

PRÊMIO OLIVEIRA VIANNA
1.º lugar no Concurso de Monografias — 1979

JURISDIÇÃO E DISSÍDIOS COLETIVOS

Alcebíades Tavares Dantas

1. CONCEITO DE JURISDIÇÃO

A atividade jurisdicional é comumente explicada como função do Estado que tem como objetivo assegurar a solução dos conflitos por meio da aplicação do direito objetivo ou como função que consiste em assegurar a ordem jurídica.

É este o conceito firmado em doutrina, muito embora a palavra jurisdição possa ser empregada com outros sentidos e se saiba que há o exercício da atividade jurisdicional sem que haja conflito ou litígio, como v.g. na jurisdição voluntária.

João Montelro, por exemplo, definiu jurisdição de duas maneiras: em sentido amplo e restrito. No sentido amplo seria "o poder de conhecer dos negócios públicos e resolvê-los"; enquanto que, em sentido restrito, seria "o poder das autoridades judiciárias no exercício das respectivas funções" (1).

Wilson de Souza Campos Batalha apenas se interessa pelo sentido restrito de jurisdição. Estudando a finalidade e a natureza jurídica da jurisdição, entende ser aceitável o ponto de vista de **Zanzucchi**, para quem o "escopo mediato é a reintegração do direito objetivo, a atuação da vontade da lei que, realizando interesses insatisfeitos, a jurisdição alcança". Faz, contudo, uma ressalva ao ponto de vista de **Zanzucchi** e observa que "nos dissídios coletivos, a tutela dos interesses, dentro dos marcos legais, se realiza de maneira abstrata e genérica" (2).

(1) "Teoria do Processo Civil", 1.º vol., 6.ª ed., atualizada por **J. M. Carvalho Santos**, Ed. Borsari, Rio, 1958.

(2) "Tratado de Direito Judiciário do Trabalho", Ed. LTr, SP, pág. 46, 1977.

Para **Gabriel Rezende Filho** jurisdição é "o poder de declarar o direito aplicável aos fatos" (3), enquanto que, para **Moacyr Amaral Santos** "a função jurisdicional consiste em atuar o direito objetivo aos casos concretos" (4).

Coqueljo Costa define jurisdição civil "como o exercício do poder estatal, função ou atividade exclusiva do Estado (CPC, art. 1.º), pela qual o direito objetivo é aplicado ao processo que envolve uma lide resultante de uma disputa concreta entre pessoas que não se avieram voluntariamente e serão as partes no feito. É poder instituído, função e atividade, exercidas no processo pelos quais a atividade do Estado substitui a das partes" (5). Saliencia, ainda, ser a jurisdição una e indivisível, admitindo, no entanto, a classificação em penal ou civil, especial ou comum, superior ou inferior, de direito ou de eqüidade e inclui a jurisdição do trabalho como especialização da jurisdição civil (6).

A atividade jurisdicional, assim, se caracterizaria por ser uma atividade substitutiva e por ter como objetivos impedir a autodefesa privada.

Alfredo Ruprecht, por sua vez, opina no sentido de que a jurisdição visa a dar solução a uma controvérsia concreta, colocada entre partes determinadas, relativas à interpretação de norma jurídica preexistente. Para ele são elementos fundamentais constitutivos da jurisdição: caso concreto, partes determinadas, interpretação do direito e norma preexistente (7).

Coerente com o ponto de vista acima, que nada mais é do que o conceito tradicional de jurisdição, finda por afirmar que

"A criação da norma jurídica é tarefa por inteira alheia ao Poder Judiciário e criá-la importaria desvirtuar sua essência e natureza. De modo que a solução judicial é perfeitamente factível — juridicamente falando em relação aos conflitos coletivos de direito, porque nestes a controvérsia se refere à aplicação de uma norma jurídica já criada, geralmente uma convenção coletiva de trabalho; mas não com relação à de interesse, já que do que se trata nesta é modificar uma norma ou criar uma nova, o que é tarefa por completo alheia à função jurisdicional" (A. Ruprecht, "Conflitos Coletivos do Trabalho", pág. 253).

A afirmativa possivelmente se aplicaria à jurisdição civil. Não é bem assim o que acontece, em se tratando de jurisdição do trabalho, porque a criação da norma jurídica não é tarefa alheia ou estranha ao Poder Judiciário. O autor se afasta das características especiais da jurisdição em dissídio coletivo. A visão civilista muitas vezes deturpa o fenômeno jurí-

(3) "Curso de Direito Processual Civil", pág. 86, 1.º vol., Ed. Saraiva, SP, 1965.

(4) "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", Max Limonad, SP, 1970, pág. 95, 1.º vol., 3.º ed.

(5) "Direito Judiciário do Trabalho", pág. 23, Ed. Forense, RJ, 1978.

(6) Ob. cit., pág. 25.

(7) "Conflitos Coletivos do Trabalho", trad. José Luiz Ferreira Prunes, Ed. LTr, 1979, pág. 253, SP.

dico quando vamos aplicá-lo ao processo coletivo do trabalho ou mesmo ao Direito do Trabalho. A afirmativa de que a criação da norma jurídica é tarefa estranha ao Poder Judiciário, no que se refere ao processo coletivo, não é inteiramente correta e se torna necessário buscar as razões para tal ocorrência.

Argumentaríamos dizendo que ela se contrapõe à corrente doutrinária que mostra a interdependência entre formação e aplicação do direito e que defende a tese de que o processo jurisdicional está integrado no sistema unitário de elaboração das normas jurídicas.

Amauri Mascaro Nascimento afirma que "a sentença do juiz é um ato de duplo significado. É ato de criação e, ao mesmo tempo, de exceção. O juiz aplica as normas jurídicas que já encontra prontas. Mas, ao fazê-lo, também participa da elaboração da norma jurídica, pois a sua intervenção é criativa, não só complementar, mas em muitos casos, fundamental. A teoria da pura subsunção do juiz aos textos da lei como mero intérprete está, portanto, superada. O juiz, como bem observa **Martins Oviedo**, 'deixou de ser um simples destinatário e receptor passivo da norma jurídica, para converter-se em elemento chave da função de criação e formação do direito. O juiz não cria normas, mas dita sentenças, e estas passam a substantivar-se'" (8).

Consideramos que o juiz também participa do processo de criação da norma jurídica quando, na inexistência da lei, é obrigado a proferir uma decisão. Retornaremos ao assunto.

Couture definiu jurisdição como "função pública, realizada pelos órgãos competentes do Estado, com as formas impostas pela lei, em virtude da qual, por ato judicial, se declara o direito das partes, com o propósito de dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com eficácia de coisa julgada material, eventualmente dotada de execução" (9).

Frederico Marques, por sua vez, diz que a jurisdição pode ser definida "como a função estatal de aplicar as normas da ordem jurídica em relação a uma pretensão" (10).

Em resumo, já que é impraticável citar todos os doutrinadores que se dedicaram ao estudo do tema, destacam-se, segundo **Marcos Afonso Borges** (11), três correntes doutrinárias que procuram definir jurisdição:

- a) a que entende ser a jurisdição a atividade do Estado que está dirigida à realização da ordem jurídica;

(8) "Teoria da Norma Jurídica Trabalhista", pág. 25, Ed. LTr, SP, 1976.

(9) "A Jurisdição", *Revista Brasileira de Direito Processual*, 10, pág. 44, 2.º trim., 1977.

(10) "Jurisdição Voluntária", SP, Ed. Saraiva, 1959, 2.ª ed., pág. 53.

(11) "A Jurisdição Voluntária", *Revista Brasileira de Direito Processual*, 18, 1979, pág. 134.

b) a que diz que é a função estatal que tem por finalidade aplicar o direito objetivo a uma pretensão;

c) e, finalmente, a que entende ser um poder-dever do Estado de "distribuir justiça, aplicando a lei ao caso concreto" (11).

A verdade é que o conceito de jurisdição não tem permanecido inalterado, assim como são variadas as definições dos estudiosos e grandes as dificuldades para isolar o instituto dos elementos que lhe são estranhos.

Os doutrinadores, por exemplo, têm procurado distinguir jurisdição a) pela aptidão que teria o ato jurisdicional de produzir coisa julgada, b) como uma função estatal oriunda da divisão tripartida dos poderes, caracterizando-se a jurisdição, portanto, por ser uma delas, c) por ser uma atividade substitutiva, já que o juiz substitui as partes em litígio e torna efetiva a regra legal que regula a situação jurídica.

A ciência processual, por outro lado, tem-se esforçado por dissecar o instituto e procurado retirar os elementos que não lhe são característicos ou que também são comuns às outras funções do Estado. Dessa forma questiona-se a) o emprego etimológico — *jurisdictio* — porque a palavra declaração do direito designa, conforme o sentido que tem, uma atividade pela qual o direito é declarado. É evidente que, segundo o direito positivo, ela é exercitada não somente na esfera das funções da justiça, como também na dos órgãos da Administração Pública (12); b) a afirmação de que tem como objetivo assegurar a ordem jurídica. A ordem jurídica é aquela usada como instrumento para solução dos conflitos e é ela, inclusive, que vem garantir e possibilitar o exercício da atividade jurisdicional. Os outros poderes do Estado também procuram assegurar a ordem jurídica, o que demonstra ocorrer o contrário do que foi inicialmente afirmado; c) observa-se também a existência de sistemas não oficiais para solucionar os conflitos, como v.g. nas hipóteses de autotutela ou processo voluntário para composição dos conflitos; d) a solução dos conflitos não seria privativa da atividade jurisdicional e nem da atividade estatal; e) não é a coisa julgada que caracteriza o ato jurisdicional porque temos o exercício da atividade jurisdicional sem a coisa julgada.

Questiona-se, por outro lado, o uso da expressão jurisdição civil, contenciosa ou voluntária. **Amílcar de Castro** faz reparos à expressão e salienta que a jurisdição em si mesma nunca é civil, nem contenciosa, nem voluntária. Os procedimentos é que podem ser civis, contenciosos ou não contenciosos. Assim se expressa:

"Na verdade, a jurisdição, em si mesma, poder nacional indivisível, nunca é civil, ou penal; e só como expressão figurada é que

(12) **Lopes da Costa**, "Dos Processos Especiais", SP, Ed. Sugestões Literárias, pág. 26.

pode ser qualificada de contenciosa ou voluntária. Quando, por técnica antiqüíssima, empregam-se esses objetivos, relativamente à jurisdição, fala-se em sentido metafórico, alterando-se por metonímia a significação genuína do conceito, tomando-se o efeito pela causa" (13).

Recentemente **Frederico Marques** questionou também qual seria a *causa finalis* da jurisdição e diz que não é a aplicação da regra jurídica. Para ele a *causa finalis* é a de "compor litígios, para ser dado a cada um o que é seu" (14).

Demonstra ele, também, que "não é traço específico da jurisdição, consoante muitos afirmam, fazer a aplicação da *voluntas legis* e que "o conceito de jurisdição como atividade ou função estatal para aplicar a lei está, ainda, bastante difundido, mormente na área do Direito Processual Civil. Ela não passa, porém, de manifestação do errôneo princípio de que a função do juiz é meramente passiva, que a doutrina clássica sobre a divisão de poderes sempre adotou, ao afirmar que "le juge est un organe d'exécution de la volonté du législateur" (15).

Continua afirmando que o conceito "é contrário à realidade, tanto que o juiz precedeu ao legislador, nos tempos mais recuados da história: "L'étude de toutes les sociétés primitives", observa, **B. Herzog**, mostra que "le droit est un phénomène social antérieur à la loi, né de l'activité des magistrats chargés de coordonner les rapports sociaux. La jurisprudence est la plus ancienne des sources formelles du droit" (16).

Délio Maranhão, por sua vez, já mostrava também "a insuficiência do critério baseado na atuação da lei, para definir o ato de jurisdição" (17). Diz que nem todo o direito está na lei, nem esta é a única fonte do direito e que "nem mesmo no direito comum pode afirmar-se que a função jurisdicional se exerce apenas, tornando concreta a vontade abstrata da lei" (17).

Podemos, portanto, concluir, em face do que foi sumariamente examinado, que:

- 1) a solução dos conflitos através do exercício da atividade jurisdicional vem sendo vista, de maneira quase genérica, como atividade exclusiva do Estado e com a aplicação do direito objetivo;
- 2) a solução dos conflitos, entretanto, não é atividade privativa do Estado, muito embora o seja a atividade jurisdicional na forma como atualmente é compreendida;

(13) "Reparos sobre a Jurisdição e a Ação", *Revista Brasileira de Direito Processual Civil*, 1.º trim., 1975, pág. 14.

(14) "A Reforma do Poder Judiciário", SP, Ed. Saraiva, 1979, pág. 10.

(15) *Idem*, ob. cit., pág. 12.

(16) **B. Herzog**, *apud Frederico Marques*, ob. cit., pág. 12.

(17) "Direito do Trabalho", RJ, Edição Fundação Getúlio Vargas, 1971, págs. 349/350.

- 3) a criação da norma jurídica através do Judiciário vem sendo considerada erroneamente como tarefa alheia à função jurisdicional;
- 4) não é traço exclusivo da jurisdição fazer a aplicação da **voluntas legis**, muito embora o conceito de jurisdição como atividade para aplicar a lei ainda esteja bastante difundido.

Ocorre, porém, que a jurisdição do trabalho, como especialização da jurisdição dita civil (o que é civil é o procedimento), especialmente em dissídios coletivos, não pode ser vista ou limitada com as expressões "aplicação da lei" ou mesmo "aplicação do direito objetivo", por serem expressões incompletas e insuficientes, já que não estabelecem nem fixam todos os traços que a possam distinguir das outras funções do Estado e também porque não levam em conta a especialização e o fenômeno dos dissídios coletivos de natureza econômica.

