

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA - UFU

GRAZIELA COLOMBARI

**AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA COMO INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES**

**UBERLÂNDIA - MG
JANEIRO/2015**

**AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA COMO INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES**

GRAZIELA COLOMBARI

Dissertação apresentada no Programa de Mestrado
em Direito Público

Direitos e Garantias Fundamentais

Universidade Federal de Uberlândia

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

**UBERLÂNDIA - MG
JANEIRO/2015**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

C718a Colombari, Graziela, 1977-
2015 Autonomia privada coletiva como instrumento de violação dos
 direitos fundamentais dos trabalhadores / Graziela Colombari. - 2015.
 129 f.

 Orientador: Alexandre Walmott Borges.
 Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
 Inclui bibliografia.

 1. Direito - Teses. 2. Direitos fundamentais - Teses. 3. Justiça do
trabalho - Teses. 4. Sindicatos - Dirigentes e empregados - Teses. I.
Borges, Alexandre Walmott. II. Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

**AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA COMO INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES**

GRAZIELA COLOMBARI

Dissertação submetida à banca examinadora como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público. Aprovada em 06 de fevereiro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges – UFU/Uberlândia

Membro: Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins – UFU/Uberlândia

Membro: Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho (UFPR).

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família que compreendeu meus momentos de ausência, incentivou os estudos e foi fonte de apoio nas dificuldades encontradas no caminho.

Agradeço em especial ao Wil meu companheiro de todas as horas, marido, namorado, confidente, que está comigo de forma incondicional e sem o qual o fruto deste trabalho não seria possível.

Agradeço ao meu orientador por toda a compreensão e diretrizes que foram dispensadas para a evolução e conclusão da pesquisa apresentada e por ter aceito o desafio de auxiliar na conclusão deste projeto em um momento delicado em minha vida.

Agradeço à Isabel que carinhosamente auxiliou desde o primeiro dia para que este projeto fosse cumprido.

Agradeço a todos os professores e colegas do mestrado, amigos das madrugadas de estudo e das inquietações que as pesquisas suscitavam.

Agradeço ao Dr. Marco Aurélio Marsiglia Treviso e a Dr^a. Tânia Mara Guimarães Pena as contribuições para a realização da presente pesquisa.

Agradeço aos amigos Adriano Jorge, Brenner de Oliveira Tomé e Taciana Kawasaki de Araújo o apoio e compreensão.

Agradeço a Deus a oportunidade de aqui estar e de conseguir concretizar este sonho.

RESUMO

AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA COMO INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES

Na atuação junto à Justiça do Trabalho observou-se que em diversos momentos a autonomia privada coletiva conferida às instituições sindicais, por vezes, tinha o seu caráter corrompido. Já que, em certos momentos, demonstrava ser um meio de violar direitos fundamentais dos trabalhadores. Questionavam-se, assim, quais as razões que estavam levando aqueles que foram constituídos para proteger os trabalhadores a tomarem posições francas de precarização e supressão dos direitos laborais. Como resposta aos questionamentos surgiram focos na globalização, nas mudanças ocorridas no mundo do trabalho, no esvaziamento dos sindicatos e, até mesmo, na ética das referidas instituições. O olhar voltou-se então para os direitos fundamentais em suas duplas implicações, pois, se por um lado comportam direitos, prestações a serem adimplidas pela sociedade e pelo Estado, por outro, implicam em deveres que também são extensivos a todos os envolvidos. Neste norte, chega-se à atuação do Judiciário, em específico do TST, ao se deparar com instrumentos coletivos violadores de direitos fundamentais, quais medidas serão implantadas e como serão os julgamentos. Enfim, é um longo caminho a ser percorrido, até porque, não há respostas prontas e cada caso merece ser avaliado com as suas respectivas peculiaridades. Inclusive o tema eleito pela Corte Superior do Trabalho como representativo do foco proposto (Tema 762) não foi apreciado pelo STF, retornando a questão para análise do TST, o que, até a conclusão do presente estudo, não havia sido realizado.

Palavras-chaves: direitos sociais, autonomia privada coletiva, negociação coletiva.

ABSTRACT

In the practice of law before the Labor Courts, it was observed that at various moments the private collective autonomy granted the union institutions sometimes had their feature corrupted. Once, at some point, it was verified as a way of violating fundamental rights of workers. It questioned up the reasons that were leading those documents that were created to protect the workers to take candid positions of precariousness and suppression of labor rights. In response to questions, focuses on globalization, on the changes in the world of work, on emptying the unions and even on the ethics of those institutions arouse. The interest then turned to fundamental rights in its dual implications, because on the one hand there are rights, benefits to be implemented by society and the State and on the other side they generate duties which are also extended to all involved. In the path, one comes to the Judiciary acting, specifically concerning about the TST, when it faces collective instruments violators of the fundamental rights to evaluate which measures will be implemented and how will the trials work. Anyway, it is a long way to be coursed because there is no prompt answers and each case should be assessed with their respective peculiarities. Evidently, the theme chosen by the Superior Labor Court as representative of the proposed problem (Topic 762) has not been examined by the Supreme Court, returning the issue for analysis of the TST, which, until the conclusion of the present study, was not performed.

Key-words: social rights, labor law, collective private autonomy, collective bargaining.

LISTAS DE ABREVIATURAS

CC	CÓDIGO CIVIL
CF	CONSTITUIÇÃO FEDERAL
CLT	CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO
CPC	CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
OJ	ORIENTAÇÃO JURISPRUENCIAL
SDI 1	SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS 1
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
TRT	TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
TST	TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAP. 1: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS TRABALHADORES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: NA ÓTICA DO SISTEMA DE GARANTIAS DO DIREITO LABORAL E A ATIVIDADE DOS ENTES SINDICAIS.....	10
1.1 Direitos fundamentais sociais dos trabalhadores na CF de 1988.....	10
1.2 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.....	18
1.3 A proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores: o piso mínimo existencial e a vedação ao retrocesso social.....	25
1.4 A autonomia privada coletiva na Constituição Federal de 1988 e suas implicações.....	30
1.5 O pluralismo jurídico e a função de modernizar a CLT.....	50
CAP. 2: O DIREITO COLETIVO DO TRABALHO NA ORDEM CONTEMPORÂNEA.....	60
2.1 O direito coletivo do trabalho na ordem contemporânea.....	60
2.2 Direito Coletivo: a configuração do modelo sindical na CF de 1988.....	73
2.3 A desregulamentação e flexibilização dos direitos laborais frente à atual conjuntura econômica.....	80
CAP. 3: A AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA COMO INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES.....	88
3.1 Direitos e deveres fundamentais na criação e aplicação dos instrumentos coletivos.....	88
3.2 Possibilidade de aplicação do direito responsivo e da teoria consequencialista na atuação das instituições sindicais.....	96
3.3 O Tribunal Superior do Trabalho e a violação dos direitos fundamentais por instrumentos coletivos de trabalho: análise das súmulas 277, 437 e OJ 342 da SDI 1 do Tribunal Superior do Trabalho e do Tema 762 eleito com interesse e repercussão geral.....	106
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	119
REFERÊNCIAS.....	123

INTRODUÇÃO

A proposta do presente estudo consiste em analisar se a autonomia privada coletiva, reconhecida na Constituição Federal em seu artigo 7º, XXVI, é utilizada como instrumento de violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Observa-se que no direito coletivo do trabalho, os entes sindicais possuem a prerrogativa de criarem normas sem a interferência do Poder Legislativo, ou seja, via negociações coletivas são realizados instrumentos que possuem força de lei para as partes contratantes (sindicados, empregadores e trabalhadores). Assim, nota-se o exercício da Autonomia Privada Coletiva na criação de normas que almejam a melhoria das condições de trabalho e de uma vida digna ao trabalhador.

A autonomia privada coletiva, tão louvável e admirável nos documentos escritos, pode tornar-se um verdadeiro tormento na vida dos trabalhadores, em razão da observância de interesses econômicos dos empregadores e ainda pessoais, dos dirigentes sindicais. Logo, verificar se realmente o Estado afasta-se de seu ideal e com isto, permite a exploração não só do capital sobre o trabalho, mas também dos atores sindicais em detrimento dos trabalhadores, constitui uma das metas do trabalho indicado.

Analisar o comportamento das instituições sindicais frente aos processos impostos pela globalização e a crise enfrentada no mundo do trabalho e ainda averiguar se há violações de direitos fundamentais em razão das negociações coletivas e a atuação do judiciário frente ao problema apresentado, serão outros escopos da pesquisa proposta.

Sendo assim, no primeiro capítulo, será feita uma análise dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores abrangendo a efetividade, o sistema de garantias, vedação ao retrocesso social e a consequente proteção ao piso mínimo existencial. Buscará ainda verificar a autonomia privada coletiva e suas implicações, bem como o pluralismo jurídico no âmbito laboral e sua contribuição para modernização da CLT.

O segundo capítulo abordará o direito coletivo do trabalho na ordem contemporânea e a configuração das instituições sindicais no contexto pós Constituição Federal de 1988. Avaliará os problemas que chegam com a pós-modernidade, dentre eles a globalização, esvaziamento dos sindicatos e a crise ética, pelo qual passam as referidas instituições. Enfrentará ainda as questões referentes à desregulamentação e flexibilização do direito laboral.

O terceiro procurará evidenciar as duas faces dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores que são os direitos e deveres. Avaliará a conduta do Estado frente à negociação coletiva e à atuação do Tribunal Superior do Trabalho inerente às violações realizadas por instrumentos coletivos, em especial na análise das súmulas 277, 437, OJ 342 SDI 1 e do Tema 762, eleito como representativo da controvérsia apresentada na pesquisa no que tange às horas in itinere e sua redução por norma coletiva.

Para cumprir o mister proposto neste trabalho, elegeu-se: a) pesquisa teórica com o objetivo de esclarecer os conceitos de direitos fundamentais dos trabalhadores, direito coletivo, negociação coletiva, autonomia privada coletiva, dentre outros, e; b) pesquisa documental, com o intuito de investigar se a teoria corresponde à prática, sendo que a pesquisa retromencionada será pautada na análise das súmulas 277, 437, OJ 342 SDI 1 do Tribunal Superior do Trabalho e no tema controvertido 762 que culminou com o RE 820729, remetido ao STF como instrumento de repercussão geral. Será utilizado o método indutivo a partir da análise dos casos concretos e o método dedutivo na verificação do conteúdo prescrito na doutrina e na legislação (Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho).

CAP. 1: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS TRABALHADORES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: NA ÓTICA DO SISTEMA DE GARANTIAS DO DIREITO LABORAL E A ATIVIDADE DOS ENTES SINDICAIS.

Este capítulo será desenvolvido com a verificação dos conceitos e algumas das características que marcam os direitos humanos, fundamentais e sociais. Cabe mencionar que o estudo não passa pela análise de todos os direitos sociais, mas apenas do trabalho. O marco é discorrer sobre os direitos humanos, fundamentais e sociais na Constituição Federal de 1988. Sendo que, o foco de atenção serão os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores. Nestes termos, a análise será da efetividade dos direitos sociais dos trabalhadores e suas implicações no sistema jurídico. Além disso, será avaliado se é possível ocorrer violações aos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores no exercício da autonomia privada coletiva. A preocupação estará centrada na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por isso, o objeto de análise é a relação jurídica entre empregado e empregador, mas, sem deixar de lado a eficácia vertical existente na relação do trabalhador com o Estado. Logo, se faz necessário avaliar o sistema de garantias dos direitos fundamentais tais como o piso mínimo existencial e a vedação ao retrocesso social. Ultrapassadas estas questões, cumpre também avaliar a autonomia privada coletiva, seus conceitos, implicações, enfim a forma como contribuiu para o pluralismo jurídico e a consequente modernização da legislação laboral.

1.1 Direitos fundamentais sociais dos trabalhadores na CF de 1988.

Antes de tratar dos direitos fundamentais cumpre primeiramente avaliar os direitos humanos e suas implicações no direito do trabalho. Amauri Mascaro do Nascimento ao discorrer sobre o tema traduz os direitos humanos como exteriorização do direito natural. Sustenta ainda, que o direito do trabalho é compreendido como direito humano, pois é a fórmula para propiciar uma vida digna retirada com a própria força de trabalho. No entanto, alerta que o direito do trabalho não foi construído como direito humano, mas sim positivo, já que surge com a Revolução Industrial, sendo assim, produto recente na história¹

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.279. “Direitos humanos é expressão de matriz jusnaturalista, de direito natural. Nesse caso, os direitos do trabalhador teriam de ser compreendidos como direitos existentes *em todos os tempos e acima do direito positivo*, o que não

Os direitos humanos são conceituados por Enoque dos Santos Ribeiro como aqueles inerentes a todo o homem simplesmente por ter nascido. Por esta razão, não podem ser alienados, violados, prescritos, já que formam o núcleo sublime de proteção do ser humano e de realização da dignidade humana.²

É possível dizer que os direitos humanos possuem caráter de universalidade, uma vez que é dirigido a uma coletividade e também de historicidade, pois são construídos no decorrer do tempo e expressam os valores mais límpidos da sociedade. Além das características retromencionadas, possuem outras de igual importância. Em regra, denotam a expressão de uma ideologia superior em um dado momento histórico e das relações de poder. É, na realidade, o mais universal de todos os direitos.³

Cabe mencionar que direitos humanos e direitos fundamentais são direitos distintos, embora mantenham uma íntima relação. Sarlet concebe os direitos humanos como aqueles reconhecidos pela ordem internacional enquanto universais e aplicados a todos os seres humanos. Por outro lado, diz que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos reconhecidos e positivados no âmbito constitucional.⁴

Ferrajoli compreende os direitos fundamentais como direitos subjetivos pertencentes a todos os seres humanos. Relata que estes direitos possuem duas dimensões uma positiva e outra negativa. A primeira diz respeito a uma prestação já a segunda a

corresponde, na história, à construção do direito do trabalho, que nasceu como decorrência da Revolução Industrial do século XVIII, fruto de período mais recente da história”.

² SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: Ltr, 2004. p. 38. “O conceito da expressão direitos humanos pode ser atribuído aos valores ou direitos inatos e imanescentes à pessoa humana, pelo simples fato de ter ela nascido com esta qualificação jurídica. São direitos que pertencem à essência ou à natureza intrínseca da pessoa humana, que não são acidentais e suscetíveis de aparecerem e desaparecerem em determinadas circunstâncias. São direitos eternos, inalienáveis, imprescritíveis que se agregam à natureza da pessoa humana, pelo simples fato de ela existir no mundo do direito.”

³ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: Ltr, 2004. p. 33. “Podemos categoricamente afirmar que o mais universal de todos os direitos é o dos direitos humanos – à liberdade, à vida, à segurança, à saúde, ao trabalho, etc., - que o homem possui pelo simples fato de ser homem. Da mesma forma que, para a sabedoria, para o conhecimento e para a caridade, não existem limites, também não devem existir limites ou exceções para os direitos humanos, e deles são merecedores todos os seres humanos.”

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 251. “Fechando o tópico, importa deixar aqui devidamente consignado o sentido que atribuímos às expressões ‘direitos humanos’(ou direitos humanos fundamentais), que compreendidos como direitos da pessoa humana reconhecidos pela ordem jurídica internacional e com pretensão de validade universal, e ‘direitos fundamentais’, concebidos como aqueles direitos (dentre os quais se destacam os direitos humanos) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional.”

ausência de lesão. Em outros termos, são direitos fundamentais todos aqueles direitos conferidos pelo ordenamento jurídico às pessoas físicas enquanto cidadãos.⁵

Ferrajoli salienta que os direitos fundamentais estão presentes no ordenamento jurídico de cada país, mas não dependem de positivação. Em regra costumam ser inseridos nas Constituições, mas a norma infraconstitucional também traz disposições fundamentais. Ocorre que, quando inseridos no corpo da Constituição, são traduzidos também como garantias fundamentais.⁶

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, em seu artigo 1º, III e IV, prevê a dignidade da pessoa humana e ainda os valores sociais do trabalho, como fundamentos do Estado Democrático de Direito. Isto nada mais é do que preceitos nucleares dos direitos humanos e, por consequência, dos fundamentais, ou seja, a realização do homem de uma forma digna. Antônio Junqueira de Azevedo⁷ sustenta que a Constituição Federal de 1988, ao trazer em seu art. 1º, III a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, o faz como princípio jurídico a ser obedecido e buscado por todo o ordenamento jurídico.

O objetivo da Constituição Federal de 1988, conforme apresentado no artigo 1º, consiste em deixar a conjuntura econômica e social anterior e caminhar para um Estado

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadernatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadernatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 9. “são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por status a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício.”

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadernatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadernatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 10. “Com base nisso, diremos que são fundamentais os direitos atribuídos por um ordenamento jurídico a todas as pessoas físicas enquanto tais, ou enquanto cidadãos, ou enquanto capazes de agir. Mas diremos também, sem que a nossa definição seja de algum modo invalidada, que um dado ordenamento jurídico, por exemplo, totalitário é privado de direitos fundamentais. A previsão de tais direitos por parte do direito positivo de um determinado ordenamento é, de alguma maneira, condição da sua existência ou vigor naquele ordenamento, mas não incide sobre o significado do conceito de direitos fundamentais. Menos ainda incide sobre esse significado a sua previsão num texto constitucional, que é somente uma garantia de sua observância por parte do legislador ordinário: são fundamentais, por exemplo, também os direitos de defesa determinados ao imputado pelo código de processo penal, que é uma lei ordinária.”

⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. REVISTA USP, São Paulo, n.53, p. 90-101, março/maio 2002. p. 91.” Tomada em si, a expressão é um conceito jurídico indeterminado; utilizada em norma, especialmente constitucional, é princípio jurídico.”

Democrático de Direito que tem como bases o valor social do trabalho, solidariedade, justiça, dignidade da pessoa humana, dentre outros.⁸

É possível dizer que o Estado Democrático de Direito é aquele que atua mediante as leis estabelecidas, com respeito à democracia, direitos humanos e fundamentais. A ideia de Estado Democrático de Direito surge no século XVIII com a afirmação dos valores inerentes à dignidade da pessoa humana e se constrói no tempo como uma evolução do referido pensamento. Portanto, conforme afirma Jorge Reis Novais⁹ o Estado Democrático de Direito está associado ao direito, à democracia e aos direitos fundamentais.

Caminhando do Estado Democrático de direito para os direitos fundamentais, tem-se que em semelhança aos direitos humanos, aqueles não comportam divisões. Porém, estas são justificadas quanto à análise da historicidade, pois em cada categoria nota-se um período da história, com suas ideologias e marcas do poder dominante. Para a presente pesquisa interessa o olhar sobre os direitos fundamentais sociais, em especial, o direito fundamental ao trabalho e suas consequentes implicações.¹⁰

Entende-se por direitos sociais aqueles conferidos como prestações do Estado para promover a dignidade humana, são direitos como educação, trabalho, saúde, dentre, outros.¹¹ Buscam assim realizar o direito da igualdade e possuem como centro a dignidade

⁸ ROESLER, Átila da Rold. **Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 81. “Naquele momento, portanto, a Carta de 1988 significou a ideia de rompimento com o passado a fim de estabelecer um novo horizonte nas relações humanas marcando o nascimento do novo Estado Democrático de Direito. A adoção da solidariedade, da justiça, da valorização do trabalho e da dignidade humana como parâmetro do ordenamento jurídico determina que as regras sejam examinadas sob a ótica da coletividade, sem que se perca de vista o ser humano.”

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais Trunfos contra a maioria**. Coimbra, 2006, p.19. “O Estado de Direito (direitos fundamentais) exige a democracia, como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas que estrutura o edifício do moderno Estado de Direito. Por sua vez, do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem originariamente exigências de igualdade e liberdade individual da maioria como princípio elementar de funcionamento do sistema político, pelo que, à luz dessa construção, se não houver democracia não há verdadeiro Estado de Direito.”

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 30. “Por essa razão, uma parte crescente da doutrina refere-se às categorias dos direitos fundamentais com o termo ‘dimensões’. Essa opção, evita os graves equívocos do termo gerações, mas não será utilizada no presente estudo em razão de uma preocupação de exatidão terminológica. [...] Portanto, recomenda-se utilizar os termos ‘categorias’ ou ‘espécies’ de direitos fundamentais, da mesma forma como se classifica leis e atos jurídicos em espécies de leis ou categorias de atos jurídicos e não em dimensões [...]”

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 286-287. “Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais

da pessoa humana, que no dizer de Daniel Sarmiento¹² justifica e unifica todo o sistema jurídico. Bockenforde define os direitos sociais como participação dos homens a bens materiais em contraposição aos direitos de liberdade e garantias de propriedade. Seria assim, uma resposta à situação de miséria social, especificamente dos trabalhadores como consequência do processo de industrialização decorrente do estado liberal.¹³

Os direitos sociais colocam o Estado e a Sociedade como devedores, portanto, estes possuem a obrigação de respeitar e cumprir os direitos fundamentais do trabalhador.¹⁴ Certo é que os direitos sociais possuem duas dimensões quais sejam: a subjetiva e a objetiva. Na dimensão subjetiva, implicam em direitos que podem ser exigíveis dos devedores da obrigação. Na perspectiva objetiva, traduzem meios de se concretizar os núcleos centrais dos referidos direitos, tais como: o princípio da dignidade da pessoa humana, justiça e solidariedade.¹⁵

fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.”

¹² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 85-6. “Foi por estas razões que afirmamos, em outro estudo de nossa lavra, que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF), e que costura e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais, representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado.”

¹³ BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Prólogo de Francisco J. Bastida. Trad. De Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verl. Ges. 1993. P. 72-73. “La idea de los derechos fundamentales sociales como derechos constitucionales es mas antigua que la discusión sobre la relación entre el Estado de Derecho y el Estado social, si bien se encuentra con ella en una relación material. [...] Eran la respuesta a la situación y a la miseria social de los trabajadores que se produjo como consecuencia del proceso de industrialización y por obra del modelo liberal de ordenamiento de la sociedad burguesa. [...] Materialmente son derechos sociales de participación en los bienes materiales humanos y como tales se contrapusieron conscientemente a los derechos fundamentales de libertad y a la garantía de la propiedad, que aparecían como derechos fundamentales de la clase burguesa propietaria.

¹⁴ MENEZES, Claudio Armando Couce de. LOPES, Glaucia Gomes Vergara. CALVET, Otavio Amaral. SIVOLELLA, Roberta Ferme. (apud ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 32/37) As garantias dos direitos sociais e laborais e as dimensões de sua efetividade: direito ao trabalho e a não discriminação. Medidas judiciais e pretensões cabíveis. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.50, n.80, p.73-94, jul./dez.2009. p. 73. “Tais prestações compreendem entes estatais e privados (ex.: não intervenção em caso de exercício do direito de greve; não impedir ou dificultar a filiação a sindicato). Em algumas hipóteses podem dizer respeito aos Poderes Públicos: fixação do salário mínimo, garantias à atuação sindical. Em outras, dirigem-se aos particulares conforme se dá com os empregadores privados: igualdade de tratamento na empresa, respeito à jornada de trabalho e aos repousos, vedação de dispensas arbitrárias e discriminatórias, acatamento da ampla defesa e do contraditório e da presunção de inocência do obreiro em procedimentos disciplinares etc.”

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 551-552. “Além disso, como ocorre com os direitos fundamentais em geral, também os direitos sociais apresentam uma dupla dimensão subjetiva

Conforme menciona Victor Abramovich, os direitos sociais são revestidos de obrigações negativas e positivas. As negativas são traduzidas como obrigações de não fazer, que no direito coletivo do trabalho, pode ser observada como a manutenção da liberdade de filiação dos trabalhadores aos sindicatos. Já as positivas são inerentes a uma obrigação de fazer, que via de regra, não é definida apenas pelo dispêndio de recursos financeiros, mas possuem um alcance maior, englobam, por exemplo, a regulamentação dos fatos sociais e o acesso à justiça.¹⁶

Especificamente, os direitos sociais dos trabalhadores apresentam ainda uma outra importante distinção dos demais direitos sociais. Os direitos dos trabalhadores são prestações a serem adimplidas, em regra, pelos empregadores, portanto, tratam de relações jurídicas entre particulares, ou seja, empregado e empregador. Já os direitos sociais gerais tais como saúde, educação, moradia, segurança, previdência social, dentre outros, têm como devedor o Estado, que tem a obrigação de satisfazer a prestação social prevista no texto constitucional de forma a realizar o princípio da dignidade humana.¹⁷

Adverte-se que, embora o devedor direto da prestação do direito do trabalho seja o empregador, o direito social do trabalho deve irradiar a atuação do Estado para que este

e objetiva. No que diz com a primeira, ou seja, quando os direitos sociais operam com direitos subjetivos, está em causa a possibilidade de serem exigíveis (em favor de seus respectivos titulares) em face de seus destinatários. [...] Já a perspectiva objetiva das normas de direitos sociais, reflete o estreito liame desses direitos com o sistema de fins e valores constitucionais a serem respeitados e concretizados por toda a sociedade (princípio da dignidade da pessoa humana, superação das desigualdades sociais e regionais, construção de uma sociedade livre, justa e solidária.)”

¹⁶ ABRAMOVICH, Victor. LINHAS DE TRABALHO EM DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: INSTRUMENTOS E ALIADOS – **Revista internacional de direitos humanos**. Ano 2 • Número 2 • 2005 - p. 188/223. Tradução Maria Lucia de Oliveira Marques. p. 195-196. “Tanto os direitos civis e políticos quanto os econômicos, sociais e culturais constituem um complexo de obrigações positivas e negativas. Mas convém aprofundar essa noção, pois de seu aperfeiçoamento dependem a extensão e o alcance da exigibilidade de ambos os tipos de direitos. No que se refere às obrigações negativas, trata-se das obrigações de se abster de realizar certa atividade por parte do Estado. Por exemplo: não impedir a expressão ou a difusão de idéias; não violar a correspondência; não deter pessoas arbitrariamente; não impedir a filiação de uma pessoa a um sindicato; não intervir em caso de greve; não piorar o estado de saúde da população; não impedir uma pessoa de ter acesso à educação. [...] Nesses casos, a obrigação do Estado nem sempre está vinculada à transferência de fundos ao beneficiário da prestação, mas precisamente ao estabelecimento de normas que concedam relevância a uma situação determinada ou à organização de uma estrutura que se encarregue de pôr em prática certa atividade. [...] Da mesma forma, o direito de constituir um sindicato ou de se afiliar a um sindicato implica o direito a outorgar consequências jurídicas relevantes a sua atuação.”

