante algumas

décadas, as leis relacionadas com condições de trabalho,¹ o que fez com que os trabalhadores voltassem a atenção muito mais para o que poderiam obter por meio da negociação coletiva promovida pelos sindicatos.²

Na verdade, pode-se mesmo dizer que o direito norte-americano caracteriza-se por ater-se mais ao processo negocial do que à fixação, por lei, dos direitos individuais dos empregados. Importa, conforme assinala Otto Kahn-Freund, “o procedimento, o remédio, e não aquilo que resulta (da negociação), ou seja, o acordo”³ Em regra não se preocupa a legislação, como sublinhado, certa feita, pela Suprema Corte, com as condições substanciais da contratação estabelecida pelos contratantes.⁴ Parte-se da premissa de que a organização coletiva dos trabalhadores seria suficiente para contrabalançar o poder de que se acha naturalmente investido o empregador, equilibrando a negociação e permitindo menor interferência legislativa no campo das relações de trabalho. De acordo com isso, ressaltou o juiz Taft, da Suprema Corte Norte-americana, em julgamento de 1921: “*labor unions are recognized by the Clayton Act as legal when instituted for mutual help and lawfully carrying out their legitimate objects... They were organized out of the necessities of the situation. A single employee was helpless in dealing with an employer. He was dependent ordinarily on his daily wage for the maintenance of himself and family... Union was essential to give laborers opportunity to deal on equality with their employer. They united to exert influence upon him and to leave him in a body in order by this inconvenience to induce him to make better terms with them. They were withholding their labor of economic value to make him pay what they thought it was worth... The strike became a lawful instrument in a lawful economic struggle or competition between employer and employees as to the share or division between them of the joint product of labor and capital. To render this*

1. Sobre a resistência oferecida pelo Poder Judiciário norte-americano à aplicação de leis impondo condições mínimas de trabalho, simbolizada na decisão da Corte Suprema tomada em 1905 no caso *Lochner v. New York* (198 U.S. 45), em que se julgou inconstitucional lei estadual que limitava a dez horas diárias e sessenta horas semanais o trabalho de padeiros, cf., entre tantos, Robert G. McCloskey, *The American Supreme Court*, Chicago, The University of Chicago Press, 2000, p. 91 e ss., e Archibald Cox, *The Court and the Constitution*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1987, p. 117 e ss., bem como o antigo e amplo estudo de Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Giard, 1921, *passim*. Especificamente sobre a decisão tomada em *Lochner v. New York*, cf. David P. Currie, *The Constitution in the Supreme Court The Second Century 1888-1986*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990, p. 45.

2. John Orth, *Due process of law: a brief history*, Kansas, University Press of Law, 2003, p. 66.

3. *Il lavoro e la legge*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 89-90.

4. *Labor Board v. Insurance Agents* 361 U.S. 477.

*combination at all effective, employees must make their combination extend beyond one shop...”*⁵

Ocupa a negociação coletiva, pois, posição central no sistema norte-americano de relações de trabalho. Voltar a atenção para esse sistema, a fim de conhecer as obrigações impostas às partes em negociação, torna-se particularmente importante no momento em que se pretende estender, no direito brasileiro, o campo da negociação coletiva, na medida em que permite conhecer os pressupostos para que ela se desenvolva de modo eficaz e, bem assim, identificar seus limites e suas deficiências.

2. Obrigação de negociar de boa-fé.

No sistema norte-americano o legislador não apenas impõe a obrigação de negociar coletivamente – tal qual se dá no direito brasileiro⁶ e em vários outros sistemas jurídicos⁷ como, ainda mais, estabelece a obrigação de fazê-lo de boa fé.

A obrigação de negociar de boa-fé encontra-se imposta no *United States Code*, no chamado *Labor Management Relations Act*, em sua seção n. 158, letra “d” que, ao tratar da *Obligation to bargain collectively*, dispõe expressamente: “*to bargain collectively is the performance of the mutual obligation of the employer and the representative of the employees to meet at reasonable times and confer in good faith with respect to wages, hours, and other terms and conditions of employment, or the negotiation of an agreement, or any question arising thereunder*”

5. *American Steel Foudries v. Tri-City Central Trades Council* – 257 US 184. Veja-se ainda o *United States Code*, seção n. 151, na qual são apresentados os fundamentos da política norte-americana sobre relações coletivas de trabalho.

6. Art. 616, *caput*, da CLT.

7. Referindo-se à existência de obrigação de negociar coletivamente, em face do direito português, cf. Bernardo da Gama Lobo Xavier, Curso de direito do trabalho, Lisboa, Verbo, 1999, p. 161. No mesmo sentido, preferindo, todavia, a alusão a “dever de negociar”, António Lemos Monteiro Fernandes, Direito do Trabalho, Coimbra, Almedina, 1999, § 72, p. 709. Na Espanha, diante do art. 89. parágrafo segundo, do *Estatuto de los Trabajadores*, Manuel Alonso Olea afirma haver o “*deber jurídico de negociar*” (*El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Civitas, 1980, p. 278). Na França a obrigação de negociar acha-se expressamente mencionada no *Code du Travail*, devendo ser satisfeita em prazos diversos consoante os sujeitos envolvidos e seu objeto. Havendo convenção de ramo de atividade ou acordo profissional, as partes envolvidas devem reunir-se “*au moins une fois par an, pour négocier sur les salaires et, au moins une fois tous les cinq ans, pour examiner la nécessité de réviser les classifications*” (*Code du Travail*, art. L. 132-12), e, ainda, “*au moins tous les cinq ans pour négocier sur les priorités, les objectifs et les moyens de la formation professionnelle des salariés*” (art. L. 933-2.). Já no plano mais restrito da empresa a negociação deve ocorrer uma vez por ano, tendo por objeto “*les salaires effectifs, la durée effective et l’organisation du temps de travail, notamment la mise en place du travail à temps partiel à la demande des salariés*” (art. L. 132-27).

Criticou-se, é verdade, a previsão normativa, sob a alegação de ser impossível e mesmo fútil exigir, de quem quer que seja, determinado estado de espírito, como negociar “*in good faith*”, obrigação de que facilmente se evadiria quem assim o desejasse. No entanto, a despeito de sua textura aberta, a previsão normativa, referendada por seguidos pronunciamentos do Comitê de Liberdade Sindical, da Organização Internacional do Trabalho,⁸ encontrada igualmente em outros sistemas jurídicos⁹ e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro como princípio geral imposto aos contratantes,¹⁰ influenciou e continua a influenciar a conduta das partes no âmbito da negociação coletiva, não constituindo mero enunciado vazio, sem maiores

8. Na decisão tomada em caso envolvendo a Bolívia, o Comitê de Liberdade Sindical sublinhou “*l’importance qu’il attache à l’obligation de négocier de bonne foi pour le maintien d’un développement harmonieux des relations professionnelles*” (*La liberté syndicale – Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d’administration du BIT*, Genève, Bureau International du Travail, 1996, n. 814, p. 175).