A aplicação da lei para solucionar os conflitos coletivos não é o único instrumento do juiz e não é a única nota característica da jurisdição, embora seja, na grande maioria dos casos, a mais importante, a mais usada, a que prevalece e a que dá a nota característica.

Alguns exemplos são suficientes para mostrar a limitação da visão que considera como elemento constitutivo da jurisdição a preexistência da norma:

- a) o Código de Processo Civil estabelece que, não havendo norma legal, o juiz recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito (art. 126), o que mostra que a solução dos conflitos através da atividade jurisdicional, quando inexistente norma legal, é feita segundo as regras e valores predominantes da pessoa humana e da vida social;
- b) o Poder Normativo de que se acha investida a Justiça do Trabalho, nos dissídios de natureza econômica, é exercido, na grande maioria das vezes, com a criação de normas que alterem e/ou estabelecem novas condições de trabalho, como é o caso da decisão que concede aumento salarial ou reconhece a estabilidade da empregada gestante depois do parto. Aqui a finalidade básica da jurisdição é a de compor o litígio e não unicamente aplicar o direito objetivo;
- c) o art. 8.º da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

São, assim, a própria legislação e as necessidades da vida diária que excepcionam o conceito que vê na jurisdição o exercício da função para aplicar as leis aos casos concretos.

A conclusão, em face do que foi exposto, é de que a atividade jurisdicional não se resume à aplicação da lei. É uma função complexa, na qual o juiz participa até mesmo da criação da norma jurídica. No nosso direito a principal função ainda é a aplicação da lei. Na jurisdição em dissídios de natureza econômica, contudo, é a eqüidade, a qual pode ser compreendida como espírito de justiça para aplicação do direito atendendo às peculiaridades do caso particular (**Cristóvão P. Tostes Malta**), ou então como a disposição de dar a cada um o que lhe cabe, ou, ainda, como "princípio, pelo qual, embora inexistindo norma explícita, disciplinadora da espécie, se deve dar a cada um o que lhe pertence, fazendo-se, assim, justiça" (**Otto Costa**).

Encontrar-nos-íamos, portanto, diante de uma jurisdição de eqüidade. **Coqueijo Costa** assim a classifica: "a jurisdição de eqüidade é regra nos dissídios arbitrais (CPC, art. 1.075), no processo coletivo do trabalho, no processo penal (CPP, art. 42) e nos feitos de jurisdição voluntária. E é exceção no processo contencioso civil (CPC, art. 127)" (18).

Como retornaremos ao tema da jurisdição de eqüidade em capítulo próprio, observamos apenas que a expressão "direito objetivo" tem sentido restrito porque significa a **norma agendi**, isto é, o conjunto das normas jurídicas. Seria preferível conceituar jurisdição usando unicamente a palavra "direito", que tem amplitude maior e se ajustaria melhor ao significado, finalidade e característica do instituto em estudo.

"Direito" seria palavra com significado capaz de ampliar o conceito porque nele estão incluídos o costume ou direito não escrito, a analogia, que é o processo lógico pelo qual o aplicador do direito estende o preceito legal diretamente aos casos não compreendidos em seu dispositivo, bem como a eqüidade, o direito comparado, ou ainda os princípios gerais do direito. Significa, segundo **Cunha Gonçalves**, "o conjunto de preceitos tendentes a estabelecer, no seio de um povo, a disciplina social" (19)

Como, contudo, a palavra "direito" pode significar uma ciência (o Direito Penal, o Direito Constitucional); ou um sistema de leis vigentes numa determinada nação; ou ainda uma norma; ou, no dizer de **Jellinek**, o "mínimo ético", é preferível e até aconselhável o uso da expressão utilizada por **Frederico Marques** na sua definição: "as normas da ordem jurídica". Não é uma expressão limitativa e não impede a real compreensão do que seja jurisdição porque não comete o equívoco de confundir lei com norma jurídica. "O gênero norma jurídica", no dizer de **Arnaldo Vasconcelos**, "envolve as espé-

(18) **Coqueijo Costa**, ob. cit., pág. 27.

(19) Apud **José Náufel**, in "Novo Dicionário Jurídico Brasileiro", pág. 22, 2.º vol., José Konfino Editor, RJ, 1963.

cies de norma legal, consuetudinária, jurisprudencial e doutrinária" (20). Evita, portanto, a expressão contida no conceito que limita o papel da analogia, da equidade, do costume, dos princípios gerais do direito e mesmo do direito comparado no exercício da atividade jurisdicional, ou que faz supor, equivocadamente, que o exercício da ação necessita de direito subjetivo para a justificar ou para constituir a razão do seu exercício.

O art. 2.º do Código de Processo Civil de 1939 já estabelecia que "para propor ou contestar a ação é necessário legítimo interesse econômico ou moral", o que levou **Pontes de Miranda** a dizer, comentando o aludido dispositivo, que "por lei não se entende somente a lei escrita, mas a lei em sentido mais largo, que é a de fonte de direito. O que o juiz aplica é o direito, e não só o texto escrito" (21).

Quando a lei, contudo, por razões históricas e políticas, passa a reinar soberana e está acima de tudo o mais, o próprio conceito de jurisdição faz com que se esqueça o fato de que existe, na realidade social, e no próprio exercício da atividade jurisdicional, "uma multiplicidade de esferas jurídicas", segundo expressão usada por **Orlando Gomes**, e, ainda, que esqueçamos o fato de que o Estado não é o único centro de criação da norma jurídica.

Quando estamos diante dos conflitos coletivos do trabalho podemos concluir, com maior razão, que o conceito tradicional de jurisdição se mostra insuficiente e inadequado. Ele tem provocado conseqüências práticas, entre as quais se observa a de que os juizes do trabalho se apegam ao princípio da hierarquia superior da lei sobre a sentença normativa e se recusam, na grande maioria dos casos, a criar ou estabelecer normas que seriam cabíveis e possíveis no âmbito de uma convenção coletiva.

No estudo da jurisdição em dissídios coletivos deve ser salientado, ainda, o aspecto de que a sentença normativa não é imutável e contém implícita a cláusula — *rebus sic stantibus* —, razão por que não poderíamos nos socorrer do princípio da coisa julgada (*) para tentar fixar este aspecto como característico da jurisdição, da mesma maneira como nem sempre podemos nos valer do conceito tradicionalmente aceito, já que os Tribunais do Trabalho, nos dissídios de natureza econômica, ao invés de aplicarem a lei, criam a norma jurídica.

Os conflitos ideológicos e de classe, bem como a natureza dos conflitos entre o capital e o trabalho, além da procura sempre renovada do homem

(20) "Teoria da Norma Jurídica", RJ, Ed. Forense, 1978, pág. 56.

(21) "Coment. ao Código de Processo Civil", tomo 1.º (arts. 1-79), pág. 83, Ed. Forense, RJ, 1978.

(*) **Russomano** entende que a sentença coletiva faz coisa julgada. Para ele, contudo, "essa coisa julgada é flexível, pelo fato de nascer de determinadas condições sociais, econômicas e políticas que, por natureza, flutuam no curso da história". (In "Conflitos Coletivos do Trabalho", Ed. Rev. dos Tribunais, SP, 1979, pág. 132).

por melhores condições de vida e de trabalho, exigem, para sua solução, que o exercício da atividade jurisdicional seja realizado com a criação da norma jurídica e não com a simples aplicação da lei, sob pena de ter o Estado de procurar outras formas e mecanismos para solucionar os conflitos coletivos do trabalho.

Pensamos que o estudo da atividade jurisdicional nos dissídios coletivos deveria ser realizado, na medida do possível, 1) com o desvinculamento, naquilo em que for correto, do conceito tradicional de jurisdição, 2) sem a preocupação excessiva com a clássica divisão entre os poderes do Estado, pelo menos durante o estudo, para que doutrinariamente se possa tentar encontrar os princípios que norteiam o seu exercício.

Achamos que se justifica o afastamento do conceito tradicional, porque a jurisdição é única. Já vimos que ela não se confunde com o procedimento adotado no processo e deve, na realidade, dizer dos poderes que são ou poderão ser concedidos ao Judiciário e quais são os contornos, os objetivos e a maneira de ser exercida. Deveríamos excluir, quando for possível e correto, do conceito de jurisdição, o princípio que lhe dá como característica fundamental a aplicação da lei, para tentar compreender o fenômeno com inteireza e sem excluir da atividade jurisdicional a criação da norma jurídica.

O estudo da jurisdição, por outro lado, sem a preocupação excessiva com a divisão entre os poderes do Estado, é necessário para que o exercício da atividade jurisdicional não seja confundido com a atividade legislativa e para que possamos encontrar os contornos dos poderes que deverão ser ou são concedidos aos Tribunais do Trabalho. Justificamos o entendimento em virtude do seguinte: a) as funções estatais não são repartidas em compartimentos estanques e não há uma distribuição inexorável entre as funções. **Carré de Malberg** já chegou a afirmar que a divisão entre os poderes se apresentava como idéia irrealizável. Sem chegar a esse extremo, entendemos que a exacerbação da distinção das funções dificultará a compreensão dos fatos jurídicos e impedirá a visão das transformações ocorridas ou que poderão ocorrer; b) "o parlamento", segundo **Amauri Mascaro Nascimento**, "nunca foi nem nunca será o lugar onde nasce todo o Direito do Trabalho" (22); c) sabemos que não é o Judiciário o único órgão estatal que soluciona os conflitos ou faz a aplicação da lei.

Tem interessado aos doutrinadores, contudo, o estudo da jurisdição em sentido restrito. Na verdade excluem-se outras formas de jurisdição. Sabemos, por exemplo, que na jurisdição política funciona o Senado Federal como órgão a quem cabe julgar "o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles", bem como "processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador Geral da República, nos crimes de respon-

(22) Ob. cit., pág. 29.

sabilidade" (Constituição da República, art. 42, I e II), assim como sabemos que há formas jurisdicionais de controle de constitucionalidade das leis e formas políticas, e, ainda, que a Constituição investiu os chamados órgãos do contencioso administrativo de jurisdição, pois devem exercer a tutela jurisdicional administrativa, muito embora não integrado ao Judiciário e com decisão sujeita ao reexame final do Poder Judiciário.

A realidade é que o conceito tradicional de jurisdição não pode servir para explicar o que seja o Poder Normativo da Justiça do Trabalho e nem serve para justificar a razão dos poderes que são concedidos ao Judiciário nos dissídios de natureza econômica. Sabemos que nestes dissídios o juiz é obrigado a pronunciar uma decisão com valor normativo para disciplinar as relações entre as categorias dissidentes. Para estabelecer essas normas o Tribunal substitui as partes na criação da regra jurídica ou da convenção que não conseguiram negociar. Atua criando o direito e não criando uma lei. O Tribunal substitui as partes e estabelece a convenção ou a norma que não puderam negociar. Não está legislando porque está apenas intervindo num conflito de natureza privada e porque diz e estabelece as condições contratuais que deverão reger as relações entre os dissidentes. Assim pensam: **Roger Bonnard**, que equipara a sentença coletiva às convenções obrigatórias⁽²³⁾; **Calamandrei**, quando afirma que "a intervenção do juiz representa o sucedâneo da conclusão do contrato, que não se fez"⁽²⁴⁾; e, ainda, **Geraldo Bezerra de Menezes**⁽²⁵⁾.

Maria Elizabeth T. Junqueira Aires, estudando a jurisdição trabalhista em tese de mestrado e referindo-se ao ensinamento de **Visco** e **Calmon de Passos**, mostra que no exercício da atividade jurisdicional "o magistrado atua o direito como norma de disciplina das relações privadas, no sentido de convivência social, para prevenir ou conciliar e não para decidir entre alternativas antitéticas"; bem como que "o direito que se aplica não está contido numa norma específica, mas no sistema legal, no ordenamento jurídico, no seu complexo global"⁽²⁶⁾.

A limitação do conceito de jurisdição, portanto, acarreta concomitantemente a limitação da compreensão do que seja a atividade jurisdicional. Tal, evidentemente, não se adapta à jurisdição trabalhista, que tende "a ampliar, progressivamente, por natureza e por destino, o diâmetro de sua competência"⁽²⁷⁾.

(23) Apud, Acórdão do STF, Ag. Inst. 14.669, In "Dissídios Coletivos do Trabalho e Direito de Greve", **Geraldo Bezerra de Menezes**, pág. 327, Ed. Borsóti, RJ, 1957.

(24) Apud **Geraldo Bezerra de Menezes**, In "O Direito do Trabalho e a Segurança Social na Constituição", Ed. Pallas S/A, RJ, 1976, pág. 287.

(25) Ob. cit.

(26) "Jurisdição Trabalhista", págs. 15/16, Salvador, 1978, mimeo.

(27) Apud Conclusões do I Cong. Ibero-Americano, In **Mozart Victor Russomano**, "Direito Processual do Trabalho", pág. 48, 1971, Ed. José Konfino.

Julgamos ser necessário, portanto, estudar qual o real papel da jurisdição nos dissídios coletivos e tentar estabelecer os seus contornos porque ela — a jurisdição — representa nada mais nada menos do que a doutrina processual que proíbe a autodefesa privada. Torna-se, no entanto, pelo menos aparentemente, "totalmente incompatível com a afirmação da greve como direito" (28), porque a greve é um ato de força e representa a tentativa de tutelar o interesse contrário, além de repercutir em setores estranhos ao litígio. É, por outro lado, desconexo e contraditório dizer que a atividade jurisdicional tem por objetivos substituir a vontade das partes, e, ao mesmo tempo, permitir (art. 856 da CLT) que o próprio Presidente do Tribunal do Trabalho instaure o dissídio, em caso de suspensão do trabalho, como se porventura o Judiciário fosse parte ou terceiro interessado para propor a instauração da instância.