¹⁷ MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007. p.71. “Os direitos sociais dos trabalhadores, entenda-se urbanos e rurais, diferenciam-se dos direitos sociais em geral. Os primeiros são uma categoria específica destes e se diferem dos demais que dizem respeito à toda a coletividade, prestacionais, já que são restritos aos trabalhadores (empregados), tendo como destinatários os empregadores. Note-se que os direitos sociais prestacionais encontram-se vinculados às tarefas exercidas pelo Estado Social, que busca a melhor forma de distribuir e redistribuir a renda.”

promova sua realização e o defenda dos atos do capital. Daí decorre a necessidade do Estado implantar políticas públicas inerentes ao direito do trabalho e promover a necessária proteção do trabalhador. Isto também justifica a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Logo, na relação jurídica travada entre empregado e empregador; sindicatos patronais e de trabalhadores ou entre empresas e sindicatos, necessariamente deverão ser observados os direitos fundamentais dos trabalhadores.¹⁸

Cabe ainda destacar que o valor social do trabalho, tão aclamado no preâmbulo e dispositivos constitucionais, tais como: nos artigos 6º, 7º, 170, 193 e outros, faz com que o trabalho seja um garantidor mínimo de poder social e de distribuição de riqueza¹⁹. Certo é que os direitos sociais, em especial o do trabalho, são direitos a uma prestação, que possuem como núcleo a realização do princípio da dignidade da pessoa humana, mas são muito mais que isto, são direitos criados para a plena realização do princípio da igualdade material e formal.²⁰

Importa salientar que os direitos sociais dos trabalhadores são descritos na Constituição em dois aspectos importantes, quais sejam individuais e coletivos. Primeiramente, estão elencados no artigo 7º como direitos individuais do trabalhador. Já

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 552. “Nesta esfera, como já assinalado na parte geral dos direitos fundamentais, também as normas de direitos sociais (sendo normas de direitos fundamentais) possuem uma eficácia dirigente ou irradiante, decorrente da perspectiva objetiva, que impõe ao Estado o dever de permanente realização dos direitos sociais, além de permitir às normas de direitos sociais operarem como parâmetro, tanto para aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, quanto para a criação e o desenvolvimento de instituições, organizações e procedimentos voltados à proteção e promoção dos direitos sociais. Dai também resulta, entre outros aspectos, a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas (e, em termos mais amplos, a interpretação do ordenamento jurídico de acordo com o marco dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais).”

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória - FDV, n.2 p.11-46, 2007, p.16. “À medida que democracia consiste na atribuição de poder também a quem é destituído de riqueza – ao contrário das sociedades estritamente excludentes de antes do século XIX, na História –, o trabalho assume o caráter de ser o mais relevante meio garantidor de um mínimo de poder social à grande massa da população, que é destituída de riqueza e de outros meios lícitos de seu alcance. Percebeu, desse modo, com sabedoria, a Constituição a falácia de instituir a democracia sem um corresponde sistema econômico-social valorizador do trabalho humano.”

²⁰ MARTINELLI, Mário Eduardo. **A deterioração dos direitos de igualdade material no neoliberalismo**. Campinas: Editora Millennium, 2009, p. 120.” Os direitos fundamentais de igualdade material são situações jurídicas criadas pelo poder constituinte originário popular, em benefício da expansão da igualdade material. Não são meros ‘compromissos dilatatórios’ nem penduricalhos ideológicos destinados apenas à legitimação e ornamentação das constituições jurídicas sociais.”

dos artigos 8º a 11º compreendem a esfera coletiva dos direitos dos trabalhadores.²¹ Cabe mencionar que todos os direitos, sejam individuais ou coletivos, compõem o núcleo previsto no artigo 6º da Constituição Federal que elege o direito do trabalho como um direito social.

Outra questão que merece destaque, é que o artigo 7º da Constituição Federal enumera, de forma apenas exemplificativa, os direitos fundamentais dos trabalhadores, sem excluir outros que busquem a melhoria da condição social do trabalhador e, assim, a realização do princípio da dignidade humana. Neste sentido, há ainda normas infraconstitucionais que possuem como núcleo os princípios que norteiam os direitos fundamentais. São normas que, sob o aspecto material, configuram verdadeiros direitos fundamentais sociais dos trabalhadores. Trata-se, por exemplo, da Consolidação das Leis do Trabalho e também da legislação esparsa, como aquelas que cuidam da saúde do trabalhador (artigos 189 a 193 da CLT), do meio ambiente de trabalho (artigo 299 da CLT), Lei 8.112/90 artigo 206 A etc.²²

Amauri Mascaro do Nascimento acrescenta que o direito do trabalho é muito mais do que um direito fundamental, é um axioma, um valor que justifica a vida digna do trabalhador.²³ Para Roesler, o Direito do Trabalho, consagrado como Direito Social,

²¹ MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007. p.71. “Os direitos dos trabalhadores, conforme a Constituição brasileira de 1988, são de duas ordens fundamentalmente: direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho, art. 7º, da Constituição de 1988, como, por exemplo, ‘gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos um terço a mais do que o salário normal (inciso XVII)’; e direitos coletivos dos trabalhadores, arts. 8º a 11º, exercidos coletivamente ou no interesse de uma coletividade, tais como o direito à associação sindical, greve, entre outros.”

²² MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007. p.72-73. “Não menos importante para os direitos dos trabalhadores é o fato de as normas de direitos fundamentais sentido material, aquelas que, apesar de estarem, fora do catálogo dos direitos e garantias fundamentais, em virtude de seu grau de importância e conteúdo, podem ser equiparadas, formalmente aos direitos fundamentais, fazendo com que os arts. 9º e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), tenham também, materialmente, natureza de direitos fundamentais, pois que consideram como nulos de pleno direito os atos que visem a fraudar, impedir ou desvirtuar a aplicação dos preceitos constantes da Constituição e que as alterações nos contratos individuais de emprego apenas são lícitas por mútuo consentimento e desse que não acarretem prejuízo ao trabalhador, tornando, portanto, nula, nulidade esta absoluta, a alteração que causar prejuízo ao obreiro, mesmo com a concordância dele ou que busquem afastar a aplicação dos preceitos contidos na CLT.”

²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p.279. “Como direito fundamental, o direito do trabalho teria de ser direito de todos em todos os lugares, *em certo tempo*. Esses direitos são constitucionais quando incluídos na Constituição de um país. É o enquadramento mais razoável. O direito do trabalho nem sempre existiu, suas leis vigoram por certo tempo até a sua revogação, e

implica em um verdadeiro instrumento de promoção da dignidade humana, ou seja, representa a concretude dos preceitos e princípios delineados na Constituição Federal como o valor social do trabalho, os direitos sociais e a dignidade do homem.²⁴

Tem-se ainda que os direitos sociais, para serem cumpridos e realizados, precisam muito mais do que a ação do Estado e dos particulares. Faz-se necessário um poder que possa garantir o cumprimento efetivo dos mandamentos expressos como direitos sociais dos trabalhadores. Nas palavras de Abramovich, citado por Menezes, no artigo *As garantias dos direitos sociais e laborais e as dimensões de sua efetividade: direito ao trabalho e à não discriminação*, os direitos sociais para serem efetivos necessitam de um poder que possa atuar quando não forem cumpridos, no caso, do Judiciário.²⁵

Com os conceitos principais colocados segue-se à análise da eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores nas relações privadas e ainda com o Estado, fala-se assim da eficácia horizontal e vertical e suas manifestações.

1.2 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.

A inserção do direito do trabalho como direito fundamental social constitui uma das formas de concretização da Democracia na vida do homem, já que o trabalho confere dignidade, mas antes de tudo, é meio de subsistência, distribuição de riquezas e instrumento civilizador.²⁶ Mais que isso, o direito fundamental do trabalho promove, segundo Roesler, a

em diversos países as principais leis têm nível constitucional. O trabalho humano é um valor, e a dignidade do ser humano como trabalhador, um bem jurídico de importância fundamental.”

²⁴ ROESLER, Átila da Rold. **Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 84. “Como visto, o trabalho foi adquirindo o status de instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana ao longo de sua história, até atingir, nos tempos atuais, a natureza de direito social do cidadão brasileiro, nos termos do que prevê o art. 6º da Constituição Federal de 1988. Tais direitos têm por objetivo assegurar ao trabalhador proteção contra necessidades de ordem material, além de garantir-lhe uma existência digna. A carta Maior brasileira colocou o Direito do Trabalho como direito fundamental.”

²⁵ MENEZES, Claudio Armando Couce de. LOPES, Glaucia Gomes Vergara. CALVET, Otavio Amaral. SIVOLELLA, Roberta Ferme. *As garantias dos direitos sociais e laborais e as dimensões de sua efetividade: direito ao trabalho e à não discriminação. Medidas judiciais e pretensões cabíveis*. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.50, n.80, p.73-94, jul./dez.2009. p. 73. “Portanto, o que qualificará a existência de um direito social como um direito plenamente garantido não é apenas o cumprimento pelo Estado e pelos particulares, mas a existência de um poder para fazer atuar o direito fundamental em caso de seu descumprimento.”. (apud ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 37).” No existe derecho económico, social o cultural que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación”.

²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória - FDV, n.2 p.11-46, 2007, p.15. “Sabidamente, instituiu a Constituição que o trabalho, em especial o regulado, assecuratório de certo patamar

neutralização dos efeitos do capitalismo sobre o trabalho humano, protege e legitima os direitos sociais buscando dar efetividade às normas dispostas na Constituição Federal, principalmente no que tange à preservação do ser humano e dos limites da exploração do homem²⁷

Neste contexto, Ferrajoli coloca que os direitos fundamentais sociais são direitos de sobrevivência, possuem proteção, tanto contra o Estado, como contra pessoas. Em suma, tem a característica de ser a lei do mais fraco contra o mais forte.²⁸ Além disso, decorre do processo de lutas árduas no processo de evolução da humanidade.²⁹

Enoque Ribeiro dos Santos, ao tratar de dignidade humana a coloca como uma conquista ética e jurídica que é conferida a todas as pessoas e que deve ser perseguida por toda a sociedade e promovida pelo Estado. Relata a dificuldade em poder conceituar a dignidade da pessoa humana, já que são em suas violações que seu sentido aflora e que a

de garantias ao obreiro, é o mais importante veículo (se não o único) de afirmação comunitária da grande maioria dos seres humanos que compõem a atual sociedade capitalista, sendo, desse modo, um dos mais relevantes (se não o maior deles) instrumentos de afirmação da Democracia na vida social.”

²⁷ ROESLER, Átila da Rold. **Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 102. “Sem a ideia protetiva, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria de modo legítimo e tampouco cientificamente. Assim, quando se fala em direito do trabalho, estamos lidando com a ideia de um instrumento jurídico neutralizador dos efeitos destruidores da exploração sem medidas do capital sobre o trabalho humano. É preciso ter em mente que os direitos sociais foram fixados a partir de princípios elementares e é essa compreensão de poder e de responsabilidade que se exige dos homens de direito.”

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadernotori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadernotori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 106. “Decorre um terceiro critério axiológico em grau de sugerir quais direitos é justificável estabelecer como fundamentais: o papel de tais direitos como lei dos mais fracos. Todos os direitos fundamentais são (e se justificam enquanto) leis dos mais fracos em alternativa às leis dos mais fortes que vigorariam na sua ausência: em primeiro lugar o direito à vida, contra a lei de quem é mais forte fisicamente; em segundo lugar, os direitos de imunidade e de liberdade, contra a lei de quem é mais forte politicamente; em terceiro lugar, os direitos sociais, que são os direitos à sobrevivência, contra a lei de quem é mais forte social e economicamente. Também no plano histórico, de resto, se pode afirmar que todos os direitos fundamentais foram sancionados, nas diversas cartas constitucionais, como o resultado de movimentos de luta ou de revolução que, de tempos em tempos, laceraram o véu de normalidade e naturalidade que ocultava uma precedente opressão ou discriminação: dos direitos de liberdade aos direitos dos trabalhadores, dos direitos das mulheres aos direitos sociais.”

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadernotori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadernotori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 114. : “Todas as diferentes gerações de direitos fundamentais foram fruto das conquistas, estendidas, por sua vez a todos graças à sua forma universal de outras tantas gerações de sujeitos revolucionários: os direitos de liberdade negativa e depois os direitos políticos e as liberdades de reunião e de associação nas primeiras cartas dos séculos XVIII e XIX geradas pelas revoluções liberais; após, os direitos dos trabalhadores e o direito à greve reivindicados e reconhecidos depois pelas leis do trabalho impostas pelas lutas operárias; e, ainda, os direitos sociais estipulados nas constituições do século XX graças à pressão dos partidos progressistas.”

sua definição pode ser exatamente percebida.³⁰ Segundo Maurício Godinho Delgado, os direitos fundamentais são verdadeiras prerrogativas que estruturam a existência da pessoa, dentro da sociedade, de uma forma digna³¹.

Ultrapassada a questão acima exposta, é preciso compreender os sentidos dos termos eficácia e efetividade. A eficácia é concebida como a capacidade da norma em gerar os efeitos para os quais foi prevista. Portanto, encontra-se inserida nos contornos da abstração, já que não leva em consideração se na prática os efeitos são produzidos.³² Por outro lado, a efetividade está relacionada aos efeitos produzidos pela norma aplicada.

Cumprir avaliar a eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais. A primeira, direcionada ao Estado e a segunda, atribuída à relação entre particulares, mas todas vinculadas à necessária observância e respeito aos direitos fundamentais.³³ O ponto de pesquisa será especificamente os direitos fundamentais dos trabalhadores que precisam ser respeitados e aplicados em virtude de sua máxima efetividade, que, segundo Barroso, nada mais é do que atribuir a prática aos direitos consagrados na Constituição Federal. Em outros termos, é satisfazer a realidade social com o direito posto.³⁴ Logo, se a busca é pela

³⁰ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: Ltr, 2004. p. 40. “A dignidade da pessoa humana pode ser concebida com uma conquista da razão ética e jurídica da humanidade, atribuída a todas as pessoas, como fruto da reação de todos os povos contra as atrocidades cometidas pelo homem contra o próprio homem, que marcaram a experiência do homem na terra. As experiências bestiais do passado, que culminaram em verdadeiros atentados à pessoa humana, geraram a consciência de que se devia proteger, preservar, a dignidade da pessoa humana, a qualquer custo. É somente entendendo as violações praticadas contra a dignidade humana que podemos tentar defini-la.”

³¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho**. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória - FDV, n.2 p.11-46, 2007, p.11. “Direitos fundamentais são prerrogativas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade.”

³² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 254-255. “Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; neste sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma. Atente-se bem: a eficácia refere-se à aptidão, à idoneidade do ato para a produção de seus efeitos. Não se insere no seu âmbito constatar se tais efeitos realmente se produzem. [...] A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.”

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 323. “além dos órgãos estatais (na acepção ampla aqui utilizada) também os particulares, na condição de destinatários, estão sujeitos à força vinculante dos direitos fundamentais, temática habitualmente versada sob o rótulo da constitucionalização do direito privado ou, de modo mais preciso, da eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas.”

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 375. “Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no

efetividade dos direitos fundamentais, com os direitos sociais, não é diferente, pois estes configuram prestações a serem adimplidas e respeitadas pelo Estado e particulares.

Neste ponto, é preciso avaliar as implicações da constituição no direito do trabalho, que frisa-se, embora tenha sua natureza jurídica discutida, é classificado pela maioria da doutrina como direito privado. A justificativa para aceitação do direito laboral como direito privado nasce da preponderância de suas normas, já que alberga normas de direito público, privado, administrativo e até mesmo social.³⁵

Cabe lembrar que os direitos fundamentais não são apenas aqueles inseridos no texto constitucional. Nas normas infraconstitucionais existem direitos fundamentais dos trabalhadores. O que pode ser observado na Consolidação das Leis do Trabalho e ainda em leis esparsas.³⁶ Neste sentido, seja qual for a forma pela qual se reveste o direito lhe é assegurada a máxima efetividade, já que representam verdadeiros mandamentos a serem concretizados. No caso do direito do trabalho, muito mais pelos particulares do que pelo Estado, no entanto, embora o Estado não seja o devedor direto de todos os direitos dos trabalhadores, se faz necessária a sua presença para que estes sejam observados, seja pela via legislativa seja pelo dever de proteção, ou ainda pela atuação do poder judiciário. Salienta-se que a proteção deve ser efetiva, pois, insuficiente, não satisfaz o dever do Estado.³⁷

mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não-auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.”

³⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 25. “ O Direito do Trabalho pertence ao ramo do Direito privado. Não nego a existência de normas de Direito público e privado no âmbito do Direito do Trabalho, mas elas não chegam a constituir-se num tertium genus, nem há a criação de um Direito unitário ou misto. O que ocorre é que há preponderância da maioria das regras de Direito privado, como se verifica no contrato de trabalho, diante das regras de Direito público, o que também se observa no Direito Civil e no Direito Comercial, que nem por isso deixam de ser parte do ramo do Direito privado.”

³⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais**, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 59. “Na busca de uma fundamentação voltada ao reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais no tráfego jurídico privado, constatou-se que o direito privado, assim como todo e qualquer ramo do direito legislado, não pode constituir uma espécie de ‘gueto’ à margem da constituição. O respeito integral à constituição afasta a ideia de que os poderes públicos devam fechar os olhos para agressões a direitos fundamentais provenientes da esfera privada.”

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 618. “Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim,

Ao tratar do conteúdo dos direitos sociais, tem-se que conforme menciona Sarlet, uma das grandes problemáticas reside na eficácia destes direitos nas relações entre particulares. Para o autor, sejam direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal ou em normas de direito privado, o seu conteúdo é único, qual seja, propiciar uma vida digna e garantir um patamar mínimo de direitos.³⁸ O que consequentemente implica em uma obrigação direcionada ao Estado e também a toda sociedade. Inclusive os atores sindicais possuem o dever de respeito e promoção dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

A questão que se impõe juntamente com a análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é avaliar a vulnerabilidade do destinatário da norma, não só em face do Estado, mas também da economia, do mercado, do empregador e até mesmo das organizações representativas como os sindicatos.³⁹

Isto ocorre porque a experiência demonstra que o maior perigo aos direitos fundamentais sociais não reside na atuação do Estado, mas dos próprios particulares. Surge assim, na Alemanha o ‘*drittwirkung der grundrechte*’ significando a eficácia ante terceiros

para utilizar expressão de Canaris, não apenas a proibição de excesso (*Übermassverbote*) mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbote*). E tal princípio tem aplicação especial no âmbito dos direitos sociais.”

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado** – 70/106 In.: _____TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Função Social do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 73. “Assim, o objeto do presente estudo será principalmente estudo será principalmente o de pautar e discutir alguns aspectos da problemática relativa à eficácia dos direitos sociais no Direito Privado, mas em especial na seara das relações entre particulares. De outra parte, considerando que no concernente aos direitos sociais, assumidos aqui como direitos fundamentais, não há como negligenciar a sua função (ainda que não exclusiva, como se verá) de assegurar a qualquer pessoa condições mínimas para uma vida digna, resulta cogente destacar a vinculação dos direitos sociais à garantia de um mínimo existencial, que, para alguns chega a ser o núcleo essencial dos próprios direitos sociais na sua condição de direitos fundamentais.”

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado** – 70/106 In.: _____TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Função Social do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 78-77. “A partir disso, ao se empreender uma tentativa de definição dos direitos sociais, cumpre aceitar a vontade expressamente enunciada do Constituinte, no sentido de que o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na implementação e garantia de proteção e segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna (o que nos remete ao problema do conteúdo dos direitos sociais e de sua própria fundamentalidade). Tal consideração se justifica pelo fato de que também são sociais (sendo legítimo que assim seja considerado) direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade e a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico, como demonstram justamente os direitos dos trabalhadores.”

dos direitos fundamentais.⁴⁰ No entanto, ainda não há uma fórmula de conduta expressa no texto constitucional que determine como e em que medida deverá ocorrer a eficácia horizontal. Logo, os direitos fundamentais traduzem o que deve ser concretizado, mas sem determinar como e em qual extensão. Questões estas que não são resolvidas pelas disposições da Constituição Federal de 1988.⁴¹

No que tange à eficácia dos direitos sociais dos trabalhadores, tem-se que poderá ser vertical quando se encontrar no vértice o Estado que possui o dever de proteger e concretizar os direitos fundamentais assegurando, assim, a realização da dignidade humana. Por outro lado, quando a relação ocorrer entre particulares, a eficácia ainda poderá ser vertical ou horizontal. Será vertical, quando existir relações de poder, como o empregador, os sindicatos, dentre outros que possuem também o dever de promover os direitos fundamentais, mas poderá ser ainda horizontal, e neste caso trata-se do respeito, da não violação, já que o destinatário da norma não possui o dever de implementar, mas sim o dever de respeitar, fala-se, das relações particulares entre iguais.⁴² Outra questão a ser

⁴⁰ FONSECA, Maria Hemilia. **Direito ao trabalho**: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: LTr, 2009. p.54. “Com estas observações, procurou-se indicar que ainda hoje há quem encare a relação entre o Estado e os seus cidadãos como o campo de excelência dos direitos fundamentais. Mas, com o passar do tempo, verificou-se que esta perspectiva era insatisfatória para solucionar os problemas que surgiam no plano fático, sobretudo nos países democráticos, nos quais nem sempre o Estado tem se mostrado como a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares especialmente aqueles dotados de poder econômico ou social. Esta discussão surge no contexto alemão através da conhecida ‘drittwirkung der grundrechte’ (eficácia ante terceiros dos direitos fundamentais) e se expande para os demais países, notadamente aqueles pertencentes ao círculo romano germânico.”

⁴¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 2004, p. 34-35. “Contudo, mesmo nesses documentos constitucionais, é elevado o grau de indeterminação dos enunciados normativos que prescrevem –e, por consequência, servem de fundamento constitucional – a eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Os enunciados informam o que, mas não o como (o modo, a forma) e o em que medida (o alcance, a extensão).”

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado – 70/106 In.: _____ TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 90-91. “É pelas razões expostas (mas não somente por elas) que no fundo há que partir da premissa de que os direitos fundamentais geram efeitos tanto no plano verticalizado das relações entre os particulares e o poder estatal, quanto no plano (igualmente verticalizado) das relações entre particulares que não são detentores de um efetivo poder social e outros que detêm parcelas expressivas de poder social, bem como das relações entre particulares em situação de tendencial igualdade fática, ainda que não se possa aplicar, de modo geral e de modo igual, as mesmas categorias dogmático-argumentativas, por conta de um maior impacto da autonomia privada. Se é, à evidência, verdade que são os órgãos estatais que se encontram diretamente vinculados pelos deveres de proteção expressa e implicitamente contidos nos direitos fundamentais, também é correto afirmar que entre os particulares existe um dever de respeito e consideração (portanto, de não violação) em relação à dignidade e direitos fundamentais das outras pessoas. Assim, a eficácia vertical será sempre complementada por uma espécie de eficácia horizontal, que mais apropriadamente tem sido designada como eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, já que tal terminologia contorna a circunstância de que também estas relações são, em boa parte, inevitavelmente verticais.”

avaliada é a eficácia mediata ou imediata (direta e indireta) dos direitos fundamentais nas relações privadas, que será uma ou outra a partir das circunstâncias do caso concreto.⁴³

Virgílio Afonso da Silva, citado por Maria Hemília Fonseca, propõe que a solução da eficácia direta e indireta nas relações entre particulares seja resolvida por um modelo conciliador com a análise do caso concreto.⁴⁴ Este modelo justifica a aplicação indireta dos direitos fundamentais em razão das normas de direito privado serem consideradas mandamentos de otimização. Por outro lado, será direta quando não existir norma suficiente para o caso concreto.⁴⁵

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado – 70/106 In.: _____ TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 92. “A partir do exposto, percebe-se também que além de inequívocos pontos de contato entre as eficácias ‘vertical’ e ‘horizontal, também não há como distinguir com precisão ente a assim designada eficácia direta (ou imediata) e a eficácia indireta (ou mediata) dos direitos fundamentais no que diz com sua aplicação às relações entre particulares.”

⁴⁴ FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao trabalho**: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: LTr, 2009. p. “Nesta direção, *Virgílio* traça as bases de um novo modelo que procura conciliar elementos de vários outros para, assim, tentar reconstruir um fenômeno que não pode ser compreendido por modelos unilaterais. Trata-se, portanto, de um modelo conciliador.” (apud SILVA, Virgílio Afonso de. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 143-144, nota de rodapé n. 36.) O autor esclarece que em cada um desses níveis, um dos modelos, por ele considerado, apresenta um papel determinante. Ele leva em consideração as seguintes teorias: dos efeitos indiretos, diretos e da imputação das ações dos particulares ao Estado (teoria de Schwabe).

⁴⁵ FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao trabalho**: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: LTr, 2009. p.63 “Como se nota, neste modelo conciliador a autonomia dos demais campos do Direito tende a ser preservada pela ideia de mandamento de otimização, pois a existência de um Código Civil ou de uma Consolidação das Leis do Trabalho, ‘cujas normas têm, a estrutura de regras, impede, prima facie, uma aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Os efeitos desses direitos chegam às relações entre particulares por via indireta. Contudo, em diversas situações o operador do direito não encontra uma mediação legislativa, ou, em outras esta se mostra insuficiente para a resolução do caso concreto. Em tais circunstâncias, apenas a aplicação direta dos direitos fundamentais pode fornecer uma solução adequada para o conflito de interesses. Entretanto, é justamente nestes casos que os direitos fundamentais tendem a restringir os diversos campos do direito, especificamente aqueles em que a autonomia privada tem um papel de destaque. (apud SILVA, Virgílio Afonso de. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 148 e 156 e 156-159). “Um dos parâmetros mais empregados para se decidir acerca de uma eventual desvalorização da autonomia privada em relação aos direitos fundamentais, baseia-se na assimetria (falta de equilíbrio) entre as partes envolvidas no litígio. Contudo, para o autor, tal assimetria não pode ser definida incondicionalmente com base em desigualdades materiais; deve-se levar em conta, essencialmente, o grau real de autonomia privada das partes. Isto não significa que ele negue a necessidade de que se proteger os hipossuficientes, como ocorre, no direito do trabalho ou no direito do consumidor, mas simplesmente que ele entenda que essa necessidade de proteção não surge, automaticamente, de uma desigualdade material, mas de uma desigualdade de posições no interior da relação jurídica. Daí por que, para ele, a assimetria entre empregador e empregado nas relações de trabalho não decorre de uma desigualdade material entre ambas as partes, mas da própria relação de poder ínsita a essas relações”. Além do mais, em certos casos, embora a relação entre as partes seja inicialmente simétrica e não haja nenhum tipo de pressão externa, algumas mudanças fáticas não previstas (ainda que previsíveis) podem ocorrer, desequilibrando a relação contratual e, conseqüentemente, restringindo os direitos fundamentais inseridos naquele contexto, o que também pode autorizar uma intervenção na relação para se proteger os direitos em questão.

De qualquer modo, observa-se a presença da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, principalmente no direito do trabalho. Fala-se assim, que nas relações jurídicas existentes entre empregados, empregadores e sindicatos, os direitos fundamentais dos trabalhadores vinculam as partes envolvidas, uma com o dever de implementar os direitos, outras com o dever de respeitá-los. No que tange à eficácia direta ou indireta, a visão demonstrada por Virgílio Afonso da Silva parece o caminho a ser perseguido para as soluções dos casos concretos.

Deste modo, nas relações entre empregados, empregadores e instituições sindicais, há uma eficácia horizontal a ser respeitada, mas nota-se que os direitos fundamentais produzem uma vinculação bidirecional. Em outros termos, são direcionados aos particulares, mas também ao Estado.⁴⁶

Assim, os direitos fundamentais não podem ter sua eficácia direcionada apenas ao Estado, pois a esfera privada precisa ter sua parcela de responsabilidade para que o valor social do trabalho e a dignidade humana sejam respeitados. Fala-se assim, na busca de uma sociedade livre, justa e solidária fundada na atuação dos particulares de forma a realizar a promoção da pessoa humana.⁴⁷

1.3 A proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores: o piso mínimo existencial e a vedação ao retrocesso social

Os direitos dos trabalhadores, assegurados no artigo 7º da Constituição Federal, configuram o piso mínimo existencial de proteção ao trabalhador. Mais do que isto, são direitos que buscam realizar o princípio da dignidade humana. Tem-se que o direito do

⁴⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 2004, p. 59. “De modo geral, não passa despercebido na literatura que o problema da eficácia entre os particulares não se põe a todos os direitos fundamentais. Há direitos fundamentais que são unidirecionais, porque vinculam somente os poderes públicos. Na CF, é o caso, e.f., dos direitos de nacionalidade e dos direitos políticos (Título II, capítulos III e IV, respectivamente). Dizer da eficácia entre particulares é dizer se certos direitos fundamentais são bidirecionais, ou seja, se além de vincularem os poderes públicos também vinculam os particulares.”

⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.63-64. “Pretendeu, portanto, o constituinte, com a fixação da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana acima aludida e mediante o estabelecimento de princípios fundamentais introdutórios, definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas, que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos. Propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se estruturas jurídicas funcionalizadas à realização da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo central da Constituição brasileira de 1988.”

trabalho, é um direito social e como tal, fundamental. Logo, possui as necessárias garantias para sua efetivação, já que carecendo delas não consegue existir e efetivar-se. Portanto, necessariamente, o direito do trabalho precisa estar acompanhado de garantias para que possa então ser realizado.⁴⁸

Neste sentido, a violação dos direitos dos trabalhadores configura nítido atentando à dignidade humana e ainda um verdadeiro retrocesso social dos direitos conquistados pelas lutas da classe operária⁴⁹. Daí decorre a importância da proteção dos direitos dos trabalhadores como forma de promover e proteger os direitos fundamentais sociais dos obreiros. Proteção que deve ser entendida também como garantia, dever do Estado e de toda a sociedade, inclusive dos atores sindicais.⁵⁰

Para o exercício dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, sejam eles individuais ou coletivos, é preciso a imposição de limites, já que a autonomia privada coletiva, que também é assegurada como direito fundamental social, pode ser utilizada como instrumento de precarização e aniquilamento dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Certo é que os direitos fundamentais são protegidos de atos que coloquem obstáculos ao seu exercício, reduzam, eliminem ou, até mesmo, diminuam o seu valor. Trata-se, deste modo, da proteção ao piso mínimo de direitos estabelecido pela Constituição traduzido como uma garantia constitucional. Assim, não é possível admitir que a negociação coletiva promova a redução ou exclusão dos direitos fundamentais do

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Port uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadernotori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadernotori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 115. “As garantias primárias dos direitos patrimoniais surgem simultaneamente com os direitos por elas garantidos: o débito junto com o crédito, a proibição de lesão de um bem de terceiro junto com o direito real de propriedade. Os direitos fundamentais, ao contrário, por causa da sua forma universal, são normas cuja existência não comporta sozinha a existência das suas garantias. Eles requerem, para serem garantidos, a produção de leis específicas de atuação [...]”.

⁴⁹ GOMES, Miriam Cipriani. **Violação de Direitos Fundamentais na Negociação Coletiva de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 115. “Neste sentido, os direitos fundamentais sociais devem atuar como garantias institucionais, ofertando certo grau de realização que não admite o retrocesso, atendendo a princípio não inscrito no ordenamento.”

⁵⁰ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: Ltr, 2004. p. 42. “É importante ainda destacar que os direitos humanos fundamentais, conjuntamente com as garantias que lhe são inerentes, contrapõem-se à inegência do Estado nas esferas individuais e coletivas e a eventuais atos arbitrários perpetrados por quaisquer instituições que detenham poder econômico, social ou político. O reconhecimento e a consagração da dignidade humana assume, nos dias de hoje, projeção planetária, com expressa anuência por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível consuetudinário ou mesmo por meio de tratados e convenções internacionais.”

trabalhador, sob pena de ser concebido o afastamento dos direitos básicos da classe obreira.

51

O princípio da vedação ao retrocesso social pode ser compreendido como meio para proteger e garantir os direitos sociais dos trabalhadores, de medidas que suprimam ou precarizem os direitos conferidos como patamar mínimo para uma existência digna. Na realidade, funciona como uma garantia para assegurar e realizar os direitos fundamentais dos trabalhadores.⁵²

O referido princípio encontra-se relacionado com o Estado Democrático de Direito e com os princípios da segurança jurídica e proteção da confiança.⁵³ Tudo que foi exposto leva a refletir sobre a segurança jurídica, tão louvável como princípio e como alicerce dos sistemas fechados. É preciso destacar que o Estado Democrático de Direito tem a segurança jurídica como ditame de certeza, confiança e estabilidade das relações jurídicas.

O princípio da proteção da confiança decorre da segurança jurídica e, uma vez aplicado ao direito do trabalho, confere aos obreiros a confiança de que os direitos minimamente assegurados na ordem constitucional e infraconstitucional não serão retirados, já que isso causaria o retrocesso social. Humberto Ávila trata o princípio da proteção da confiança como a expectativa que o cidadão tem em relação ao Estado no que

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 331. “Limites aos direitos fundamentais, em termos sumários, podem ser definidos como ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais.”

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.567. “Todavia, o fato é que para a proteção dos direitos sociais, especialmente em face do legislador, mas também diante de atos administrativos, ganhou notoriedade, inclusive e de modo particularmente intensivo no Brasil, a noção de uma proibição jurídico-constitucional de retrocesso, como mecanismo de controle para coibir e/ou corrigir medidas restritivas ou mesmo supressivas de direitos sociais.”

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 568. “Além disso, a proibição de retrocesso social guarda relação com o princípio da segurança jurídica (consagrado, entre outros, no Preâmbulo da Constituição Federal e no caput dos arts. 5º e 6º.) e, assim, com os princípios do Estado democrático e social de Direito e da proteção da confiança, na medida em que tutela a proteção da confiança do indivíduo e da sociedade na ordem jurídica, e de modo especial na ordem constitucional, enquanto resguardo de certa estabilidade e continuidade do Direito, notadamente quanto à preservação do núcleo essencial dos direitos sociais. Ao mesmo tempo, a proibição de medidas retrocessivas reconduz-se ao princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, & 1º., da CF), assim como, numa perspectiva defensiva do princípio de impedir a afetação dos níveis de proteção já concretizados das normas de direitos sociais, sobretudo no que concerne as garantias mínimas da existência digna.”

se refere ao sistema legal tributário, dizendo que este princípio é oponível pelo cidadão ao Estado e não o contrário. Neste norte, quando o Estado permite a retirada ou a flexibilização dos direitos fundamentais dos trabalhadores, o que ocorre é a quebra do princípio da proteção da confiança, restando frustradas as expectativas do trabalhador frente ao Estado, que tem o dever de protegê-los.⁵⁴

Interessa notar que a Constituição Federal de 1988 estabelece no artigo 7º o rol dos direitos sociais do trabalhador como um patamar mínimo civilizatório. No entanto, ainda no referido dispositivo e nos que seguem (arts 8º), confere a autonomia privada coletiva e cria a possibilidade de flexibilização destes direitos. Mas, há que ser pensado que admitir a redução ou supressão dos direitos mínimos estabelecidos no texto constitucional, ainda que por via da autorização prevista constitucionalmente, é conceber o retrocesso social e retirar a dignidade do trabalhador.

Chama-se a atenção para o fato de que este patamar mínimo não ser presente apenas na norma constitucional, pois há normas infraconstitucionais que têm como núcleo a proteção do trabalhador e a realização do princípio da dignidade humana e como tais, também não podem ser retiradas ou suprimidas.⁵⁵

Configura o piso mínimo existencial, o rol de direitos básicos destinados a assegurar a existência digna do homem. No caso dos direitos fundamentais dos trabalhadores, são aquelas prestações que buscam propiciar o mínimo de subsistência, segurança e proteção.⁵⁶

No que tange ao retrocesso social, tem-se que o ordenamento não permite que qualquer norma retire, precarize ou ofenda os direitos dos trabalhadores, ainda que a norma

⁵⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 553/554. “O Estado não tem direitos fundamentais, antes possui o dever de concretizá-los; os direitos fundamentais pressupõem um substrato pessoal, vinculado à dignidade humana, inexistente no caso do Estado. Não por outro motivo que o princípio da proteção da confiança serve de limitação em favor do cidadão e contra o Estado, e não em favor do Estado e contra o cidadão.”

⁵⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 1.208. “Além disso, as normas necessárias à proteção da dignidade e da vida do trabalhador, bem como aquelas de ordem pública, pertinentes à segurança e à saúde no trabalho, não podem ser objeto de flexibilidade in pejus, ainda que se trate de instrumento normativo decorrente da negociação coletiva.”

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 568. “Destaque-se, aliás, que o conjunto de prestações básicas, especialmente àquelas que densificam o princípio da dignidade da pessoa humana e correspondem ao mínimo existencial, não poderá ser suprimido nem reduzido, mesmo se ressalvados os direitos adquiridos, já que a violação de medidas de concretização do núcleo essencial da dignidade humana é injustificável sob o ponto de vista da ordem jurídica e social.”

reduzidora seja de cunho constitucional, pois se assim o for, esta será maculada pela inconstitucionalidade.⁵⁷

A autonomia privada coletiva em sua face da negociação coletiva, não foi pensada para permitir a violação de direitos fundamentais e, conseqüentemente, causar o retrocesso social, que funciona como um princípio para garantir que os direitos conquistados não sejam retirados. No entanto, o que se observou foi que a sociedade não tem a maturidade suficiente para o exercício do poder que lhe foi conferido pelas vias constitucionais.⁵⁸ Seria incongruente pensar que o texto constitucional confere direitos e que, ao mesmo tempo, oferece o instrumento para violá-los. O que é observado, na realidade, é que a finalidade da negociação coletiva foi desvirtuada.

Quanto aos limites de atuação da negociação coletiva, encontra-se, na doutrina, dois segmentos. Um lado defende que tudo o que não estiver ressalvado de forma expressa pode ser objeto da negociação coletiva. Já outra corrente defende que somente é possível negociar o que foi expressamente destinado a este fim.⁵⁹

Tem-se ainda, que as normas de ordem pública são limites para o poder conferido à negociação coletiva, mas, não é só. Na pós-modernidade, a ordem pública não é o único delimitador de atuação. O que realmente servirá de limite para a negociação coletiva será o núcleo de cada norma, ou seja, aquelas que tratem da realização da dignidade humana

⁵⁷ ROESLER, Átila da Rold. **Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 86. “Por fim, cabe esclarecer que qualquer alteração que vise a prejudicar a classe trabalhadora, mesmo que seja de ordem constitucional, fere o princípio do não retrocesso social, sendo, portanto, inconstitucional.”

⁵⁸ ROESLER, Átila da Rold. **Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p.87 – “Portanto, atingindo determinado grau de maturidade na sociedade em termos de direitos fundamentais, o princípio do não retrocesso social vedaria qualquer retorno à condição considerada inferior do ponto de vista constitucional, o que deve ser aplicado na área trabalhista, eis que vista como essência dos direitos sociais e pressuposto básico para a realização efetiva do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III).”

⁵⁹ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2009. p. 152-153. “Nesse contexto, tudo o que não contiver restrição específica à negociação, seja de forma expressa, seja pela sua natureza, pode ser objeto de transação coletiva. [...] Para outro polo hermenêutico, a negociação coletiva somente poderia incidir sobre as situações expressamente ressalvadas pela Constituição Federal ou pela lei, jamais podendo atingir outras questões constitucionalmente preservadas, assim como as normas internacionais aplicáveis ao direito nacional e ainda temas relacionados aos patamares básicos de cidadania do trabalhador, como regras mínimas de pagamento salarial, de proteção ao meio ambiente de trabalho ou medidas antidiscriminatórias, por exemplo.”

serão tidas como normas de ordem pública e assim não poderão ser objeto da negociação coletiva.⁶⁰

Particularmente, tem-se que as normas de ordem pública seguem, no direito do trabalho, duas vertentes. A primeira, inerente àquelas relativamente inderrogáveis, que são conhecidas como garantias do trabalhador, mas podem ser objeto de negociação coletiva para conferir direitos que sejam mais favoráveis. Por outro lado, há aquelas de inderrogabilidade absoluta, que não comportam qualquer atuação da negociação coletiva. Certo é que as normas de ordem pública, conforme já salientado nos parágrafos anteriores, têm como ponto central, preservar os direitos dos trabalhadores de tal forma que o retrocesso seja impedido. Neste aspecto valem como escudos da atuação, tanto dos particulares, quanto do próprio Estado.⁶¹

1.4 A autonomia privada coletiva na Constituição Federal de 1988 e suas implicações

Desde os primórdios do mundo os conflitos sempre acompanharam a humanidade. No Direito especificamente buscou-se várias formas de solucioná-los. Em um primeiro momento, têm-se as sociedades primitivas que buscavam resolver seus entraves pela autotutela, ou seja, imposição do mais forte sobre o mais fraco, que em muitos casos era marcado pelo duelo, ordálias e outras formas violentas. Com a evolução da sociedade passou-se a um estágio em que não se admitia mais os meios de resolução através da

⁶⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno. **REVISTA USP**, São Paulo, n.42, p. 96-101, junho/agosto 1999. p. 100. “As noções vagas de ordem pública, interesse público e função social – muletas para o juiz e as autoridades, no paradigma anterior – já não satisfazem. Continuam a ser, não resta dúvida, muito numerosas as leis ditas de ordem pública, especialmente, as relativas à ordem pública de proteção, por oposição às da ordem pública de direção; todavia, deixando de lado as leis cogentes, isto é, tomando-se a ordem pública exclusivamente como *princípio*, para fundamentar a nulidade de determinado ato ou para justificar a validade de outro, ela somente tem cabimento, nos novos tempos, em uma única hipótese: como proteção à *dignidade humana*; fora disso, não tem mais aplicação. “

⁶¹ SILVA. Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada Coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 102 p. 135 - 159 jan./dez. 2007 P. 150 SILVA. WALKÜRE (apud BONNECHÈRE, Michele. Les tendances à la dérèglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail. *Droit Social*, Paris, n. 1, p. 45, janv. 1990._____)diz: No campo das relações de trabalho, o legislador assegura aos trabalhadores um patamar de direitos, tendo à vista a dignidade e o valor do trabalho humano. Assim, a primeira função da ordem pública é promover a regulação social, impedindo retrocessos na sociedade. Entretanto, há os que distinguem a ordem pública no sentido do Direito do Trabalho da ordem pública geral. As normas imperativas decorrentes da primeira são relativamente inderrogáveis, permitindo-se sua substituição por outra que disponha de modo mais favorável ao trabalhador, em virtude do princípio tutelar ou protetor. As normas cogentes derivadas da ordem pública geral têm inderrogabilidade absoluta, de modo que a negociação de certas vantagens ou garantias está fora do campo da autonomia privada. Surge aqui a segunda função da ordem pública: “*conferir o caráter intangível aos princípios superiores e às instituições fundamentais*”.

violência física e o Estado atribui para si a concepção de jurisdição, dizendo o direito e conferindo a resposta aos conflitos. Nasce, assim, o processo. Avançando um pouco mais e chegando à pós-modernidade, nela observou-se que o homem, em alguns momentos, poderia solucionar sozinho os impasses que a vida impunha. Surge então o ideal de negociação, ou seja, as formas autônomas de solução dos conflitos embasadas no entendimento.⁶²

O que interessa ao presente estudo é a autocomposição, especificamente a que decorre da negociação coletiva e seu consequente tratamento na Constituição Federal de 1988. Para tratar do tema é preciso analisar o instituto da autonomia privada coletiva e suas consequentes implicações. Neste norte, tem-se que conflitos apresentados nas relações de trabalho são resolvidos, em sua grande maioria, pela autocomposição. O que implica dizer que a negociação coletiva, instrumento que viabiliza uma das faces da autonomia privada coletiva, é o meio pacificador das relações entre o capital e o trabalho através das normas autônomas geradas por seus próprios destinatários.⁶³

Importa ainda esclarecer que a autonomia coletiva não pode ser confundida com a autonomia individual e que aquela não retira sua validade nesta e muito menos na liberdade individual. O que norteia a autonomia coletiva é o interesse da coletividade, no caso dos trabalhadores, representados pelos atores sociais. Contudo, nada impede que os

⁶² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Evolução do Direito Coletivo do Trabalho em 70 anos de Justiça do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. n. 39, p. 127-151. São Paulo: 2011, p. 128. “No Direito, e segundo os estudos de Alcalá-Zamora y Castillo, os conflitos, nas diversas etapas da história, foram solucionados por meios diferentes, cuja amplitude alterou-se com o tempo. Nas sociedades primitivas, prevaleceu a autotutela, imposição do mais forte ao mais fraco mesclada com os juízos de Deus. Os conflitos eram resolvidos por duelos, combates, liças, ordálias com a exposição física das pessoas a toda sorte de atrocidades para que, no caso de as resistirem, tornarem-se vitoriosas, práticas que o Direito procurou afastar, apesar de, nas épocas em que eram comuns, terem aceitação social. Num segundo período, os conflitos passaram a ser resolvidos pelo processo, quando o Direito aperfeiçoou o estudo das técnicas de solução e desenvolveu o conceito de jurisdição, hoje inafastável do Estado democrático de Direito. Ganhou relevância, também, a solução dos conflitos diretamente pelas partes, não pela imposição do forte ao fraco, e sim pelo entendimento ou a negociação. O Direito deu forma a várias técnicas destinadas a esse fim.”

⁶³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 67. “Como já mencionado, quando existente conflito coletivo de trabalho, o ideal é que as partes envolvidas o resolvam de forma negociada, por meio da autocomposição. A negociação coletiva é um procedimento que pode dar origem a normas jurídicas, dispondo, inclusive, sobre condições de trabalho de forma genérica e abstrata. Assim, o acordo coletivo e a convenção coletiva de trabalho são considerados fontes formais decorrentes da autonomia coletiva dos particulares.”

trabalhadores usem a autonomia individual para conferirem melhores ou piores condições de trabalho e direitos.⁶⁴

A autonomia privada individual, como diz Ronaldo Lima dos Santos, pode ser definida como a autoregulação pessoal que produz efeitos única e exclusivamente aos participantes, portanto seus efeitos são concretos, divisíveis, produzidos entre partes individualmente identificadas. Já a autonomia privada coletiva possui como marco o interesse da coletividade, atinge um grupo determinado de pessoas, e como tal, é delineada pela abstratividade, indivisibilidade, dentre outros.⁶⁵ Outro ponto distintivo entre as autonomias, encontra-se na liberdade e no interesse, ou seja, ambas autonomias possuem liberdade, mas esta será exercida no campo individual ou metaindividual.⁶⁶

A autonomia individual tem como fruto um contrato que é uma fonte de obrigações e direitos específicos, conforme defende Carlos Eduardo Oliveira Dias, ao citar Mauricio Godinho Delgado. Mas não pode ser considerado como fonte de direito, pois suas cláusulas são concretas, pessoais, com destinatários específicos e objeto certo. Por outro lado, a autonomia coletiva tem como meio a negociação coletiva, que dá origem ao acordo coletivo de trabalho e convenção coletiva de trabalho, possuindo como características

⁶⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 389. “A autonomia coletiva é heterônoma em relação à liberdade individual de contratar. Com efeito, da posição de desvantagem do operário para individualmente contratar é que nasceu o contrato coletivo. Logo, sendo uma reação contrária à liberdade individual, a autonomia coletiva não pode encontrar o seu fundamento na autonomia individual, que procura afastar e substituir. A autonomia coletiva não pode, porém, em toda a sua amplitude, ser compreendida por intermédio da teoria do contrato do direito comum. Assim, a negociação coletiva não pode ter o mesmo fundamento do contrato da teoria civilista. Ao contrário, a sua justificativa é própria, vinculada aos movimentos coletivos dos trabalhadores, mas não elimina a liberdade individual. O trabalhador pode ajustar com o empregador condições de trabalho mais favoráveis que as previstas nas convenções coletivas e, às vezes, até menos favoráveis. Isso mostra que a autonomia coletiva não se confunde com a liberdade individual.”

⁶⁵ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 126. “A autonomia privada individual diferencia-se da autonomia privada coletiva por fazer referência a pretensões concretas, divisíveis e determinadas, circunscritas ao círculo de atributividade jurídica de seus titulares, ao passo que a autonomia privada coletiva incide sobre o interesse coletivo, indivisível e abstrato, de grupo, categoria ou classes de pessoas globalmente consideradas.”

⁶⁶ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p. 122. “O pluralismo jurídico abre espaço para o incremento da autonomia coletiva privada ou autonomia da vontade coletiva, da qual decorrerem as capacidades de auto-organização e autogovernabilidade dos diversos grupos sociais, relativamente aos interesses das suas respectivas comunidades. Nesse caso, não falamos apenas na liberdade contratual, mas o elemento mais relevante é a possibilidade dessa liberdade ser exercida no que diz respeito aos interesses metaindividuais.”

abrangência de determinado grupo social, abstratitividade, impessoalidade e ainda, legitimidade do ente sindical para realizar a norma jurídica.⁶⁷

A autonomia privada coletiva é um poder conferido aos atores sociais ou a determinados grupos para promoverem a regulação das relações sociais, buscarem o ponto de equilíbrio entre o capital e o trabalho, modernizar a CLT.⁶⁸ Segundo Carlos Eduardo Oliveira Dias, é uma forma dos grupos sociais regularem relações jurídicas diante da ausência de norma Estatal, ou seja, os grupos sociais buscam a auto regulação, desejam e aspiram auto organizar-se e resolverem questões que o aparelho Estatal não alcança.⁶⁹

No que tange à origem, tem-se que a autonomia privada coletiva foi desenvolvida na Itália e um de seus intérpretes foi Gino Giugn. Lá, florescia o ideal da autonomia privada coletiva fundada na liberdade dos entes sindicais e na democracia, para contrapor os requisitos do corporativismo.⁷⁰ Amauri Mascaro do Nascimento aponta diversas origens e fundamentos para a autonomia privada coletiva: a) pode decorrer da lei; b) dos princípios da proteção e da liberdade sindical; c) e do negócio jurídico.⁷¹ Para o referido autor a

⁶⁷ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2009. p. 123. “O elemento jurídico resultante da autonomia individual da vontade é o contrato que, dada a sua especificidade de formulações e restrição de abrangência, não é considerado por muitos doutrinadores de nomeada como sendo fonte formal de direitos, senão somente fonte de obrigações e de direitos específicos: ‘o contrato de fato, não se qualifica como diploma instituidor de atos-regra, de comandos abstratos, gerais, impessoais. Ao contrário, compõem-se de cláusulas concretas, específicas e pessoais, envolvendo apenas as partes contratantes. Não se configura, assim, como fonte de regras jurídicas, mas como fonte de obrigações e direitos específicos, concretos e pessoais, com abrangência a seus contratantes’ (DELGADO, 2007. p. 90). Já no plano das relações coletivas, a autonomia da vontade tem outras características, pois efetivamente assinala a possibilidade de formulação de disposições jurídicas positivadas, mas de abrangência geral, abstrata e impessoal, incidente sobre a coletividade representada pela instituição dotada de legitimidade para condução dos interesses comuns.”

⁶⁸ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas.** São Paulo: LTr, 2007. p. 125. “A autonomia privada coletiva consiste, assim, no poder reconhecido aos grupos sociais de criar normas jurídicas para a tutela de interesses de uma coletividade, comunidade ou classe de pessoas globalmente consideradas, revelando-se como um instrumento de tutela de interesses coletivos pertinentes ao grupo globalmente considerados, que não se confundem com a mera soma de interesses individuais dos membros da coletividade nem com os interesses pertinentes a toda a sociedade.”

⁶⁹ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2009. p. 123. “Com isso, permite-se às organizações da sociedade ou grupos sociais unitários que estabeleçam padrões de regulação dos interesses envolvidos em suas relações jurídicas, na ausência da regulação estatal heterônoma ou como forma de sua complementação.

⁷⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 265. “A *teoria da autonomia privada coletiva* é desenvolvida na Itália pelos juristas que procuram justificar os fundamentos de uma ordem sindical baseada no princípio da liberdade e da democracia, polarmente oposta às diretrizes corporativistas, tendo como um dos seus intérpretes Gino Giugn, em *Diritto sindacale*.”

⁷¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 388-389. “A construção dogmática da teoria da autonomia coletiva suscita outras interessantes questões jurídicas que

autonomia privada coletiva surge como consignatário do princípio da liberdade sindical, pois somente um sindicato livre pode exercer a negociação coletiva de forma plena. Como consequência, o princípio protetor do direito do trabalho estará sendo respeitado.⁷²

Interessa salientar que sempre existiram contratos coletivos ao longo da história. Destaca-se ainda que estes eram respeitados sem que existisse a intervenção do Estado com medidas sancionatórias. Ocorre que os mecanismos de pressão gerados pelas lutas de classe impunham o necessário cumprimento da norma ajustada entre as partes. Assim, o capital era articulado juntamente com o direito do trabalho e a própria sociedade. Já que os trabalhadores, organizados em instituições, que os representavam para que auferissem uma melhor condição de vida e trabalho, concediam a via do poder para enfrentar as distorções geradas pelo capital.⁷³

Com o conceito e fundamento em mente, é propício avançar para entender o motivo que levou o Estado a permitir a autonomia privada coletiva. A Constituição Brasileira que primeiro mencionou a autonomia privada com o poder de realizar a negociação coletiva, foi a de 1934 em seu art. 120.⁷⁴ Já a Constituição Federal de 1988 trouxe o poder de criar a norma coletiva, inserido no art. 7º, XXVI. Isto ocorre porque o Estado é incapaz de cuidar eficazmente de todos os conflitos e mudanças tratados nas relações de trabalho; em razão das peculiaridades do labor; em decorrência da evolução

desafiam os seus construtores e leva-os a enfrentar aspectos que podem ser considerados fascinantes, a começar pelo seu fundamento. Para alguns é a lei. Há leis constitucionais que, reconhecendo as convenções e os acordos coletivos, justificam, dessa forma, a autonomia coletiva, que, fundada na lei, significa a sua dependência à vontade do Estado. Para outros, o seu fundamento está na concepção do negócio jurídico, tese que é contestada por aqueles que entendem haver uma aberta e frontal oposição entre a ideia do contrato do direito comum e a do contrato coletivo de trabalho. É que a autonomia individual do trabalhador para contratar cede diante dos contratos coletivos de trabalho.”

⁷² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109. “A ampliação das negociações coletivas tornou-se um imperativo decorrente da adoção do princípio da liberdade sindical. A liberdade de organização sindical só se completa com a autonomia para a negociação.”

⁷³ RÜDIGER, Dorothee Susanne. Autonomia privada coletiva e crise paradigmática direito do trabalho. **Rev. TRT - 9ª R.** Curitiba a. 29 n.53 p.71-86 Jul./ Dez. 2004. P. 83. “Finalmente, o papel enfraquecido do Estado remete para o exposto no primeiro capítulo da presente reflexão. Contratos coletivamente negociados existiam antes de sua recepção pelo ordenamento jurídico estatal e independentemente da construção teórica jurídica da autonomia privada coletiva. O que sustentava sua validade era o poder exercido (porque não?) na luta de classes. Sem sanção estatal, o cumprimento da norma coletivamente negociada é garantida pela força. Ocorre que, em tempos de desemprego crônico e sem delimitação jurídica estatal, quem mostra sua força é o capital articulado em redes contratuais transnacionais. A resposta dos trabalhadores só pode ser à altura, em Wolfsburg, São Bernardo do Campo ou onde quer que seja!”