9. A Lei do Regime Jurídico das Relações Coletivas de Trabalho de Portugal, correspondente ao Decreto-Lei n. 519-C/1979, em seu art., 22º, n. 1, dispunha: “As associações sindicais, as associações patronais e as entidades patronais devem respeitar, no processo de negociação coletiva, os princípios de boa fé, nomeadamente respondendo com a máxima brevidade possível às propostas e contrapropostas, respeitando o protocolo negocial e fazendo-se representar em reuniões e contactos destinados à prevenção ou resolução de conflitos”. A matéria hoje acha-se regulada no art. 547º, do Código do Trabalho, de 2003, em vigor desde 1º de dezembro do mesmo ano, o qual se refere ao dever de agir de boa-fé também no que toca ao cumprimento das convenções coletivas (art. 561º) e no caso de conflito coletivo (art. 582º). Previsão similar de observância da boa-fé na negociação coletiva existe no art. 89, parágrafo primeiro, n. 3, do *Estatuto de los Trabajadores* da Espanha: “*Ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe*”. Em França, embora sem norma legal expressa, entende-se que a negociação coletiva deve também se desenvolver sob o influxo da boa-fé, esperando-se das partes que se esforcem para chegar a um acordo (cf. Bernard Teyssié, *Droit du travail – Relations collectives de travail*, Paris, Litec, 1993, n. 540, p. 384). Já o *Employment Relations Act* da Nova Zelândia, editado em 2000, tendo por objetivo, como assinalado em sua seção 3ª, propiciar o desenvolvimento de relações de emprego produtivas, por meio da promoção da mútua confiança, pretende alcançar tal resultado “*by recognising that employment relationships must be built on good faith behaviour*” (sec. 3ª, “a”, “i”). A seção 4ª, do mesmo diploma, estabelece que os sujeitos envolvidos na relação de emprego “*must deal with each other in good faith*”. Mais amplamente sobre a obrigação de negociar de boa fé no direito da Nova Zelândia, cf. Gordon Anderson, *Transplanting Good Faith into New Zealand Labour Law: The Experience under the Employment Relations Act 2000*, em <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v9n3/anderson93.html>, consulta em 18.01.2004. De modo mais restrito, tendo em vista o contrato individual de trabalho, a *Ley de Contrato de Trabajo* Argentina, em seu art. 63, estabelece: “*Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo*”.

10. Art. 422, do Código Civil. Sobre o tema, cuja análise ultrapassa os limites impostos ao presente estudo, de rigor a referência à obra de António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no Direito Civil*, Lisboa, 1984, *passim*. A doutrina nacional começa a voltar sua atenção para a necessidade de observância da boa fé nas relações contratuais trabalhistas, considerando-a, porém, preponderantemente do ponto de vista do contrato individual de trabalho (cf., por exemplo, Francisco Rossal de Araújo, *A Boa-fé no contrato de emprego*, São Paulo, LTr, 1996, *passim*, e Eduardo Milléo Baracat, *A boa-fé no direito individual do trabalho*, São Paulo, LTr, 2003, *passim*).

conseqüências ou sem significado prático.¹¹ Extraem-se dessa obrigação de negociar de boa-fé importantes conseqüências, inferindo-se o seu cumprimento ou não das manifestações exteriores das partes em negociação, bem como dos incidentes verificados durante o processo negocial.

3. Desdobramentos da obrigação de negociar de boa-fé.

Primeira conseqüência da obrigação de negociar de boa-fé, expressamente referida, aliás, na mencionada seção n. 158, letra “d” do *United States Code*, corresponde, na linha das manifestações do Comitê de Liberdade Sindical, da Organização Internacional do Trabalho, à necessidade de observância de prazos razoáveis para os entendimentos.¹² Por isso, adiamentos sucessivos das tratativas ou injustificados atrasos em manifestar-se sobre propostas feitas evidenciarão o desejo de não cumprir a exigência legal.¹³ É preciso, ainda mais, participar efetivamente da negociação, o que não se verifica, por exemplo, quando as partes enviam negociadores sem poderes de representação, que apenas podem ouvir as discussões, ou quando mudam constantemente de posição, apresentando exigências novas e diversas das anteriormente formuladas¹⁴ ou, ainda, quando se recusam a apresentar qualquer contra-proposta.¹⁵

11. Cf., a propósito, Archibald Cox, *The duty to bargain in good faith*, Harvard Law Review, v. 71, n. 8, p. 1.439, June 1958.

12. Decidiu o Comitê de Liberdade Sindical, em caso envolvendo El Salvador: “*Dans un cas ou une disposition accordait aux employeurs un délai pouvant aller jusqu’à 105 jours pour répondre aux revendications des travailleurs et fixait à six mois (renouvelables une fois) le délai dans lequel une convention collective devrait être conclue, le comité a estimé opportun que ces délais soient réduits afin d’encourager et de promouvoir de façon plus active le développement des négociations volontaires...*” (*La liberté syndicale cit.*, n. 904, p. 194). Em outro caso, ressaltou o mesmo Comitê: “*Le principe selon lequel les employeurs comme les syndicats doivent négocier de bonne foi et s’efforcer de parvenir à un accord suppose que soit évité tout retard injustifié dans le déroulement des négociations*” (*La liberté syndicale cit.*, n. 816, p. 175). No *Employment Relations Act* da Nova Zelândia, já mencionado, embora se proíba a deflagração de greve durante a negociação coletiva, legitima-se a providência caso “*at least 40 days have passed since the bargaining was initiated*” (sec. 86^b, “1” “b”, “i”).

13. Archibald Cox, *The duty to bargain in good faith cit.*, p. 1418.

14. Archibald Cox, *The duty to bargain in good faith cit.*, pp. 1418-1419.

15. Archibald Cox, *The duty to bargain in good faith cit.*, p. 1.413..1414. O já mencionado *Employment Relations Act* da Nova Zelândia, em sua seção 32^a, “c”, expressamente dispõe que, como decorrência do dever de agir de boa fé, empregador e sindicato, durante a negociação coletiva, “*must consider and respond to proposals made by each other*”

Retirar proposta anteriormente apresentada ou oferecer proposta pior do que outra já declinada é forte indício de negociação de má-fé, embora não baste, por si só, para caracterizá-la.¹⁶ Como teve ocasião de assinalar a Suprema Corte, em decisão de 1960, a negociação coletiva, em sistema em que o Estado não controla o seu resultado, não se apresenta como busca acadêmica pela verdade nem se pode esperar que seja empreendida da forma que se consideraria ideal. *“The parties - even granting the modification of views that may come from a realization of economic interdependence - still proceed from contrary and to an extent antagonistic viewpoints and concepts of self-interest....The presence of economic weapons in reserve, and their actual exercise on occasion by the parties, is part and parcel of the system that the Wagner and Taft-Hartley Acts have recognized”*.¹⁷

Já a concessão, após dificuldades nas negociações, mas antes de estarem elas completamente encerradas, de aumento salarial superior ao máximo anteriormente oferecido, sem consulta ao sindicato de empregados, constitui prática em desacordo com a obrigação de negociar de boa-fé. Atenta contra a representação do sindicato para negociar, consoante assentou a Suprema Corte em 1949, ao julgar o caso *National Labor Relations Board v. Crompton-Highland Mills, Inc.*¹⁸ Também constitui negociação de má-fé a obstinada recusa do empregador, após longa negociação, em modificar proposta original, buscando, ao mesmo tempo, por meio de vigoroso programa de publicidade, convencer os empregados das vantagens da proposta que fez.¹⁹ De idêntico modo, recusar-se a assinar acordo, depois de acertadas as condições da contratação coletiva, considerando dispensável a redução do ajuste a termo escrito, contrasta com a obrigação de negociar de boa-fé. Iniciar negociações em torno de numerosos aspectos – observou a Suprema Corte, em julgamento de 1941 – com a antecipada disposição de não assinar termo escrito dificilmente seria considerada conduta de boa-fé, porque em contraste com o comportamento usual dos negociantes.²⁰ *“This is even more so in the case of an employer who, by his refusal to honor, with his signature, the agreement which he has made with a labor organization, discredits the organization, impairs the bargaining process and tends to frustrate the aim of the*

16. Robert J. Gelhaus e James C. Oldham, *Labor law*, Chicago, Gilbert, 1989, § 413, p. 76.

17. *Labor Board v. Insurance Agents* - 361 U.S. 477.