O estudo da atividade jurisdicional, destarte, deve ser realizado levando em conta as características, assim como a elaboração legislativa deve ser realizada com maior rigor científico e procurando evitar alterações provocadas pela instabilidade política, oriunda do atraso econômico. Conseqüentemente devemos buscar os critérios que a caracterizam e os princípios que a informam.

2. JURISDIÇÃO DE EQUIDADE

A natureza, a razão de ser ou mesmo a essência da jurisdição que se estuda, não poderá ser completa e integralmente entendida à luz do conceito tradicional ou com o que se resolveu chamar, por força da prática e do hábito, de conceito civilista.

Já agora podemos dizer que a natureza e a essência da jurisdição em dissídio coletivo são melhor encontradas com o estudo da jurisdição de equidade. Essa, afinal de contas, é que complementa ou substitui o conceito tradicional e que ajuda a explicar e compreender a atividade exercida pelos tribunais do trabalho quando criam uma norma.

Nos dissídios de natureza econômica é a jurisdição de equidade que dá a nota característica ao conceito, sem que isso signifique dizer que se contraponha ou exclua a atividade jurisdicional que é exercida através da aplicação da lei.

Não é novidade falar da existência de uma jurisdição de equidade, muito embora até o emprego da palavra "equidade", segundo **Lopes da Costa**, no seu Tratado, venha recebendo dos juristas um tratamento de verdadeira tortura e seja considerada vaga e ambígua.

(28) Ob. cit., pág. 103.

A expressão jurisdição de eqüidade vem sendo empregada por vários setores. Citem-se: **Martins Catharino** ⁽²⁹⁾; **Coqueijo Costa**, como já vimos anteriormente; **Castro Nunes** também afirma sua existência ⁽³⁰⁾; **Wagner D. Giglio** ⁽³¹⁾ e **Pontes de Miranda** ⁽³²⁾ também a ela se referem. O próprio **Russomano** salienta que aqueles que viveram a experiência dos primeiros grandes julgamentos da Justiça do Trabalho em ações de dissídio coletivo conhecem a insegurança e a falta de elementos informativos com que nós, juizes, formulávamos nossas sentenças coletivas. Isso transformava a Justiça do Trabalho, pura e simplesmente, em uma "jurisdição de eqüidade" ⁽³³⁾.

Como já salientado anteriormente, a jurisdição de eqüidade seria exceção nos dissídios de natureza jurídica, porque nestes existe a prevalência da norma jurídica. É, no entanto, regra nos dissídios de natureza econômica. De qualquer forma estará sempre em ambos, com maior ou menor intensidade, assim como poderá estar até nos dissídios individuais.

O estudo da eqüidade e da própria palavra, no entanto, provoca interpretações diversas e até mesmo repulsa de alguns juristas.

A evolução etimológica da palavra empresta-lhe o significado de igualdade. A palavra igualdade, por si só, quando examinada vinculada à jurisdição, é usada no sentido de reconhecer igualmente o direito de cada um. **R. Limongi França** vê também na palavra (*epikeia*) o sentido da moderação.

O tempo, entretanto carregou a expressão de conteúdo e de significado. Basta a consulta a um dicionário e encontraremos no verbete eqüidade o seguinte significado:

"disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um; conjunto de princípios imutáveis que induzem o juiz a um critério de moderação e de igualdade, ainda que em detrimento do direito objetivo; sentimento de justiça avesso a um critério de julgamento ou tratamento rigoroso e estritamente legal; igualdade, retidão, equanimidade" ⁽³⁴⁾.

Também pode ver vista, segundo ensina **Serpa Lopes**, no sentido subjetivo. Significa "sentimento ou aspiração individual ou coletiva no sentido de que uma dada relação seja regulada de um certo modo. É a percepção do modo mais conveniente e adaptado para regular uma relação" ⁽³⁵⁾.

(29) "Temas de Direito do Trabalho", Ed. Trabalhistas S.A., RJ, pág. 198, 1971.

(30) **Apud Mozart V. Russomano**, in "Coment. à CLT", 1.º vol., pág. 106, 6.ª ed., Ed. José Konfino, 1962.

(31) "A Eqüidade e o Direito do Trabalho Brasileiro", Rev. LTr 39, 874, agosto/1975.

(32) Comentários ao CPC de 1939.

(33) "Temas Polêmicos de Direito do Trabalho", pág. 112, Ed. Científica Ltda., RJ, 1979.

(34) **Aurélio Buarque de Holanda**, "Novo Dicionário da Língua Portuguesa", Ed. Nova Fronteira, pág. 547.

(35) "Curso de Direito Civil", 1.º vol., pág. 169, Livraria Freitas Bastos, RJ/SP, 1962.

Eqüidade, quando usada no sentido de igualdade, segundo **Wagner D. Giglio**, repeliria "a aplicação do Direito do Trabalho, que nasceu da desigualdade e ainda hoje tem como principal objetivo combatê-la" (36). Na verdade, pode-se interpretar de maneira diversa, ou seja: como o Direito do Trabalho nasceu da desigualdade e objetiva combatê-la, a eqüidade é um instituto importante para essa finalidade.

Autores a conceituam. Outros preferem não conceituá-la porque "escapa a qualquer definição. Quando a isso se arriscam, os juristas põem a perder a noção que ela encerra e a indispõem com os que, sem conhecimento de sua essência, a conhecem sob um nome que a coloca, ao mais das vezes, em situação subversiva, quando não faz pior, apresentando-a em função secundária e obscura. Essa a razão pela qual os códigos evitam referência à eqüidade, silenciando sobre um dos mais fecundos elementos da distribuição da justiça" (37).

Quando nos damos ao trabalho de examinar as definições e explicações dos estudiosos sobre o que ela seja, encontramos uma grande variedade de opiniões.

Para **Pontes de Miranda** é uma palavra-válvula. Para **Wolfio** é uma virtude. Para **Délio Maranhão** é "uma ambiência", "uma atmosfera". Para ele o juiz julga **com e por** eqüidade. "No primeiro caso", diz, "não o fará na falta de disposição legal. Bem ao contrário, a eqüidade traduzirá, nesta hipótese, a **valoração** da norma que é uma regra geral — tendo em vista as circunstâncias próprias do caso concreto submetido a julgamento. O legislador não pode prever todas as nuances que a vida proporciona: disciplina uma relação típica. O que seria justo para esta relação abstrata pode tornar-se uma solução injusta em determinado caso individualizado. Adaptar esta solução ao caso, dentro dos limites formais da norma, julgando com eqüidade, é um processo delicado, que exige prudência e habilidade do juiz, sob pena de transformá-la em generosidade à custa alheia. O julgamento **por** eqüidade, este sim, pressupõe a inexistência de norma anterior: é a junta elástica de que fala **Carnelutti**. Somente poderá verificar-se quando a lei, expressamente, o permitir. Tem lugar de relevo no direito coletivo do trabalho: o justo salário fixado por sentença normativa no julgamento dos dissídios coletivos econômicos (criação da norma pelo juiz) é um exemplo evidente" (38).

Para **Gény** é "algo de superior a toda fórmula escrita ou tradicional, é um conjunto de princípios imanentes, constituindo de algum modo a substância jurídica da humanidade" (39).

(36) Ob. cit., agosto/76.

(37) **José de Aguiar Dias**, in "A Eqüidade é Poder do Juiz", Rev. Forense, n. 164, pág. 20.

(38) "Direito do Trabalho", Ed. Fundação Getúlio Vargas, RJ, 1971, pág. 24, 2.ª ed.

(39) Apud **Carlos Maximiliano**, in "Hermenêutica e Aplicação do Direito", Livraria Freitas Bastos S.A., RJ/SP, 1965, 8.ª ed., pág. 185.

Para **Alessandro Groppali** "a eqüidade, em última análise, consiste no poder discricionário que o juiz tem, em certos casos que a lei estabelece, nos quais os elementos de facto, por serem muito complexos, se confundem, de os resolver sem se basear na rigorosa lógica jurídica da aplicação das normas legais, decidindo com base na sua própria apreciação subjetiva, segundo critérios de conveniência e de oportunidade e com sentimentos de equanimidade, inspirando-se nos princípios dominantes da consciência coletiva... o juízo de eqüidade é uma função especial, que tem como efeito a criação da norma aplicável ao caso individual, com base naqueles princípios que, num determinado momento histórico, são considerados pela consciência coletiva princípios de justiça e de conveniência social" (40).

Já para **Stammeler** "a eqüidade é a norma escolhida como justa para julgar um caso concreto litigioso" (41).

Para **Geraldo Campos Moreira** a eqüidade "alude ao juiz no seu programa de firmar e proclamar normas fundamentalmente legítimas, que se entrelaça estreitamente com a discricionariedade e a lacuna" (42).

A eqüidade já foi equiparada aos princípios gerais do direito e ao direito natural. Recebeu inúmeras adjetivações. **Arion Sayão Romita**, apoiando-se em **Alípio Silveira**, cita dezenove das principais adjetivações, entre as quais se encontram as de "idéia ou noção de direito", "forma especial de direito", "direito ideal", "direito natural", "poder discricionário", "standard jurídico", "justiça do caso singular", "espírito da lei", "caridade, piedade, benevolência, benignidade, humanidade", etc. (43).

A eqüidade é geralmente considerada nos seguintes aspectos:

- 1) vinculada à idéia da amenização do rigor da lei. Recorre-se à eqüidade para interpretar a lei de modo compatível com o progresso e a solidariedade humana. É, como diz **Wolfio**, "uma virtude que nos ensina a dar a outrem aquilo que só imperfeitamente lhe é devido";
- 2) equiparada ao conceito de justiça ideal impede que o rigor dos preceitos se converta em atentado ao próprio direito;
- 3) quando o legislador admite que o juiz profira a sua decisão à vista da espécie e estabeleça a norma que criaria se fosse legislador;
- 4) como postulado: "o princípio axiomático de que todo o direito tende a alcançar o ideal de justiça" (**Wagner D. Giglio**);
- 5) como elemento que não é um direito, mas um atributo do direito (44).

[40] "Introdução ao Estudo do Direito", Ed. Coimbra, Coimbra, 1978, pág. 86, 3.ª ed.

[41] Apud **Geraldo Campos Moreira**, in "A Eqüidade no Direito Público", Revista Forense, 213, 1966, pág. 495.

[42] **Geraldo Campos Moreira**, ob. cit.

[43] "Eqüidade e Dissídios Coletivos", Ed. Brasília, RJ, 1976.

[44] **Vicente Ráo**, apud **Octávio Bueno Mangano**, in "Convenção Coletiva do Trabalho", pág. 143, Ed. LTr, SP, 1972.

Historicamente a eqüidade é oriunda da Grécia Antiga. **Aristóteles** fala da eqüidade e do eqüitativo, bem como da relação da eqüidade para com a justiça e do eqüitativo com respeito ao justo, dizendo "no aparecen ni como idénticos sin más, ni como pertenecientes a géneros distintos". Assim se expresa:

"lo equitativo, si bien es mejor que una especie de justicia, es justo, y nos es mejor que lo justo como si se tratara de otro género. Lo mismo es, por tanto, justo y equitativo, y siendo ambos buenos, es mejor lo equitativo. Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo es justo, pero no en el sentido de la ley, sino como una rectificación de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal, y hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal. E aquellos casos, pues, en que es preciso hablar de un modo universal, pero no es posible hacerlo rectamente. Y no por eso es menos recta, porque el yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, puesto que tal es desde luego la índole de las cosas prácticas. Por tanto, cuando la ley se expresa universalmente y surge a propósito de esa cuestión algo que queda fuera de la formulación universal, entonces está bien, allí donde no alcanza el legislador y yerra al simplificar, corregir la omisión, aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho constar en la ley si hubiera sabido. . . "

"no todo se regule por la ley, porque sobre algunas cosas es imposible establecer una ley, de modo que hay necesidad de un decreto. En efecto, tratándose de lo indefinido, la regla es también indefinida, como la regla de plomo de los arquitectos lesbios, que se adapta a la forma de la piedra y no es rígida, y como los decretos que se adaptan a los casos" (45).

A eqüidade, assim, seria "una clase de justicia y no una disposición de otra índole" (**Aristóteles**), que funcionaria: 1.º) "como una rectificación de la justicia legal" (Livro V, n. 5, pág. 86); 2.º) como forma para suprir a omissão do legislador. Diz **Aristóteles**: "allí donde no alcanza el legislador y yerra al simplificar, corregir la omisión, aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho constar en la ley si hubiera sabido" (pág. 87); 3) como forma e meio para solucionar o caso concreto; "no todo se regule por la ley, porque sobre algunas cosas es imposible establecer una ley, de modo que hay necesidad de un decreto. En efecto, tratándose de lo indefinido, la regla es también indefinida, como la regla de plomo de los arquitectos lesbios, que se adapta a la forma de la piedra y nos es rígida, y como los decretos que se adaptan a los casos".

Para **Aristóteles**, portanto, a eqüidade teria por finalidade ser a) um critério corretivo da lei, b) forma para suprir a omissão do legislador e, c) meio para solucionar o caso concreto.

(45) "Ética a Nicomaco", Livro V, 10, tradução para o espanhol de **Maria Araújo e Julián María**, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, págs. 86/87.

Sebastião Machado Filho, entretanto, opina contrariamente ao afirmar que "a equidade não é, pois, o que os autores vêm pensando desde **Aristóteles**", ou que não é a equidade "uma ditosa retificação da justiça rigorosamente legal" (46).

A equidade, desde **Aristóteles**, sempre teve como pressuposto ser uma forma para retificação da justiça legal. **Joseph Store** confirma esse entendimento ao afirmar que

"Thus **Aristotle** has defined the very nature of equity to be the correction of the law wherein it is defective by reason of its universality. The same sense is repeatedly recognized in the Pandects" (47).