⁷⁴ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 120. “As Constituições não evoluíram muito desde 1934. A de 1934, no art. 120, parágrafo único, dispunha: “A lei assegurará a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos. Reconheceu a negociação coletiva.”

constante da sociedade; pela morosidade e burocracia do poder legislativo, etc. Em outros termos, a norma heterônoma é ineficaz para acompanhar as questões econômicas e suas implicações nas relações de laborais.⁷⁵

Além disso, as conquistas alcançadas pelos trabalhadores, com movimentos de pressão e controle, precisam ser mantidas para que não sejam aniquilados os direitos auferidos pelo processo retromencionado. Logo, foi conferido ao ente sindical o poder de produzir normas jurídicas capazes de regular as relações e situações não normatizadas pelo Estado e assim trazer a paz social.⁷⁶

Ocorre que o Estado, quando autoriza o ator social a produzir normas jurídicas válidas para determinado setor da sociedade, gera um fenômeno conhecido como proceduralização, que foi esclarecido por Rüdiger ao citar Jeammaud, no artigo *Autonomia privada coletiva e a crise paradigmática do direito do trabalho*, como sendo a transferência do núcleo produtivo das fontes do direito para o particular.⁷⁷ Este fenômeno possibilita duas visões, a primeira permite que as Instituições, no caso os entes sindicais, promovam a regulação de seus conflitos e busquem soluções mais próximas da realidade. A segunda é que, por vezes, o poder conferido pode ser utilizado de forma nociva e, neste ponto, necessita da mão do Estado para impor limites e respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

As entidades sindicais são, na realidade, Instituições, que nas palavras de Amauri Mascaro do Nascimento, consistem em um poder organizado que realiza ideais, no caso,

⁷⁵ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos**: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2009. p.124. “Nesse contexto, a mutabilidade das relações de trabalho, invariavelmente condicionadas pela superestrutura econômica das relações de produção, torna o padrão heterônomo de regulação um instrumento ineficiente, sobretudo pela dificuldade de um acompanhamento legislativo que possa atender a toda essa dinâmica.”

⁷⁶ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada Coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 102 p. 135 - 159 jan./dez. 2007 P. 144. “A intervenção do Estado nas relações de trabalho não esgotou a função da autonomia privada coletiva. Ficou evidente que o Estado não tem meios para regular minuciosamente as condições de trabalho em cada caso concreto e que o processo de elaboração das leis é mais lento e rígido do que o processo negocial. Portanto, o espaço conquistado à força pelos trabalhadores foi mantido mesmo com a atuação estatal, coexistindo no mesmo ordenamento jurídico normas estatais e negociais.”

⁷⁷ RÜDIGER, Dorothee Susanne. **Rev. TRT - 9ª R.** Curitiba a. 29 n.53 p.71-86 Jul./ Dez. 2004. P. 79. Significa, em última análise, um deslocamento de suas fontes do poder estatal para o poder privado. A política do Estado de transferir para a negociação coletiva a responsabilidade para o regramento das relações de trabalho pode ser chamado de “proceduralização”. (apud JEAMMAUD, A. *et al. Trabalho, cidadania e magistratura*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000).

buscam melhores condições de vida e trabalho para os trabalhadores representados.⁷⁸ Sendo assim, encontram-se próximas aos fatos sociais que precisam de regulação. No caso das relações entre empregados e empresas, propiciando a modernização da legislação do trabalho e contribuindo para um ordenamento jurídico plural, no qual, seja possível avaliar os desejos da sociedade.

Diversas teorias permitem a análise da evolução da concepção plural do ordenamento jurídico, são elas: a) historicismo jurídico; b) teoria funcional; c) doutrinas sindicalistas; d) corporativismo pluralista; e) teoria da instituição; f) teoria normativista e, g) teoria da graduação da positividade jurídica⁷⁹. Porém, o presente estudo não tem a missão de investigar cada uma das teorias apresentadas. Sendo assim, elege-se a teoria da instituição como núcleo de análise do comportamento dos sindicatos enquanto vetor de produção da norma jurídica através da autonomia privada coletiva. A escolha da teoria da instituição, em detrimento das demais, se justifica em razão desta ser a mais presente nas doutrinas jurídicas modernas.⁸⁰

O institucionalismo passou por várias escolas, dentre elas é possível citar o institucionalismo histórico, o da escolha racional, e o sociológico. Escolas que serão comentadas brevemente nas próximas linhas.

O institucionalismo histórico desenvolve-se entre os anos 60 e 70 e tem como marca, tentar explicar a disputa de poder e a consequente desigualdade entre os grupos,

⁷⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 65. “De origem sociológica, também, e com reflexos semelhantes é o institucionalismo, na França, de Maurice Hauriou e Georges Renard. Com efeito, a teoria dos fatos normativos mostra que a instituição é uma ideia de obra ou de empreendimento que se realiza e dura juridicamente em um grupo social como um poder que se organiza pela concretização dessa ideia. Essa ideia passa da subjetividade dos seus idealizadores para a objetividade da infraestrutura social, permite uma justificação institucional do direito do trabalho segundo uma concepção menos legalista e mais objetivista, na qual se situa a teoria institucional do sindicalismo. A teoria institucionalista fundamenta, em alguns sistemas jurídicos, como o da Itália, a dupla realidade das entidades sindicais, a legal e a institucional, ambas suficientes para dar eficácia às representações dos trabalhadores, os sindicatos de direito e os sindicatos de fato, ambos com os mesmos poderes de atuar na defesa dos interesses dos seus representados.”

⁷⁹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 37. “Entre as diversas concepção pluralista, destacamos, dentre outras possibilidades, as seguintes teorias: a) historicismo jurídico; b) teoria funcional; c) doutrinas sindicalistas; d) corporativismo pluralista; e) teoria da instituição; f) teoria normativista e; g) teoria da graduação da positividade jurídica.”

⁸⁰ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 45. “A principal corrente pluralista, cuja influência ainda se faz presente nas doutrinas jurídicas mais modernas, é o institucionalismo ou teoria da instituição. Ela representou uma forte reação à doutrina do monismo jurídico estatal.”

sendo que um deles acabava sendo privilegiado. Acreditava-se que a organização da sociedade acaba por estruturar o comportamento coletivo e, desta forma, conter os conflitos. Percebeu-se que estas questões, aplicadas ao mundo do trabalho, influenciavam, não só o capital, mas também o desenvolvimento da política. Trata-se então da análise das instituições e de seus respectivos comportamentos.⁸¹ No entanto, o que o institucionalismo histórico demonstra é uma luta desigual do poder, pois haverá sempre ganhadores e perdedores.⁸²

A questão é que o institucionalismo histórico compreende as instituições como organizações submetidas às convenções formais, ou seja, os sindicatos são instituições organizadas pelo poder dos trabalhadores, mas submetidos aos ditames impostos pelo Estado, portanto, não possuem a autonomia plena de suas atuações.⁸³ Fato que coincide com a estrutura sindical presente na fase intervencionista da era Vargas, na qual, os sindicatos eram vistos como aparelho junto ao Estado.⁸⁴

⁸¹ HALL, Peter A. TAYLOR Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. **LUA NOVA** Nº 58— 2003 – 194-223. p. 195-196. “O institucionalismo histórico desenvolveu-se como reação contra a análise da vida política em termos de grupos e contra o estruturo-funcionalismo, que dominavam a ciência política nos anos 60 e 70. [...] Eles encontraram essa explicação no modo como a organização institucional da comunidade política e das estruturas econômicas entram em conflito, de tal modo que determinados interesses são privilegiados em detrimento de outros. [...] Consideravam, ao contrário, que a organização institucional da comunidade política ou a economia política era o principal fator a estruturar o comportamento coletivo e a estruturar resultados distintos. Em consequência, privilegiavam o “estruturalismo” inerente às instituições da comunidade política de preferência ao “funcionalismo” das teorias anteriores, que consideravam as situações políticas como respostas às exigências funcionais do sistema. Pouco tempo depois, os teóricos dessa escola começaram a examinar como outras instituições sociais e políticas, a exemplo daquelas associadas à organização do capital e do trabalho, podiam estruturar as interações sociais de modo a engendrar situações políticas e econômicas próprias a cada país”

⁸² LAMEIRÃO, Camila Romero. **ESTRATÉGIAS POLÍTICAS E GESTÃO LOCAL:** as subprefeituras do município do Rio de Janeiro. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal Fluminense -UFF. 2007. <<http://www.uff.br/dcp/wp-content/uploads/2011/10/Disserta%C3%A7%C3%A3o-de-2007-Camila-Romero-Lameir%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 18 jan 2015.

p. 16. “Sendo assim, os indivíduos formulariam suas ações a partir dessa referência, que tende a colocar certos grupos como vencedores e outros como perdedores.”

⁸³ HALL, Peter A. TAYLOR Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. **LUA NOVA** Nº 58— 2003 – 194-223. p. 196. “Como os teóricos do institucionalismo histórico definem instituição? De modo global, como os procedimentos, protocolos, normas e convenções oficiais e oficiosas inerentes à estrutura organizacional da comunidade política ou da economia política. Isso se estende-se das regras de uma ordem constitucional ou dos procedimentos habituais de funcionamento de uma organização até às convenções que governam o comportamento dos sindicatos ou as relações entre bancos e empresas. Em geral, esses teóricos têm a tendência a associar as instituições às organizações e às regras ou convenções editadas pelas organizações formais.”

⁸⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho:** história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.245. “A segunda fase do direito sindical brasileiro, de maior duração, é a *intervencionista*, a partir de 1930, com o Estado Novo

Com desenvolvimento simultâneo ao institucionalismo histórico, tem-se o institucionalismo da escolha racional, que é marcado pelo procedimento de escolhas vinculadas a uma maioria estável, o que implica que certas decisões, ainda que não sejam as melhores, são o que se podia auferir em termos de estabilidade da coletividade. Passa-se assim, a preocupar-se mais com os custos, rendas, direito de propriedade e funcionamento das instituições.⁸⁵ O interesse nas instituições é marcado pelo proveito e vantagem que produzem. Logo, muito mais pelos benefícios do que pelas suas origens.

De certo modo, o agrupamento de pessoas nas instituições representa uma forma de controle, pois a conduta individual é canalizada para os interesses coletivos e o comportamento dos membros das instituições passa a ser controlado por estas, em razão da obediência prescrita em prol da coletividade. Desta forma, as decisões políticas passam a ser tomadas com a previsibilidade do impacto gerado na população e do comportamento a ser realizado pelas instituições.⁸⁶ Fato que equiparado à atuação sindical, pode ser vislumbrado quando foi conferida a autonomia privada coletiva, com poder flexibilizatório

de Getúlio Vargas, a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio nesse ano, a política de *nacionalização do trabalho*, com a *Lei dos Dois Terços*, restritiva da presença do operariado estrangeiro nas empresas, a *Lei dos Sindicatos* (Dec. n. 19.770, de 1931), fiel aos princípios corporativistas e aos propósitos que Oliveira Viana, em *Problemas de direito sindical*, soube bem expressar, ao dizer que o pensamento revolucionário do Governo sempre proclamou o objetivo de “chamar o sindicato para junto do Estado, tirando-o da penumbra da vida privada, em que vivia, para as responsabilidades da vida pública. Neste intuito, deu-lhe a representação da categoria — e lhe deu duplamente: para efeitos jurídicos e para efeitos políticos. Mais que isto: investiu-o de poderes de autoridade pública, transferindo-lhe prerrogativas próprias de pessoa do Estado”.

⁸⁵ HALL, Peter A. TAYLOR Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. **LUA NOVA** Nº 58— 2003 – 194-223. p. 203. “Como se vê, os teóricos da escola da escolha racional importaram de maneira fecunda no domínio da ciência política recursos teóricos emprestados à “nova economia da organização”, que insiste na importância dos direitos de propriedade, das rendas e dos custos de transação para o desenvolvimento e o funcionamento das instituições.”

⁸⁶ LAMEIRÃO, Camila Romero. **ESTRATÉGIAS POLÍTICAS E GESTÃO LOCAL**: as subprefeituras do município do Rio de Janeiro. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal Fluminense -UFF. 2007. <<http://www.uff.br/dcp/wp-content/uploads/2011/10/Disserta%C3%A7%C3%A3o-de-2007-Camila-Romero-Lameir%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 18 jan 2015.

p. 15. “De acordo com os teóricos dessa escola, só seria possível prever o modo de agir dos demais atores através de mecanismos institucionais que determinariam, em grande parte, as possibilidades e as seqüências de ação dos indivíduos. Assim, os atores saberiam que sob certas circunstâncias institucionais, os indivíduos agiriam segundo determinadas restrições, o que tornaria suas ações previsíveis. Os atores poderiam planejar suas ações considerando essas expectativas, na medida em que as instituições funcionariam como regulamentos fixos que organizariam e constrangeriam comportamentos e ações humanas. Neste contexto, as incertezas relativas às ações dos indivíduos seriam diminuídas consideravelmente.”

no art. 7º, VI da CF, que confere a possibilidade de redução de salários mediante a negociação coletiva.

Tem-se que, individualmente, o trabalhador poderia não abrir mão do salário em prol do emprego de outro trabalhador, o que geraria revolta, indignação, dentre outros, mas coletivamente, a atuação sindical, confere o controle destes trabalhadores, que, imbuídos pela consequência de um mal maior, o desemprego, são controlados pela atitude da instituição sindical.

Já no institucionalismo sociológico, as instituições são definidas, dentre outras questões, pela simbologia que utilizam, ou seja, seus padrões, expressões, modo de agir, modelos morais, etc. Este modelo rompe com a dicotomia estrutura e cultura, pois separa a cultura dos valores, normas, etc. Assim, a cultura passa a ser vista como um hábito, símbolo e ainda meio, que demonstram o comportamento humano.⁸⁷ Na realidade há um meio social que define padrões de comportamento e, por consequência, influenciam nas escolhas da instituição e de seus membros.⁸⁸ Raciocínio que é muito próximo ao efeito político dos sindicatos. Fato que, na análise da instituição sindical, pode ser observado inclusive em questões políticas, como a fundação dos partidos dos trabalhadores e suas consequentes trajetórias no cenário político brasileiro.

⁸⁷ HALL, Peter A. TAYLOR Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. **LUA NOVA** Nº 58— 2003 – 194-223. p. 208-209. “Três características do institucionalismo em Sociologia conferem-lhe uma certa originalidade relativamente às outras variedades de “neo-institucionalismo”. Primeiro, os teóricos dessa escola tendem a definir as instituições de maneira muito mais global do que os pesquisadores. [...] Dessa posição derivam duas consequências importantes. Em primeiro lugar, ela rompe a dicotomia conceitual que opõe “instituições” e “cultura”, levando-as à interpenetração. Isso põe em perigo a distinção cara a muitos especialistas em ciência política, entre “explicações institucionais”, que consideram as instituições como as regras e os procedimentos instituídos pela organização, e “explicações culturais”, que remetem à cultura, definida como um conjunto de atitudes, de valores e de abordagens comuns face aos problemas. Em segundo lugar, esse enfoque tende a redefinir a “cultura” como sinônimo de “instituições”. Sob esse aspecto, ele reflete uma “virada cognitivista” no próprio seio da Sociologia, que consiste em afastar-se de concepções que associam a cultura às normas, às atitudes afetivas e aos valores, para aproximar-se de uma concepção que considera a cultura como uma rede de hábitos, de símbolos e de cenários que fornecem modelos de comportamento.”

⁸⁸ LAMEIRÃO, Camila Romero. **ESTRATÉGIAS POLÍTICAS E GESTÃO LOCAL**: as subprefeituras do município do Rio de Janeiro. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal Fluminense -UFF. 2007. <<http://www.uff.br/dcp/wp-content/uploads/2011/10/Disserta%C3%A7%C3%A3o-de-2007-Camila-Romero-Lameir%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 18 jan. 2015.

p. 15. “Essa escola propõe uma visão ampla do conceito de instituições, que considere os aspectos culturais de um grupo social. Entende as instituições como as estruturas morais e cognitivas nas quais os indivíduos estão imersos e a partir das quais agem, interpretam o mundo e realizam suas escolhas.”

Observa-se, atualmente, que as escolas apresentadas acima passam por uma integração para explicar porque as instituições surgem, e continuam existindo seus processos de modificação e as consequentes relações das instituições com o comportamento humano. Não é possível desprezar o contexto do institucionalismo histórico, assim como é necessário conjugar as diretrizes do institucionalismo da escolha racional e o sociológico, pois todos eles, entrelaçados, oferecem elementos para compreender a atuação sindical na era da pós-modernidade, ou seja, porque ainda são criadas, mantidas, modificadas e as razões que levam as decisões tomadas e o consequente acatamento destas.⁸⁹

As contribuições de cada uma das escolas do institucionalismo podem ser vistas nos seguintes pontos: a) do institucionalismo histórico, tem-se que as mudanças e manutenção das instituições atualmente consistem em uma melhor distribuição do poder, com isso passariam também a contribuir nos processos decisórios; b) do institucionalismo sociológico, tem-se que o meio cultural afetará o processo de escolhas; c) no âmbito do institucionalismo da escolha racional, a explicação para manutenção e modificação das instituições consiste na realização do que os membros, da referida instituição, entendem como essencial⁹⁰, ou seja, no âmbito das relações de trabalho, atualmente, o essencial é a

⁸⁹ HALL, Peter A. TAYLOR Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. **LUA NOVA** Nº 58— 2003 – 194-223. p. 222-223. “Que sejamos bem compreendidos: nossa intenção não é afirmar que uma síntese grosseira das posições desenvolvidas por cada uma dessas escolas é imediatamente realizável ou mesmo necessariamente desejável. Feitas todas as contas, é precisamente porque o debate implícito que se dá entre elas tem sido tão esclarecedor que tentamos aqui torná-lo mais explícito, e há muito a dizer em favor de um debate sustentado. O que queremos dizer é, sobretudo, que após alguns anos em que cada escola teve, isolada, seu período de incubação, é chegado para elas o tempo para entabular intercâmbios mais explícitos e mais sustentados. Há todas as razões de pensar que temos a aprender de todas as escolas de pensamento, como cada uma delas a aprender das outras.”

⁹⁰ LAMEIRÃO, Camila Romero. **ESTRATÉGIAS POLÍTICAS E GESTÃO LOCAL**: as subprefeituras do município do Rio de Janeiro. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal Fluminense -UFF. 2007. <<http://www.uff.br/dcp/wp-content/uploads/2011/10/Disserta%C3%A7%C3%A3o-de-2007-Camila-Romero-Lameir%C3%A3o.pdf>>

Acesso em: 18 jan 2015.

p. 16-17. “Os autores que adotam a perspectiva histórica reconhecem que características herdadas do passado influenciam fortemente o processo de criação e reforma institucional. Essa perspectiva considera que cada contexto herda determinadas propriedades institucionais que definem e estruturam as escolhas ulteriores de grupos sociais. Vale lembrar que esse método destaca as relações de poder resultantes do desenvolvimento histórico das instituições, que geram um acesso desigual de grupos ao processo de decisão. Aos grupos melhor posicionados na distribuição do poder caberia também a capacidade de interferir e liderar os processos de mudança. Neste sentido, conclui-se que o institucionalismo histórico combina a dimensão macro e micro em suas análises, pois tanto processos históricos como iniciativas de grupos detentores de poder podem explicar as transformações institucionais. No enfoque sociológico bem como no da escolha racional verifica-se claramente o modo pelo qual divergem em relação à origem dos processos que alteram as estruturas institucionais. Enfatizando o aspecto macro das forças sociais que atuam sobre as instituições, o institucionalismo sociológico considera como os próprios esquemas mentais dos reformadores estão repletos

manutenção dos postos de trabalho, ainda que sejam precarizados os demais direitos. Logo, todas as escolas estão presentes nas instituições sindicais da pós-modernidade.

No dizer de Ronaldo Lima dos Santos, as características marcantes da teoria da instituição estão centradas na sociedade, ordem e organização. Em apertada síntese diz-se que: “*Existe direito onde houver uma sociedade ordenada e organizada.*”⁹¹ Enfim, o direito se traduz em experiência e cultura. Logo, a sociedade não pode fechar os olhos para o que ocorre nos sindicatos, conforme menciona Amauri Mascaro do Nascimento ao citar Miguel Reale.⁹²

Neste contexto, o que a teoria das instituições deixa de peculiar é que a instituição organizada, ou seja, no caso em tela, os entes sindicais, passam a produzir normas que compõem o ordenamento jurídico⁹³, mais que isso, eles participam de forma efetiva na redução da complexidade da sociedade ao conferir regramento para as lacunas não ocupadas pela atuação do Estado.

Segundo Antonio Junqueira de Azevedo, a sociedade pós-moderna é hipercomplexa, o que implica que há vários grupos lado a lado, com interesses opostos

de significados objetivamente determinados pelas instituições, que estruturam inclusive as suas intenções e possibilidades de escolhas. A perspectiva da escolha racional, por seu turno, reserva um grande espaço à intencionalidade humana na determinação de mudanças institucionais. Nessa perspectiva, explica-se a existência de uma instituição pelo desempenho assumido por ela aos olhos dos atores influenciados. Segundo essa formulação, pressupõe que a existência de uma instituição depende da maneira como atende ao valor que os atores consideram primordial. As instituições devem sua sobrevivência ao fato de oferecerem aos atores os benefícios decorrentes da realização daquele valor considerado essencial que lhes originou. Os agentes da transformação institucional são, portanto, os atores, que julgam o desempenho das instituições e a partir disso determinam a sua sobrevivência.”

⁹¹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 46. “Seu ponto crucial é a instituição. Tem como premissa três elementos: sociedade, ordem e organização. Existe direito onde houver uma sociedade ordenada e organizada. [...] A passagem da fase inorgânica para a orgânica chama-se institucionalização. As instituições criam as regras de direito.”

⁹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68. A sua máxima expressão está no pensamento de Miguel Reale, não só na concepção do *direito como experiência*, mas no *tridimensionalismo jurídico*, expostos nos seus livros, em especial nas *Lições preliminares de direito*, na *Teoria tridimensional do direito* e no mais recente *Fontes e modelos jurídicos*, nos quais são encontrados fundamentos para uma visão nova do direito do trabalho, tendo em sua gênese a energia dos fatos e dos valores que atuam reciprocamente, pondo-se a norma jurídica como síntese integrante que se expressa como resultado dessa tensão.

⁹³ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 48. “Além da sua forte influência sobre as demais teorias pluralistas, a teoria institucional destacou-se por conceber a existência do direito, não a partir da presença de normas jurídicas singulares, mas como um conjunto coordenado de normas, de modo que somente se pode falar em direito onde exista um complexo de normas formando um ordenamento. A noção de ordenamento jurídico, desenvolvida pelos institucionalistas, forneceu à teoria geral do direito as bases para o desenvolvimento do pensamento em torno do conceito de ordenamento, como aqueles conexos à formação, à coordenação e à integração de um sistema normativo.”

buscando uma lei para si.⁹⁴ Em um primeiro momento esta complexidade foi resolvida pelo absolutismo da lei. Posteriormente, ocorrendo a mudança de paradigmas, chegou-se à apresentação dos problemas ao Juiz, que deveria, então, dizer a Lei por meio das sentenças. Na pós-modernidade, os grupos, que antes queriam uma lei para si, percebem que podem realizar o direito e solucionar seus conflitos e problemas de outra forma.⁹⁵ Uma delas é a negociação coletiva, fruto da autonomia privada coletiva. Com isso, significa dizer que o agir dos sindicatos passa, com a autonomia privada coletiva, a ser algo imprescindível para superar os entraves e problemas promovidos pela eterna luta entre o capital e o trabalho.⁹⁶

Tem-se assim, um empoderamento da sociedade civil através dos sindicatos, ou seja, trabalhadores organizados em associações civis, no caso os sindicatos, procuram participação ativa na vida política, buscando, não só serem expectadores do processo legislativo e de concretização da justiça social, mas participarem ativamente destes. Em breves linhas, o empoderamento pode ser definido como o processo de participação da sociedade civil no cenário político do país. Pode tanto ser relacionado às políticas públicas quanto à capacidade de utilizar a norma autônoma para solucionar conflitos e regulamentar situações diárias, como ocorre no direito do trabalho.⁹⁷

Neste norte, os atores sindicais, enquanto Instituições que representam os trabalhadores e possuem o poder de normatizar, de forma autônoma, solucionando os conflitos e promovendo a modernização do direito do trabalho, deveriam funcionar

⁹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno. **REVISTA USP**, São Paulo, n.42, p. 96-101, junho/agosto 1999. p. 96-97.” Paralelamente, outra característica da pós-modernidade, a hipercomplexidade, no caso, a multiplicidade de grupos sociais, justapostos uns aos outros, dentro da mesma sociedade, cada grupo querendo uma lei especial para si, quebra a permanente tendência à unidade – ao “sistema” – do mundo do direito.”

⁹⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno. **REVISTA USP**, São Paulo, n.42, p. 96-101, junho/agosto 1999. p. 100. “Ora, para cumprir seu papel não há necessidade de, sempre, tudo levar ao juiz; este pode não ser o melhor caminho. Aos poucos, os grupos sociais descobrem outras soluções.”

⁹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno. **REVISTA USP**, São Paulo, n.42, p. 96-101, junho/agosto 1999. p. 100. “A lei e o juiz ficarão para os casos extremos. O paradigma jurídico, portanto, que passara da lei ao juiz, mudou, agora, do juiz ao caso. A *centralidade do caso*, é este o eixo em torno do qual gira o paradigma jurídico pós-moderno.”

⁹⁷ GOHN. Maria da Glória. Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais. **Saúde e Sociedade** v.13, n.2, p.20-31, maio-ago 2004. p. 23. “O “empoderamento” da comunidade, para que ela seja protagonista de sua própria história tem sido um termo que entrou para o jargão das políticas públicas e dos analistas, neste novo milênio. Trata-se de processos que tenham a capacidade de gerar processos de desenvolvimento auto-sustentável, com a mediação de agentes externos- os novos educadores sociais – atores fundamentais na organização e o desenvolvimento dos projetos. O novo processo tem ocorrido, predominantemente, sem articulações políticas mais amplas, principalmente com partidos políticos ou sindicatos.”

plenamente como um exemplo de democracia e satisfação dos direitos fundamentais. Contudo, o ideal traçado em palavras, caminha para utopia. A realidade demonstrada no dia-a-dia da atuação sindical comprova que o funcionamento da Instituição não equivale aos seus ideais. Fala-se assim, de sindicatos que não representam a coletividade de forma adequada, da ausência de ética nas negociações coletivas, dos entraves econômicos e do esvaziamento dos sindicatos promovido pelo desemprego, questões que emperram que a negociação coletiva seja realizada de forma a satisfazer os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Não se pode desprezar o resultado demonstrado pelo exercício da democracia através das entidades sindicais. Elas promovem a luta de classes, a distribuição de riquezas e ainda regulam a sociedade que representam. Assim, ao lado do Estado, com o poder que lhes foi conferido, como a autonomia privada coletiva, promovem a pacificação da sociedade e reduzem a distância gerada entre o capital e o trabalho.⁹⁸

Tem-se que a autonomia privada coletiva não é instrumento unicamente do Direito Coletivo do Trabalho. Em outros ramos do direito já é possível observar sua semente. Tem-se que ela é um meio para solucionar conflitos buscando, assim, uma resposta autônoma destes. Observa-se, no Código de Defesa do Consumidor, uma das marcas da autonomia privada coletiva. Nota-se que o artigo 107 da Lei n. 8.078/90 (CDC) autoriza consumidores, associações, sindicatos etc., regularem, através de convenções, os conflitos oriundos das relações de consumo. Portanto, é inegável que a autonomia privada coletiva seja um meio de pacificação social com a resolução dos conflitos que surgem de forma coletiva.⁹⁹

⁹⁸NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 266. “Dos mais expressivos, não só do ponto de vista jurídico como também econômico, são os pactos sociais, forma de entendimento social entre as forças interessadas — governo, sindicatos e empresários, substitutiva dos planos econômicos originários do socialismo, dos quais diferem substancialmente na medida em que são fruto do debate democrático das forças sociais.”

⁹⁹DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p. 126. “Temos, aqui uma modalidade de autorregulação similar à utilizada no Direito Coletivo do Trabalho, sendo admitida para o tratamento das relações de consumo. Com isso, vê-se que o CDC assumiu uma tendência que tem marcado as relações de trabalho — a da coletivização dos conflitos — outorgando um sistema de solução autônomo que se utiliza primordialmente da negociação coletiva, o que confere maior importância sistemática a tal instituto dentro do contexto jurídico vigente no Brasil.”