18. 337 U.S. 217.

19. Robert J. Gelhaus e James C. Oldham, *Labor law cit.*, § 415, p. 77.

20. *H. J. Heinz Co. v. National Labor Relations Board* - 311 U.S. 514.

statute to secure industrial peace through collective bargaining”²¹ Viola outrossim a obrigação de negociar de boa-fé a mudança unilateral das condições de trabalho sujeitas a negociação coletiva, porque “*it is a circumvention of the duty to negotiate*”²²

Iniciar as negociações já com a posição final em torno do assunto, oferecendo a empresa ao sindicato determinadas condições para a contratação sob a condição de “*take it or leave it*” procedimento conhecido por Boulwarism,²³ para muitos constitui prática em desacordo com a obrigação de negociar de boa-fé.²⁴ Não é pacífica a conclusão na jurisprudência, todavia, havendo quem considere ser esse apenas mais um procedimento de negociação, que nada tem em si de ilícito. É certo que, associado a outras condutas, poderá o Bolwarism caracterizar má-fé,²⁵ revelando ausência de disposição sincera para a negociação.²⁶

A obrigação de negociar de boa-fé não envolve, porém, dever de aceitar determinadas pretensões ou, diversamente, de renunciar a certa condição de trabalho. Consoante deixa expresso ainda a seção n. 158, letra “d” do *United States Code*, negociar de boa-fé “*does not compel either party to agree to a proposal or require the making of a concession*”.²⁷ Daí porque o simples advento de impasse na negociação não significa descumprimento da obrigação de negociar de boa-fé.²⁸ Na verdade, relativamente ao conteúdo da negociação, diante da autonomia conferida às partes e da

21. *H. J. Heinz Co. v. National Labor Relations Board* - 311 U.S. 514. No mesmo sentido, em doutrina, cf. Archibald Cox, *The duty to bargain in good faith cit.*, p. 1422.

22. *Labor Board v. Katz* - 369 U.S. 736. No mesmo sentido, com indicação de vários precedents do *National Labor Relations Board* e também de doutrina, Archibald Cox, *The duty to bargain in good faith cit.*, p. 1.424.

23. A expressão decorre do nome de Vice-Presidente da empresa *General Electric*, que desenvolveu a estratégia de negociação (cf., Archibald Cox, Derek Curtis Bok e Robert A. Gorman, *Cases and materials on Labor Law*, New York, The Foundation Press, 1986, p. 424 e segs.).

24. Archibald Cox, *The duty to bargain in good faith cit.*, p. 1411.

25. William B. Gould. *A primer on American Labor Law*, Cambridge, 1982, p. 120.

26. Douglas L. Leslie, *Labor law*. Minnesota, West Publishing, 1986, p. 198.

27. Reiterando a mesma observação, assinalou a Suprema Corte, em *Labor Board v. Truitt Mfg. Co.*, (351 U.S. 149), decidido em 1956: “*Congress did not compel agreement between employers and bargaining representatives*” No julgamento do caso *H. J. Heinz Co. v. National Labor Relations Board*, já havia aduzido a Suprema Corte: “*the National Labor Relations Act, while requiring the employer to bargain collectively, does not compel him to enter into an agreement*” (311 U.S. 514). De idêntico modo, preceitua o *Employment Relations Act* da Nova Zelândia, em sua seção 33^a: “*The duty of good faith... does not require a union and an employer bargaining for a collective agreement (a) to agree on any matter for inclusion in a collective agreement; or (b) to enter into a collective agreement*”.

28. Robert J. Gelhaus e James C. Oldham, *Labor law cit.*, § 407, p. 75.

ausência de obrigação de composição, torna-se muito mais difícil falar em má-fé²⁹. Não é, porém, de todo em todo impossível fazê-lo. Recusar reivindicação usual e universalmente aceita, sem que exista, a explicar a conduta, qualquer peculiaridade no ramo de atividade, dificilmente se harmoniza com a obrigação de negociar de boa-fé. O mesmo se pode dizer da oposição a pedidos triviais ou da oposição a todos os pedidos formulados pelo sindicato de empregados, sem nenhuma disposição de aceitar nem mesmo alguns desses pedidos ou apenas um deles.³⁰

4. Dever de prestar informação.

É especialmente importante assinalar que da obrigação de negociar de boa-fé pode decorrer a necessidade de fornecer informações à outra parte³¹ seja para justificar a pretensão apresentada, seja para legitimar a recusa à oferta feita. Compreende-se. O desenvolvimento do processo de negociação supõe conhecimento da situação sobre a qual se discute. Negociar em torno do desconhecido é inviável. Por isso a Recomendação n. 163, da Organização Internacional do Trabalho, destinada a estimular a negociação coletiva, enfatiza a necessidade de adoção de medidas para que as partes tenham “*accès aux informations nécessaires pour pouvoir négocier en connaissance de cause*”³² Daí que devem os empregadores, públicos e privados, fornecer, sobre a situação econômica e social da unidade de negociação e da empresa em seu conjunto, “*les informations qui sont nécessaires pour permettre de négocier en connaissance de cause*”³³ Do mesmo modo, dos poderes públicos espera-se o fornecimento das informações necessárias sobre a situação econômica e social global do país e do ramo de atividade em causa.³⁴ Não é sem precedente, aliás, a exigência de

29. Archibald Cox, *The duty to bargain in good faith cit.*, p. 1419 e ss.

30. Archibald Cox, *The duty to bargain in good faith cit.*, pp. 1419-1421.

31. Sobre o tema, com indicação de vários precedentes jurisprudenciais, cf. Archibald Cox, Derek Curtis Bok e Robert A. Gorman, *Cases and materials on Labor Law cit.*, p. 401 e ss.

32. Item 7.1.

33. Item 7.2 (a).

34. Item 7.2 (b).

prestação de informações durante o desenvolvimento da negociação coletiva,³⁵ embora em alguns países possa ficar subordinada a condições mais rigorosas.³⁶

Já teve a Suprema Corte dos Estados Unidos ocasião de debater a extensão da obrigação de prestar informação. Durante determinada negociação coletiva, alegou o empregador incapacidade econômica para pagar os salários pretendidos, recusando-se, porém, a apresentar demonstração financeira que justificasse a assertiva. Determinada administrativamente a apresentação das demonstrações financeiras, a ordem foi cassada pela Corte de Apelação do Terceiro Circuito. A Suprema Corte, ao restabelecer a decisão administrativa, assinalou, em célebre pronunciamento de 1956, que a negociação de boa fé necessariamente requer sejam as postulações de ambas as partes “*honest claims*”.³⁷ Isto se aplica, prosseguiu a Corte, à alegação de incapacidade de pagamento de aumento salarial. Se a alegação é suficientemente relevante no âmbito da negociação, igualmente relevante que se tragam elementos que a referendem. Não é difícil – registrou ainda a Corte – chegar à conclusão de que falta boa-fé ao empregador que mecanicamente repete a alegação de incapacidade de pagar aumento salarial e não faz nenhum esforço para demonstrar sua alegação, de tal modo que “*a refusal to attempt to substantiate a claim of inability to pay increased wages may support a finding of a failure to bargain in good faith*”³⁸