No Direito Romano a equidade era empregada com o intento de suprir os defeitos da lei e como medida de interpretação da lei escrita, além de ter originado a jurisdição do pretor. **Joseph Store** assim se expressa a respeito:

"In the Roman Jurisprudence we may see many traces of this doctrine applied to the purpose of supplying the defects on the customary law, as well as to correct and measure the interpretation of the written and positive code" (48).

É o seguinte o trecho onde diz ter a equidade originado a jurisdição do pretor:

"The jurisdiction of the praetor doubtless had its origin in this application of equity, as contradistinguished from mere law" (49).

Ainda com relação à equidade no período Romano, **Arion Sayão Romita** afirma ter sentido diferente nos períodos clássico e pós-clássico. "No período clássico **aequitas** corresponde a justiça, no sentido ideal ético do direito. Significa propriamente equiparação, vale dizer, tratamento igual dispensado a coisas, ou relações". No período pós-clássico "a equidade se apresenta como direito benigno, moderado, como razão humana, isto é, inclinada à benevolência" (50). **R. Limongi** também afirma que a equidade no Direito Romano correspondia à **benignitas** ou **humanitas** (51).

A partir do Direito Romano encontramos a origem e a história da "**Equity Jurisprudence**" na **Court of Chancery**, Inglaterra, cuja origem, segundo **Joseph Store**, está envolta na mesma obscuridade de outras questões relativas à "**common law**" na alta antiguidade. A administração da Justiça na Inglaterra

(46) "O Humanismo do Direito", Revista LTr, SP, 39/991, pág. 992.

(47) "Commentaries on Equity Jurisprudence", volume one, Chapter, I, § 3, Little Brown and Comp., Boston, 1918.

(48) Ob. cit., § 4.º

(49) Ob. cit., § 5.º

(50) Ob. cit., págs. 25/26.

(51) Ob. cit., pág. 74.

estava confiada originalmente à **Court or Council of the King**, que administrava a justiça conforme os preceitos da lei e da equidade, ou de qualquer dos dois (52).

Atualmente, na Inglaterra, de acordo com **Alessandro Groppali**, "os magistrados do Supremo Tribunal Federal devem julgar segundo os princípios do direito e da equidade, dando preferência a estes últimos em caso de conflito", enquanto que, no nosso sistema jurídico, "só em casos excepcionais, taxativamente previstos em lei, é que é admitido recurso à equidade" (53).

Nos Estados Unidos a equidade recebeu a influência do direito inglês e hoje está convertida em princípio constitucional, quando a Seção II do art. 3.º da Constituição estabelece que

"a competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos, de direito e de equidade, surgidos sob esta Constituição. . ."

Segundo **Iduna Weinert de Abreu** "nos dias atuais, trinta e três Estados norte-americanos utilizam-se dos princípios de equidade pelo mesmo procedimento estipulado para a lei; em quatro outros, adota-se procedimento diferente, enquanto que, em treze, eles são empregados "in the same court as law, but by a different procedure and on a different side of the court" (54).

O desenvolvimento do conceito de equidade naquele país sempre esteve estreitamente vinculado à lei, sem que, entretanto, desaparecesse a distinção entre a "equidade legal" e a "justa".

No Brasil de hoje, segundo **R. Limongi França**, a equidade encontra três modos de fundamentação: a) "nos textos que expressamente referem o termo equidade; b) nos textos que, sem referir essa palavra, direta ou indiretamente apelam para o prudente arbítrio do magistrado; c) nos textos gerais, referentes à interpretação e aplicação da lei" (55).

O tratamento doutrinário a que vem sendo submetida na área do Direito do Trabalho tem sido conflitante. Para uns é fonte de direito (**Renato Gomes Ferreira**), para outros fonte material (**Délio Maranhão**), para outros não é fonte de direito (**Coqueijo Costa**, **Wagner D. Giglio**), para outros, processo de interpretação (**Sebastião Machado Filho**) e, para outros, não é processo de interpretação (**Wagner D. Giglio**).

Como não é o objetivo do trabalho fazer o estudo das fontes de direito, ou mesmo dos sistemas de interpretação da lei, preferimos, simplificando, dizer que a equidade não é fonte de direito e que ela apenas desempenha

(52) Ob. cit., cap. II, § 39.

(53) Ob. cit., pág. 87.

(54) "Da Equidade — Estudo de Direito Positivo Comparado", In *Revista Informática Legislativa*, n. 60, out.-dez./78, pág. 227, Brasília.

(55) Ob. cit., pág. 76.

um duplo papel: serve à hermenêutica e à aplicação do direito. Ela serve à aplicação do direito porque é poder do juiz. Como diz **Agostinho Alvim**: “quando o juiz julga por eqüidade não cria o direito, antes o extrai do sistema e o revela” (56). O magistrado extrai o direito para o revelar das fontes, não sendo, assim, a eqüidade fonte de direito. Ela, por outro lado, serve à hermenêutica porque é um dos seus princípios e um meio usado pelo juiz para humanizar a lei.

Quando dizemos que a eqüidade serve à hermenêutica distinguimos hermenêutica da interpretação do direito, pois a primeira está, em relação à segundo, da mesma forma que uma norma abstrata em face de sua aplicação aos fatos. “A hermenêutica descobre e fixa os princípios que deverão reger a interpretação, de modo que esta não passa de uma aplicação daquela. Pelo processo interpretativo, ao contrário, declara-se o conteúdo do direito” (57).

A eqüidade, portanto, quando é considerada unicamente como um meio para amenizar o rigor da lei, está incluída no processo interpretativo. Já nas hipóteses de lacuna costuma-se dizer que o juiz recorre ao processo de integração do direito. Muitos não vêem diferença entre o processo de suprimimento da norma jurídica e o processo de interpretação. A rigor não é possível confundir interpretação e integração. A interpretação tem apenas a finalidade de traduzir o sentido da lei. Já a integração objetiva integrar uma disciplina lacunosa e trazer a norma reguladora da espécie. Não é possível, assim, confundir eqüidade, integração, analogia e interpretação. Eqüidade e analogia servem ao processo de integração do direito.

Arnaldo Vasconcelos afirma que a analogia é o processo de “eliminação das lacunas da lei, mediante o qual o direito auto-integra-se, complementando-se a si próprio”. Salieta, ainda, que “através da analogia revelam-se as normas implícitas no ordenamento jurídico” (58). A analogia diz da atividade do juiz e consiste “no processo lógico, pelo qual o aplicador do direito estende o preceito legal aos casos não diretamente compreendidos em seu dispositivo. Pesquisa a vontade da lei, para levá-la às hipóteses que a literalidade do seu texto não havia mencionado” (59).

A analogia, portanto, é o processo em que o juiz faz a aplicação da norma aos casos não previstos, mas que com ela guardam identidade. Nela o juiz aplica a norma aos fatos não previstos. Existe a aplicação de uma norma existente a um fato que requer e pede o mesmo tratamento. O princípio da igualdade jurídica exige a regulamentação dos casos semelhantes por normas semelhantes, consoante as exigências da justiça.

(56) “Da Eqüidade”, Revista dos Tribunais, n. 132, pág. 7, SP, julho de 1941.

(57) **Serpa Lopes**, in “Curso de Direito Civil”, 1.º vol., Liv. Freitas Bastos, 1962, SP, pág. 129.

(58) Ob. cit., pág. 12.

(59) **Caio Mário da Silva Pereira**, in “Instituições de Direito Civil”, 1.º vol., pág. 56. Ed. Forense, RJ, 1966, 2.ª ed.

Assim, por exemplo, quando o juiz do trabalho condena um empregador a pagar salários à empregada que se afasta do serviço para cuidar do filho doente, está apenas usando o processo analógico e aplicando aos fatos dispositivos legais assemelhados, mas que não regulam diretamente esta hipótese. Não está, portanto, julgando por equidade.

O processo analógico também diz respeito ao problema das lacunas e tem recebido a seguinte classificação:

- 1) lacuna imprópria é aquela quando o juiz se defronta com um caso para o qual a disposição legal existente é inadequada, caracterizando-se pela falta de disposição expressa;
- 2) lacuna própria quando a lei estabelece um determinado princípio para um dado caso, mas este oferece margem a outras circunstâncias que ela não previu.

Para **Serpa Lopes** são requisitos da analogia: 1) "uma lacuna na lei, ou seja, a falta de disposição legal prevento o caso que carece ser regulado e decidido; 2) "uma **semelhança** entre a relação não contemplada, se bem que diversa das contempladas; 3) **identidade**. Esta última exige uma explicação mais detida. Em primeiro lugar força não é confundir-lo com o 2.º requisito — a semelhança. O requisito semelhança diz respeito com a relação entre o fato e a regra, que lhe não é diretamente aplicável, mas que apresenta pontos comuns..." "... A identidade na analogia significa a igualdade jurídica na sua essência, entre o caso regular e o regulado" (60).

A analogia diz respeito à lacuna na lei para regular um determinado caso. Há o transporte de uma norma para regular aquele caso que com ela tenha semelhança e identidade. Já na equidade corrige-se a omissão do legislador. Há o suprimento ou a criação, ou como diz **Aristóteles**: "aquello que el legislador mismo habria dicho se hubiera estado alli e habria hecho constar en la ley se hubiera sabido".

A diferença entre equidade e analogia está na atividade desenvolvida. Em ambas nos encontramos diante de um fato: A LACUNA.

Se, contudo, consideramos que ao lado da lei existem outras normas jurídicas e que não há, portanto, lacunas no ordenamento jurídico, o juiz estaria diante da simples aplicação do direito já existente. Apenas utilizará o processo interpretativo para julgar e aplicar o direito. Não haverá transporte de norma e, conseqüentemente, atividade analógica. Não haverá também julgamento por equidade.

O que não podemos, porque não é o objetivo do trabalho, é ingressar no cipoal das controvérsias doutrinárias, entre as quais se encontra uma

(60) Ob. cit., págs. 178/179.

diretamente vinculada com o tema abordado: 1) se é possível dividir a ordem jurídica em duas espécies: a primeira de ordem formal, relativa às lacunas do direito, enquanto que, a segunda, de ordem material, concernente unicamente às lacunas da legislação; 2) qual a teoria que está com a razão, se a do positivismo legalista, ou se é aquela que exige o reconhecimento do direito fora dos textos legais.

De qualquer forma as divergências existentes sobre a equidade são oriundas da escolha doutrinária feita por cada um e da sua valorização como elemento de decidir. Talvez nas questões acima ventiladas se encontrem os motivos das controvérsias e se saiba porque a equidade é tema tão torturado.

Délio Maranhão já afirmou, por outro lado, que o direito progrediu e "muitas das soluções ditadas, antes, pela equidade, foram absorvidas pelo próprio direito e passaram a ser legais. Daí porque aquela função histórica da equidade perdeu sua importância no direito atual" (61). O que é certo é que ela tem uma valorização como elemento de decidir e, em face do direito positivo brasileiro, não é exclusivamente um meio para amenizar o rigor da lei. É, na verdade, poder do juiz para que ele, em certas hipóteses, decida com base na sua própria apreciação subjetiva.

Alude, assim, ao poder do juiz. **Agostinho Alvim** distingue a equidade legal da judicial. Na equidade legal estamos diante da justiça aproximada, porque a lei não individualiza: limita-se a especificar. Já na equidade judicial a lei incumbe ao juiz a solução do caso concreto. Ela, explícita ou implicitamente, permite a solução por equidade. "Diz-se, então" — afirma ele — "que o juiz agirá como se fosse legislador".

A legislação brasileira, por outro lado, conteve e contém dispositivos que a ela se referem explícita e implicitamente. Servem de exemplo os seguintes dispositivos:

- 1) a alínea 37, do art. 113 da Constituição de 1934, estabelecia que "nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais do direito, ou por equidade;
- 2) os artigos 4.º e 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como o art. 126 do CPC, a ela se referem implicitamente quando estabelecem também a obrigatoriedade de julgar mesmo diante da inexistência de lei ou nas hipóteses de lacunas;
- 3) o art. 8.º da CLT admite o julgamento por equidade na falta de disposições legais ou contratuais;

(61) Apud Wagner D. Giglio, ob. cit., pág. 868.

- 4) o art. 114 do CPC de 1939 estabelecia que o juiz, quando autorizado a decidir por equidade, aplicará a norma que estabeleceria, se fosse legislador;
- 5) o art. 127 do atual CPC admite o julgamento por equidade nos casos previstos em lei;
- 6) o art. 1.075 do CPC que autoriza os árbitros para julgarem por equidade.

Poder-se-ia, no entanto, argumentar que os únicos casos previstos e autorizados em lei para o julgamento por equidade (art. 127 do CPC) são os seguintes: art. 16 do Decreto n. 24.150, de 20.4.1934 e art. 15 da Lei n. 5.478, de 25.7.1968, que disciplinam, respectivamente, a ação renovatória de aluguel e a ação de alimentos. Ocorre, porém, que a equidade, em regra, está destinada às hipóteses de ausência de lei. O argumento de que o art. 127 do CPC só admite o julgamento por equidade nos casos previstos em lei, não se aplica ao Direito do Trabalho em virtude do que estabelece o art. 8.º da CLT.

Partindo das razões expostas, interessa-nos examinar a equidade na sua função criadora através do Poder Normativo porque entendemos ser ela

- a) Poder dos Tribunais do Trabalho para, em certas hipóteses, decidirem o caso submetido a julgamento;
- b) uma função especial para criar, excepcionalmente, a norma aplicável ao caso concreto, de acordo com os sentimentos de justiça, de conveniência social, econômica e de oportunidade política;
- c) um guia do magistrado na interpretação e aplicação da lei e, finalmente,
- d) uma meta ideal na elaboração da norma jurídica.