Segundo Amauri Mascaro do Nascimento, a autonomia privada coletiva possui uma visão tríplice: a) poder de instituir normas; b) liberdade de organização e permissão para a defesa dos direitos; c) interesses dos trabalhadores.¹⁰⁰ Ao presente estudo interessa, particularmente, a autonomia privada coletiva como poder de produzir normas, ou seja, como se instrumentaliza enquanto negociação coletiva. Tem-se que, trata-se muito mais do que um poder, é um direito fundamental que, juntamente com a liberdade sindical, torna-se uns dos pilares da sustentação da entidade sindical¹⁰¹. É preciso destacar que a OIT 154 de 1981 em seu art. 2º, já definia a negociação coletiva como importante instrumento na regulação das relações entre empregados e empregadores.¹⁰²

A negociação é um dos meios da auto composição de conflitos, com aplicação no âmbito do direito laboral, na busca de uma forma eficaz de melhores condições de vida e

¹⁰⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 388. “Há uma *concepção restrita* e uma *concepção ampla* de autonomia coletiva dos particulares sem que ainda se tenha determinado o exato e definitivo sentido da sua enunciação, ponto central do debate conceitual. Para a primeira, autonomia coletiva dos particulares significa o poder conferido aos representantes institucionais dos grupos sociais de trabalhadores e empregadores de criar vínculos jurídicos regulamentadores das relações de trabalho. A negociação coletiva é o seu procedimento de concretização. Os contratos coletivos de trabalho, expressão aqui tomada no sentido genérico, são o resultado da sua elaboração, o instrumento jurídico pelo qual a autonomia coletiva dos particulares se corporifica. As normas nesse instrumento fixadas aplicam-se aos contratos individuais de trabalho que se desenvolvem ou que ainda serão ajustados no âmbito da representação dos sujeitos estipulantes. Forma-se, assim, um ordenamento que não é estatal, mas é pelo Estado reconhecido. Não o foi nos regimes políticos totalitários, mas o princípio da autonomia coletiva é um valor das democracias, nas quais é, até mesmo, priorizado pelo Estado quanto maior o seu respeito pelos princípios democráticos. De acordo com a segunda, de maior abrangência, a autonomia coletiva dos particulares é o princípio que fundamenta não só a negociação coletiva, mas também a liberdade sindical e a autotutela dos trabalhadores, sendo, sob essa visão, tríplice, portanto, a sua dimensão: como poder de instituir normas e condições de trabalho, poder normativo para contratos coletivos de trabalho; como liberdade para organizar associações sindicais independentemente de autorização prévia do Estado e sem interferências deste, nelas ingressar ou delas sair; e como permissão para que, pela paralisação do trabalho ou outros atos coletivos legítimos, possam os trabalhadores promover a defesa dos seus direitos ou interesses.

¹⁰¹ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos**: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2009. p. 128. “Foi por causa dessa característica democrática da negociação coletiva é que a Organização Internacional do Trabalho a reconheceu, ao lado como sendo um dos princípios e direitos fundamentais do trabalho, cuja observância deve ser cumprida por todos os seus membros, ainda que não tenham ratificado as respectivas convenções.”

¹⁰² DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos**: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2009. p. 126-127. “Mas a efetiva estipulação a respeito do tema somente veio com a Convenção n. 154, de 1981, em reunião convocada a partir do reconhecimento, na Declaração da Filadélfia, da ‘obrigação solene de a Organização Internacional do Trabalho estipular, entre todas as nações do mundo, programas que permitam [...] alcançar o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva’, e levando em consideração que tal princípio é, ‘plenamente aplicável a todos os povos’.

trabalho para os empregados, pacificação social e desenvolvimento do diálogo entre as partes envolvidas.¹⁰³

Como dito anteriormente, uma das formas de exteriorização da autonomia privada coletiva é a negociação coletiva, que gera como frutos a convenção coletiva de trabalho, o acordo e os contratos coletivos, sendo que estes serão, respectivamente, avaliados em momento oportuno. O que se deseja abordar no momento são os efeitos gerados pelos referidos institutos.

Destaca-se que a negociação coletiva surge no Brasil dentro de um contexto de um Estado corporativista intervencionista que busca atrelar os trabalhadores ao Estado como uma força de cooperação estatal. A ideia não é privilegiar o florescimento da negociação coletiva e fortalecer os sindicatos, mas sim, subjugá-los ao Estado e manter o privilégio da Lei sobre o fruto da negociação coletiva. Em sentido muito simples, o que ocorria era uma extrema contradição, pois o Estado controlava os sindicatos, mas conferia reconhecimento às negociações coletivas no aspecto puramente formal. Ora, a liberdade sindical aqui não existia, já que o sindicato era controlado pelo Estado, logo a negociação coletiva não era plena, já que submetida à ausência de liberdade.¹⁰⁴

A contradição existente no Estado Corporativista é resolvida, ainda que em parte, com o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 7º, XXVI, confere

¹⁰³ SUSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22 ed. vol. 2. São Paulo: 2005. P. 1177. “Não padece dúvida de que a negociação coletiva é o meio mais eficaz para a solução dos conflitos coletivos, é através dela que se encontram fórmulas para que seja mantida a paz social. E isso melhormente se obtinha através do contato e do debate entre as partes que representam interesses aparentemente contraditórios, mas que, na verdade, buscam uma acomodação.”

¹⁰⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Evolução do Direito Coletivo do Trabalho em 70 anos de Justiça do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 39, p. 127-151. São Paulo: 2011, p. 136. “As bases legais em que está fundamentada a negociação coletiva situam-se no ordenamento jurídico intervencionista do corporativismo estatal, que prestigia a lei em detrimento da autonomia coletiva dos particulares, marcado pelo contraste entre o controle do sindicalismo, pelo governo (Decreto n. 19.770, de 1931) e o reconhecimento, meramente formal, das convenções coletivas de trabalho (Decreto n. 21.764, de 1932), em manifesta contraposição, como se fossem harmonizáveis a intervenção do Estado na organização sindical e a liberdade de negociação coletiva dos sindicatos. O propósito inicial do Estado, de transformar o proletariado numa força de cooperação com o Poder Público, segundo uma diretriz corporativista, voltada para a integração das classes produtivas, própria do pensamento político da época, não se coadunou com a autorização da prática negocial pelos sindicatos, sendo esse o contexto no qual surgiu a legislação sobre negociação coletiva em nosso país.”

validade aos instrumentos coletivos (acordos e convenções coletivas de trabalho). Com isso, a negociação coletiva passa a ter sua validade reconhecida no âmbito constitucional.¹⁰⁵

Amauri Mascaro do Nascimento faz uma breve síntese da evolução legislativa da negociação coletiva de trabalho, demonstrando, inicialmente, as marcas da intervenção do Estado e, ao final, colocando a crítica sobre o que realmente a CF de 1988 trouxe ao sistema negocial. Primeiramente menciona o Decreto n. 21.761, de 23.8.1932; Constituição Federal de 1934, art. 121, § 1º, j, Constituição Federal de 1937, art. 137, a; Decreto-lei n. 1.237, de 2.5.1939, art. 28, d; Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943; Constituição Federal de 1946, art. 157, XIII,; Decreto-lei n. 229, de 28.2.1967, e a Constituição de 1988. Lembra que com a CF/88, deixa-se um Estado Intervencionista que controlava os entes sindicais e conferia validade formal às negociações coletivas, para um Estado democrático de Direito que permite a negociação coletiva, mas impõem a ela um ônus que não é seu, qual seja, de administrar e solucionar as crises financeiras das empresas e ser o instrumento de retrocesso nas conquistas alcançadas pelos trabalhadores, inclusive com a redução de salários, etc.¹⁰⁶

Chama-se também a atenção para a função da negociação coletiva, conforme apontado acima, ela cria normas autônomas que solucionam, ainda que pontualmente ou

105 HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. “Só faz sentido pensar em processos negociais se o Estado, mediante seu corpo legislativo, reconhecer a validade dos instrumentos jurídicos daí advindos. Essa questão, no ordenamento pátrio, resolve-se com o disposto no art. 7º, XXVI da CF, que reconhece e dá o fundamento de validade aos acordos e convenções coletivos de trabalho. Funda-se ela na autonomia privada coletiva, na qual o Estado, além de permitir fontes intermediárias de normas na sociedade, reconhece-as como tais.”

106 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Evolução do Direito Coletivo do Trabalho em 70 anos de Justiça do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 39, p. 127-151. São Paulo: 2011, p. 136. “Se fôssemos resumir a legislação brasileira sobre convenções coletivas, bastaria o seguinte quadro das normas promulgadas em nosso ordenamento jurídico: Decreto n. 21.761, de 23.8.1932; Constituição Federal de 1934, art. 121, § 1º, j, que reconhece as convenções coletivas; Constituição Federal de 1937, art. 137, a, que estende os efeitos dos contratos coletivos a sócios e não sócios dos sindicatos estipulantes e fixa um conteúdo obrigatório mínimo para os mesmos; Decreto-lei n. 1.237, de 2.5.1939, art. 28, d, que organiza a Justiça do Trabalho e investe o Conselho Nacional do Trabalho de poderes para estender a toda a categoria, nos casos previstos em lei, os contratos coletivos de trabalho; Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, que regulou, de modo mais amplo, a convenção coletiva de trabalho como instrumento normativo de efeitos *erga omnes* sobre toda a categoria representada pelo sindicato único; Constituição Federal de 1946, art. 157, XIII, que mantém o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho e inseriu a Justiça do Trabalho no Poder Judiciário, investindo-a de poderes normativos para, nos dissídios coletivos, estabelecer normas e condições de trabalho (art. 123, § 2º); Decreto-lei n. 229, de 28.2.1967, que criou o nível de negociação coletiva até então inexistente no país: os acordos coletivos entre o sindicato da categoria e uma ou mais empresas; Constituição de 1988, que atribuiu à negociação coletiva a função de administrar crises na empresa, ao admitir a redução dos salários por acordos e convenções coletivas e condicionar a propositura de dissídios coletivos à prévia tentativa de negociação (art. 114).”

temporariamente, conflitos, já que a norma coletiva, seja o acordo coletivo, convenção coletiva ou contrato coletivo de trabalho, não é imutável e possui vigência delimitada em razão do tempo. Logo, segundo Carlos Eduardo Oliveira Dias, a função primordial da negociação coletiva é a composição que implica na harmonização dos conflitos gerados entre o capital e o trabalho.¹⁰⁷

É possível dizer ainda, que a negociação coletiva possui várias funções: jurídicas, políticas, econômicas e sociais. Jurídicas, no sentido de criar a norma que regerá os conflitos coletivos de trabalho, impondo direitos, obrigações e os solucionando através de seus instrumentos. Política, porque promove o diálogo na sociedade, sendo fruto da dialética estabelecida entre as forças opostas, capital e trabalho. Econômica, em razão de promover a distribuição de riquezas, o equilíbrio econômico e, em muitos casos, até de salvar a saúde financeira do empregador e manter a fonte de recursos para o trabalhador. Social, no sentido que determina o progresso social e desenvolvimento das relações entre o capital e o trabalho, promovendo, assim, a harmonia e a justiça social.¹⁰⁸

Embora sejam muitas as funções marcantes da negociação coletiva, tem-se que Carlos Eduardo Oliveira Dias acrescenta a ela a função emancipadora, já que é por meio desta que os trabalhadores alcançam melhores condições de vida e, com isso, podem emancipar-se no sentido ter acesso aos bens sociais.¹⁰⁹ A função mencionada é aplicada no

¹⁰⁷ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p. 129. “Logo, temos que a principal função da negociação coletiva é a compositiva, por ser utilizada como meio de solução de conflitos coletivos de trabalho, tendo como fim harmonizar imediatamente os interesses contrapostos dos trabalhadores e seus empregadores. Nesse sentido, observamos que não utilizamos a expressão ‘eliminar os conflitos’ uma vez que, como já tivemos oportunidade de defender, a existência e a permanência do conflito são dados inerentes às relações de trabalho. Uma negociação coletiva que compõe o conflito apenas retira momentaneamente a tensão própria dessa relação, que poderá ser a qualquer tempo restaurada por outro fato relevante, ou em decorrência do mesmo fato se houver qualquer circunstancia que o justifique. Da mesma maneira, adjetivamos a expressão ‘harmonizar os conflitos’ para deixar claro que uma negociação que alcança um resultado positivo somente lapida de forma imediata os pontos de divergência entre as classes envolvidas.”

¹⁰⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 1.300-1.301. “As funções jurídicas podem ser de natureza: a) normativa [...]; b) obrigacional [...]; c) compositiva [...]. A função política da negociação coletiva significa o papel que ela exerce, fomentando o diálogo na sociedade. A função econômica relaciona-se ao importante objetivo de distribuição de riquezas, desempenhado pela negociação coletiva, ao inovar e estabelecer condições de trabalho a serem aplicadas no âmbito dos contratos individuais de trabalho. A função social da negociação coletiva indica a obtenção de harmonia no ambiente de trabalho, possibilitando o progresso social e o maior desenvolvimento, de forma a se alcançar justiça social.”

¹⁰⁹ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p.131. “Com o mesmo grau de relevância, vemos outro atributo fundamental na negociação coletiva: o que chamamos de função emancipadora, por constituir

sentido de que não é permitida a precarização dos direitos dos trabalhadores por instrumentos coletivos. Já que o sentido da negociação coletiva é buscar e alcançar melhores patamares de regulação e direitos, em termos gerais, procurar a efetividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores.¹¹⁰

A função emancipadora para o autor deve estar atrelada à função social da empresa e até mesmo à responsabilidade. O direito de exercer no mercado, atividade econômica, não retira o dever de fazê-lo de forma a buscar o bem comum. Logo, os trabalhadores devem ser inseridos, não só no meio produtivo, e no sistema de troca de valores monetários, como também de poderem, efetivamente, participarem da organização empresarial, para que assim, possam apontar formas mais claras e eficientes de realizarem as questões econômicas e sociais.¹¹¹

Conforme dito anteriormente, a autonomia privada coletiva tem como uma de suas faces a negociação coletiva. Cabe analisar como ela se comporta no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme dispõe o art. 7º, XXVI da Constituição Federal, os instrumentos desenvolvidos na negociação coletiva brasileira, atualmente, são a convenção coletiva de

uma das formas mais apropriadas de serem conferidas melhorias à condição social dos trabalhadores. Aqui, destacamos essa particularidade da função econômica, anteriormente descrita, porque vemos que o objetivo da negociação alcança apenas os interesses econômicos da classe trabalhadora. O processo negocial se presta, também, para preencher aquilo que, no caso brasileiro, foi inserido em um comando constitucional fundamental (art. 7º, caput, da CRFB): para melhorar a condição social dos trabalhadores, assegurando a sua emancipação.”

¹¹⁰ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos**: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2009. p. 136. “A afirmação de que negociação coletiva tem uma função emancipatória parte da compreensão de que os preceitos fundantes do Direito do Trabalho não permitem o seu uso como forma de precarização, mas sim como instrumento de efetivação de direitos e de elástico da forma de seu exercício.”

¹¹¹ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos**: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2009. p. 134 – 135. “Dessa maneira, ao mesmo tempo em que a Constituição adotou o direito de propriedade como um direito fundamental (dentre outros direitos e garantias individuais, no art. 5º), o seu asseguramento está condicionado à existência de uma função social para ela (inc. XXIII). Com isso, a propriedade não é apenas um direito, mas traz consigo o dever do proprietário de conferir a ela uma função social, visando sempre ao bem-comum. Como sua decorrência direta, o texto constitucional também reconheceu o princípio da função social da empresa, valorizando a pessoa humana e a questão social ao obrigar as organizações empresariais a atuarem no interesse coletivo. Todo esse movimento se conjuga com a ideia de que a negociação coletiva há de se prestar à melhoria das condições sociais da classe trabalhadora, a ponto de até mesmo permitir a influência e a interferência dos trabalhadores na organização produtiva, como parte do reconhecimento de que a empresa cumprirá seu papel social. Ao lado disso, nossa defesa de uma negociação coletiva de função emancipadora estabelece um indissociável liame com o que consideramos a principal matriz principiológica do Direito Coletivo do Trabalho. Como já tivemos oportunidade de apontar, os instrumentos do Direito Coletivo não podem se prestar à precarização de direitos dos trabalhadores já que isso contradiz a própria ‘função justralhista central’, na expressão de Delgado, consistente na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica.”

trabalho e o acordo coletivo de trabalho. Mas, também é mencionado o contrato coletivo de trabalho.

No que tange especificamente ao contrato coletivo de trabalho, Gustavo Filipe Barbosa Garcia, esclarece que este nada mais é do que os frutos da negociação coletiva como o acordo coletivo e a convenção coletiva. Diz que no Brasil, o contrato coletivo de trabalho não foi admitido como instituto autônomo, como ocorre no direito estrangeiro.¹¹²

A convenção coletiva de trabalho encontra amparo legal no plano infraconstitucional, no artigo 611 da Consolidação das Leis do Trabalho, especificamente em seu caput, que a define como um acordo normativo entre categorias realizado com a participação dos respectivos representantes.¹¹³ O acordo coletivo de trabalho também encontra amparo legal no artigo 611 da CLT, em seu parágrafo 1º, que determina ser possível a composição decorrente da celebração de acordos no âmbito de empresa ou empresas específicas.

Enfim, sabe-se que a negociação coletiva tem como frutos a convenção coletiva de trabalho e o acordo coletivo de trabalho. Ambos encontram fundamento legal nas disposições do artigo 611 da CLT e também na Constituição Federal em seu artigo 7º, XXVI. A aplicação de cada instrumento dependerá da abrangência da negociação coletiva, ou seja, enquanto a Convenção Coletiva de Trabalho é realizada pelos sindicatos das categorias (patronal e de trabalhadores) e tem aplicação para os representados pelos respectivos sindicatos, o acordo coletivo tem aplicação mais restrita, é formulado para ser aplicado a um número restrito de trabalhadores, ou seja, são destinados aos trabalhadores de determinada empresa ou empresas, para solucionar problemas pontuais e peculiares. Além disso, é formalizado e negociado entre a empresa de aplicação e o sindicato de

¹¹² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.1.301-1.302. “A prática constante da negociação coletiva de trabalho gera, assim, a chamada contratação coletiva de trabalho, por meio da qual os interessados passam a fixar as normas que regulam as suas próprias relações jurídicas, de forma autônoma, atendendo às peculiaridades do caso em discussão. No sistema jurídico brasileiro, os contratos coletivos de trabalho são as convenções coletivas de trabalho e os acordos coletivos de trabalho, conforme o art. 7º., inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988. O contrato coletivo de trabalho, como modalidade distinta de instrumento normativo negociado, é observado no direito estrangeiro, decorrendo, normalmente, da negociação coletiva de âmbito nacional. No entanto, no sistema jurídico brasileiro em vigor, ainda não se verifica a sua regulamentação específica.”

¹¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 248 “No Brasil são acordos de caráter normativo (CLT, art. 611) e não é aceita a sua sobreposição à lei salvo quando ordenada por ela, como nos casos de redução salarial por negociação coletiva (CF, art. 7º, I).”

trabalhadores. Portanto, os instrumentos coletivos diferem no que tange aos legitimados para negociação e âmbito de aplicação.¹¹⁴

Outra questão que merece ser observada, é que a autonomia privada coletiva não se limita apenas ao poder de produzir normas autônomas, mas possui outra faceta de igual importância. Ocorre que a autonomia privada coletiva também pode ser entendida como a garantida conferida às entidades sindicais de se autogerirem, ou seja, de não sofrerem interferência estatal em sua gestão interna e consequente organização. Neste sentido a autonomia privada coletiva possui dois lados de uma mesma moeda, que são a autonomia institucional e o poder negocial.¹¹⁵

Pelos contornos mencionados anteriormente, é possível concluir que a negociação coletiva nasce da organização e reivindicação da classe trabalhadora como instrumento de luta e concretização de melhores condições de trabalho e, consequentemente, de sobrevivência. Atualmente, a negociação coletiva é aplicada para solucionar conflitos, mas, como lembra Carlos Eduardo de Oliveira Dias, eles não surgem da aplicação do direito, mas sim de uma construção e reconstrução deste em razão do Estado não acompanhar a evolução da sociedade pós-moderna.¹¹⁶

Assim, questiona-se se a autonomia privada coletiva confere benefícios. Certo é que ela tem a maleabilidade de acompanhar as mutações das relações de trabalho, chegando

114 HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. “A distinção, assim, entre acordo coletivo de trabalho e convenção coletiva de trabalho e que o primeiro é celebrado entre sindicato de empregados e uma ou varias empresas da correspondente categoria econômica, ao passo que a convenção coletiva de trabalho é celebrada entre o sindicato dos empregados e o respectivo sindicato de empregadores da categoria econômica, razão pela qual as disposições de uma convenção coletiva de trabalho abrangerão, numa mesma categoria, maior numero de empregados e empregadores que as de um acordo coletivo de trabalho.”

115 DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p. 125. “A propósito dessa conexão com o sindicalismo, desvela-se outra face da autonomia coletiva privada: ela é também uma decorrência do princípio da autonomia coletiva privada: ela é também uma decorrência do princípio da autonomia sindical, segundo o qual a gestão dos sindicatos em um regime de liberdade é autônoma, permitindo-se-lhes governar por si mesmo, escolhendo seus objetivos, sem interferências alheias que regulem sua independência.”

116 DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2009. p. 115. “De outra parte, desde o princípio de sua organização celular, a sobrevivência da classe trabalhadora sempre dependeu da sua capacidade de mobilização e de reivindicação, especialmente nos períodos de ausência regulatória por parte do Estado. Isso faz com que as relações de trabalho, quando enxergadas em seu formato supraindividual, tragam consigo outro atributo genético, aquilo que hoje nominamos negociação coletiva, entendida como um dos processos utilizados para a solução dos conflitos de trabalho. Afinal, quando esses conflitos são de natureza coletiva, eles não decorrem da necessidade de aplicação do direito, mas sim da necessidade de construção ou reconstrução de um direito, em termos que a legislação heterônoma ainda não alcançou.”

a questões e relações jurídicas onde o Estado não soluciona os problemas postos pela pós-modernidade.¹¹⁷ A grande questão é como usar essa autonomia, pois, como todo poder, necessita de freios e limites.

1.5 O Pluralismo jurídico e a função de modernizar a CLT

O Estado, enquanto produtor da norma jurídica, por vezes não consegue acompanhar o desenvolvimento da sociedade seja pela morosidade, burocracia ou complexidade do poder legislativo. Isto ocorre em razão das forças que a econômica projeta no Direito do Trabalho e em suas relações sociais. Logo, é possível concluir que a atuação dos trabalhadores, reunidos coletivamente, é uma das formas de promover a modernização da legislação do trabalho, em especial, da Consolidação das Leis do Trabalho.¹¹⁸ Fala-se, assim, na contribuição da norma coletiva para o pluralismo jurídico.

Importa esclarecer que o pluralismo jurídico, no direito do trabalho, é destacado por vários centros produtores da norma jurídica, sendo possível citar dentre eles, o Estado, instituições sindicais, órgãos internacionais, empresas, Tribunais e muitos outros. O presente estudo tem como objetivo analisar, no momento, apenas uma das manifestações retromencionadas, qual seja, a autonomia privada coletiva como poder de normatizar.¹¹⁹ Justificável é a atuação dos trabalhadores no processo produtivo das normas, já que tem-se um Estado que marca o desenvolvimento do Direito do Trabalho com intervenções que vão, desde o planejar, até a implementação de questões econômicas.¹²⁰

¹¹⁷ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p. 124. “Logo, o caráter plurinormativo permite o incremento de outros mecanismos regulatórios, possibilitando que o ordenamento jurídico acompanhe minimamente essas mutações no mercado de trabalho, sobretudo por formas autocompositivas de conflitos.”

¹¹⁸ Nascimento, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho**/Amauri Mascaro Nascimento. – 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53. “A ação dos trabalhadores reunindo-se em associações para defesa dos interesses comuns é uma das assinaladas forças modeladoras do direito do trabalho.”

¹¹⁹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 85. “Entre os centros de produção do Direito do Trabalho destacam-se o Estado (leis e atos normativos), a comunidade (os costumes), a autonomia privada coletiva (acordos e convenções coletivas), organismos internacionais (OIT, ONU, OEA, com seus tratados e convenções), a empresa (regulamento interno), os sujeitos da relação de trabalho (empregados e empregadores – contrato de trabalho), os tribunais (jurisprudência).”

¹²⁰ Nascimento, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53. “Porém, o direito do trabalho nasceu também e paralelamente como expressão do intervencionismo do Estado. O Estado passou a tomar posição-chave na economia, desenvolvendo um plano de ação que compreendia uma nova posição perante as relações sociais. Valeu-se de técnicas que se tornaram cada vez mais aceitas como o planejamento, o dirigismo econômico, a interferência nos contratos etc.”

Amauri Mascaro do Nascimento sustenta que a norma jurídica de direito do trabalho é tida como diferente, ou seja, possui aspecto mais material do que formal, este assegurado pelo caráter de especialidade.¹²¹ É preciso destacar que, embora a autonomia privada coletiva confira o poder de produzir normas jurídicas, estas não se confundem com a lei. A lei é matéria de competência reservada ao poder legislativo. Já a autonomia privada coletiva, cria a norma jurídica no sentido material.¹²²

O elemento que envolve o direito do trabalho e a regra matriz a ser perseguida pelas fontes produtoras deste é a justiça social, que se traduz pela conquista dos trabalhadores, pela distribuição de riquezas, pela efetiva participação dos obreiros no regime democrático.¹²³ Isso por sua vez, faz com que possa ser possível um ordenamento jurídico plural, formado, não só pelas normas produzidas pelo Estado, mas também daqueles decorrentes da participação dos trabalhadores enquanto instituição organizada.¹²⁴

É necessário ter em mente que o pluralismo não se resume simplesmente a vários centros produtores de normas que integram o ordenamento jurídico. A sociedade participa da confecção da norma e a respeita, sem que exista a necessária

¹²¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho : história e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67. “A norma jurídica, no *direito do trabalho*, apresenta um dado que a difere das demais que integram o ordenamento jurídico. Não é de natureza formal, mas material. O seu conteúdo tem uma característica. É a *especialidade*, fator justificante da sua existência e característica que faz dela norma diferente das demais com as quais convive no sistema jurídico. A especialidade é compreendida como a qualidade que faz de algo um ser ou um fenômeno particular e inconfundível com outros, do mesmo ou de outro gênero, propriedade que apresenta a norma jurídica de *ser* no ordenamento jurídico, uma norma que não se confunde com as demais.

¹²² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 387. “A autonomia coletiva, como poder social, não é a fonte de que se origina todo o direito do trabalho, mas de um setor importante deste. Da autonomia coletiva não pode resultar uma lei, mas pode, no entanto, derivar uma norma jurídica. O direito do trabalho não se resume às leis elaboradas pelo Estado. Há também, concomitantemente com a produção das leis, toda uma contínua produção de vínculos jurídicos que nasce diretamente da sociedade organizada em grupos. Há um direito positivo do trabalho resultante da atuação das organizações não estatais representativas dos trabalhadores e dos empregadores.”

¹²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60. “O direito do trabalho tende à realização de um valor: a justiça social. Não é o único meio de sua consecução, mas é uma das formas pelas quais um conjunto de medidas que envolvem técnicas econômicas de melhor distribuição de riquezas, técnicas políticas de organização da convivência dos homens e do Estado e técnicas jurídicas destinadas a garantir a liberdade do ser humano, dimensionando-a num sentido social, visa a atingir a justiça social.”