É evidente que a obrigação de prestar informação tem sua contrapartida e observa certos limites. As informações obtidas para a negociação devem, em primeiro lugar, ter seu sigilo preservado, o que também foi considerado pela já citada Resolução n. 163, da Organização Internacional do Trabalho, em que se lê: “*Au cus où la*

35. Em Portugal, por exemplo, o art. 22º, n. 3, do Decreto-Lei n. 519-C 1/79, já estabelecia: “Cada uma das partes do processo deverá, na medida em que daí não resulte prejuízo para a defesa dos seus interesses, facultar à outra os elementos ou informações que ela solicitar”. A mesma previsão se mantém no art. 547º, n. 3, do Código do Trabalho em vigor. Na Nova Zelândia, preceitua o *Employment Relations Act*: “*the union and employer must provide to each other, on request and in accordance with section 34, information that is reasonably necessary to support or substantiate claims or responses to claims made for the purposes of the bargaining*” (seção 32a, “e”).

36. É o que se passa na Inglaterra, onde a obrigação de prestar informações durante a negociação coletiva, sujeita que está a muitas restrições, tem sua utilidade “*severely limited*”, como nota a doutrina (Simon Deakin e Gillian S. Morris, *Labor Law*, London, LexisNexis, 2003, p. 783).

37. *Labor Board v. Truitt Mfg. Co.* 351 U.S. 149.

38. *Labor Board v. Truitt Mfg. Co.* 351 U.S. 149. Para indicação de outras decisões do *National Labor Relations Board* considerando devida a prestação de informação pelo empregador, durante o processo de negociação coletiva, em torno de ganhos individuais de empregados, aumentos por méritos, critérios para pagamento de incentivos etc., cf. Archibald Cox, *The duty to bargain in good faith cit.*, p. 1427.

divulgation de certaines de ces informations pourrait porter préjudice à l'entreprise, leur communication pourrait être liée à un engagement de les considérer comme confidentielles autant qu'il est nécessaire"³⁹ Mais ainda, certas informações poderão não se sujeitar a apresentação, sem que se configure ofensa ao dever de negociar de boa-fé. É o que se dá, por exemplo, quando as informações envolvem empregados que tenham negado consentimento à sua divulgação. O interesse da organização sindical não se sobrepõe ao direito do empregado à preservação de sua intimidade, decidiu a Suprema Corte, ao reformar, em 1979, julgado da Corte de Apelação do Sexto Circuito, assinalando haver situações em que a oferta condicional do empregador de apresentação de informações deve ser admitida, porque *"the sensitivity of any human being to disclosure of information that may be taken to bear on his or her basic competence is sufficiently well known to be an appropriate subject of judicial notice"*⁴⁰

5. Negociação obrigatória, negociação facultativa e negociação proibida.

A obrigação de negociar de boa-fé – cuja abrangência procurou-se traçar até aqui -- não se estende a todas e quaisquer matérias. Na verdade, distinguem-se questões cuja negociação não pode ser recusada e deverá, portanto, se fazer de boa-fé --, questões cuja negociação é meramente facultativa e, finalmente, questões não suscetíveis de negociação.

No primeiro rol encontra-se a negociação sobre *"wages, hours, and other terms and conditions of employment"*, consoante a seção n. 158, letra "d" do *United States Code*.⁴¹

O conceito de *"other terms and conditions of employment"* como tantos da *common law*, não está claro e precisamente definido, dando margem a controvérsia e se prestando, conforme teve oportunidade de assinalar o juiz Stewart, da Suprema

39. Item 7.2 (a).

40. *Detroit Edison Co. v. NLRB* 440 U.S. 301.

41. Analogamente, no direito português as partes devem dar prioridade à negociação sobre "retribuição (e) duração e organização do tempo de trabalho" (art. 546º, n. 1, do Código do Trabalho. No mesmo sentido, na legislação anterior, cf. art. 21º, n. 1, do DL n. 519-C/79).

Corte, a “*diverse interpretations*”⁴² Por vezes se afirma, de modo genérico, que tais questões correspondem àquelas que envolvem algum aspecto da relação entre empregado e empregador.⁴³ Outras vezes se sublinha – como consta novamente de decisão da Suprema Corte – a importância de se considerarem as práticas de negociação coletiva para determinar se certa matéria está ou não sujeita a negociação obrigatória.⁴⁴ A doutrina assinala mesmo que o conceito de “*other terms and conditions of employment*” para definição das matérias de negociação obrigatória, “*should be drawn differently depending upon the industry involved*”,⁴⁵ de tal modo que assunto que num ramo de atividade se considerará condição de trabalho em outro poderá não o ser. A jurisprudência mostra-se, no particular, incerta e vacilante. Transferir a terceira empresa atividade de manutenção de equipamentos, antes realizada por empregados próprios, prática conhecida como “*to contract out*”, já foi considerada de negociação obrigatória. Registrou a Suprema Corte, em pronunciamento lavrado pelo juiz Warren: “*A stipulation with respect to the contracting out of work performed by members of the bargaining unit might appropriately be called a "condition of employment." The words even more plainly cover termination of employment which, as the facts of this case indicate, necessarily results from the contracting out of work performed by members of the established bargaining unit*”⁴⁶ Algum tempo depois, mais precisamente em 1981, no entanto, em decisão tomada por maioria de votos e muito criticada pela doutrina,⁴⁷ resolveu a mesma Suprema Corte, em termos dificilmente conciliáveis com sua anterior manifestação, que deliberação sobre encerramento total ou parcial das atividades da empresa não se inclui no conceito de condição de trabalho e, em

42. *Concurring opinion em Fibreboard Corp. v. Labor Board* - 379 U.S. 203. Como observa John Gray, no entanto, a falta de precisão em certas e importantes definições no âmbito da *common law* - o conceito de *due process of law* é outro bom exemplo – não é uma desvantagem. Serve, pelo contrário, para permitir a mais fácil adaptação do direito às novas necessidades sociais, o que não se obtém quando prevalecem “*the cast-iron classification and definitions of a former generation, which, in the advancement of legal thought and knowledge, are now felt to be imperfect and inadequate*”(The nature and sources of the law, Gloucester, Peter Smith, 1972, p. 4).

43. *Chemical & Alkali Workers v. Pittsburgh Plate Glass Co.* - 404 U.S. 157.

44. *Labor Board v. American Nat. Ins. Co.* - 343 U.S. 395.

45. Douglas L. Leslie, *Labor law cit.*, p. 201.

46. *Fibreboard Corp. v. Labor Board* - 379 U.S. 203.