O exercício da jurisdição de equidade não deixa de encontrar sérios obstáculos. Podemos enumerar os seguintes:

- a) prevalência absoluta da lei no nosso sistema de direito positivo, que a relega, na maioria das vezes, para plano secundário e obscuro;
- b) receio de arbítrio por parte do juiz, caso lhe seja concedido o poder de julgar por equidade;
- c) a equidade quase sempre veio estudada no capítulo referente às fontes do direito ou então na parte relacionada com os sistemas de interpretação da lei. Foi muito pouco estudada ligada à jurisdição e à jurisprudência, ao contrário do que ocorreu na Inglaterra e nos Estados Unidos;
- d) a doutrina civilista está orientada no sentido de recomendar "restrições aos julgamentos por equidade que importem em modificar leis preexistentes ou normas consuetudinárias cuja eficácia não pode ser desprezada ou ignorada pelo órgão incumbido de aplicá-las, oferecendo fundamentadas objeções à existência real da função criadora

de regras na atuação do Judiciário, admitindo com reservas, no máximo, uma atividade relevantemente integradora" (62).

Os obstáculos teriam que provocar a diminuição do papel da eqüidade, bem como dos princípios gerais de direito e do direito comparado. **Evaristo de Moraes Filho**, por sinal, alerta para "a regressão da prática do Direito do Trabalho entre nós, excessivamente hermético, formalista e demasiado submetido ao tradicionalismo jurídico". Salienta, inclusive, que "aos jovens juristas e advogados de hoje há de causar estranheza a constante invocação dos princípios gerais do direito como fundamento normativo para a decisão de casos judiciais concretos, com condenação formal de uma das partes, inexistindo lei expressa entre nós. Duvidamos que atualmente se deixasse alguém condenar baseado o juiz ou o Ministro em doutrina, eqüidade, direito comparado ou princípios gerais de direito, embora persistam na lei pátria os mesmos possíveis fundamentos de invocação de tais motivos decisórios (63).

3. OS CONTORNOS DA JURISDIÇÃO DE EQÜIDADE

Quando buscamos as características do exercício da atividade jurisdicional nos dissídios coletivos, bem como a real posição em que se encontra a jurisdição de eqüidade no quadro geral da jurisdição, procuramos saber como é ela exercida e quais são os princípios que a informam. Procuramos saber, em síntese, como os Tribunais se conduzem ou deverão se conduzir na apreciação de um dissídio coletivo de natureza econômica.

É um equívoco pensar que a jurisdição de eqüidade tem como regra uma atividade cerebrina do juiz ou que tem como limite o arbítrio.

Devemos observar que o uso da eqüidade, bem como as relações coletivas do trabalho, não têm e não podem ter o mesmo disciplinamento nos países da **common law** e nos países de **civil law**. Mostra **Guiliano Mazzoni** que "o direito das relações coletivas adquire um caráter prevalente nos países de **common law** no confronto com a legislação estatal do trabalho (que impõe, apenas, princípios de ordem pública, ou intervém subsidiariamente), assume feição complementar nos países de **civil law**, em que a Constituição e a lei apresentam caráter proeminente, porquanto fixam normas gerais de disciplina e de tutela inderrogáveis mesmo pela contratação coletiva sindical, devendo esta última limitar-se a aplicar os princípios legislativos e preencher, com suas disposições, os espaços deixados livres ou vazios pelas regras de uma legislação tipicamente imperativa".

(62) **Renato Gomes Ferreira**, in "Eqüidade em Direito do Trabalho", 1975, Ed. Saraiva, SP, pág. 18.

(63) "A Subempregada no Direito do Trabalho", Rev. LTr 43, págs. 282/283, SP, março de 1979.

Salienta ele, ainda, que "diversa é pois, a função das organizações sindicais, e diverso, portanto, o conteúdo das relações coletivas nos dois grupos de sistemas, onde a comparação de conceitos jurídicos se torna extremamente difícil. Não se trata apenas de uma diversidade de colocação da teoria das fontes normativas; cuida-se, sobretudo, do diferente valor assinalado à liberdade e à autonomia sindical, a qual — nos países de **common law** — transfere para os sindicatos a total disponibilidade das forças de trabalho".

"A uma acomodação substancialmente contratualista de **common law**, que se baseia nas vantagens — no plano contratual — derivadas da circunstância de pertencer o trabalhador a uma dada organização, se contrapõe a concepção essencialmente tutelar, típica dos sistemas de **civil law**. Onde, enquanto é característica dos países de **common law** a escassez de normas legislativas sobre a contratação coletiva (limitando-se na legislação norte-americana, a impor o princípio da "obrigação de contratar"), nos países de **civil law**, o fundamento jurídico das relações coletivas reside em garantias legalmente preordenadas que representam um mínimo a ser respeitado".

O primeiro sistema — **common law** — parte do reconhecimento de uma essencial contraposição de forças, que encontram seu ponto de composição na disciplina das relações coletivas, da qual decorrem, espontaneamente, as garantias que, nos países da Europa continental, estão contidas em precisas disposições legais que limitam a liberdade contratual dos sindicatos; o segundo sistema, ao invés, implica uma intervenção do Estado que exalta legalmente o dever de paz social, figurando como uma espécie de mediador das forças sindicais contrapostas" (64).

É dentro dessa moldura que podemos situar o exercício da jurisdição e da equidade entre nós. Diferenças históricas na formação do direito, além de diferenças de desenvolvimento econômico, ajudam a explicar a distinção existente entre os dois sistemas. Servem, por outro lado, para ajudar a estabelecer as características da jurisdição de equidade.

Mesmo nos países da **common law** as regras e os princípios da equidade tornam-na tão fixa e estabelecida quanto a própria lei ou o próprio direito. É esse pelo menos o ensinamento que se tira quando estudamos a atividade das cortes de equidade. Segundo **Blakstone**

"The system of our Courts of Equity is a labored connected system, governed by established rules, and bond down by precedentes from wick they do not depart, although the reason of some of them may perhaps be liable to objections. . . . The system of jurisprudence in our Courts of Law and Equity are not equally artificial systems, founded on the same principles of justice and positive law, but varied by different usages in the forms and mode of their proceedings" (65).

(64) "Relações Coletivas do Trabalho", Ed. Revista dos Tribunais, 1972, SP, págs. 117/118.

(65) Apud **Joseph Store**, ob. cit., § 18.

Redesdale opina da mesma maneira e diz, em síntese, que

"There are certain principles on which Courts of Equity act, which are very well settled. The cases which occur are various, but they are decided on fixed principles. Courts of Equity have in this respect no more discretionary power than Courts of Law" (66).

Roscoe Pound observou "que os tribunais estaduais norte-americanos procuraram converter os princípios pelos quais os chanceleres estavam acostumados a exercer a discricção, em normas rigorosas de jurisdição. Pretenderam reduzir o padrão de cuidado razoável a um conjunto rigoroso de regras. Se temos que atravessar uma estrada de ferro, devemos "parar, olhar e escutar" (67).

Podemos também encontrar regras e princípios que definem o exercício da jurisdição de equidade.

Já salientamos que a atividade jurisdicional é exercida, nos dissídios de natureza jurídica, mediante a aplicação da lei. Nestes dissídios a atividade jurisdicional dos tribunais do trabalho é idêntica à dos outros tribunais, o que motivou o professor **Antônio Araújo**, lente de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UFC, a opinar no sentido de que poderiam ser apreciados pelas Juntas de Conciliação e Julgamento, especialmente por causa do esvaziamento da função normativa (68).

A atividade jurisdicional também é exercida com a criação de normas e com o estabelecimento de novas condições de trabalho nos chamados dissídios de natureza econômica. Nesses a atividade é mais complexa porque não se trata de exercer jurisdição com a aplicação da lei e sim procurando solucionar litígios, que são motivados por interesses abstratos, reivindicações e até mesmo por problemas econômicos e políticos. A dificuldade não é pequena por causa da natureza dos conflitos, os quais estão normalmente acompanhados de conteúdos emocionais e políticos.

Hipóteses existem, por outro lado, em que o exercício da atividade jurisdicional é exercido concomitantemente, isto é, com a aplicação da lei e, paralelamente, com o recurso à equidade.

A jurisdição de equidade encontra, assim, seu primeiro limite na lei. Predomina a orientação de que não se pode julgar por equidade modificando as leis vigentes. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal já decidiu que

"A aplicação da equidade, ainda mesmo na Justiça do Trabalho, não se justifica havendo texto expresso de lei, pois seria conferir ao juiz poder de decidir **contra legem**" (69).

(66) Apud **Joseph Store**, ob. cit., pág. 20.

(67) "Introdução à Filosofia do Direito", Zahar Editores, RJ, 1965. pág. 64, tradução **Álvaro Cabral**.

(68) "Dissídio Coletivo", *Vox Juris Trabalhistas*, n. 54, junho/76.

(69) Apud **Coqueijo Costa**, ob. cit., RE 16.784/53.

Também já decidiu o STF que

"A eqüidade, como ideal ético da justiça, deve entrar na formação mesma da lei. Não pode, porém, o juiz modificar a lei sob cor de a humanizar e lhe inspirar os influxos de eqüidade. Só está autorizado a decidir por eqüidade na ausência da lei" (70).

Amauri Mascaro Nascimento se manifesta em sentido contrário. Baseado no sentido aristotélico (epiqueia), que vê na eqüidade um processo de retificação das distorções das injustiças da lei, opina dizendo que "o poder de julgamento por eqüidade do juiz do trabalho será o que tinha o pretor romano, de legiferar virtualmente nos casos concretos. Será aquele de julgar mesmo **contra legem**, em determinadas circunstâncias e se não houver norma adequada para o caso, o juiz elaborará uma norma especial" (71).

Prevalece, como já dito, a opinião de que o juiz não pode julgar **contra legem**. Historicamente, no entanto, é correto o ponto de vista do professor da USP porque a eqüidade romana teve origem no **imperium** do pretor e no poder que tinha de fazer caso omissis do direito estrito. **Roscoe Pound** mostra que a eqüidade inglesa teve sua origem no poder real de aplicação discricionária da lei, omitindo esta em casos determinados, muito embora tenha provocado a queda dos Stuarts por causa dos abusos cometidos (72).

A proeminência da lei no nosso sistema de Direito do Trabalho, aliada a abundante atividade legislativa na área do Direito Social, faz com que a contratação coletiva se limite a preencher os espaços deixados livres e, em consequência, que o exercício da atividade jurisdicional acompanhe esta tendência.

Embora a legislação estabeleça um mínimo de direitos e o art. 620 da Consolidação das Leis do Trabalho estipule que "as condições estabelecidas em Convenções, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo", ainda assim, outros fatores limitam a contratação coletiva e o exercício da atividade jurisdicional.

Encontramos outro contorno à jurisdição de eqüidade quando estudamos a natureza jurídica da sentença normativa, que ora é considerada como uma manifestação legiferante do Judiciário, ora como simples ato jurisdicional. A divergência doutrinária permite encontrar a regra procurada porque o Judiciário do trabalho não pode criar uma norma ingressando na esfera de competência do Poder Legislativo.

A sentença coletiva que estabelece normas ou condições de trabalho não é ato legislativo e nem com ele se confunde. Poderá, entretanto, apresentar as características de ato legislativo. Acompanhamos **Geraldo Bezerra**

(70) RE 17.435, Relator Min. **Orosimbo Nonato**, Revista Forense, n. 131, 1952, RJ.

(71) "Compêndio de Direito do Trabalho", pág. 259, Ed. LTr-Edusp, SP, 1976.

(72) Ob. cit., pág. 61.

de Menezes e entendemos que é "ato normativo de função bilateral, cujo fim é a tutela e disciplina dos interesses coletivos no terreno do trabalho" (73).

Muito embora seja um ato jurisdicional, oriundo de uma maior soma de poderes entregue ao Judiciário do Trabalho, não poderá a norma criada quebrar o equilíbrio entre os três poderes e ingressar na esfera de competência do Legislativo. O Judiciário do Trabalho deve exercer sua atividade jurisdicional sem ingressar na esfera de competência dos outros poderes. O exercício da atividade jurisdicional é uma atividade secundária, substitutiva, porque é exercida em substituição à atividade das partes.

Embora não possamos comparar a sentença normativa com a lei, porque a primeira objetiva disciplinar relações bilaterais (empregados-empregadores), enquanto que, a segunda, tem caráter geral e abstrato, existem ocasiões em que as decisões proferidas em dissídios coletivos poderão ingressar na esfera do Legislativo. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, considerou inconstitucional decisão do Tribunal Superior do Trabalho que admitiu a justificacão de falta a estudante por motivo de exame. O Ministro Cunha Peixoto, Relator, entendeu que "o Tribunal agiu como legislador, desrespeitando o princípio da autonomia e independência entre os poderes", e que "a decisão impugnada legislou sobre horas de trabalho, antecipando-se ao legislador. Se fosse possível à Justiça do Trabalho dispensar o estudante trabalhador para prestar exame, sem prejuízo de seus proventos, poderia também ampliar o benefício e permitir sua ausência durante as horas escolares, estas tão necessárias como aquelas, pois a freqüência é pré-requisito para a aprovação no ano letivo" (74).

Quando examinamos a decisão acima observamos que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **Carlos Muñoz** e **Moreira Alves**, ao votarem, entenderam que inexistia interesse específico da categoria profissional e que a matéria examinada não se situa dentro do campo de competência da sentença normativa (75).

A criação da norma através do Poder Normativo estaria, portanto, condicionada ao campo de competência da sentença normativa e, sobretudo, no interesse específico da categoria profissional. Examinaremos adiante estes dois aspectos.

O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, apreciando dissídio coletivo em que os suscitantes pretendiam a extinção dos trabalhos aos sábados, mediante redução do intervalo para refeição de duas para uma hora, entendeu que "a procedência da ação implicaria em criar dia de fechamento da em-

[73] "O Direito do Trabalho e a Seguridade Social na Constituição", Ed. Pallas S/A, RJ, 1976, pág. 390.