¹²⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59. “O direito do trabalho rapidamente institucionalizou-se, fenômeno recente, cujas totais manifestações ainda estão ocorrendo. Seus princípios foram adotados pelos Estados, moldados pelo ideal que os anima na época contemporânea: a realização da justiça social.”

sanção atribuída às leis, em razão do centro produtor da norma coincidir com o destinatário, ou seja, o ente sindical cria a norma coletiva e seus destinatários são os próprios trabalhadores representados pelo sindicato.¹²⁵

Os questionamentos giram em torno de saber qual a necessidade do pluralismo jurídico e porque surgiu dentro dos ordenamentos. A resposta pode ser encontrada na análise do envelhecimento das codificações, na insuficiência do poder legislativo atrelado a morosidade, burocracia e incapacidade de atuar na mesma frequência das mudanças surgidas na sociedade e ainda no desenvolvimento das ciências sociais.¹²⁶ Outra questão interessante é que o pluralismo jurídico afasta o dogma da completude do ordenamento jurídico estatal que, por sua vez, está intimamente ligado à teoria monista.¹²⁷

Importa mencionar que há dois tipos de fontes produtoras da norma trabalhista, as autônomas e as heterônomas. As autônomas decorrem da produção das normas pela sociedade em manifestação da autonomia privada coletiva quando realizadas através dos atores sindicais ou entre os próprios particulares, tal qual o regulamento de empresa, contratos, etc. Por outro lado, as fontes heterônomas decorrem do exercício do poder legislativo, são realizadas com a generalidade e abstração conferidas às leis, ou seja, não são aplicadas apenas a um determinado grupo de trabalhadores, mais sim a toda a coletividade de obreiros.¹²⁸

¹²⁵ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007. p.36. “O pluralismo não representa somente a coexistência de diversos centros de positivação jurídica numa mesma sociedade política, com a consequente existência de normas que não as emanadas apenas do Estado. A concepção pluralista do direito pressupõe, outrossim, a possibilidade dos mesmos indivíduos estarem submetidos a ordens jurídicas autônomas e interdependentes.”

¹²⁶ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 36. “O florescimento da concepção pluralista do direito pode ser explicado a partir da conjugação de diversos fatores: a) o envelhecimento das codificações, que fazia emergir suas insuficiências e minava a confiança na onisciência do legislador; b) ao processo natural de envelhecimento dos códigos, acresceu-se a rápida e profunda transformação da sociedade, que refletiam uma sociedade ainda predominantemente agrícola e escassamente industrializada, parecessem anacrônicas; c) o desenvolvimento da Filosofia Social e das Ciências Sociais, cujo ponto comum era seu posicionamento contra o monismo estatal e a descoberta de uma sociedade abaixo do Estado; além do fornecimento de novas armas críticas aos juristas, que propiciaram a formação da Sociologia Jurídica, e a concepção do direito como um produto social e não somente do Estado; d) o surgimento da Escola do Direito Livre.”

¹²⁷ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 53. “O pluralismo jurídico, à medida que admite a existência de diversos centros de positivação jurídica, afasta o dogma da completude do ordenamento jurídico estatal que norteava a teoria monista.”

¹²⁸ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 95. No Direito do Trabalho fala-se em fontes autônomas para indicar as normas ou complexos de normas em que há identificação entre o legislador e o executor, isto é, que são produzidas com a participação dos próprios sujeitos interessados, a partir do exercício da autonomia privada individual ou coletiva dos particulares, por

Tem-se que a negociação coletiva produz a norma denominada de autônoma, já que as partes livremente pactuam as condições, direitos e restrições que lhes serão aplicadas, o que diverge da norma heterônoma, que é aquela produzida por um terceiro imparcial, na qual, o exemplo mais tradicional é a Lei.¹²⁹

Conforme exposto acima, há um pluralismo de fontes produtoras de normas no direito do trabalho. Logo, é possível que um mesmo assunto ou direito tenha regulamentações nas mais diversas fontes, tais como acima do Estado, como é o caso da norma internacional e no direito do trabalho das disposições da OIT e abaixo da Constituição Federal, como ocorre com as normas infraconstitucionais, como a Consolidação das Leis do trabalho e também com as normas coletivas¹³⁰. No entanto, na interpretação da norma, tem-se que o vértice não será a norma fundamental, já que este lugar será ocupado pela materialidade da norma que traduz a satisfação dos direitos fundamentais do trabalhador.¹³¹ Por isso, se diz que, no âmbito do direito do trabalho a clássica pirâmide de hierarquia das normas, proposta por Kelsen, não será observada de forma rígida.

Na Constituição Federal de 1988 nota-se a presença do pluralismo jurídico, que é realizado no direito do trabalho, além de outras formas já mencionadas no decorrer desta

meio do qual estes autorregulam as suas condutas e relações, com o estabelecimento do seu conteúdo e da respectiva disciplina jurídica. [...]. As fontes heterônomas abrangem as normas ou conjunto de normas em que o legislador e o executor não se identificam, pois elas não são elaboradas diretamente pelos sujeitos que deverão observá-las, sendo decorrentes de uma vontade que lhes é alheia e que se coloca em patamar superior. Entram nessa categoria as normas estatais.”

¹²⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 37. “As fontes de Direito podem ser heterônomas ou autônomas. Heterônomas: são as impostas por agente externo. Exemplos: Constituição, leis, decretos, sentença normativa, regulamento de empresa, quando unilateral. Autônomas: são as elaboradas pelos próprios interessados. Exemplos: costume, convenção e acordo coletivo, regulamento de empresa, quando bilateral, contrato de trabalho.”

¹³⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 245. “O direito do trabalho situa-se como um ordenamento *abaixo do Estado*, pelo Estado reconhecido ou, até mesmo, absorvido, com características próprias, pondo-se como ordenamento relacionado com o do Estado, com o qual se coordena ou ao qual se subordina, específico das normas, instituições e relações jurídicas individuais e coletivas de natureza trabalhista.”

¹³¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 247. “No direito do trabalho, há outro fim: a preservação das conquistas do trabalhador conseguidas por meio dos diferentes níveis normativos de que se compõe o quadro integral das fontes que as produzem e a quebra de uma hierarquia natural em época de crise econômica na qual os interesses da gestão empresarial também se refletem sobre o tema. Logo, não se trata de uma hierarquia fixa, mas dinâmica, cujo vértice não é a norma fundamental, mas aquela que, em cumprimento do seu natural ditame, confere maiores direitos para o assalariado ou excepciona em favor do empregador.”

exposição, através da negociação coletiva advinda de uma das facetas da autonomia privada coletiva. Observa-se nos artigos 7º, VI, XIII, XIV, XXVI e artigo 8º, VI, o destaque conferido à autonomia privada coletiva e sua consequente validade.¹³²

No entanto, não é só na Constituição Federal que se encontra o fundamento de validade para a negociação coletiva. Há instrumentos internacionais que cuidam do tema, tais como as Convenções n. 98 e 154 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que foram devidamente ratificadas pelo Brasil.¹³³

Outra questão que merece destaque é o debate sobre o negociado e o legislado, em outros termos, qual validade será conferida à negociação coletiva? Os instrumentos negociados valerão acima da Lei, ainda que tenham efeitos prejudiciais ao trabalhador ou a lei sobreponha o negociado? Amauri Mascaro do Nascimento assinala que há aqueles que defendem o primado da norma coletiva sobre a Lei ainda que ocorra precarização e supressão dos direitos dos trabalhadores.¹³⁴ Enoque Ribeiro dos Santos defende que nestes casos valerá o legislado frente ao negociado, pois existindo instrumentos coletivos in pejus a Lei deve sobrepor à norma negociada para que assim seja afastada a ineficiência dos atores sindicais e mantido o patamar mínimo de direitos assegurados pela norma.¹³⁵

Buscando contornos concretos, tem-se que a jurisprudência nacional, a partir da Constituição Federal de 1988, passa a olhar a questão posta admitindo a prevalência do

¹³² SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 73. “O princípio do pluralismo jurídico igualmente é extraível dos preceitos constitucionais que prescrevem a faculdade de normatização – criação de normas jurídicas – pelos grupos sociais e/ou seus representantes, na qual figura o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho e, consequentemente, da autonomia coletiva (art. 7º, incisos, VI, XIII, XXVI), como também o reconhecimento da negociação coletiva de trabalho (art.8º, inciso VI, XIV).”

¹³³ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: Ltr, 2004. p.81 . “No âmbito internacional, o instituto da negociação coletiva está regulado pelas Convenções n. 98 e 154 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ambas ratificadas pelo Brasil.”

¹³⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 275-276. “Em relação ao direito coletivo, não é possível deixar de assinalar o debate sobre convenção coletiva de trabalho e suas relações hierárquicas com a lei, ou seja, a discussão sobre *o negociado e o legislado*, entre aqueles que defendem o primado absoluto e insubstituível da lei sobre os convênios coletivos e aqueles que sustentam a primazia da negociação coletiva como fonte direta e autorizada de vinculações jurídicas que podem sobrepor-se às leis; em outras palavras, o efeito *in pejus* das cláusulas convencionadas coletivamente, tanto sobre os contratos individuais como, também, sobre as disposições legais.”

¹³⁵ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: Ltr, 2004. p.79 . “Portanto, não é difícil concluir-se que, no Brasil, por suas condições peculiares, ainda hoje, mais importante do que a negociação coletiva é a lei do Estado, pois esta, como norma de proteção ao trabalho, a um só tempo, supre a insuficiência do sindicalismo brasileiro e mantém as reivindicações operárias no limite das possibilidades nacionais.”

negociado sobre o legislado, ainda que o tema não fosse disposto em lei e carecesse de permissão legal para ser objeto da negociação coletiva.¹³⁶

Jorge Neto, ao tratar da prevalência do negociado sobre o legislado, diz que somente é admitida em duas possibilidades. A primeira, quando há uma inovação benéfica, como ocorre com a atribuição de percentual superior ao fixado na Constituição Federal para as horas extras, e a segunda, nos casos permitidos pela própria Constituição, tal qual as disposições inseridas no art. 7º inerentes à permissão para reduzir salários e alterar a jornada de trabalho.¹³⁷

Mauricio Godinho Delgado trata do tema, ao falar do princípio da adequação setorial negociada. Segundo o autor, seria um meio de harmonizar as normas coletivas com as heterônomas. Trata-se assim, de avaliar os critérios de validade da norma coletiva bem como a eficácia a ser atribuída. Discute-se assim, em que casos prevalecerá a norma coletiva sobre a lei. O princípio em questão admite apenas duas possibilidades de sobreposição, ou atribuição de validade da norma coletiva, em detrimento da lei, que são: a) norma coletiva determinando direitos superiores aos fixados pela norma heterônoma; b) negociações em torno de direitos de indisponibilidade relativa.¹³⁸

¹³⁶ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos**: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2009. p. 152. “Na sua essência, vemos que as tentativas legislativas de flexibilização foram limitadas, em que pese houvesse o apoio incondicional da classe empresarial e até mesmo de boa parte das lideranças operárias. Mas, provavelmente, as objeções culturais que também impediram a modificação global do modelo de regulação foram fatores inibidores de um maior investimento legislativo na flexibilização dos direitos trabalhistas pela via da negociação. No entanto, em sentido inverso, a jurisprudência trabalhista, sobretudo a partir da Constituição de 88, passou a construir uma tendência de maior admissibilidade de estipulação negocial de temas já tratados pela lei, mesmo sem o permissivo legal de sua concretização, conduzindo-se para reconhecimento incondicional da prevalência do negociado sobre o legislado.”

¹³⁷ JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito do Trabalho** /Francisco Ferreira Jorge Neto; Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1.217.” No sistema jurídico vigente, em duas hipóteses, a norma negociada prevalece sobre a norma estatal, ex. pagamento do adicional de horas extras (art. 59, § 1º, da CLT); b) quando atingir normas trabalhistas de indisponibilidade relativa, como no caso de jornada de trabalho e redução salarial (flexibilização de normas, art. 7º, VI, XII e XIII, CF).”

¹³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 64-65. “Este princípio trata das possibilidades e limites jurídicos da negociação coletiva. Ou seja, os critérios de harmonização entre as normas jurídicas oriundas da negociação coletiva (através da consumação do princípio de sua criatividade jurídica) e as normas jurídicas provenientes da legislação heterônoma estatal. [...] Reside, em síntese, na pesquisa e aferição sobre os critérios de validade jurídica e extensão de eficácia das normas oriundas de convenção, acordo ou contrato coletivo do trabalho em face da legislação estatal imperativa, que tanto demarca o ramo justralhista individual especializado. [...]. Pelo princípio da adequação setorial negociada, as normas autônomas juscoletivas, construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional, podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justralhista, desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superiores ao padrão geral oriundo da legislação

Cabe lembrar que a negociação coletiva possui como limite as regras de indisponibilidade absoluta, que são conferidas, ainda segundo Delgado, por três grupos de normas: a) constitucionais (ressalvando as autorizações expressas da CF – art. 7º, VI, XIII e XIV); b) internacionais; c) normas infraconstitucionais que assegurem um patamar mínimo para uma existência digna.¹³⁹

Deste modo, chega-se à outra discussão, tão importante quanto a apresentada acima. A hierarquia das normas coletivas e sua consequente aplicação. Kelsen diz que a teoria estática das normas prevê uma estrutura de pirâmide, ou seja, as normas que se situam na base da referida estrutura retiram validade da norma fundamental.¹⁴⁰ Neste sentido, as normas constitucionais prevalecem sobre as demais normas do sistema jurídico. O que implica em métodos de solução de conflitos de normas, utilizando os critérios de lei superior, posterior e especial.¹⁴¹ Ocorre que o direito do trabalho, em razão de suas características próprias, tais como a presença de normas autônomas e heterônomas, não aplica a teoria proposta por Kelsen, já que o direito laboral utiliza a hierarquia dinâmica das

heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).

¹³⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 66. “Em conformidade com o já exposto, na ordem jurídica brasileira, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, §§ 2º e 3º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.)”

¹⁴⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 136. “Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental forma um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.”

¹⁴¹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 250-251. “Essa construção foi aprofundada por Hans Kelsen na sua obra ‘Teoria pura do Direito’, segundo a qual, o ordenamento jurídico se apresenta como um sistema escalonado e decrescente de normas jurídicas, em que as normas que estão na base da pirâmide normativa retiram sua validade das normas que lhes antecedem, sendo o ápice da pirâmide constituído pela norma fundamental, norma pressuposta que não encontra fundamento de validade em nenhuma outra norma do ordenamento jurídico. [...] Além do critério da lex superior que soluciona o conflito de normas que se encontram em escalas hierarquicamente distintas, também é adotado o critério da lex posterior derogat priori, segundo o qual, no conflito entre normas de um mesmo escalão, mas contraditórias entre si, há prevalência da norma posterior sobre a anterior. Para resolução de conflitos normativos, há Ainda a utilização de um terceiro critério, correspondente ao da lex specialis, pelo qual a norma geral é revogada pela norma especial no que esta dispõem de específico.”

normas, pela qual, o elemento que estrutura a norma juslaboral não será a norma fundamental, mas sim o princípio da norma mais favorável.¹⁴²

Antes de adentrar no conceito de norma mais favorável, é mister analisar seu fundamento. Sabe-se que a Constituição Federal, em seu art. 7º, dispõe sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores, esclarecendo no caput que os direitos elencados poderão ser ampliados, inclusive através da negociação coletiva. Com isto, o ordenamento jurídico passa a possuir normas com um piso mínimo e outras com maiores vantagens. Decorrendo daí o princípio da norma mais favorável.¹⁴³

A norma mais favorável apresenta duas teorias que tentam explicá-la. A primeira, denominada de teoria da acumulação, para a qual o trabalhador faz jus à norma mais benéfica, ainda que seja preciso dividi-la e utilizar somente os pontos que são favoráveis. A segunda, chamada de teoria do conglobamento, que não permite a divisão e aplicação fragmentada das normas. Para a referida teoria é preciso analisar o todo, ou seja, a norma que for mais favorável em termos globais será aplicada ao trabalhador.¹⁴⁴

Interessa notar que o princípio da norma mais favorável acaba invertendo a pirâmide de hierarquia das normas proposta por Kelsen. Para o Direito do Trabalho, o que

¹⁴² SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 252. “O Direito do Trabalho é concebido como um ramo do ordenamento jurídico caracterizado pela existência de uma hierarquia dinâmica entre as suas normas. Essa dinamicidade é possibilitada pela presença do ‘princípio da norma mais favorável’ no vértice da pirâmide do ordenamento jurídico trabalhista, que atua como elemento estruturador da dinâmica hierárquica no Direito do Trabalho.”

¹⁴³ ROESLER, Átila da Rold. **Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 85. “A Constituição estabelece, no caput no seu art. 7º, que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais todos aqueles indicados em seus incisos, cujo objetivo é de promover a atenuação da inferioridade econômica e hierárquica dos trabalhadores. Assim, ao estabelecer os direitos trabalhistas, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, a Constituição deixa claro que esses direitos poderão ser aumentados pela legislação infraconstitucional ou mesmo mediante negociação coletiva. Daí também decorre o fundamento para o princípio da norma mais favorável e da condição mais benéfica que pressupõe normas com vigência simultânea e a interpretação mais condizente com a melhoria da condição social do trabalhador.”

¹⁴⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 525. “Que se deve entender por norma favorável ao trabalhador? Há duas teorias, a da *acumulação* e a do *conglobamento*. De acordo com a primeira, o trabalhador gozará do estatuto mais benéfico, ainda que seja preciso fragmentar as suas disposições, retirando-se preceitos de normas diferentes, condições singulares contidas nos diferentes textos. Conforme a segunda, não haverá fracionamento de disposições nem cisão de conteúdos. Apenas será mais favorável o estatuto que globalmente for entendido como tal. O problema necessita de colocação mais ampla. A *favorabilidade* permite mais de um ângulo de apreciação: a da unidade (conglobamento) ou fracionamento dos conteúdos dos textos (acumulação); a do trabalhador, considerado individualmente ou em grupo; a dos aspectos econômicos ou apenas jurídicos; a do tipo de norma, se especial ou geral.”

interessa é a matéria e não a fonte produtora. Em outros termos, importa se a norma realiza o princípio da dignidade humana e satisfaz, assim, os critérios de justiça social.¹⁴⁵

Ultrapassada a questão da hierarquia e aplicação da norma mais favorável, chega-se a outro ponto tão relevante quanto os apresentados acima. Trata-se da vigência dos instrumentos coletivos. Ocorre que acordos e convenções coletivas de trabalho possuem prazo de vigência preestabelecidos em suas disposições e limitados a dois anos pela Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 614 § 3º.¹⁴⁶

Deste modo, a negociação coletiva aponta como uma das fontes do pluralismo, realizando a modernização da legislação do trabalho e buscando tornar o ordenamento jurídico flexível, maleável e apto a abordar as questões sociais que clamam por uma resposta efetiva da sociedade. Neste contexto, passa-se ao segundo capítulo do presente estudo para analisar o direito coletivo do trabalho contemporâneo e suas consequentes implicações na vida dos trabalhadores.

¹⁴⁵ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos**: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2009. p. 124. “Além disso, a aplicação multiforme de fontes normativas no Direito do Trabalho é marcada por outro fenômeno, de ordem principiológica: o reconhecimento do princípio da norma mais favorável, que exige do operador justralhista a observância da fonte que mais beneficie o trabalhador, dentre todas as que com ela concorrem, independentemente de sua hierarquia formal ou monogenética. Essa matriz considera todas as modalidades de fontes formais de Direito do Trabalho com a mesma valorização de eficácia, sejam elas estatais, negociais, heterônomas ou autônomas, o que hiperdimensiona, em sentido positivo, a plurinormatividade, especialmente fazendo do Direito do Trabalho um importante instrumento da justiça social.”

¹⁴⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 527. A questão da hierarquia não se confunde com outra muito próxima, que é a *vigência no tempo das convenções e acordos coletivos*. Os acordos e as convenções coletivas de trabalho derogatórios de vantagens, assim como direitos oriundos das mesmas fontes, seguem o princípio jurídico segundo o qual lei posterior revoga lei anterior, não havendo nenhum motivo para que o princípio aplicado às leis não o seja quanto aos acordos e convenções coletivas cujo prazo de vigência é por eles fixado, assim como fixado também pela sentença normativa é o prazo no qual permanecerá em vigor. As convenções e acordos coletivos podem restringir direitos oriundos de outra convenção ou acordo coletivo de trabalho no mesmo nível, mas não podem contrariar os direitos previstos nas leis, salvo quando por estas autorizadas.

CAP. 2: O DIREITO COLETIVO DO TRABALHO NA ORDEM CONTEMPORÂNEA

O presente capítulo propõe o estudo do direito coletivo do trabalho na ordem contemporânea, ou seja, como seus conceitos, princípios e valores respondem na pós-modernidade diante das crises suscitadas pela globalização e o eterno duelo entre o capital e o trabalho. Buscará avaliar a crise vivenciada no mundo do trabalho com olhar para aspectos econômicos, éticos, políticos, jurídicos, dentre outros. A configuração do modelo sindical na CF de 1988 também será objeto de estudo, assim como as questões inerentes à desregulamentação e flexibilização dos direitos laborais frente a atual conjuntura econômica. Razões pelas quais, propõem-se, ainda que em apertadas linhas, a investigação da atuação sindical no ambiente da pós-modernidade e da ética.

2.1 O direito coletivo do trabalho na ordem contemporânea

O direito coletivo do trabalho contemporâneo tem travado um embate com as crises da economia mundial, legitimidade, legalidade e ética, dos entes sindicais. Isto ocorre, tanto pelas normas celetistas, que não acompanharam a evolução da sociedade, quanto em decorrência dos efeitos da globalização, que acabou por criar um novo mundo do trabalho, e ainda por questões éticas na atuação das entidades sindicais.

Na visão de Amauri Mascaro do Nascimento, o mundo do trabalho contemporâneo passa por transformações em decorrência das novas formas de labor e ainda dos processos de desemprego. Por isso tem buscado novos meios de enfrentamento dos problemas posto nas relações modernas.¹⁴⁷

Atualmente observa-se que o sindicalismo e os sindicatos têm passado por momentos de crise, sendo que esta, é atribuída às políticas neoliberais, mas, que não pode ser tida como única verdade, sendo necessário um olhar crítico sobre o problema atual dos entes coletivos. Maurício Godinho Delgado alega que a crise nos sindicatos e no

¹⁴⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 214. “O direito do trabalho contemporâneo, tanto no plano dogmático como no legislativo, vem procurando fundamentações para explicar e regular a nova categoria abrangente das formas atuais de trabalho profissional não enquadráveis nos moldes até hoje prevalentes; na Itália cresceu a *parassubordinação* e na Alemanha, a figura dos *quase-empregados*.”

sindicalismo, ocorre em razão da redução da sindicalização, da perda significativa de participação, e, ainda, das consequências das políticas neoliberais para desregular e flexibilizar o Direito do Trabalho.¹⁴⁸

Porém, os referidos argumentos não são suficientes para definir a crise na pós-modernidade. Se o sindicalismo e a atuação sindical passam por crises é porque o mundo do trabalho passou por transformações juntamente com tantos outros setores, dentre eles a economia. Nota-se que o trabalhador de ontem não é mais o de hoje e desta forma muito do que foi dito e a forma de atuação da classe trabalhadora, perderam o sentido. Razões pelas quais, o sindicato formado e pensado para opor-se ao capitalismo, não se sustenta na contemporaneidade.

A classe trabalhadora hoje é representada por trabalhadores precarizados, autônomos, cooperados, terceirizados e informais.¹⁴⁹ Além disso, há uma fuga dos trabalhadores para associações distintas dos sindicatos, pois aqueles vêm mais credibilidade, confiança e acesso nas novas formas associativas. Questões que são tratadas por Antunes como a erosão do trabalho formal e podem afetar a atuação sindical.¹⁵⁰ Fala-se assim de uma massa de excluídos composta de trabalhadores desempregados e subempregados e de novos riscos a serem enfrentados pelo direito coletivo e instituições sindicais.¹⁵¹

¹⁴⁸ DELGADO, Maurício. **Direito Coletivo do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 133. “Caracterizariam tal crise, nos países desenvolvidos, fatos como, ilustrativamente, a redução das taxas de sindicalização dos trabalhadores, a diminuição da influência das entidades sindicais quer no plano político-institucional, quer no plano intra e interempresarial, a adoção pelos respectivos governos de medidas destabilizadoras das conquistas do chamado Estado de Bem-Estar Social.”

¹⁴⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69. “A conjuntura internacional mostra uma sociedade exposta a sérios problemas que atingiram em escala mundial os sistemas econômicos capitalistas. Os empregos diminuíram, cresceram outras formas de trabalho sem vínculo de emprego, as empresas passaram a produzir mais com pouca mão de obra, a informática e a robótica trouxeram produtividade crescente e trabalho decrescente”

¹⁵⁰ ¹⁵⁰ ANTUNES, Ricardo. Os modos de ser da informalidade. **Serv. Soc. Soc.** São Paulo, n. 107, p-405-419, jul./set. 2011. P. 411. “Estamos vivenciando, portanto, a erosão do trabalho contratado e regulamentado, dominante no século XX, e vendo sua substituição pelas diversas formas de “empreendedorismo”, “cooperativismo”, “trabalho voluntário” etc.”

¹⁵¹ CHIARELLI, Carlos Alberto. **Temas contemporâneos na sociedade do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p. 249-250. “Defensável, portanto, a idéia de que, ao invés do seu fim, tenhamos o reposicionamento do trabalho”. Se, por um lado, as mudanças tecnológicas serviriam para a redução de riscos e melhoria da qualidade de trabalho em alguns setores, por outro trariam – e trouxeram – novos riscos e incertezas ao mundo laboral, provocando o desemprego, seu deslocamento e novos conflitos entre aqueles que têm conhecimento e os que não o têm. A partir desse aspecto, é possível perceber “uma divisão da sociedade entre trabalhadores plenos e desempregados (ou subempregados), excluídos da sociedade do trabalho.”

As questões expostas, não são as únicas a contribuir para a crise sindical. Certo é que a globalização e o capitalismo, na pós-modernidade, promovem novas formas de trabalho, que por sua vez, acabam por esvaziar o conteúdo dos sindicatos. Este esvaziamento é denominado descategorização, que além de promover a diminuição dos sindicatos, acaba ainda realizando a redução da captação de recursos financeiros.¹⁵²

Observa-se o crescimento do desemprego, da informalidade, assim como cresce o número de trabalhadores autônomos e, ainda, novas formas de trabalho, que por vezes, permitem a precarização dos direitos dos trabalhadores. O que mais chama atenção é que essas novas formas laborais não são realizadas na integridade de suas denominações, ou seja, são instrumentos para mascarar a transferência do emprego para o status de precarizados, representam não a participação na sociedade contemporânea como forma de obter lucros, mas sim como meio de participar efetivamente do custo.¹⁵³

Deste modo, ocorrendo uma divisão do mundo do trabalho, com trabalhadores em subempregos, trabalhos informais e terceirizados, etc., conseqüentemente, haverá implicações jurídicas e estruturais na atuação e organização dos sindicatos.¹⁵⁴ Assim, como a globalização tem provocado reflexos diretos nos direitos dos trabalhadores. Para manterem-se competitivos no mercado, os empregadores, entendem os direitos dos

¹⁵² DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos**: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2009. p. 59. “Nesse caso, em particular, observa-se que os efeitos perversos da nova ordem econômica atingiram em cheio os sindicatos: além do menor número de empregados, que são os trabalhadores aptos a prestar a contribuição financeira para sustentação da entidade –tanto pela diminuição dos postos de trabalho como também pela sua apropriação dissimulada – a descentralização produtiva com a conseqüente externalização da produção implicou a ‘descategorização’ de um número considerável de trabalhadores integrantes de categorias historicamente de serviços.”