47. Benjamin M. Schieber, *Iniciação ao direito trabalhista norte-americano*. São Paulo, LTr, 1988. p. 90.

conseqüência, não fica sujeita à obrigação de negociar de boa-fé.⁴⁸ Aduziu-se, a propósito, que a publicidade inerente ao normal processo de negociação pode prejudicar o bom andamento da transição ou mesmo aumentar o risco de prejuízos para o empreendimento. O empregador – ponderou ainda a Corte – pode não ter alternativa viável ao fechamento, de modo que mesmo a negociação de boa-fé em torno do assunto não escaparia ao risco de tornar-se fútil e de acarretar perdas adicionais ao empregador. Dai a conclusão: *“Labeling this type of decision mandatory could afford a union a powerful tool for achieving delay, a power that might be used to thwart management’s intentions in a manner unrelated to any feasible solution the union might propose”*⁴⁹ Na divergência apresentada pelo juiz Brennan, à qual aderiu o juiz Marshall, assinalou-se, todavia, que a orientação adotada pela Corte levava em conta *“only the interests of management; it fails to consider the legitimate employment interests of the workers and their union”*⁵⁰ Mais ainda, continuou o mesmo juiz sublinhando, relativamente à preocupação manifestada com possibilidade de demora em torno da negociação, que a Corte *“presumes that management’s need for “speed, flexibility, and secrecy” in making partial closing decisions would be frustrated by a requirement to bargain... In some cases the Court might be correct. In others, however, the decision will be made openly and deliberately,...and considerations of “speed, flexibility, and secrecy” will be inapposite. Indeed, in view of management’s admitted duty to bargain over the effects of a closing...it is difficult to understand why additional bargaining over the closing itself would necessarily unduly delay or publicize the decision”*⁵¹ Parece bastante difícil não dar razão aos votos vencidos.

Já questões ligadas à disponibilidade e ao preço da alimentação oferecida dentro do estabelecimento em que prestados os serviços, mesmo quando delegada a

48. *First National Maintenance Corp. v. Labor Board* – 425 U.S. 666. Embora pareça inegável a contradição existente entre as duas decisões, cumpre notar que na primeira delas procurou-se limitar a conseqüência da afirmação de que a transferência a terceiros de atividade envolveria questão sujeita a negociação obrigatória, ressaltando-se a especificidade do caso julgado, nos seguintes termos: *“We are thus not expanding the scope of mandatory bargaining to hold, as we do now, that the type of “contracting out” involved in this case - the replacement of employees in the existing bargaining unit with those of an independent contractor to do the same work under similar conditions of employment - is a statutory subject of collective bargaining under 8 (d). Our decision need not and does not encompass other forms of “contracting out” or “subcontracting” which arise daily in our complex economy”* (*Fibreboard Corp. v. Labor Board* - 379 U.S. 203).

49. *First National Maintenance Corp. v. Labor Board* cit.

50. *First National Maintenance Corp. v. Labor Board* cit.

51. *First National Maintenance Corp. v. Labor Board* cit.

atividade a empresa contratada pelo empregador, relacionam-se com as condições de trabalho, segundo pronunciamento da mesma Suprema Corte.⁵² A oferta de alimento durante o horário de trabalho e as condições em que serão esses alimentos consumidos envolvem, conforme a decisão, relevante preocupação dos empregados, de modo que devem ficar sujeitas ao dever mútuo de negociação. “*By the same token, where the employer has chosen, apparently in his own interest, to make available a system of in-plant feeding facilities for his employees, the prices at which food is offered and other aspects of this service may reasonably be considered among those subjects about which management and union must bargain. The terms and conditions under which food is available on the job are plainly germane to the ‘working environment’*”⁵³

Assunto que não seja de negociação obrigatória, vale dizer, que não se relacione com “*wages, hours, and other terms and conditions of employment*”, nos termos do que foi assinalado anteriormente, não fica necessariamente excluído do processo negocial. Apenas não existe obrigação legal de discuti-lo. Pode qualquer das partes, em decorrência, recusar-se a debatê-lo, sem que se configure má-fé. Mais ainda, o sindicato de empregados nem mesmo tem como insistir em negociá-lo, pois o empregador não viola nenhuma obrigação quando a tanto se opõe.⁵⁴ Aliás, ao sindicato é vedado “*bring economic pressure (including picketing) to bear on the employer over this matter*”⁵⁵ Na síntese da Suprema Corte, apresentada no julgamento do caso *Labor Board v. Borg-Warner Corp.* “*is lawful to insist upon matters within the scope of mandatory bargaining and unlawful to insist upon matters without*”⁵⁶ É de negociação meramente facultativa, por exemplo, qualquer matéria expressamente regulada por convenção coletiva em vigor. Assim, vigorando a convenção coletiva, não poderá o sindicato compelir o empregador a discutir a sua modificação.⁵⁷ Tratando-se, porém, de matéria não regulada na convenção, admite-se tenha lugar a negociação, salvo se, a despeito de não figurar expressamente no acordo, tiver sido ela objeto de discussão durante as tratativas, caso em que se considera abrangida na composição.⁵⁸

52. *Ford Motor Co. v. NLRB* - 441 U.S. 488.

53. *Ford Motor Co. v. NLRB* - 441 U.S. 488.

54. Douglas L. Leslie, *Labor law cit.*, p. 207.

55. Douglas L. Leslie, *Labor law cit.*, p. 207.

56. 356 U.S. 342.

57. Robert J. Gelhaus e James C. Oldham, *Labor law cit.*, § 468, p. 87 e Douglas L. Leslie, *Labor law cit.*, p. 212.

58. Douglas L. Leslie, *Labor law cit.*, p. 214.

Já certas outras matérias não apenas não constituem objeto de negociação obrigatória como nem mesmo podem ser negociadas, ainda quando haja disposição de ambas as partes para tanto. São matérias cuja negociação é proibida, tal como se dá, por exemplo, com a previsão de cláusula de “*closed shop*”, por meio da qual a vinculação ao sindicato de empregados torna-se condição necessária para admissão na empresa. Trata-se de prática ilegal, nos termos da seção n. 158, letra “a” n. 3, do *United States Code*, não se admitindo sua imposição nem mesmo mediante convenção coletiva de trabalho. Outro exemplo de condição insuscetível de negociação corresponde ao direito que tem o sindicato de empregados de, fora do horário de trabalho, distribuir material de propaganda na empresa. Na medida em que a distribuição é feita por empregados a outros empregados, não interferindo com o trabalho, proibi-la, mesmo por meio de convenção coletiva, aniquilaria a prerrogativa conferida pela seção n. 157, do *United States Code*, de desenvolvimento, pelos trabalhadores, de atividades “*for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection*” o que não é possível. como registrou a Suprema Corte.⁵⁹

6. *Unfair labor practice* e o *National Labor Relations Board*.

Não negociando qualquer das partes de boa-fé, seja o empregador, seja o sindicato de empregados, tem-se por caracterizada a chamada *unfair labor practice*, nos termos do disposto no *United States Code*, seção n. 158, letras “a”, 5, e “b”. 3, combinado com a letra “d”. da mesma seção.

Constatada a ocorrência de *unfair labor practice*, pode o *National Labor Relations Board* – agência vinculada ao Governo Federal, composta de membros indicados pelo Presidente e aprovados pelo Senado, removíveis de seus ofícios apenas excepcionalmente⁶⁰ – expedir determinação para que cesse o comportamento ilegítimo ou impor que certa matéria seja negociada de boa-fé⁶¹ ou, ainda, ordenar a adoção de outras medidas, inclusive “*reinstatement of employees with or without back pay*”⁶²

A possibilidade de reintegração de empregados com pagamento de salários é instrumento particularmente importante no combate às práticas anti-

59. *NLRB v. Magnavox Co.* – 415 U.S. 322.

60. *United States Code*, seção n. 153, letra “a”.