[74] RE 86.405/SP, AC. TP. 7/6/78, In Rev. LTr 43/611, maio/79.

[75] Revista citada, págs. 611/612.

presa, equivalente a dia de descanso obrigatório, para o que é incompetente esta Justiça. Há que respeitar-se o poder diretivo do empregador" (76).

O fundamento de incompetência é correto. O que mereceria melhor exame é a justificativa de que há que respeitar-se o poder diretivo do empregador. Uma coisa é o poder diretivo usado individualmente para cada empregado; outro, o poder diretivo que envolve interesses sociais de todos os empregados e até mesmo atingindo outros setores da sociedade, como é o caso, por exemplo, do fechamento ou da transferência de um estabelecimento. É evidente que nessa hipótese não se pode dizer que o tratamento seja idêntico e que o poder diretivo do empregador possa continuar inalterado e intocado. Afinal, a propriedade tem uma finalidade econômica e social e, já que se admite a intervenção no domínio econômico (art. 163 da Constituição), poderia o Tribunal, se assim julgasse correto, intervir no poder diretivo do empregador.

Para **Octávio Bueno Mangano** "toda a área sobre a qual vem tentando o empregador exercer, com exclusividade, as suas prerrogativas, é área já vulnerada, em relação à qual são crescentes as incursões das organizações sindicais".

"Sob a pressão destas" — diz continuando — "já se decidiu que o empregador não pode deliberar sozinho a respeito da automação de sua indústria. Quando quis, por exemplo, fazê-lo a Empresa Renton New Record foi forçada a negociar, sobre o assunto, com o sindicato representativo de seus empregados" (77).

Nem sempre é tão simples tentar estabelecer o disciplinamento das hipóteses em que poderão os Tribunais proferir decisões criando normas ou alterando condições de trabalho, assim como não é fácil encontrar os contornos e os princípios que informam a jurisdição de equidade.

As especificações das hipóteses em que os Tribunais do Trabalho poderão exercer o chamado Poder Normativo foram sendo estabelecidas mais por construção jurisprudencial do que pela lei.

Há, entretanto, um outro limite ao poder de criação de normas. Não poderá o Tribunal criar regras em conflito com os princípios que estruturam a ordem jurídica, quer objetivamente explícitos, quer implícitos, porque estaria revogando parcial ou totalmente a estrutura jurídica e confundindo os valores e as bases em que está assentada a organização social. Não poderá, para exemplificar, proferir sentença criando uma norma inconstitucional ou mesmo derogatória de um princípio constitucional.

O próprio artigo 8.º da CLT, por sua vez, coloca um outro limite à atividade jurisdicional de equidade ao estabelecer como norma orientadora e

(76) TST-RO-DC 206/78, 8/11/1978, Rel. Min. C.A. Barata Silva, in Revista LTr 43/629, maio de 1979.

(77) "Convenção Coletiva do Trabalho", Ed. LTr, SP, 1972, pág. 119.

limitadora da atividade do juiz o princípio de que "nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público", que se sobrepõe, portanto, aos interesses em conflito.

Martins Catharino fornece mais uma regra para a atividade jurisdicional de equidade quando salienta que é vedado ao Tribunal 1) violar o direito adquirido, 2) ferir o ato jurídico perfeito e, 3) atingir a coisa julgada⁽⁷⁸⁾.

O exercício da jurisdição de equidade, assim, coordena-se com o processo de elaboração de normas jurídicas através da atividade do próprio Estado e da dos grupos interessados. A criação da norma através do Poder Normativo situa-se dentro do processo de elaboração estatal porque a atividade jurisdicional é reconhecida com exclusividade ao Estado.

Para uma melhor compreensão, vejamos o que ensina **Amauri Mascaro Nascimento**:

"a ordem jurídica deve ser concebida unitariamente. Ela é um conjunto de normas jurídicas dispostas em diferentes níveis e segundo uma estrutura piramidal. A produção dessas normas parte de uma fonte que é o fundamento da validade de uma ordem normativa: a norma fundamental. É evidente que as normas que regulam a conduta dos homens constituem uma unidade. O fundamento da validade dessa unidade é a norma fundamental (*grundnorm*)..."

"A partir da norma fundamental, seguem-se as demais normas que integram a ordem jurídica, umas encontrando o seu fundamento nas outras que a precedem. Desenrola-se um processo criativo de normas jurídicas, como uma estirpe familiar: pais, filhos, netos, bisnetos, etc..."

"Portanto, não há uma norma solta na ordem jurídica, sem uma filiação".

"Todas as normas jurídicas são porque submetidas à mesma dinâmica: 'O fundamento da validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior'. Desse modo, todas as normas formam um sistema normativo unitário"⁽⁷⁹⁾.

A criação da norma através da atividade jurisdicional, portanto, coordena-se com o processo de criação geral. Não é uma atividade desgarrada ou isolada da ordem jurídica e ocupa um lugar específico no conjunto das normas jurídicas.

(78) Ob. cit., pág. 202.

(79) Ob. cit., pág. 73.

O problema da criação da norma trabalhista é solucionado pelo nosso direito positivo da seguinte forma:

- a) através da atividade legislativa;
- b) através de acordos ou convenções coletivas;
- c) através do Judiciário, quando fracassam as negociações e se torna necessária a intervenção de árbitros estranhos ao conflito;
- d) através de Convenções Internacionais ratificadas pelo País;
- e) através dos regulamentos das empresas para o disciplinamento de suas atividades;
- f) pelos sujeitos da relação de emprego;
- g) pela sociedade, nos casos dos usos e costumes.

A atividade jurisdicional de equidade está situada, portanto, numa sucessão escalonada ou graduada hierarquicamente. É instrumento democrático excepcional porque as normas criadas através da atividade legislativa não foram suficientes para impedir o litígio e porque as partes não conseguiram, através de negociações, encontrar soluções para suas desavenças e fracassaram na tentativa de formação do direito que regularia suas relações.

Como a atividade jurisdicional é exercida como atividade substitutiva à das partes, e como meio para evitar que uma tutele o interesse da outra, não poderiam os tribunais estabelecer normas diversas das que poderiam ser estabelecidas por elas, razão por que têm o mesmo grau hierárquico. Da mesma maneira que não podem os grupos, através de um contrato, derogar uma lei ou alterar a estrutura jurídica ou econômica da nação, não poderá a criação da norma trabalhista ter grau de hierarquia diferente da convenção ou acordo que seria estabelecido, embora, evidentemente, revestido com as características de um ato jurisdicional.

Achamos que a competência dos Tribunais do Trabalho só encontra limites no conteúdo da convenção coletiva do trabalho, isto é, nas cláusulas que uma convenção comporta. O que for admitido numa convenção coletiva poderá ser objeto de apreciação e decisão pelo tribunal em virtude da competência constitucional que lhe foi outorgada.

As convenções também têm limite. Não há dúvidas de que "as cláusulas podem se referir a tudo o que possa ser conteúdo de um contrato individual de trabalho" (80). Seria questionável apenas saber se pode conter cláusulas que não são normais no contrato individual de trabalho, tais como as que disponham sobre localização do estabelecimento, fixação do número de empregados, qualidade de equipamento, fixação de preços, etc.

(80) Ob. cit., pág. 116.

Nos Estados Unidos a ampliação do conteúdo da convenção coletiva e sua penetração em áreas de prerrogativa do empregador, no dizer de **Octávio Bueno Mangano**, já levaram o Supremo Tribunal Federal a decidir que as prerrogativas do empregador são apenas aquelas que resultam dos próprios termos do contrato.

No direito brasileiro o processo tem sido inverso. Citamos algumas razões para o fato:

- a) as convenções coletivas são pouco usadas;
- b) é difícil conseguir dos tribunais benefícios superiores aos estabelecidos em lei;
- c) os tribunais, baseados no princípio da hierarquia superior da lei, recusam-se a aceitar, como matéria de dissídio, benefício já previsto ou regulamentado em lei;
- d) política salarial restritiva do poder normativo da Justiça do Trabalho;
- e) limites impostos à autonomia negocial. Os poderes que são destinados aos sindicatos não excluem a atividade legislativa no campo regulado ou a regular através da contratação coletiva. Teriam os sindicatos, a rigor, poderes residuais de negociação. **Guiliano Mazzoni** afirma que não se poderia falar em "reserva de poderes" porque o legislador sempre pode regular, com suas leis, aspectos do contrato de trabalho. A atividade legislativa é exercitada, portanto, com prejuízo da autonomia coletiva.

Tais fatos não modificam o entendimento de que a competência dos tribunais do trabalho se estende a todas as cláusulas que uma convenção coletiva comporta. Justifica-se o entendimento porque a Justiça do Trabalho recebeu a competência constitucional de conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores (art. 142 da Constituição).

Argumentaríamos, ainda, afirmando que a própria legislação ordinária (art. 858 da CLT) estabelece que a representação para instauração da instância deverá conter "os motivos do dissídio e as bases da conciliação", os quais serão, na verdade, as matérias que deverão ser apreciadas pelo tribunal.

Sabemos, por outro lado, que a instauração da instância é decorrente do malogro das negociações (§ 2.º do art. 616 da CLT) e da impossibilidade de estabelecer convenção ou acordo na forma prevista no art. 613 da CLT. Ali se dispõe que as convenções e os acordos deverão conter obrigatoriamente:

- "IV — condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência;
- VII — direitos e deveres dos empregados e empresas".

É justificável, portanto, a extensão da competência do tribunal sobre as matérias que motivaram o dissídio. Elas nada mais são do que as cláusulas que poderão estar contidas numa convenção coletiva.

Costumam classificar as cláusulas de uma convenção coletiva em **normativas e obrigacionais**. As primeiras são aquelas que determinam o conteúdo das relações individuais do trabalho e as segundas as que criam direitos e deveres entre as partes que as celebram.

A finalidade das cláusulas normativas é estabelecer as condições que regerão as condições individuais, enquanto que as de natureza obrigacional visam a estabelecer direitos e deveres entre as partes convenientes. Ambas estabelecem normas e obrigações, razão por que consideramos imprópria a terminologia usada na classificação.

Encontramos, ainda, cláusulas obrigatórias e cláusulas facultativas. Na nossa legislação são cláusulas obrigatórias as previstas no art. 613 da CLT:

- I — designação dos sindicatos convenientes e empresas acordantes;
- II — prazo de vigência;
- III — categorias ou classes de trabalhadores abrangidos pelos respectivos dispositivos;
- IV — condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência;
- V — normas para a conciliação das divergências surgidas entre os convenientes, por motivos de aplicação de seus dispositivos;
- VI — disposição sobre o processo de sua prorrogação e da revisão total ou parcial de seus dispositivos;
- VII — direitos e deveres dos empregados e empresas;
- VIII — penalidades para os sindicatos convenientes, os empregados e as empresas, em caso de violação de seus dispositivos.

Já o art. 621 da CLT, por sua vez, estabelece como cláusulas facultativas

“disposições sobre a constituição e funcionamento de comissões mistas de consulta e colaboração, no plano da empresa e sobre participação nos lucros. Estas disposições mencionarão a forma de constituição, o modo de funcionamento e as atribuições das comissões, assim como o plano de participação, quando for o caso”.

Dentro do âmbito de abrangência das citadas disposições, bem como dos contornos delineados anteriormente, é que se desenvolve a atividade jurisdicional. Ela não se exerce **contra legem** e, sim, em regime de coordenação, de suprimento da lei e até mesmo de aperfeiçoamento dela. O poder discricionário de que se acha investida a Justiça do Trabalho, oriundo da

elasticidade existente, está submetido a regras e normas precisas e definidas. Como salienta **Wilson de Souza Campos Batalha** "o que ocorre é que, às vezes, as normas jurídicas, formuladas em atenção à complexíssima variedade de fatores que intervêm em determinadas relações, em lugar de prever, taxativa e minuciosamente, a solução que se deve dar a cada tipo de casos, confiam a uma autoridade a missão de que, ante cada situação, conjugue com os elementos desta uns princípios gerais e dessa maneira obtenha a solução adequada" (81).

Devemos observar, por outro lado, que as especificações das hipóteses em que os Tribunais do Trabalho poderão exercer o chamado poder normativo foram sendo estabelecidas mais por construção jurisprudencial do que pela lei. As dificuldades enfrentadas no início da criação da Justiça do Trabalho tornaram predominante a corrente doutrinária que procura especificar em lei as hipóteses em que as decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho.

Tivemos, pelo menos, três tentativas legislativas sem êxito. Passemos a enumerá-las:

Uma delas foi o projeto do Código de Trabalho do Deputado Carlos Lacerda, de 1955, elaborado com a assistência de um grupo de especialistas, tendo à frente o Procurador Dorval de Lacerda. Procurava regulamentar o processamento dos dissídios coletivos, estabelecendo, em síntese, o seguinte:

- a) o § único do art. 364 previa a inclusão de cláusulas atinentes às normas para a solução pacífica das divergências surgidas entre os convenientes, além da possibilidade de inclusão de quaisquer assuntos de empregados e empregadores;
- b) o art. 374 previa a instauração de dissídio coletivo para que a Justiça do Trabalho a) interprete ou aplique qualquer disposição legal, convencional ou judicial, que interesse à profissão ou à atividade respectiva, ou parte inominada destas; b) por meio de sentença normativa, estabeleça novas condições de trabalho interessando a profissão ou atividade, ou parte inominada destas; c) dirima controvérsias com outro sindicato, quanto ao direito de representação ou outro que for estritamente mencionado neste código e na legislação processual do trabalho;
- c) o art. 375 previa que o poder normativo somente se estenderá nas hipóteses de aumento de salários quando se verificar desnível entre o salário real e o salário nominal, bem como o estabelecimento de condições que, direta ou indiretamente, interessam à remuneração do trabalho.

(81) "Tratado de Direito Judiciário do Trabalho", pág. 694, Ed. LTr, SP, 1977.