¹⁵³ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos**: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2009. p. 57. “Nesse foco, o trabalho perde a sua condição de elemento central na economia e sua força como categoria analítica do mundo social, permitindo a configuração de uma sociedade pós-trabalho. Isso é representado pelo fato de que, na busca da maior produtividade e do aumento da lucratividade e da competitividade das empresas, houve maior intensificação na informalização do trabalho e no uso de formas alternativas de contratação, normalmente como formas ilícitas de apropriação de trabalho. Essa mudança possibilitou a redução dos empregos estáveis, regulados e assalariados, com uma ampliação, proporcionalmente inversa, de trabalhadores precários, sob a alcunha de informais’, ‘por conta própria’, ‘cooperados’, ‘autônomos-dependentes’, ou ainda contratados mediante o uso de institutos mitigadores de direitos trabalhistas, como interposição de mão de obra.”

¹⁵⁴ RÜDIGER, Dorothee Susanne **Rev. TRT - 9ª R.** Curitiba a. 29 n.53 p.71-86 Jul./ Dez. 2004. p. 81. “A fragmentação atinge também o que tradicionalmente era chamado de “classe trabalhadora” e suas formas de organização. Devido à reorganização do mercado de trabalho capaz de transferir parte das atividades antes desenvolvidas na indústria para o setor de serviços articulados pelas redes just-in-time. Grandes contingentes de trabalhadores mudam de categoria. Observa-se uma fragmentação dos trabalhadores entre os que trabalham nos núcleos do trabalho industrial e os que trabalham na periferia da atividade industrial.”

trabalhadores como custos e não como realizações sociais em busca do bem comum.¹⁵⁵ O que acaba impactando de forma negativa nas instituições sindicais, provocando diminuição de representados, recursos e poderes.

Conforme menciona Bechk, a globalização altera completamente o mundo do trabalho e o comportamento dos trabalhadores frente ao empregador. Antes do processo global, os empregados tinham como meta estabelecer a legislação do trabalho com conquistas sociais que lhes permitissem uma melhor condição de vida. A preocupação residia no trabalho e a subordinação ao empregador. Hoje as lutas são para que o empregador tenha resultados e, conseqüentemente, o mínimo seja assegurado, como por exemplo, manter o posto de trabalho. Os trabalhadores foram inseridos como partes dos riscos do negócio e estão subordinados ao mercado e às regras de produção ditadas pelo capitalismo.¹⁵⁶

Diante do quadro exposto acima, Delgado afirma que existe um eclipse nos sindicatos, gerado principalmente pelas políticas capitalistas da modernidade.¹⁵⁷ As instituições sindicais foram criadas para buscarem melhorias para a classe trabalhadora, mas com a política capitalista imposta, passaram a constituir-se como organizações que administram crises nas empresas.

A globalização promoveu a precarização do trabalho, as inovações quanto à terceirização e, sem dúvida, a imposição de flexibilização e desregulamentação dos direitos laborais, mas não é só. Os sindicatos deixaram de lutar pela promoção e implementação de

¹⁵⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75. “A competitividade entre empresas de diferentes países intensificou-se com as maiores facilidades proporcionadas pela velocidade e agilidade das comunicações e comércio, provocando uma concorrência maior, que as levou a iniciativas com a finalidade de reduzir custos da produção, entre os quais o número de empregados, os salários, as formas de contratação e a jornada de trabalho, o que se refletiu sobre o direito do trabalho.”

¹⁵⁶ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo respostas à globalização. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 261. “Antigamente, os trabalhadores tinham que construir juntos o objetivo do trabalho; hoje, eles têm que construir o resultado do negócio. Antes, eles tinham apenas que trabalhar juntos, agora eles participam nos planos e nos riscos. Antes, eles estavam subordinados ao processo de produção como uma peça de engrenagem; agora, o processo de produção é subordinado ao seu engajamento.”

¹⁵⁷ DELGADO, Maurício. **Direito Coletivo do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 133. “Neste contexto desfavorável, chega-se a vaticinar o eclipse dos sindicatos, por sua suposta inadequação às características e exigências do capitalismo na atualidade.”

direitos sociais, para almejar a segurança do emprego, enfim, a preservação dos postos de trabalho.¹⁵⁸

O processo de globalização causou também a transnacionalização do trabalho. Sendo assim, se por um lado o capital é transnacional, o trabalho cada vez mais o é.¹⁵⁹ Este tem sido um dos motivos do esvaziamento dos sindicatos e do crescente número de acordos coletivos, que são aplicados apenas no âmbito de empresas determinadas, em detrimento das convenções coletivas que possuem aplicação a toda uma categoria de trabalhadores. Isto fez com que os acordos comerciais passassem a conter algumas cláusulas sociais, pois assim, poderia evitar o dumping social que consiste na mudança de empresas para outros locais nos quais o custo da mão de obra é significativamente menor se comparado ao da sede atual.¹⁶⁰

Segundo Amauri Mascaro do Nascimento, para avaliar os problemas atuais do sindicalismo é preciso olhar os efeitos que a globalização impõe ao mercado de trabalho. Dentre eles é possível mencionar a redução dos postos de trabalho, transferências de centros produtivos, crescimento da terceirização, informalização do trabalhador, ênfase no ensino e qualificação em linhas gerais, dentre outros.¹⁶¹

¹⁵⁸ ROESLER, Átila da Rold. **Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 45. “O trabalho humano passa a ser desvalorizado a tal ponto que representantes do governo e dos próprios trabalhadores passam a defender a redução dos direitos trabalhistas como forma de baratear seus produtos, fazendo que possam inserir-se no mercado de trabalho “em crise”. Foi assim que a elite dominante e o governo gritaram exaustivamente contra o princípio fundamental do direito do trabalho nos anos 1980 e 1990, o da proteção, no sentido de que o referido mandamento fazia parte de uma sociedade totalmente distinta da que temos agora e diversa da realidade que atualmente se impõe.”

¹⁵⁹ ANTUNES, Ricardo. O caráter polissêmico e multifacetado do mundo do trabalho. **Trabalho, Educação e Saúde**. p. 229-237, 2003, p. 234. “Há, ainda, uma última tendência que vamos indicar: no contexto do capitalismo mundializado, dado pela transnacionalização do capital e de seu sistema produtivo, a configuração do mundo do trabalho é cada vez mais transnacional.”

¹⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75. Tanto a descentralização da produção como a possibilidade de produzir no exterior, e não apenas internamente, e o aumento do desemprego reduziram a capacidade de negociação coletiva dos sindicatos de trabalhadores diante da pulverização das suas unidades de produção, o que levou a um aumento das negociações coletivas em nível de empresa e à redução em nível de categoria ou outro mais amplo. Para evitar o dumping social, alguns acordos comerciais passaram a conter cláusulas sociais.”

¹⁶¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76-77. São diversificados os setores do direito do trabalho atingidos pelos reflexos da globalização. Sobre os empregos foram em mais de um sentido: a) o da sua redução geral; b) o da sua ampliação setorial, decorrência das transformações da sociedade industrial para a pós-industrial, com a criação de novos setores produtivos, que advieram das tecnologias modernas e do crescimento do setor de serviços, hoje maior do que o industrial, com a transferência dos setores industriais de países desenvolvidos para os emergentes; c) a descentralização das atividades da empresa para empreendedores periféricos, por meio das subcontratações; d) a informalização do

Bauman aponta que a globalização é a fonte de felicidade para uns e infelicidade para outros, concluindo que ela é algo inevitável. Logo, todos serão atingidos pela globalização.¹⁶² Isto aponta que não é possível lutar contra, entretanto, a busca de soluções para os efeitos gerados é o caminho a ser perseguido pela sociedade pós-moderna.

Neste sentido, o Estado contemporâneo buscou novos contornos para se adaptar e também solucionar os efeitos causados pela globalização. No dizer de Amauri Mascaro do Nascimento isto ocorreu através das normas que foram editadas com o objetivo de amenizar os efeitos do processo global, tais como: a) contrato por prazo determinado (Lei n. 9.601, de 1998); b) compensação de horas anuais (Lei n. 9.601, de 1998); c) contrato de tempo parcial (CLT, art. 58-A) etc.¹⁶³

O referido Autor fala ainda da necessidade de adaptação dos sindicatos à nova realidade, qual seja, de buscar a manutenção do emprego e não mais a ampliação dos direitos dos trabalhadores.¹⁶⁴ A grande questão é que os sindicatos não aprenderam a

trabalho da pessoa física, com o crescimento do trabalho autônomo e o uso de formas parassubordinadas de contratação do trabalho; e) a requalificação profissional do trabalhador, com a valorização do ensino geral e profissional.

¹⁶² BAUMAN, Zygmunt. **Globalização as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda. 1998, p. 07. “Para alguns, ‘globalização’ é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, ‘globalização’ é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo ‘globalizados’ – e isso significa basicamente o mesmo para todos.”

¹⁶³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 111-112. “As transformações provocadas pela globalização, o avanço da tecnologia e o desemprego também afetaram o direito do trabalho no Brasil, o que levou o Estado a elaborar leis destinadas a atenuar os efeitos negativos que advieram. As principais alterações foram as a seguir elencadas:

- 1) o contrato por prazo determinado, desde que previsto em acordo coletivo com o sindicato, sem os pressupostos exigidos para os demais casos, para admissão de uma faixa de até 20% de trabalhadores, acima dos quadros fixos da empresa, com redução dos encargos sociais e da indenização (Lei n. 9.601, de 1998);
- 2) a compensação de horas quadrimestral, ampliada para anual, desde que prevista em acordo coletivo de trabalho, consideradas extraordinárias apenas as excedentes do total normal do quadrimestre (Lei n. 9.601, de 1998);
- 3) o Programa de Desligamento Voluntário de Servidores Civis do Poder Executivo Federal (Lei n. 9.468, de 1997); [...].”

¹⁶⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70. “Diante desse quadro, o direito do trabalho contemporâneo, embora conservando a sua característica inicial centralizada na ideia de tutela do trabalhador, procura não obstruir o avanço da tecnologia e os imperativos do desenvolvimento econômico, para flexibilizar alguns institutos e não impedir que, principalmente diante do crescimento das negociações coletivas, os interlocutores sociais possam, em cada situação concreta, compor os seus interesses diretamente, sem a interferência do Estado e pela forma que julgarem mais adequada ao respectivo momento, passando a ter como meta principal a defesa do emprego e não mais a ampliação de direitos trabalhistas.”

negociar, pois sua cultura é de reivindicações, não de conciliação. Logo, não foram treinados para a cultura capitalista decorrente da globalização.¹⁶⁵

Hoje o desafio dos sindicatos é muito semelhante àquele enfrentado pelo pensamento econômico com a crise de 1929, nos Estados Unidos da América, na qual foram introduzidas políticas que receberam o nome de busca do bem-estar social para enfrentar os problemas econômicos, desemprego, fome, dentre outros.¹⁶⁶ Naquele momento os sindicatos passaram a atuar em conjunto com as empresas para manterem, assim, o processo produtivo e assegurar os postos de trabalho. Atualmente é preciso buscar novos caminhos, alternativas, meios, enfim, modernas soluções para as transformações promovidas pelo mundo globalizado.

Merece destaque também o fato da globalização não ser apenas econômica, mas sim em todas as esferas do conhecimento, cultura, valores, etc. Importa dizer que com ela o mundo permanece interligado, inter-relacionando. Portanto, a atuação de um empregador, sindicato ou País não é só sua, mas implica em efeitos no mundo conectado em si.¹⁶⁷ A questão que impera é que a globalização também é conhecida como mundialização, desintegra o corporativismo e a proteção das autonomias internas e individuais ao mesmo tempo em que reúne os centros econômicos em blocos, retirando assim, a força dos

¹⁶⁵ NETO, Carlos Frederico Zimmermann. Breves considerações sobre as funções do Sindicato no contexto do Estado Democrático de Direito. p. 261/284, In PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação II**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2009, p. 275. “Os sindicatos não aprenderam a negociar e conciliar, apenas contestar e protestar, sem, todavia, deixar de abrigar-se sob a tutela da Justiça do Trabalho, quiçá, reflexo do atrelamento do sindicato ao Estado. Tal quadro está se alterando, pois o Direito do Trabalho tende, cada vez mais, para as soluções negociadas de conflitos entre as partes em detrimento das soluções jurídicas inflexíveis.”

¹⁶⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011, p. 85. “Os Estados de Bem-Estar Social surgiram com a grande depressão econômica de 1929 nos Estados Unidos. Roosevelt o introduziu em seu país com uma política que recebeu esse mesmo nome. Foi a opção praticada como tentativa de combater os problemas resultantes da grande crise econômica que atingiu não só esse país, mas o mundo, trazendo redução da atividade econômica, desemprego, fechamento de empresas, fome e desestabilização da vida social. O liberalismo norte-americano cedeu espaço para um dosado intervencionismo estatal voltado para a proteção dos desempregados mediante um programa do tipo atualmente denominado seguridade social, acompanhado de investimentos públicos para dinamizar a economia, circunstâncias que fizeram do Estado um agente da promoção social e organizador da economia e do regulamento da vida e da proteção à saúde das pessoas desamparadas, em parceria com os sindicatos e as empresas. Daí a sua aceitação atual com a repetição, em 2009 e mesmo antes, da grande crise econômica de 1929.

¹⁶⁷ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 14. “Vencida a fase inicial do desafio da transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo, vive-se atualmente a etapa relativa às mudanças jurídicas e institucionais necessárias para assegurar o funcionamento efetivo de uma economia globalizada.”

sindicatos e do próprio governo para manter-se em seus papéis de proteger os direitos fundamentais.¹⁶⁸

É por isso que a transnacionalização das empresas contribuiu para o enfraquecimento dos sindicatos na pós-modernidade. Tem-se um novo empregador e, como consequência, há a exigência de um novo modelo sindical apto a atuar no cenário globalizado, o que infelizmente não é vislumbrado.¹⁶⁹

Bauman aponta que a globalização impõe ao mercado de trabalho que este seja maleável, flexível, que torne o País atrativo aos investidores. O problema é que os sindicatos não avançam, na verdade, eles curvam-se diante da trajetória ditada pela globalização. Mas, sem dúvida não é essa a atitude que o mundo contemporâneo do trabalho espera.¹⁷⁰

Além dos argumentos já lançados, há outros de suma importância que precisam ser levados em consideração. É inegável que existem questões sociais relevantes que culminam na crise dos sindicatos na atualidade, mas isto não é só. Deve-se imputar aos referidos entes a sua parcela de responsabilidade. Fácil é dizer que a culpa da crise nos sindicatos é do capitalismo e das políticas neoliberais ou do próprio Estado. A dificuldade reside em verificar e aceitar os problemas internos da referida instituição e trazer soluções. É preciso lembrar que existe um profissionalismo sindical, atrelado à crise de democracia interna e de legitimidade destas instituições. E o que é mais grave, impera a falta de ética nas relações

¹⁶⁸ BRIGAGÃO, Clóvis Eugênio Georges. RODRIGUES, Gilberto. **Globalização a olho nu: o mundo conectado**. São Paulo: Moderna, 1998. p. 125. “Globalização confunde-se com mundialização, internacionalização, universalização, constituindo-se no somatório de comandos, aparentemente descentralizados, muitas vezes imperceptíveis ao cidadão comum, entrando em sua vida cotidiana, criando emoções vivas e dilacerantes. Ela pode acrescentar perspectivas de governabilidade global, integrando forças, mas também pode caminhar para o desgoverno, despedaçando ainda mais identidades e cultivando choques de civilização e de culturas. Integra o grande mercado de bens e serviços, regionais e de blocos, sim, mas desintegra formas que pretendem a autonomia nacional, a autarquia dos negócios, a proteção de corporativismos.”

¹⁶⁹ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 638. “Entre os muitos fenômenos que marcam a metamorfose do organismo empresarial parece-nos contar a transnacionalização como um dos fatores mais contributivos para o enfraquecimento do sindicalismo.”

¹⁷⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda. 1998, p. 112. “O mercado de trabalho é rígido demais; precisa tornar-se flexível, quer dizer, mais dócil e maleável, fácil de moldar, cortar e enrolar, sem oferecer resistência ao que quer que se faça com ele. Em outras palavras, o trabalho é flexível na medida em que se torna uma espécie de variável econômica que os investidores podem desconsiderar, certos de que serão as suas ações e somente elas que determinarão a conduta da mão-de-obra. Para pensar isso, porém, a idéia do “trabalho flexível” nega na prática o que afirma em teoria. Ou melhor, para realizar o que postula, deve despojar o seu objeto daquela agilidade e versatilidade que o exorta a adotar.”

sindicais com seus próprios representados.¹⁷¹ Mais cruel que isso é impor ao trabalhador os problemas internos da crise sindical.

Diante deste quadro, questiona-se: O que leva o sindicato a passar por uma crise de democracia e legitimidade internas? Enfim, a corrupção que se instala; o capital que desregulamenta; a ânsia pelo poder que corrompe e destrói a ética, seus preceitos, seus valores.

Primeiramente, para responder aos questionamentos acima é preciso ter em mente as questões políticas e jurídicas do mundo contemporâneo e como elas afetaram o direito do trabalho. No âmbito político tem-se que os Estados passaram a intervir na economia para amparar o sistema financeiro e assim manter o mercado livre de um colapso. Já no aspecto jurídico, o direito do trabalho é atingindo com o desemprego que faz cair por terra o princípio protetor demonstrando toda a sua fragilidade diante da equação capital x trabalho.¹⁷²

Conforme mencionado, um dos problemas da crise sindical é a ausência de autoética na atuação dos entes coletivos. Segundo Morin,¹⁷³ a auto ética, em linhas gerais pode ser definida como a realização do bem como para si próprio. No seio das sociedades, instituições e, porque não, dos sindicatos, há pensamentos intrínsecos à autoética que devem nortear as decisões e sua consequente atuação.

Desta forma, um dos elementos essenciais ao sindicato, a solidariedade, deve ser pensada como o agir eticamente. Deve ser buscada como o equilíbrio entre a balança da

¹⁷¹ ESTANQUE, Elisio. Sindicalismo e movimentos sociais: ação coletiva e regulação social no contexto europeu e português. **Lutas Sociais**, São Paulo, n.23, p.55-67, 2^o sem. 2009, p. 61. . “Para além das condições sociais mais gerais, cujos impactos sobre a ação sindical foram em muitos casos devastadores, o processo de fragilização por que vêm passando os sindicatos nas últimas três ou quatro décadas deve-se também a responsabilidades que lhes são próprias. A questão da democracia interna, a tendência à burocratização, a resistência à renovação das lideranças e as dificuldades de manterem uma permanente ligação às bases constituem alguns dos obstáculos que se colocam à revitalização do sindicalismo.”

¹⁷² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 87. “A situação pôs em debate um tema político e um jurídico. O político, as dimensões da liberdade do sistema financeiro no neoliberalismo, uma vez que os Estados liberais tiveram de intervir na economia injetando volumes imensos de recursos na tentativa de salvar o sistema bancário e industrial, e o tema jurídico, o direito do trabalho e o princípio protetor dada a sua incapacidade de evitar a onda de despedimentos que se alastrou por todo o mundo.”

¹⁷³ MORIN, Edgar. **O método 6. Ética**. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 93. “A auto-ética é, antes de tudo, uma ética de si para si que desemboca naturalmente numa ética para o outro. Ela exige, ao mesmo tempo, ‘trabalhar pelo pensar bem’ e ‘pelo pensar-se bem’, a integração do observador na sua observação, o retorno sobre si mesmo para se objetivar, compreender-se e corrigir-se, o que constitui, simultaneamente, um princípio de pensamento e uma necessidade de ética.”

economia e da justiça. Deve ser perseguida como ideal de um sindicato que deseja ser forte, representativo e, acima de tudo, realizar uma negociação coletiva eficiente.¹⁷⁴

Na contemporaneidade constata-se que, os sindicatos, via instrumentos coletivos, utilizam a autonomia privada contra o trabalhador, desvirtuando assim a própria natureza do ente coletivo. Observa-se que o piso mínimo existencial é reduzido e, em outros momentos, até mesmo suprimido por negociações coletivas que acabam por violar direitos fundamentais dos trabalhadores.

Destaca-se ainda, que nessas negociações nenhuma inovação à título de direitos é auferida, nenhuma garantia de emprego é conquistada. A utilização da máquina sindical como instrumento de interesse dos empresários e ainda como trampolins de campanhas políticas dos dirigentes sindicais é nítida. O que gera uma crise no sistema sindical, que não decorre do capitalismo, da redução dos sindicalizados ou ainda do fracionamento das categorias, mas sim da ausência de ética.

Quando o ente sindical deixa de agir eticamente tem-se um enfraquecimento de sua atuação. É possível afirmar que as decisões tomadas, no caso, as negociações coletivas realizadas, deixam de ser revestidas pela legitimidade dos seus representados. Ocorre que os sindicatos recebem parcela de poder dos trabalhadores para realizar a devida proteção destes frente aos empregadores. Assim, os instrumentos coletivos não são reconhecidos como documentos que representam a vontade da maioria dos trabalhadores. Fala-se assim, que há uma ausência de legitimidade para que o sindicato promova a negociação coletiva.¹⁷⁵ Como consequência a democracia interna das instituições sindicais é afetada, uma vez que os trabalhadores deixam de participar das assembleias e perdem a confiança no ente representativo.

Para Bauman a ética deve estar presente em todas as soluções e decisões a serem tomadas. E, os problemas do mundo, neste contexto, não são diferentes daqueles

¹⁷⁴ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: Ltr, 2004. p. 90. “É necessário, porém, um poder de negociação suficientemente forte para promover o equilíbrio dos poderes: o patronal e o dos sindicatos, sem o que a balança da justiça acabará pendendo para o lado mais forte. Para que isto não ocorra é imperativo a existência de um sindicato forte, independente e representativo para engendrar uma negociação eficaz.”

¹⁷⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: RT, 2003. P. 89. “Numa cultura jurídica pluralista, democrática e participativa, a legitimidade não se funda na legalidade positiva, mas resulta da consensualidade das práticas sociais instituídas e das necessidades conhecidas como ‘reais’, ‘justas’ e ‘éticas’”.

enfrentados pelos Sindicatos atualmente.¹⁷⁶ Mas, ainda assim há esperança. A corrupção e falta de ética não impera em todos os Sindicatos, embora, estejam presentes em muitos. Como diz Bauman ¹⁷⁷a esperança consiste no padrão de conduta e decência ética a ser realizado por todos os homens e, principalmente, por aqueles que detém o dever de serem honestos, de defenderem os direitos dos trabalhadores, de serem espelho e impulso de melhores condições de trabalho e de não utilizarem a máquina sindical em proveito próprio.

Observa-se que a utopia caminhou juntamente com o surgimento da Era Moderna. Constatou-se que fazer planos não era o problema, mas sim sua concretização.¹⁷⁸ Logo, o pensar deve ser transformado em realizar. Mas, as soluções não podem ser locais ou regionais, são necessários remédios globais.¹⁷⁹

¹⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt, 1925 - **Vida Líquida/Zygmund Bauman**; Tradução Carlos Alberto Medeiros – 2ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 192. “Todos esses desvios não apenas levantam a questão da responsabilidade ética pela maioria menos afortunada da espécie humana; também impõe à ‘agenda da emancipação’ uma nova e inédita convergência de preceitos éticos e interesses na sobrevivência – a sobrevivência conjunta, compartilhada, da *allgemeine Vereinigung der Menschheit* (como diria Kant), a unificação universal da humanidade. As condições exigidas para assegurar a sobrevivência humana (ou pelo menos aumentar sua probabilidade) não são mais divisíveis e “localizáveis”. A miséria e os problemas atuais, em todas as suas múltiplas formas e sabores, têm raízes planetárias e exigem soluções planetárias (se é que existe alguma solução).”

¹⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt, 1925 - **Vida Líquida/Zygmund Bauman**; Tradução Carlos Alberto Medeiros – 2ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 195. “Tão inevitavelmente quanto o encontro do oxigênio com o hidrogênio produz água, a esperança é concebida sempre que a imaginação se encontra com o senso moral. [...]. É a realidade deve explicar por que não conseguiu atingir o padrão de decência estabelecido pela esperança.

¹⁷⁸ BAUMAN, Zygmunt, 1925 - **Vida Líquida/Zygmund Bauman**; Tradução Carlos Alberto Medeiros – 2ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 195. “Traçar os mapas da utopia que acompanhou o nascimento da Era Moderna foi fácil para os que se dedicaram a essa tarefa: bastava-lhes preencher os espaços em branco ou repintar as partes feias da grade do espaço público cuja presença era tida, e com razão, como algo garantido e não problemático. As utopias, as imagens da boa vida, eram trivialmente sociais, já que o significado de “social” nunca era posto em dúvida – não era ainda o “tema essencialmente contestado”, como viria a ser um dia, em consequência do golpe de Estado neoliberal. Quem iria implementar o projeto e dirigir a transformação, esse não era o problema: déspota, República, rei ou povo. Um ou outro estava firmemente em seu lugar, aparentemente apenas à espera da iluminação e do sinal de agir. Não admira que a utopia *pública* ou *social* tenha sido a primeira baixa da drástica transformação pela qual tem passado a esfera pública em nossos dias.”

¹⁷⁹ BAUMAN, Zygmunt, 1925 - **Vida Líquida/Zygmund Bauman**; Tradução Carlos Alberto Medeiros – 2ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 196-197. “A lógica da responsabilidade planetária visa, ao menos em princípio, a confrontar os problemas gerados globalmente de maneira direta – no seu próprio nível. Parte do pressuposto de que soluções permanentes e verdadeiramente eficazes para os problemas de âmbito planetário só podem ser encontradas e funcionar por meio de renegociação e reforma das redes de interdependências e interações globais. Em vez de se voltar para a limitação dos prejuízos e benefícios locais, resultantes das guinadas caprichosas e acidentais das forças econômicas globais, deve-se buscar um novo tipo de ambiente global em que os itinerários das iniciativas econômicas tomadas em qualquer lugar do planeta não sejam mais extravagantes, guiadas apenas pelos ganhos momentâneos, sem prestar atenção aos efeitos indesejados e às “baixas colaterais”, nem dar importância às dimensões sociais dos cálculos de custo-benefício. Em suma, citando Habermas, essa lógica está voltada, para o desenvolvimento de uma “política que possa nivelar-se com os mercados globais.”

Diante do cenário de eclipse sindical exposto indaga-se: Os sindicatos ainda são necessários na contemporaneidade? Cabe dizer que momentos de crise são ricos e propícios às transformações e a soluções. Na crise do sindicalismo de hoje, muitas ideias podem surgir, e elas serão inovadoras. Não se está aqui aclamando o fim dos sindicatos, mas buscando novos contornos que sejam adequados ao mundo moderno do trabalho. Dentro do contexto da pós-modernidade passa-se a refletir sobre as possíveis soluções para a crise enfrentada nos entes sindicais.

Sendo assim, repete-se aqui a pergunta feita por Beck¹⁸⁰: Como a justiça social é possível na era global? Em síntese, o referido autor declara que não há uma resposta pronta, mas que alguns pontos precisam ser pensados, dentre eles garantias básicas, autoproteção e auto-organização e vigília à justiça econômica e mundial. Utilizando de forma analógica as palavras do autor, tem-se que a fórmula apresentada acima, também pode ser instrumento de soluções no âmbito de atuação dos atores sindicais.