61. Robert J. Gelhaus e James C. Oldham, *Labor law cit.*, § 454, p. 85.

62. *United States Code*, seção n. 160, letra “c”

sindicais⁶³ Constitui, ademais, quebra do princípio dominante no direito norte-americano, segundo o qual o empregador tem a prerrogativa de, nos casos de greve com fundamento meramente econômico, dispensar empregados e contratar substitutos.⁶⁴ Tratando-se de greve deflagrada contra *unfair labor practices*, “*the striking employees do not lose their status and are entitled to reinstatement with back pay, even if replacements for them have been made*”, como ressaltado pela Suprema Corte, em pronunciamento de 1956.⁶⁵

63. Cf. as observações feitas na decisão de 1973 da Suprema Corte, tomada no caso *Golden State Bottling Co. v. NLRB* (414 U.S. 168).

64. O sistema jurídico da Nova Zelândia, que, como visto pelas referências a ele feitas ao longo do texto, em tantos pontos adotou solução muito próxima da vigente nos Estados Unidos da América, não seguiu, no particular, a mesma diretriz. Estabeleceu limites mais rígidos para a contratação de empregados em substituição a trabalhadores em greve, admitindo-a apenas nas hipóteses da seção 97^a, assim redigida: “1) *This section applies if there is a lockout or lawful strike. (2) An employer may employ or engage another person to perform the work of a striking or locked out employee only in accordance with subsection (3) or subsection (4). (3) An employer may employ another person to perform the work of a striking or locked out employee if the person — (a) is already employed by the employer at the time the strike or lockout commences; and (b) is not employed principally for the purpose of performing the work of a striking or locked out employee; and (c) agrees to perform the work (4) An employer may employ or engage another person to perform the work of a striking or locked out employee if — (a) there are reasonable grounds for believing it is necessary for the work to be performed for reasons of safety or health; and (b) the person is employed or engaged to perform the work only to the extent necessary for reasons of safety or health*”(negrito e sublinhado adicionados).

65. *Mastro Plastics Corp. v. Labor Board* (350 U.S. 270). No mesmo sentido, cf. *NLRB v. International Van Lines*, 409 U.S. 48 (1972) e, ainda, *National Labor Relations Board v. Midwestern Personnel Services, Inc.*, Corte de Apelação do Sétimo Circuito, n. 02-2.209 & 02-2.566 (2003). Também sobre o tema, embora de modo bastante sintético, Alain A. Levesseur, *Droit des États-Unis*, Paris, Dalloz, 1994, § 555, p. 221. Em controvertido julgamento de 2002, a Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, entendeu, todavia, ser impossível deferir o pagamento de salários vencidos a trabalhador que, embora dispensado abusivamente, por tentar organizar sindicato, havia ingressado ilegalmente no país. Aduziu a Suprema Corte, ao cassar a decisão da Corte de Apelação do Distrito de Colúmbia, que havia referendado a ordem de pagamento emitida pelo *National Labor Relations Board*: “*awarding backpay to illegal aliens runs counter to policies underlying IRCA, policies the Board has no authority to enforce or administer. Therefore, as we have consistently held in like circumstances, the award lies beyond the bounds of the Board’s remedial discretion.*”(Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB - Certiorari n. 00-1595). A *dissenting opinion* redigida pelo juiz Breyer, além de assinalar que negar o cabimento de sanção pecuniária contra práticas ilegais realizadas em face de imigrantes clandestinos somente estimula a contratação de tais trabalhadores, mais expostos a condutas abusivas do empregador, ainda observou: “*The immigration statutes say that an employer may not knowingly employ an illegal alien, that an alien may not submit false documents, and that the employer must verify documentation. See 8 U. S. C. §§1324a(a)(1), 1324a(b); 18 U. S. C. §1546(b)(1). They provide specific penalties, including criminal penalties, for violations. Ibid., 8 U. S. C. §§1324a(e)(4), 1324a(f)(1). But the statutes’ language itself does not explicitly state how a violation is to effect the enforcement of other laws, such as the labor laws. What is to happen, for example, when an employer hires, or an alien works, in violation of these provisions? Must the alien forfeit all pay earned? May the employer ignore the labor laws? More to the point, may the employer violate those laws with impunity, at least once--secure in the knowledge that the Board cannot assess a monetary penalty? The immigration statutes’ language simply does not say*”

Pode ainda o *National Labor Relations Board*, diante da *unfair labor practice*, estabelecer a obrigação de apresentação de relatórios periódicos sobre o cumprimento da determinação que houver expedido, sendo-lhe dado, outrossim, modificar ou revogar, total ou parcialmente, qualquer de suas decisões,⁶⁶ bem como tomar as providências adequadas para tornar efetivos os propósitos do *Labor Management Relations Act*. Até mesmo indenização compensatória se poderá conceder quando a recusa em negociar de boa-fé mostrar-se “*clear and flagrant*”⁶⁷

Em nenhum caso se admite, todavia, imponha o *National Labor Relations Board* a aceitação de determinada condição de trabalho ou o abandono de certa pretensão suscetível de negociação, o que, como assinalado anteriormente, não se harmoniza com o disposto no 158, letra “d” do *United States Code*.⁶⁸ De acordo com isso, a Suprema Corte, ao cassar decisão da Corte de Apelação do Distrito de Colúmbia, deixou registrado, em julgamento de 1970, que, embora o *National Labor Relations Board*, de acordo com o *National Labor Relations Act*, tenha como exigir que empregados e empregadores negociem, “*it is without power to compel a company or a union to agree to any substantive contractual provision of a collective-bargaining agreement*”⁶⁹

7. Cumprimento das determinações do *National Labor Relations Board*.

O *National Labor Relations Board* não é órgão judicial, mas sim instituição de natureza administrativa.⁷⁰ Suas determinações não são “*self-enforcing*” ou seja, não são suscetíveis de imediata execução forçada. Caso não se façam respeitar voluntariamente pelas partes, resta requerer aos tribunais a emissão de ordem de cumprimento, estando o próprio *National Labor Relations Board* legitimado a agir em

66. *United States Code*, seção n. 160, letra “d”

67. Robert J. Gelhaus e James C. Oldham, *Labor law cit.*, § 455, p. 85

68. Antes, nota 23.

69. *Porter Co. v. NLRB* – 397 U.S. 99.

70. William B. Gould. *A primer on American Labor Law cit.*, p. 64.

juízo.⁷¹ Não existe prazo peremptório para apresentação do requerimento, observada, todavia, “*the equitable doctrine of laches*”⁷²

O pedido de cumprimento da decisão do *National Labor Relations Board* observa o procedimento estabelecido na seção n. 2.112, do *United States Code*. Embora as conclusões do *National Labor Relations Board*, especialmente em torno dos fatos apurados, mereçam credibilidade,⁷³ a cognição dos tribunais é, no particular, ampla, não se limitando ao exame da mera legalidade formal do provimento. Podem os tribunais, em conseqüência, “*to enjoin, set aside, suspend, modify, or otherwise review or enforce*” o provimento.⁷⁴ Admite-se, outrossim, a emissão de *injunction*, a fim de que cesse, de imediato, a *unfair labor practice*.⁷⁵

O descumprimento da decisão judicial que vier a ser tomada pode configurar *contempt of court*,⁷⁶ cuja sanção por vezes se mostra bastante severa. Encontra-se precedente em que sindicato, não acatando determinação judicial, foi condenado, em pronunciamento referendado pela Corte Suprema em 1947, a pagar três milhões e meio de dólares a título de multa.⁷⁷ Em certas situações, do *contempt of court*

71. *United States Code*, seção n. 160, letra “e”, *verbis*: “*The Board shall have power to petition any court of appeals of the United States, or if all the courts of appeals to which application may be made are in vacation, any district court of the United States, within any circuit or district, respectively, wherein the unfair labor practice in question occurred or wherein such person resides or transacts business, for the enforcement of such order...*”.