Tivemos também o Projeto do Código Brasileiro do Trabalho, do Deputado Segadas Viana. Neste, o art. 638 estabelecia que "as decisões proferidas pelos Tribunais da Justiça do Trabalho, em processo de dissídio coletivo, instaurado nos termos desta lei, poderão, nos limites de sua jurisdição, estabelecer normas e condições de trabalho, inclusive para os efeitos de fixação de salário, quando:

- a) a modificação das circunstâncias tornarem injustas ou inaplicáveis as normas e condições em vigor;
- b) quando for patente a desproporção entre a remuneração aos trabalhadores e a retribuição do capital;
- c) quando tiver ocorrido elevação no custo de vida, provocando acentuado desnível entre este e os salários.

Tivemos também o projeto do Código de Processo do Trabalho, do Ministro Mozart Victor Russomano, que procurou superar as dificuldades apontadas, estabelecendo, no art. 536, as hipóteses em que a sentença normativa poderia estabelecer novas condições de serviço. São elas:

- a) quando a realidade econômico-social do País ou da região tornar injustas as atuais condições de trabalho;
- b) quando ocorrer elevação do custo de vida, de modo a tornar insuficiente a remuneração contratual dos trabalhadores;
- c) quando for conveniente estabelecer justa proporcionalidade entre a remuneração contratual dos trabalhadores e os lucros auferidos pelo empresário;
- d) quando se tornarem necessárias normas de serviço que alterem ou complementem os regulamentos internos das empresas;
- e) quando, em qualquer caso, as condições de trabalho vigentes possam contribuir para a perturbação da ordem social e da harmonia entre empregados e empregadores" (82).

Os trabalhos apontados se constituem, hoje, peças doutrinárias de valor inestimável porque ajudam a jogar luz sobre os contornos da atividade jurisdicional e mostram os problemas que ela enfrenta, além de fornecer princípios que possibilitam a justiça do trabalho estipular normas e condições de trabalho.

O exercício da atividade jurisdicional, dessa forma, situa-se na área de competência que lhe foi reservada. Socorre as categorias litigantes quando fracassam as negociações, tudo sem interferir nas suas atividades e sem impedir que procurem ter em mãos uma parcela da atividade legislativa e de

(82) "Código de Processo do Trabalho — Anteprojeto Anotado" — José Konfino Editor, 1963, pág. 259.

poder político. Ela não esquece, por outro lado, que a empresa moderna cumpre uma função social com a produção de bens que são indispensáveis para o bem-estar coletivo e que, conseqüentemente, deve proporcionar e assegurar aos trabalhadores condições satisfatórias de trabalho e de vida.

A atividade jurisdicional fracassaria nos seus objetivos, se ficasse envolvida no tecnicismo das questões jurídicas e se não tivesse como objetivo assegurar as condições para conseguir o equilíbrio e a justiça social nas relações entre patrões e empregados. **Mario de La Cueva** ensinou com muita propriedade que

"si el liberalismo deificó a la empresa, la idea de la justicia social proclama que en la dualidad trabajo-capital, aquél es el valor supremo, por cuya razón, la economía en general, y la empresa en particular, cualquiera que sea el régimen de producción que adopten los pueblos, han de ordenarse en una forma que respete la dignidad del hombre y satisfaga las necesidades de toda índole de la persona del trabajador. En consecuencia, el estatuto del trabajo ha de partir del hombre-trabajador, hasta lograr su libertad económica frente al capital, una existencia adecuada a la dignidad y a las necesidades humanas, y la seguridad de un ingreso futuro que le posibilite la contemplación del mañana sin temor" (83).

O princípio norteador, portanto, da atividade jurisdicional nos dissídios coletivos, é a realização da justiça social. É a bússola do magistrado na elaboração da norma.

Justiça social, assim, não se torna termo vago e ambíguo. Para **Mario de La Cueva** tem como objetivo lograr a liberdade econômica do trabalhador frente ao capital.

Para a Igreja são princípios diretivos que estabelecem as bases de uma determinada ordem social, entre os quais podemos citar:

- a) o trabalho "não se pode avaliar justamente nem retribuir adequadamente, quando não se tem em conta a sua natureza social e individual. Por conseguinte, para determinar a remuneração, declara o Papa, a justiça exige que se tenham em conta, além das necessidades de cada trabalhador e sua responsabilidade familiar, a situação da empresa a que os operários trazem o seu trabalho, e ainda as exigências da economia geral" (84);
- b) "o direito de todo o homem a usar daqueles bens para o seu próprio sustento tem prioridade sobre qualquer outro direito de natureza econômica; e mesmo sobre o direito de propriedade" (85);

(83) "El Derecho de las Relaciones Colectivas en La Nueva Legislación del Trabajo de México", In *Derecho Colectivo Laboral — Asociaciones Profesionales y convenios colectivos* — Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973, pág. 35.

(84) João XXIII, Carta Encíclica "Mater et Magistra", Ed. Vozes Ltda., RJ, 1962, § 31, pág. 9.

(85) Idem, § 40, pág. 11.

- c) "o mundo econômico é criação da iniciativa pessoal dos cidadãos, quer desenvolvam a sua atividade individualmente quer façam parte de alguma associação destinada a promover interesses comuns. Mas nele, pelas razões já aduzidas pelos nossos predecessores, devem intervir também os poderes públicos com o fim de promoverem devidamente o acréscimo da produção para o progresso social e em benefício de todos os cidadãos" (86).

A Jornada Latino-Americana de Direito do Trabalho e Segurança Social, por outro lado, considerando que o Direito do Trabalho tem como meta a Justiça Social, declarou que

- 1) os conflitos de trabalho, sejam de direito, sejam de interesses ou econômicos, não constituem simples divergência limitada ao âmbito formal do litígio em si mesmo, e nem sempre são encerrados, do ponto-de-vista sociológico, pela solução encontrada através de decisões dos órgãos oficiais ou de processos conciliatórios;
- 2) os conflitos de trabalho exigem a transformação da empresa a fim de que se cumpram os postulados da Justiça Social;
- 3) a solução dos conflitos de trabalho deve orientar-se pelos postulados básicos e permanentes da dignificação do trabalho, de um nível decoroso de vida e de co-participação no processo de produção" (87).

A consecução da justiça social, portanto, não é estranha à atividade jurisdicional nos dissídios coletivos. Ela é a própria razão de ser do Direito do Trabalho e a própria essência do conflito coletivo.

Observamos, assim, quando examinamos os contornos da atividade jurisdicional, que ela se dirige a um fim mais amplo. Não se destina unicamente a aplicar a lei ou a resolver os conflitos momentâneos entre o capital e o trabalho.

Os princípios que norteiam o seu exercício se coordenam com os objetivos do Direito do Trabalho e com os problemas das relações entre o ordenamento jurídico do Estado e o ordenamento jurídico dos sindicatos. É o reconhecimento, por outro lado, da necessidade da preservação dos instrumentos de autodefesa, do poder normativo dos grupos, necessários para a construção e manutenção de uma sociedade pluralista e democrática, bem como é a demonstração da importância do fato de que é necessário que os grupos sociais tenham em mãos uma parcela da atividade legislativa e de poder político; além de ajustar-se à constatação de que o Estado não poderia admitir o aparecimento de um "Estado de Sindicatos, que se contraponha a um Estado de Cidadãos" (88).

(86) Idem, §§ 48 e 48, pág. 14.

(87) Jornada Latino-Americana de Direito do Trabalho e da Seguridade Social; Declaração de Belém, in Revista LTr, 35, 1971, pág. 745.

(88) Wagner D. Giglio, in "Formas de Solução dos Conflitos Coletivos do Trabalho", Rev. LTr, 42, 1978, pág. 301.

A greve e o **lock-out**, dessa forma, não seriam incompatíveis com o princípio processual que proíbe a autotutela, porque elas se situam no estágio do conflito no qual a tutela jurisdicional ainda não foi pedida ao Estado.

Esse abstencionismo do Estado tem uma nova dimensão porque os próprios grupos podem encontrar soluções para as questões sociais e passarem a concorrer coordenadamente com o Estado na produção de normas jurídicas, sem que o Estado deixe de intervir nessas questões ou abra mão de sua atividade legislativa.

José Martins Catharino diz que "reduzida a clássica divisão dos três Poderes do Estado à mera divisão funcional do trabalho governamental — as atribuições das constituições, as delegações legislativas e as usurpações comprovam o fenômeno —, o Estado passou a reconhecer e a apoiar a produção autonomista e semi-abstrata de normas jurídicas, segundo a lei do menor esforço normativo, tanto mais eficaz quanto maior for o progresso democrático" (89).

Se a sociedade política contemporânea, no dizer de **Paulo Bonavides**, patenteia uma angustiante crise nas relações entre os poderes tradicionais, em face da interferência ostensiva dos novos poderes (poder partidário, poder politizado das categorias intermediárias, o poder militar, o poder burocrático) (90), fazendo com que surja necessidade de restaurar o equilíbrio, é natural que a teoria da atividade jurisdicional procure situar o seu objeto diante das novas realidades.

A regulamentação das hipóteses em que a Justiça do Trabalho poderá estabelecer normas e condições de trabalho não se destina unicamente a resolver as dificuldades dos magistrados nos julgamentos dos dissídios coletivos. Destina-se, sobretudo, a adequar os princípios que norteiam o seu exercício às transformações ocorridas.

O que se pretende, na verdade, com a especificação das hipóteses em que as decisões proferidas pela Justiça do Trabalho poderão criar normas ou estabelecer novas condições de trabalho, é suprir as deficiências da legislação e afastar as dificuldades dos magistrados nos julgamentos. Para **Orlando Teixeira**, a generalização da convicção a respeito do ineficiente, inoperante ou, pelo menos, insatisfatório desempenho da Justiça do Trabalho, não é decorrente de culpa da própria Justiça, "mas por culpa da legislação omissa, esparsa, desconexa e desatualizada, a respeito da matéria" (91).

Críticas como essas não procedem porque os tribunais do trabalho não têm como finalidade exercer atividade legislativa ou política e não podem

(89) "A Convenção Sindical Normativa", In *Derecho Colectivo Laboral — Asociaciones profesionales y convenios colectivos*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973, pág. 235.

(90) "Ciência Política", Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1974, RJ, pág. 158.

(91) "O Apelo à Greve e a Justiça do Trabalho", In *Revista LTr*, 43, pág. 678, junho/1979, SP.

atender a todas as reivindicações das classes trabalhadoras ou mesmo realizar transformações na estrutura econômica. Limita-se o Judiciário, no âmbito de sua competência, a solucionar os conflitos com os instrumentos jurídicos existentes no momento. A atividade que realiza poderá ser ou não fecunda em favor da paz social. Tudo dependerá, entretanto, da estrutura democrática e dos valores da ordem jurídica. O fato de ser a legislação omissa, desconexa ou desatualizada, ao nosso ver, mostra apenas as dificuldades existentes sobre o assunto. Não serve, contudo, para explicar toda a assertiva e não se mostra integralmente correta.

A especificação das hipóteses legais não servirá para modificar substancialmente o quadro atual. Os conflitos coletivos continuarão a surgir porque têm como origem problemas econômicos e condições de trabalho insatisfatórias, enquanto que os tribunais, de igual forma, continuarão a enfrentar idênticas questões e não será a lei que irá dizer ou mostrar como decidirão suas controvérsias e como farão a escolha entre alternativas anti-téticas.

Entendemos que a atividade jurisdicional de equidade não obedece a critérios aleatórios e não é exercida discricionariamente pelo juiz. Ela contém regras e princípios que podem torná-la tão delimitada e rígida quanto a própria lei, tornando, por conseguinte, desnecessária a discriminação de hipóteses. O precedente judiciário e a forma como se exerce a atividade jurisdicional nos países de **common law** estão aí para confirmar o que dizemos.

Tentamos, no decorrer do trabalho, provar esse fato. Procuramos mostrar que a atividade jurisdicional não se resume à aplicação da lei. Tivemos até a pretensão de abordar alguns dos aspectos que servem de contorno à atividade jurisdicional nos dissídios coletivos, os quais, segundo cremos, mostram como o juiz se encontra jungido aos valores da ordem social e jurídica. Fizemos referência especial ao tratamento legal existente no direito brasileiro, o qual concede ampla margem de competência ao magistrado para enfrentar as controvérsias coletivas do trabalho. Não temos receio de afirmar que a legislação brasileira trata o assunto fincada em três pressupostos básicos:

- a) concedeu aos tribunais do trabalho competência normativa (§ 1.º do art. 142, da Constituição);
- b) tal competência, contudo, só é exercida quando é instaurada a instância em virtude do fracasso das negociações e tem como núcleo central a possibilidade da criação das normas e o estabelecimento, através da sentença normativa, das condições que não puderam encontrar solução através da negociação direta;
- c) a competência para apreciar o litígio se estende, por força dos arts. 613 e 858 da CLT, às cláusulas obrigatórias e facultativas que seriam negociadas e deveriam estar contidas na convenção ou acordo.

Entretanto, as dificuldades ainda persistem. Os magistrados, com lei ou sem lei, terão que decidir de alguma forma. Não será a discriminação de hipóteses que ajudará a superar a dificuldade. Poderá, ao contrário, trazer maior rigidez ao processo coletivo e bloquear o processo de negociação coletiva.

Terão eles, portanto, como allás costumam fazer, que se socorrer dos instrumentos existentes na ordem jurídica, entre os quais se encontram:

- a) observância de critérios de conveniência política e econômica;
- b) exame das peculiaridades de cada caso;
- c) se a matéria já recebeu tratamento igual; ou, então, se alguma categoria já recebeu tratamento assemelhado. Uma solução encontrada poderá estabelecer o padrão de solução para outras questões e até mesmo influenciar as futuras;
- d) os precedentes judiciais;
- e) se a controvérsia recebeu disciplinamento legal em convenção coletiva no País ou em outros países;
- f) se a controvérsia já recebeu algum tratamento no direito comparado;
- g) os princípios gerais do Direito do Trabalho;
- h) a doutrina;
- i) provas que possam amparar a pretensão ou levar à convicção se deve a mesma ser rejeitada.