72. *National Labor Relations Board v. Midwestern Personnel Services, Inc.*, Corte de Apelação do Sétimo Circuito, n. 02-2.209 & 02-2.566 (2003).

73. *National Labor Relations Board v. Midwestern Personnel Services, Inc.*, Corte de Apelação do Sétimo Circuito, n. 02-2.209 & 02-2.566 (2003).

74. *United States Code*, seção n. 2.112.

75. *United States Code*, seção n. 160, letra “j”, *verbis*: “*The Board shall have power...to petition any United States district court...Upon the filing of any such petition the court shall cause notice thereof to be served upon such person, and thereupon shall have jurisdiction to grant to the Board such temporary relief or restraining order as it deems just and proper*”. Sobre as *injunctions*, com ampla indicação de doutrina e de jurisprudência, cf. Aldo Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 21 e ss, e, menos extensamente, Geoffrey C. Hazard Jr. E Michele Taruffo, *American civil procedure*, New Haven, Yale University Press, 1193, p. 156 e ss.

76. Douglas L. Leslie, *Labor law cit.*, p. 13. Sobre a figura do *contempt of court*, mais uma vez com ampla indicação de doutrina e de jurisprudência, cf. Aldo Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano cit.*, p. 211 e segs. Sobre as diferentes espécies de *contempt of court*, cf. Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, St. Paul, West Publishing, 1968, p. 390.

77. Trata-se da célebre decisão tomada pela Suprema Corte no caso *United States v. United Mine Workers of America* (330 U.S. 258), em que se encontra extenso debate em torno da legitimidade da sanção aplicada.

pode resultar até mesmo a prisão dos responsáveis,⁷⁸ como se deu no célebre caso julgado em 1967, envolvendo a recusa de Martin Luther King de acatar decisão judicial que proibira sua participação em protestos coletivos.⁷⁹ Nem a eventual impropriedade da decisão tomada, seja porque injustificável diante dos fatos apurados, seja porque juridicamente incorreta, basta para justificar o seu descumprimento. Deve o pronunciamento ser desde logo observado, postulando-se a sua reforma pelos meios processuais adequados, sob pena de configuração do *contempt of court*, como claramente enunciado pela Suprema Corte em 1922, no julgamento do caso *Howat v. State of Kansas*. Assinalou-se, na altura, que “*an injunction duly issuing out of a court of general jurisdiction with equity powers, upon pleadings properly invoking its action, and served upon persons made parties therein and within the jurisdiction, must be obeyed by them, however erroneous the action of the court may be, even if the error be in the assumption of the validity of a seeming, but void law going to the merits of the case. It is for the court of first instance to determine the question of the validity of the law, and until its decision is reversed for error by orderly review, either by itself or by a higher court, its orders based on its decision are to be respected, and disobedience of them is contempt of its lawful authority, to be punished*”⁸⁰

8. Conclusão.

Do estudo do modelo norte-americano de negociação coletiva é possível extrair importantes lições, algumas delas de grande atualidade e importância em face do Direito brasileiro.

Em primeiro lugar, fica evidente que o desenvolvimento da negociação coletiva reclama mais do que a mera eliminação dos obstáculos institucionais à organização dos sindicatos, como a unicidade compulsória e a imposição do critério de sindicalização por categoria (art. 8º, inciso II, da Constituição), restrições

78. Cf. Richard H. Field, Benjamin Kaplan e Kevin M. Clermont, *Civil procedure*, New York, The Fondation Press, 1997, pp. 16-17.

79. Aduziu a Suprema Corte, na oportunidade: “*This Court cannot hold that the petitioners were constitutionally free to ignore all the procedures of the law and carry their battle to the streets. One may sympathize with the petitioners' impatient commitment to their cause. But respect for judicial process is a small price to pay for the civilizing hand of law, which alone can give abiding meaning to constitutional freedom*” (*Walker v. City of Birmingham* - 388 U.S. 307).

80. 258 U.S. 181.

absolutamente incompatíveis com o princípio da liberdade sindical.⁸¹ É preciso ir além, porque, conforme assinala Gino Giugni, “*l’azione del sindacato non si svolge nel vuoto istituzionale*”⁸² Assim, mais do que a simples revogação da legislação contrária à liberdade de organização sindical, de rigor a criação de normas que favoreçam a negociação coletiva, como preconizado, aliás, pela Convenção n. 98, da Organização Internacional do Trabalho.⁸³

Compreende-se. Pouco significa impor a obrigação formal de negociar, já inserida na legislação brasileira há muito tempo (CLT, art. 616, *caput*), se o procedimento de negociação não é disciplinado ou tutelado. E para tutelar a negociação coletiva é necessário, logo de início, coibir os atos anti-sindicais, que entravam e dificultam a composição dos conflitos pelas próprias partes. Não se impõe, no particular, definição precisa e taxativa de tais atos pelo legislador. Nem mesmo convém fazê-lo. A adoção de conceito aberto, na linha do que reiteradamente se encontra no novo Código Civil,⁸⁴ melhor permite abranger as variadas condutas atentatórias ao bom

81. O Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho já deixou expresso que a unicidade imposta por lei é incompatível com a garantia de liberdade sindical. Entre as numerosas decisões tomadas a respeito do tema, mencionem-se as seguintes: “*L’unité du mouvement syndical ne doit pas être imposée par une intervention de l’Etat par voie législative, car celle-ci irait à l’encontre des principes de la liberté syndicale*”(Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d’administration du BIT, Genève, Bureau International du Travail, 1996, n. 289, p. 66) e “*L’existence d’une organisation dans une profession déterminée ne doit pas constituer un obstacle à la création d’une autre organisation, si les travailleurs le souhaitent*”(Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d’administration du BIT cit., n. 276, p. 64). Há, ainda, precedente envolvendo exatamente a legislação brasileira, *verbis*: “*Les dispositions d’une Constitution nationale relatives à l’interdiction de créer plus d’un syndicat par catégorie professionnelle ou économique, quel que soit le degré de l’organisation dans un ressort territorial donné qui ne pourra être inférieur à la zone d’une municipalité, ne sont pas en conformité avec les principes de la liberté syndicale*”(Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d’administration du BIT cit., n. 277, p. 64).

82. *Per una moderna legislazione sui rapporti di lavoro em Il diritto sindacale*, Bologna, Il Mulino, s. d. p., p. 423. De acordo com isso, o artigo 5º, n. 2, letra “d”, da Convenção n. 154, da Organização Internacional do Trabalho, ressalta que o desenvolvimento da negociação não deve ser entravado “*par suite de l’inexistence de règles régissant son déroulement ou de l’insuffisance ou du caractère inapproprié de ces règles*”

83. Dispõe o artigo 4º, da Convenção n. 98: “*Des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l’utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d’employeurs d’une part, et les organisations de travailleurs d’autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d’emploi*”

84. São frequentes os conceitos abertos no novo Código Civil, como se vê, por exemplo, pela referência a “fim social” (art. 187), a “montante...manifestamente excessivo”(art. 413), a “investimentos consideráveis” (art. 473, parágrafo único), a “onerosidade excessiva” (art. 478), e a “excessiva desproporção” (art. 944, parágrafo único).

desenvolvimento da negociação coletiva, muitas delas praticadas de forma camuflada, dissimulada ou sub-reptícia, o que torna mais difícil indicá-las “*a priori in un testo di legge*” como adverte Gino Giugni.⁸⁵ Talvez por isso mesmo o *Statuto dei diritti dei lavoratori* italiano, ao sancionar as condutas anti-sindicais, não haja adotado conceito fechado. Preferiu defini-las simplesmente como quaisquer “*comportamenti diretti ad impedire o limitare l’esercizio della libertà e della attività sindacale nonché del diritto di sciopero*”⁸⁶ o que levou a doutrina a afirmar – talvez com algum exagero – que a fórmula legal permitia avaliar o caráter anti-sindical da conduta com parâmetros mais flexíveis do que os impostos pela legalidade estrita.⁸⁷

Como quer que seja, fundamental, ainda mais, é que, ao lado da definição ampla de conduta anti-sindical, haja também, para combatê-las, tanto sanções dissuasórias eficazes como instrumentos processuais eficientes. O largo emprego das *injunctions* em conflitos coletivos no direito norte-americano mostra-o com clareza.

Em segundo lugar, o dever de agir de boa-fé, verdadeiro princípio geral de direito, que perpassa todo o ordenamento jurídico,⁸⁸ hoje já expressamente consagrado no novo Código Civil,⁸⁹ não pode deixar de se estender também ao campo da negociação coletiva, impondo às partes a observância de certos parâmetros e limites, como aos poucos vai reconhecendo a jurisprudência.⁹⁰ E desse dever de agir de boa-fé se tira, como visto, a importante obrigação de prestação de informações, essenciais para que a discussão sobre condições de trabalho não se torne, como muitas vezes ocorre, gratuita e aleatória, desvinculando-se completamente da realidade.

Em terceiro lugar, não se deve nunca perder de vista que, por mais desenvolvido que sejam os procedimentos de negociação coletiva e fortes os sindicatos, ainda assim restam matérias inevitavelmente excluídas da disponibilidade das partes.

85. *Diritto sindacale*, Bari, Cacucci, 1975, p. 110.

86. Art. 28.

87. Cecilia Assanti e Giuseppe Pera, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, CEDAM, 1972, p. 329. Veja-se ainda, sobre o tema, Romano Vaccarella, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, Franco Angeli, p. 63 e ss.

88. Cf. Salvatore Romano, *Buona fede – dir. priv. em Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffrè, 1959, V. p. 680.

89. Arts. 113, 187 e 422.

90. Cf. TRT – 3ª Reg., 3ª T., RO n. 13.588/02, Rel. Juiz João Bosco Pinto Lara, julg. em 20.11.02 in DJMG de 30.11.02. Mais expressivamente, confira-se a seguinte decisão: “Não procede de boa fé a parte que recusa a conciliação aceita pelo adversário e, ainda assim, insiste na alegação defensiva de não ter esgotado a negociação coletiva.” (TRT – 2ª Reg., SDC, DC n. 9 - 20001-2003-000-02-00, Rel. Juiz José Carlos da Silva Arouca, Ac. n. 2003001750, julg. em 08.05.03 in DOE SP, PJ, TRT 2ª de 08.08.03).

Mesmo no regime norte-americano de relações de trabalho, em que tanto se deixa à negociação coletiva, não se ocupando a legislação, em regra, do conteúdo dos ajustes estabelecidos, reconhece-se a existência de assuntos postos ao abrigo da vontade dos agentes econômicos. Não haverá de ser de outro modo no direito brasileiro. Imaginar que, em algum momento, isso possa mudar, ficando toda e qualquer matéria sujeita à negociação, é inaceitável. Desconsidera o interesse da própria sociedade na determinação de certos aspectos das relações de trabalho, de que decorre a existência “*des règles qui s'imposent absolument aux parties à la convention collective*”⁹¹ como já decidiram, aliás, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho, em paradigmáticos julgados,⁹² e como hoje deixa expresso o parágrafo único, do art. 2.035, do novo Código Civil, em preceito a ser lido de modo amplo, para abranger tanto as convenções individuais como as coletivas, e, de modo ainda mais claro, o Código do Trabalho de Portugal, o qual, embora tenha explicitamente procurado promover a “adaptabilidade e flexibilidade da disciplina laboral” inclusive revitalizando a “contratação coletiva”, como consta de sua Exposição de Motivos,⁹³ manteve a

91. Gerard Couturier, *Droit du travail Les relations collectives de travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 451.

92. Trata-se de decisões com as seguintes ementas: “Estabilidade provisória da empregada gestante (ADCT, art. 10, II, b): inconstitucionalidade de cláusula de convenção coletiva do trabalho que impõe como requisito para o gozo do benefício a comunicação da gravidez ao empregador. 1. O art. 10 do ADCT foi editado para suprir a ausência temporária de regulamentação da matéria por lei. Se carecesse ele mesmo de complementação, só a lei a poderia dar: não a convenção coletiva, à falta de disposição constitucional que o admitisse. 2. Aos acordos e convenções coletivos de trabalho, assim como às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a direito constitucional dos trabalhadores, que nem à lei se permite”(STF 1ª T., RE 234186/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 05.06.01 in DJU de 31.08.01, p. 65) e “Intervalo intrajornada Redução - Previsão da “hora corrida” em acordos coletivos. A Constituição Federal de 1988 conferiu maiores poderes aos sindicatos, de modo que essas entidades podem, no interesse de seus associados e mediante negociação coletiva, restringir certos direitos assegurados aos trabalhadores a fim de obter outras vantagens não previstas em lei. Não obstante, tal flexibilização não autoriza a negociação coletiva que atente contra normas referentes à segurança e saúde no trabalho. De fato, o estabelecimento do intervalo mínimo de uma hora para refeição e descanso dentro da jornada de trabalho é fruto da observação e análise do comportamento humano, e das reações de seu organismo quando exposto a várias horas de trabalho. Doutrina e jurisprudência evoluíram no sentido da necessidade desse intervalo mínimo para que o trabalhador possa não apenas ingerir alimentos, mas também digerir-los de forma adequada, a fim de evitar o estresse dos órgãos que compõem o sistema digestivo, e possibilitar o maior aproveitamento dos nutrientes pelo organismo, diminuindo também a fadiga decorrente de horas de trabalho. Se de um lado a Constituição Federal prevê o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho como direito dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, XXVI, da Constituição Federal), de outro estabelece ser a saúde um direito social a ser resguardado (art. 6º da Carta Política). Recurso de revista não conhecido”(TST 5ª T., RR n. 619.959, Rel. Min. Ríder Nogueira de Brito, julg. em 12.02.03, in DJU de 14.03.03).

93. Itens 3.1, b, e 3.4, XIV, a, respectivamente.

previsão do art. 6º, n. 1, b, do DL n. 519-C1/79, dispondo, no art. 533º: “Os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho não podem: a) Contrariar as normas legais imperativas...” Daí porque o papel que cabe ao legislador na fixação de condições de trabalho jamais pode ou poderá ser inteiramente desempenhado pela negociação coletiva, por mais desenvolvimento que tenha ela.

São Paulo, junho de 2004.