A atividade jurisdicional, dessa forma, torna-se mais rica e complexa, sem, contudo, se igualar à que objetiva a aplicação da lei, ou sem dela prescindir.

4. LIMITAÇÕES DO PODER NORMATIVO

A ampliação ou diminuição da competência normativa da Justiça tem causas variadas e é feita por meio da lei, que retira, proíbe ou limita a matéria que será apreciada pelo tribunal.

A competência normativa da Justiça do Trabalho está sujeita a uma filosofia determinada. Pode, em consequência, sofrer transformações se for modificada a filosofia adotada.

A limitação da competência (leia-se, também, Poder Normativo) da Justiça do Trabalho pode ser decorrente de uma filosofia que leva ao constrangimento da liberdade das classes trabalhadoras. A mesma filosofia pode reduzir o papel do pluralismo na sociedade ou dificultar o seu crescimento.

É objeto da ciência política explicar as razões para o fato. **Franz Neumann**, por exemplo, opina no sentido de que a teoria da estrutura formal do direito leva automaticamente a uma teoria específica da relação entre o juiz e a lei. "Se é só a lei, e nada mais do que a lei, o que decide" — diz ele — "então o papel do juiz é apenas tomar conhecimento" (92).

Salienta, ainda, que "o *dictum* de que as mudanças sociais só podem ser atingidas por meio de leis promulgadas pelo Parlamento, e que os órgãos administrativos e os juizes só podem aplicar as leis e não criá-las, é uma ilusão que também serve para negar às forças extraparlamentares a capacidade de criar leis" (93).

Encontramos, assim, duas teorias. A do pluralismo jurídico, que reconhece a necessidade da intermediação dos grupos. Busca um equilíbrio de conflitos e de cooperação. Tem como pressuposto uma multiplicidade de compromissos. "Os sistemas pluralistas, na afirmativa de **Luiz Jorge Werneck Viana**, "definem uma relativa legitimidade de organização para reivindicar dos grupos intermediários. Esses grupos "legislam" em causa própria, num processo de conflito socialmente aceito, ou seja, fora das instituições estatais, embora sob a arbitragem destas" (94). No outro sistema, a fórmula jurídica preside. A legislação pretende suprir as lacunas entre povo e governo por meio dos instrumentos legais.

A solução jurisdicional, que é uma das respostas da ordem jurídica para os conflitos coletivos do trabalho, na verdade, admite a existência dessas duas correntes. Não as desconhece e nem se preocupa, porém, com elas, porque são objeto da ciência política, embora saiba do impacto que causam tais correntes na atividade jurisdicional.

A atividade jurisdicional, dessa forma, é exercida nos limites da competência que é outorgada pelo pacto social, desprezando a realização de transformações estruturais, porque essa não é a sua finalidade.

Devemos reconhecer, entretanto, que a limitação da competência normativa da Justiça do Trabalho é decorrente da intervenção do Estado nas questões sociais. Para **Luiz Jorge Werneck Viana** ela tem sido feita para atender aos ditames da acumulação capitalista. Sobre o assunto, e aproveitando o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, o eminente estudioso escreveu as seguintes palavras:

"A lei do FGTS, numa apreensão formal, freqüentemente, foi apresentada como um retorno às leis da "verdade do mercado". Tal fato se daria na medida em que a força de trabalho teria sido, por meio de suas disposições, liberada das peias introduzidas pelo instituto da es-

(92) "Estado Democrático e Estado Autoritário", Zahar Editores, RJ, 1969, pág. 46.

(93) Ob. cit., pág. 48.

(94) "Sistema Liberal e Direito do Trabalho", Revista CEBRAP, SP, n. 7, págs. 121/122, 1974.

tabilidade. Procuramos demonstrar que, paradoxalmente, sucedeu o oposto. A emergência dessa norma diante da manutenção da estrutura corporativista sindical, da nova lei de greve e do controle estatal do reajuste de salários, se efetivamente ampliou a área "livre" no mercado, para as classes proprietárias, intensificou o constrangimento da liberdade das classes subalternas. Assim, as novidades legais recém-produzidas qualificam um novo modelo de relações trabalhistas, o qual se especifica pela submissão institucional do fator trabalho aos ditames da acumulação capitalista" (95).

A intervenção do Estado nas questões sociais, por conseguinte, não poderia deixar de ser realizada com a diminuição da competência normativa da Justiça do Trabalho, que cedeu terreno nas questões salariais para que a intervenção estatal pudesse se realizar.

A solução jurisdicional, contudo, para os conflitos coletivos do trabalho, ainda representa uma conquista e um valor democrático, porque parte dos princípios da legitimidade de organização dos grupos intermediários e da possibilidade que têm tais grupos de legislar em causa própria. Por outro lado, é uma garantia para que os conflitos sociais sejam solucionados dentro da ordem jurídica.

A atividade jurisdicional ainda desnuda a existência de realidades contraditórias convivendo na área do Direito do Trabalho. Falamos em realidades contraditórias porque convivem, lado a lado, valores de uma autêntica democracia, como v.g. a convenção coletiva, o princípio da liberdade sindical e, do outro, instrumentos que tutelam os sindicatos ou que impedem a livre negociação entre empregados e empregadores.

Estas contradições mostram que a restrição da competência da Justiça do Trabalho teve como origem um maior controle estatal sobre as classes subalternas e, como consequência, uma diminuição do papel exercido pelos sindicatos nas questões salariais e nos dissídios coletivos.

CONCLUSÕES

1 — A atividade jurisdicional não se realiza só com a aplicação da lei. O conceito tradicional, por tal motivo, não serve para, com fidelidade, explicar a atividade jurisdicional nos dissídios coletivos;

2 — A jurisdição é exercida de duas formas a) com a aplicação da lei (nos dissídios de natureza jurídica); b) com a criação da norma jurídica (nos dissídios de natureza econômica);

3 — A jurisdição de equidade explica porque a atividade jurisdicional é realizada com a criação da norma jurídica. Ela não se contrapõe à jurisdição

(95) Ob. cit., págs. 118/119.

que visa à aplicação da lei. São sistemas que funcionam ora coordenadamente, ora paralelamente e, às vezes, independentemente;

4 — A atividade jurisdicional de equidade tem regras e princípios que a tornam tão rígida e limitada quanto a própria lei;

5 — A especificação das hipóteses para julgamento nos dissídios coletivos poderá levar ao enrijecimento da atividade jurisdicional e criar novos obstáculos às convenções sindicais;

6 — A limitação do poder normativo da Justiça do Trabalho é decorrente de uma filosofia que provocou a diminuição do pluralismo na sociedade brasileira. O constrangimento das atividades das classes trabalhadoras provoca também a redução do papel do Poder Judiciário como instrumento de justiça social.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Iduna Weinert — Da Equidade — Estudo de Direito Comparado, Brasília, Revista Informática Legislativa, n. 60, outubro-dezembro/1978.
- ALVIM, Agostinho — Da Equidade, SP, Revista dos Tribunais, n. 132, 1941.
- AYRES, Maria Elizabeth T. Junqueira — Jurisdição Trabalhista, Salvador, 1978, mimeo.
- ARAÚJO, Antônio — Dissídio Coletivo, RJ, Vox Juris Trabalhista, n. 54, junho/76.
- ARISTÓTELES — Ética a Nicomaco, Instituto de Estudos Políticos, Madrid, 1970, tradução para o espanhol de Maria Araújo e Julian Maria.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos — Tratado de Direito Judiciário do Trabalho, SP, Ed. LTr, 1977.
- BONAVIDES, Paulo — Ciência Política, RJ, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1974.
- BORGES, Marcos Afonso — A Jurisdição Voluntária, Revista Brasileira de Direito Processual, 1979.
- CASTRO, Amílcar de — Reparos sobre a Jurisdição e Ação, Revista Brasileira de Direito Processual Civil, 1975.
- CATHARINO, Martins — Temas de Direito do Trabalho, RJ, Ed. Trabalhistas S.A., 1971.
- CATHARINO, José Martins — A Convenção Sindical Normativa, in Derecho Colectivo Laboral — Asociaciones Profesionales y e convenios colectivos, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973.
- COSTA, Coqueijo — Direito Judiciário do Trabalho, RJ, Ed. Forense, 1978.
- COSTA, Lopes da — Dos Processos Especiais, SP, Ed. Sugestões Literárias, s/d.

- COUTURE, Eduardo — A Jurisdição, Revista Brasileira de Direito Processual, n. 10, 1977.
- CUEVA, Mario de la — "El Derecho de Las Relaciones Colectivas en La Nueva Legislación del Trabajo de México", in Derecho Colectivo Laboral Asociaciones Profesionales, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973.
- DA COSTA, Orlando Teixeira — O Apelo à Greve e a Justiça do Trabalho, Revista LTr, n. 43, junho 1979.
- DIAS, José de Aguiar — A Equidade é Poder do Juiz, RJ, Revista Forense, n. 164.
- FERREIRA, Renato Gomes — Equidade em Direito do Trabalho, SP, Ed. Saraiva, 1975.
- FILHO, Evaristo de Moraes — A Subempreitada no Direito do Trabalho, SP, Revista LTr, n. 43, março/1979.
- FILHO, Gabriel Rezende — Curso de Direito Processual Civil, SP, Ed. Saraiva, 1965.
- FILHO, Sebastião Machado — O Humanismo do Direito, SP, Revista LTr n. 39.
- GIGLIO, Wagner D. — A Equidade e o Direito do Trabalho, SP, Revista LTr, agosto/1975.
- — Formas de Solução dos Conflitos Coletivos do Trabalho, Revista Ltr, n. 42, 1978.
- GROPALI, Alessandro — Introdução ao Estatuto do Direito, Ed. Coimbra, Coimbra, 1978.
- HERZOG, B. — Apud Frederico Marques, in A Reforma do Poder Judiciário, SP, Ed. Saraiva, 1979.
- HOLANDA, Arélio Buarque de — Novo Dicionário da Língua Portuguesa, RJ, Ed. Nova Fronteira.
- JOÃO XXIII — Carta Encíclica Mater et Magistra, Ed. Vozes Ltda., RJ, 1962.
- LOPES, Serpa — Curso de Direito Civil, SP, Livraria Freitas Bastos, 1962.
- MANGANO, Octávio Bueno — Convenção Coletiva do Trabalho, SP, Ed. LTr, 1972.
- MARANHÃO, Délio — Direito do Trabalho, RJ, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1971.
- MARQUES, José Frederico — A Reforma do Poder Judiciário, SP, Ed. Saraiva, 1979.
- — Jurisdição Voluntária, SP, Ed. Saraiva, 1959.
- MAXIMILIANO, Carlos — Hermenêutica e Aplicação do Direito, RJ, Livraria Freitas Bastos, 1965.
- MAZZONI, Guiliano — Relações Coletivas do Trabalho, SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1972.
- MENEZES, Geraldo Bezerra de — Dissídios Coletivos do Trabalho e Direito de Greve, RJ, Ed. Borsoi, 1957.

-
- — O Direito do Trabalho e a Seguridade Social na Constituição, Ed. Pallas S.A., RJ, 1976.
- MIRANDA, Pontes de — Comentários ao Código de Processo Civil, RJ, Ed. Forense, 1963.
- MONTEIRO, João — Teoria do Processo Civil, RJ, Ed. Borsoi, 1956.
- MOREIRA, Geraldo Campos — A Eqüidade no Direito Público, RJ, Revista Forense, n. 213, 1966.
- NAUFEL, José — Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, RJ, 1963, José Konfino Editor.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro — Compêndio de Direito do Trabalho, SP, Ed. LTr-Edusp, 1976.
- — Teoria da Norma Jurídica Trabalhista, SP, Ed. LTr, 1976.
- NEUMMAN, Franz — Estado Democrático e Estado Autoritário, Zahar Editores, RJ, 1969.
- PEREIRA, Caio Maria da Silva — Instituições de Direito Civil, RJ/SP, Ed. Forense, 1966.
- POUND, Roscoe — Introdução à Filosofia do Direito, RJ, Zahar Editores, 1965.
- ROMITA, Arion Sayão — Eqüidade e Dissídios Coletivos, RJ, Ed. Brasília, 1976.
- RUPRECHT, Alfredo — Conflitos Coletivos do Trabalho, SP, Ed. LTr, 1979, tradução José Luiz Ferreira Prunes.
- RUSSOMANO, Mozart Victor — Direito Processual do Trabalho, RJ, Ed. José Konfino, 1971.
- — Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, RJ, Ed. José Konfino, 1962.
- — Temas Polêmicos de Direito do Trabalho, RJ, Ed. Científica Ltda., 1979.
- RUSSOMANO, Mozart Victor — Conflitos Coletivos do Trabalho, Ed. Rev. dos Tribunais, 1979.
- — Código de Processo do Trabalho — Anteprojeto Anotado, RJ, José Konfino Editor, 1963.
- VASCONCELOS, Arnaldo — Teoria da Norma Jurídica, RJ, Ed. Forense, 1978.
- VIANNA, Luiz Jorge Werneck — Sistema Liberal e Direito do Trabalho, Revista CEBRAP, n. 7, SP, 1974.
- SANTOS, Moacyr Amaral — Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, SP, Max Limonad Editor, 1970.
- STORE, Joseph — Commentaries on Equity Jurisprudence, EUA, Little Brown and Comp., Boston, 1918.
- TEIXEIRA, Orlando — O Apelo à Greve e a Justiça do Trabalho, Revista LTr, 43, pág. 678, junho/79, SP.