Sem dúvida, as instituições sindicais são necessárias, já que a sociedade não apresenta grau de maturidade e desenvolvimento suficiente para que as relações entre empregados e empregadores fiquem à mercê tão somente da autonomia privada individual. Assim, não é possível abrir mão da atuação sindical, ainda que essa receba consideráveis críticas. Certo é que não há outra instituição capaz de enfrentar os problemas pelos quais passam os trabalhadores no cenário atual, tais como desemprego, flexibilização, desregulamentação, dentre outros. Enoque Santos Ribeiro acredita que os sindicatos são benignos à sociedade do trabalho, diz que os entes sindicais promovem a dignidade da pessoa humana e ainda observam o ambiente da democracia, e que a sua ausência geraria um vazio de poder que não poderia ser preenchido.¹⁸¹

¹⁸⁰ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo respostas à globalização. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 266. “Ninguém tem resposta clara para a questão fundamental da segunda modernidade: como a justiça social é possível na era global? Da mesma forma, é difícil responder à pergunta se existe algo como sistemas de seguro sociais e transnacionais, que será bastante discutida nos próximos anos. Não é preciso argumentar contra o Estado mundial e nem contra o Estado de assistência mundial porque ele, atualmente, não ameaça. Em termos práticos, a questão está ligada a: - primeiro, organizar e incorporar garantias básicas; - segundo, fortalecer redes sociais de autoproteção e auto-organização; - terceiro, levantar e vigiar a questão da justiça econômica e social em escala mundial, nos centros da sociedade civil global.”

¹⁸¹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva:** teoria e prática jurisprudencial. São Paulo: Ltr, 2004. p. 154. “Em suma, para concebermos um mundo mais justo, democrático, que pautas suas relações sob os preceitos dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana

Conforme lembra Estanque,¹⁸² o problema central é que os sindicatos não se esforçam para romper a barreira dos problemas propostos na modernidade, ou seja, pela globalização. As instituições sindicais não atravessaram as fronteiras como o fez a globalização, logo não estão preparadas para resolverem os problemas de forma universal.¹⁸³

Morin¹⁸⁴ aponta que o problema central da contemporaneidade é fazer com que o pensamento tenha sua essência voltada para a ética e a ação política. Portanto, pensar e agir de forma ética buscando soluções que atendam às necessidades dos trabalhadores de forma razoável é um dos caminhos que se impõe aos entes sindicais na pós-modernidade. Enoque Ribeiro dos Santos aponta que, além das questões já mencionadas, as instituições sindicais devem atuar com responsabilidade e boa-fé objetivando a realização dos direitos fundamentais dos trabalhadores.¹⁸⁵

Logo, ainda não há uma fórmula pronta para a solução dos problemas postos no direito coletivo do trabalho na ordem contemporânea. No entanto, o ponto comum

faz-se imprescindível a presença do ser coletivo que o sindicato representa, bem como a utilização da negociação coletiva pelo mesmo. A ausência do sindicato no cenário social e político levaria a um enorme vácuo de poder, que seria quase impossível ser sanado.”

¹⁸² ESTANQUE, Elisio. Sindicalismo e movimentos sociais: ação coletiva e regulação social no contexto europeu e português. **Lutas Sociais**, São Paulo, n.23, p.55-67, 2^o sem. 2009, p. 62-63. “As atuais pressões do mercado e da economia global deixam aos sindicatos uma margem de manobra cada vez mais estreita, mas por outro lado o esforço de atualização por parte das estruturas sindicais tem sido diminuto e insuficiente para responder aos problemas da atualidade.”

¹⁸³ ESTANQUE, Elisio. Sindicalismo e movimentos sociais: ação coletiva e regulação social no contexto europeu e português. **Lutas Sociais**, São Paulo, n.23, p.55-67, 2^o sem. 2009, p. 65. “Num momento em que a crise econômica, o desemprego e a precariedade ganham novos contornos dramáticos, instala-se a dúvida quanto aos caminhos de saída desta crise sem fim à vista. Se o capitalismo financeiro e a globalização neoliberal que a provocaram estão apenas à espreita de uma nova oportunidade, e se as instituições da UE (Parlamento e Comissão Europeia) estão cada vez mais prisioneiras das próprias tramas em que se deixaram enredar, talvez seja chegada a hora de uma outra vaga de solidariedade, um movimento sindical de novo tipo, numa nova união com os movimentos sociais de todos os tipos, chamar a si as vozes dos novos proletários – excluídos e precarizados do século 21 – e promover um outro movimento semelhante ao que no século 19 inglês conseguiu travar o capitalismo selvagem e desumano daquela época. Os motivos da rebelião existem de sobra, resta saber quais os novos sujeitos que irão protagonizá-la. Acredito que eles estão em construção.”

¹⁸⁴ MORIN, Edgar. **O método 6. Ética**. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 155. “Certamente será preciso tempo, debates, combates, esforços para que ganhe contornos a revolução de pensamento que se esboça aqui e ali na desordem. Poder-se-ia, portanto, crer que não há relação entre esse problema e a política de um governo. Mas o desafio da complexidade do mundo contemporâneo é um problema essencial do pensamento, da ética e da ação política.”

¹⁸⁵ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: Ltr, 2004. p. 152. “O Direito Coletivo do Trabalho moderno deve ter como princípios nucleares os valores éticos, a sociabilidade, a cooperação e a solidariedade humana (não a simples caridade), o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, pela exigência da probidade e da boa-fé, que devem nortear não apenas a feitura e conclusão, como a execução dos negócios jurídicos, entre eles os contratos coletivos de trabalho sob as mais variadas configurações.”

apresentado pela doutrina reside na ética, responsabilidade social, solidariedade, boa-fé e respeito aos direitos fundamentais. Os sindicatos precisam reinventar-se, buscar novas posturas, e centrar suas preocupações, não só nos trabalhadores que estão empregados, mas também naqueles desempregados, trabalhadores informais, autônomos, ou seja, na massa de excluídos.¹⁸⁶

Contudo, não será somente com a atuação das instituições sindicais que os problemas apresentados na sociedade pós-moderna serão solucionados. É preciso um agir conjunto de toda a sociedade no sentido de conjugar esforços do Estado, empregados, empregadores e sindicatos na busca do respeito ao valor social do trabalho e à realização da dignidade da pessoa humana.¹⁸⁷

2.2 Direito Coletivo: a configuração do modelo sindical na CF de 1988.

O Direito do Trabalho não foi uma conquista sem lutas, necessariamente ela deriva de reivindicações, esforços, disputas que propiciaram as conquistas sociais que hoje observa-se no âmbito laboral. Neste norte, Enoque Ribeiro dos Santos, coloca o Direito do Trabalho como um instrumento na busca por melhores condições de vida que tinha como veículo ou arma o sindicato.¹⁸⁸ Aponta que antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 os atores sindicais não dispunham de liberdade para exercer a autonomia privada

¹⁸⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 70 “Gilberto Dupas sustenta que” nesse quadro – que está longe do que se sonhava, sendo apenas o que aí está – talvez haja algumas saídas para a sobrevivência do movimento sindical: adaptar-se à nova dinâmica social, abrindo-se para uma nova linha de ação de interesses aos trabalhadores flexíveis; criar novas estruturas institucionais e procurar encontrar soluções locais que encorajem a solidariedade com métodos de ação flexíveis, mas estáveis; e abandonar definitivamente a idéia de visar somente os que estão empregados formalmente. O sindicalismo não só não desaparecera se, por evolução natural, souber transforma-se num novo ente adaptado ao trabalho flexível e à exclusão social.” (apud Gilberto Dupas, “Economia Global e Exclusão Social, pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo. São Paulo: Paz e Terra. 1999. P. 58)

¹⁸⁷ CHIARELLI, Carlos Alberto. **Temas contemporâneos na sociedade do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p. 251. “Em sendo essa a realidade, há que se agir para evitar que o trabalho e os trabalhadores sejam jogados a uma posição subalterna no contexto socioeconômico. Pode-se afirmar que um ideal a ser defendido é o de buscar reduzir as relações informais de trabalho, tentando substituí-las por formas de trabalho duradouras; por relações reconhecidas e protegidas dentro da sociedade organizada. Para que isso aconteça, faz-se necessário repensar a implementação de políticas públicas que fomentem essa questão central, priorizando o homem e primado pelo fortalecimento da atividade que o dignifica: o trabalho.

¹⁸⁸ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: Ltr, 2004. p. 26 . “O Direito do Trabalho constitui-se em decorrência de lutas, resistências, conflitos e reivindicações da classe dos trabalhadores, em busca de melhores meios de vida no seio da sociedade e de condições de trabalho, inicialmente no chão das fábricas. Aos poucos os trabalhadores se foram conscientizando de seus direitos e configurando-se como uma verdadeira classe operária, com características objetivas e subjetivas próprias, e, dentre seus principais instrumentos de luta, encontrava-se o sindicato.”

coletiva. Assim, a marca da democracia sindical foi apagada por traços marcados pelo intervencionismo que acabaram por sufocar o pleno desenvolvimento da autonomia privada coletiva.¹⁸⁹

Carlos Eduardo Dias relata que a Constituição Federal de 1988 é um instrumento repleto de direitos fundamentais e de princípios que possuem como objetivo a dignidade da pessoa humana. Por isso, é chamada por muitos como constituição cidadã. Na seara do Direito do Trabalho tem-se que ela propiciou a consagração dos direitos sociais e elegeu o valor social do trabalho como meta a ser observada, inclusive quanto ao uso da livre iniciativa. No que tange ao Direito Coletivo, embora a intenção fosse marcar a inauguração do regime democrático, observa-se que isso não ocorreu. Interessa notar que algumas marcas do regime do Estado Novo foram mantidas tais como a contribuição sindical e a unicidade. O que mais chama a atenção é o fato de se ter atribuído à negociação coletiva papel diverso daquele para o qual foi criada, ou seja, impôs-se a ela o ônus de ser o agente administrador de crises financeiras do empregador.¹⁹⁰

Esta questão pode ser observada na análise do biônimo liberdade x responsabilidade, elementos sem os quais a democracia não pode ser consolidada e, como consequência, não será eficaz. A Constituição Federal de 1988, embora avançada em vários

¹⁸⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva:** teoria e prática jurisprudencial. São Paulo: Ltr, 2004. p. 78-79. “No Brasil, a estrutura sindical foi moldada durante o Estado Novo, durante o governo Getúlio Vargas, que propugnava estabelecer em nosso país, uma réplica do Estado Corporativo inspirado no fascismo italiano de Muzzolini. Muito embora a legislação contemplasse o instituto da negociação coletiva e disciplinasse a matéria de forma detalhada, sob a título de convenção coletiva, o regime político prevalecente não ensejava a liberdade de atuação de que o sindicato necessitava. Desta forma, na época, inexistiam condições políticas e econômicas que fomentassem a negociação coletiva. Foi somente com o advento da Constituição de 1988, que a estrutura sindical brasileira foi radicalmente alterada: Introduziram-se vários aspectos de democracia sindical, com razoável valorização da negociação coletiva, acompanhando um novo estágio de desenvolvimento econômico e industrial do país, mas, ao mesmo tempo, paradoxalmente, foram mantidos certos ranços corporativistas que entravam o pleno desenvolvimento da negociação coletiva, ou seja: o poder normativo da Justiça do Trabalho, a contribuição sindical obrigatória, a unicidade sindical e o regime de categorias.”

¹⁹⁰ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos:** reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2009. p. 98. “Nem tampouco uma redemocratização do país foi capaz de abalar as estruturas corporativas do Estado Novo. Em que pese a Carta de 1988 tenha assimilado princípios como o da liberdade e o da autonomia sindicais, permitiu a permanência de graves resquícios do regime corporativo, como a contribuição sindical obrigatória e a unicidade sindical. No plano negocial, atribuiu à negociação coletiva a função de administrar crises na empresa, com figuras de flexibilização de direitos elementares, e fez o reconhecimento constitucional dos instrumentos normativos, exigindo a participação dos sindicatos nas negociações coletivas. No mais, consagrou a constitucionalização dos direitos sociais e reconheceu o valor social do trabalho, foi praticamente inócua na evolução das relações coletivas de trabalho, que ainda restam fundadas no modelo getulista.”

aspectos no que tange ao direito coletivo do trabalho, especificamente no tratamento atribuído aos entes sindicais, não conseguiu deixar de lado o passado intervencionista.¹⁹¹

Outra questão que merece destaque é que as diretrizes sindicais traçadas pela OIT 87 não foram implantadas no Brasil em razão da ausência de ratificação da referida Convenção Internacional. Já que, ao aderir à referida OIT o sistema sindical brasileiro seria reformulado, dentre outras questões, terminaria com a unicidade sindical existente atualmente.¹⁹²

Para compreender o que é o Sindicato e sua consequente atuação é preciso, antes, entender dentro de qual ramo do direito se insere e qual é o ambiente, ou seja, o sistema jurídico. Para tanto, algumas considerações devem ser feitas. A primeira delas é que o direito se expressa como cultura e valores encontrados na realidade.¹⁹³ A segunda é que para a redução de complexidade de uma sociedade são necessárias normas e o desempenho de determinadas funções. Logo, há o redutor de complexidade, que nas lições de Luhmann¹⁹⁴, trata-se das normas, ou seja, cada fato social deve possuir a necessária regulação normativa, para que assim exista a pacificação das relações com a consequente segurança jurídica.

Tem-se que o direito coletivo do trabalho composto de normas, princípios próprios e ainda da atividade dos sindicatos é um importante redutor das complexidades encontradas nas relações de trabalho, sejam elas individuais ou coletivas. Portanto, o

¹⁹¹ DELGADO, Maurício. **Direito Coletivo do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 80. “A constituição de 1988 iniciou, sem dúvida, a transição para a democratização do sistema sindical brasileiro, mas sem concluir o processo.”

¹⁹² SILVA, Claudio Santos da. **A liberdade sindical no direito internacional do trabalho: reflexões orientadas pela Convenção n. 87 da OIT**. São Paulo: LTr, 2011. p. 220. “O fato de o Brasil não haver ratificado a Convenção n. 87 obrigou-o a prestar relatórios anuais. E as justificativas sempre tangenciaram o problema, na medida em que se demorou a entabular o diálogo social para a reforma da legislação sindical, e ainda não houve a reforma da constituição. Foram apresentadas duas Propostas de Emendas Constitucionais para retirar do ordenamento jurídico constitucional brasileiro a unicidade sindical, a contribuição sindical compulsória e a organização sindical por intermédio do conceito de categoria. Entretanto, apenas uma foi fruto do diálogo social entre os atores do mundo do trabalho, aquela germinada no Fórum Nacional do Trabalho.

¹⁹³ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**/Gustav Radbruch; tradução Marlene Holzhausen; revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. – São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47. “O conceito de direito é um conceito cultural, quer dizer, um conceito de uma realidade referida a valores, uma realidade cujo sentido é o de estar a serviço de valores. O direito é a realidade que tem o sentido de servir ao valor jurídico, à ideia do direito.”

¹⁹⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983, p. 77. “A segurança da satisfação e a integração social não estão dadas tão-somente na experimentação normativa. Tal habilidade, como foi mostrado, não é uma catástrofe, mas uma condição do preenchimento das necessidades de normatização na vida cotidiana, e ao mesmo tempo uma condição para o desenvolvimento do direito. Toda sociedade, conforme sua própria complexidade, precisa prever um volume suficiente de diversidade de expectativas normativas, e possibilitá-la estruturalmente, por exemplo por meio da diferenciação de papéis.”

ambiente em que se encontra o sindicato é do direito do trabalho que, por sua vez, pode ser definido como o conjunto de regras e princípios que cuidam das relações entre os trabalhadores e seus empregadores e com os entes sindicais. Este ramo do direito possui subdivisões, já que existe o direito individual do trabalho, que trata das relações individuais dos trabalhadores, e o direito coletivo do trabalho, que cuida, dentre outras questões, da atuação sindical.¹⁹⁵

Logo, o direito coletivo do trabalho, conforme já explanado anteriormente, tem por objeto as relações consideradas coletivamente entre trabalhadores e empregadores, em razão da atuação dos entes coletivos, e os princípios e regras próprias que regem as referidas relações jurídicas. Portanto, é um dos ramos do Direito do Trabalho.¹⁹⁶

Interessa notar que o Direito Coletivo do Trabalho surge como resposta ao capitalismo. Mais que isso, nos dizeres de Enoque Ribeiro dos Santos, busca corrigir as *“desigualdades econômicas por meio das desigualdades jurídicas.”*¹⁹⁷

As bases do direito coletivo do trabalho são seus princípios próprios que Mauricio Godinho Delgado engloba em três grupos distintos. No primeiro grupo, chamado de princípios assecuratórios da existência do ser coletivo obreiro, encontram-se os princípios da liberdade associativa e sindical e da autonomia sindical; no segundo, engloba os princípios regentes das relações entre os seres coletivos trabalhistas, observa-se a presença dos princípios da interveniência sindical na normatização coletiva, da equivalência dos contratantes coletivos e, a lealdade e transparência nas negociações coletivas. Já o terceiro grupo reúne os princípios regentes das relações entre normas coletivas negociadas e normas

¹⁹⁵ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 56. “Direito do Trabalho: conjunto de princípios e normas jurídicas destinado a disciplinar as relações entre empregadores e empregados, nos planos do interesse coletivo e individual, e entre estes e o Estado, no plano do controle da observância de seu conteúdo de ordem pública.”

¹⁹⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 1.206. “Assim, a natureza jurídica do Direito Coletivo do Trabalho é de segmento ou setor do Direito do Trabalho, o qual possui autonomia na ciência jurídica.”

¹⁹⁷ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: Ltr, 2004. p.66 . “O liberalismo do século XVIII, surgido com a Revolução Francesa, que pregava um Estado alheio à área econômica, e que, quando muito, iria ser árbitro nas questões sociais, suscitou uma tomada de consciência coletiva da classe operaria, e, como resposta, provocou o surgimento do Direito Coletivo do Trabalho, que veio corrigir as desigualdades econômicas por meio das desigualdades jurídicas.”

estatais, fala-se assim do princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva e o princípio da adequação setorial negociada.¹⁹⁸

O direito coletivo do trabalho apresenta ainda atores próprios sendo eles os chamados sindicatos, confederações, federações e centrais sindicais, mas para o presente estudo elegeu-se a figura dos sindicatos. Os trabalhadores no século XIX passaram a perceber que um dos sujeitos da relação, no caso o empregador, é um ser coletivo e suas ações tinham implicações e alcances diversos das dos trabalhadores. Buscou-se avaliar o resultado das atitudes que, embora em um primeiro momento parecessem individuais, tinham o nítido efeito coletivo.¹⁹⁹ Isso fez com que germinasse um instituto que representasse coletivamente os trabalhadores. Eis que nasce a figura do sindicato obreiro. A formação da referida instituição corresponde ao instinto de sobrevivência, pois em situações de opressão, medo, luta e busca de melhorias a junção dos seres humanos representa uma forma de defesa.²⁰⁰

Sendo assim, os sindicatos surgem como resposta ao capitalismo, instrumento de defesa, e como forma de harmonizar e equilibrar as relações laborais. Mais que isso, são a expressão das relações sociais dos trabalhadores e da transformação do direito do trabalho. Os trabalhadores passam a ter voz ativa no cenário político e jurídico com a unificação de suas vontades através dos sindicatos.²⁰¹ Nota-se um elemento unificador dos trabalhadores nos sindicatos, a razão da luta sindical e da solidez, qual seja, a solidariedade.²⁰²

¹⁹⁸ DELGADO, Maurício. **Direito Coletivo do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 46-68.

¹⁹⁹ DELGADO, Maurício. **Direito Coletivo do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 21-22. “Conforme já exposto na obra *Introdução ao Direito do Trabalho*, no transcorrer do século XIX, perceberam os trabalhadores que um dos sujeitos da relação de emprego (o empregador) sempre foi um ser coletivo, isto é, ser cuja vontade era hábil a deflagrar ações e repercussões de impacto social, seja certamente no âmbito da comunidade do trabalho, seja eventualmente até mesmo no âmbito comunitário mais amplo.”

²⁰⁰ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 615. “O associativismo humano deve ter encontrado sua razão de ser no instituto de defesa. Mas, na medida do desenvolvimento do raciocínio, fruto do poder superior da inteligência, esse associativismo rudimentar se expandiu para outros campos de motivação, gerando as primeiras sociedades organizadas sobre bases de afinidade, afetividade e, sobretudo, de interesses, os quais exigindo disciplina, inspiraram a formação do Direito.”

²⁰¹ DELGADO, Maurício. **Direito Coletivo do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 22. “Os trabalhadores passaram a agir coletivamente, emergindo na arena política e jurídica como vontade coletiva (e não mera vontade individual). A dinâmica de atuação grupal, caracterizada por embates envolvendo grupos sociais, que marca o Direito Coletivo do Trabalho, surgiu, portanto, em torno do ser coletivo obreiro, do sindicato.”

²⁰² MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 657. “A solidariedade, em todas essas situações, foi (e sempre será) o remédio social para o enfrentamento da opressão.”

É possível afirmar que os elementos mencionados acima não são os verdadeiros escopos do sindicato. Na visão de Bauman,²⁰³ estes e outras instituições corporativistas nascem como forma de reclamar um Estado Social e promover alguma dignidade ao homem. Portanto, os atores sindicais surgiram como instrumento de proteção dos trabalhadores frente ao capitalismo e ao próprio Estado.

Os trabalhadores perceberam que se fazia necessária a associação, pois os direitos sociais e trabalhistas poderiam ser suprimidos, reduzidos, aniquilados caso a concretização destes fosse almejada de forma individualizada. Notou-se assim, que o ser coletivo era dotado de melhores condições de força, negociação e existência e que poderia sim promover a concretização dos direitos dos trabalhadores.²⁰⁴

Deste modo, os sindicatos foram criados para cumprir funções determinadas que, na visão de Mauricio Godinho Delgado, são traduzidas e agrupadas como geração da norma jurídica, pacificação de conflitos, funções sociais e econômicas.²⁰⁵ Já Martinez afirma que as funções apontadas pelo Direito Coletivo do Trabalho, a serem desenvolvidas pelos sindicatos são: a) a luta por melhores condições de trabalho; b) instrumento de democratização.²⁰⁶

Existe ainda a função modernizante, também atribuída ao direito coletivo do trabalho. É por meio deste que o trabalho humano é valorizado e assim há a consequente distribuição de renda, que por sua vez, impulsiona a economia, possibilitando que o

²⁰³ BAUMAN, Zygmunt, 1925 - **Vida Líquida/Zygmund Bauman**; Tradução Carlos Alberto Medeiros – 2ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 190. “Foi a perda da segurança, dolorosamente sentida, que inspirou a invenção e propagação dos sindicatos, sociedades beneficentes e cooperativas de consumidores; e foi a promessa de restaurar a segurança perdida por meios diferentes dos tradicionais que escorou a reivindicação de legitimidade e obediência do nascente Estado-nação foi pontuado pelas leis das fábricas, colocando limites às liberdades até então irrestritas de obter lucro, culminando no estabelecimento do “Estado Social”, ou seja, do seguro coletivo contra o infortúnio de um indivíduo ou categoria.”

²⁰⁴ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: Ltr, 2004. p. 20. “Na esteira dos avanços dos direitos sociais e trabalhistas, os cidadãos, dentre eles, os trabalhadores, tiveram que se organizar, se associar, pois, caso contrário, as conquistas individuais seriam extremamente difíceis, senão quase impossíveis de concretizar.”

²⁰⁵ DELGADO, Maurício. **Direito Coletivo do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 30. “Podem ser arroladas no seguinte grupo de funções: geração de normas jurídicas; pacificação de conflitos de natureza sociocoletiva; função sociopolítica; função econômica.”

²⁰⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 664. “Partindo dessas concepções básicas, é possível afirmar que o direito sindical e coletivo do trabalho tem a função essencial de empreender a melhoria da condição social da classe trabalhadora. Essa é a razão substancial do direito do trabalho e, certamente, o motivo predominante da existência do ramo sindical e coletivo. Para ser funcional, o direito ora em exame deve criar padrões mais elevados do que os mínimos garantidos por lei.”

trabalhador seja inserido no mercado de consumo. A função modernizante determina que o empregador adote e busque novas tecnologias com o objetivo de auferir maiores índices de produtividade e tudo isso reflete nas relações laborais, na educação do trabalhador, na sociedade e na economia.²⁰⁷

Destaca-se que o direito coletivo, mediante a atuação sindical, especificamente com o uso da autonomia privada coletiva, produz normas autônomas, conhecidas como acordos e convenções coletivas de trabalho, que possuem força de lei e têm como função a pacificação social nas relações jurídicas tratadas entre empregados e empregadores.

O direito do trabalho contemporâneo tem como marco a Constituição Federal de 1988 que cuida de dois princípios básicos inerentes à atividade sindical, sendo eles a auto-organização sindical e a autonomia administrativa.²⁰⁸ Na ordem constitucional vigente observa-se a previsão do Direito Sindical a partir do artigo 8º e no plano infraconstitucional nos artigos 611 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho. Quanto à natureza jurídica do Sindicato, tem-se que é pessoa jurídica de direito privado classificada como associação civil.²⁰⁹

²⁰⁷ DELGADO, Maurício. **Direito Coletivo do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 24-25. “Esclareça-se melhor essa função modernizante e progressistas, sob a ótica econômica e social, desempenhada pelo ramo trabalhista. De um lado, o Direito do Trabalho distribui renda equanimemente ao conjunto da sociedade e país envolvidos, por meio da valorização que impõe ao labor humano; com isso, alarga e fortalece o mercado interno da respectiva economia, conferindo a esta dinamismo e organicidade. De outro lado, este ramo jurídico estimula o empresário a investir tanto em tecnologia como no aperfeiçoamento de sua mão de obra, de modo a elevar a produtividade do trabalho em seus empreendimentos. Assim induz o manejo das melhores potencialidades da inteligência e criatividade humanas em favor do avanço tecnológico da economia e também educativo da força laborativa que a integra.”

²⁰⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107 “Há divergências quanto à periodização da história por se tratar de uma opção que depende exclusivamente do narrador, mas entendo que o período contemporâneo começa com a Constituição de 1988 embora algumas leis desse período possam ter vindo de antes, mas com ele se coadunam. Um dos aspectos positivos foi o redimensionamento das relações entre os sindicatos e o Estado com a adoção de dois princípios básicos. Esses princípios são a *auto-organização sindical* e a *autonomia de administração* dos sindicatos, o primeiro permitindo a livre criação dos sindicatos, sem a necessidade de prévia autorização do Estado, o segundo assegurando aos sindicatos liberdade para que possam praticar, segundo as próprias decisões, os atos de interesse interno com liberdade de administração.”

²⁰⁹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 695. “Sindicatos são associações autônomas, constituídas em caráter permanente e sem fins lucrativos, criadas com o objetivo de promover o estudo, a defesa e a coordenação dos interesses econômicos e profissionais daqueles que exerçam a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas. Como qualquer associação, os sindicatos têm a natureza jurídica de pessoas jurídicas de direito privado.”

Outra questão a ser abordada é o que significa o termo sindicalismo, que designa o próprio movimento sindical, em outros termos, as formas e os meios de agir daqueles que atuam e se associam em razão do sindicato.²¹⁰

Feita a construção em breves linhas do Direito Coletivo do Trabalho, seus conceitos, princípios e valores e ainda o delineamento dos sindicatos, passa-se a abordar os aspectos da crise que mapeiam a desregulamentação e a flexibilização dos direitos laborais na contemporaneidade.

2.3 A Desregulamentação e flexibilização dos direitos laborais frente à atual conjuntura econômica.

Nas últimas décadas muito foi dito sobre desregulamentar e flexibilizar os direitos laborais. A defesa de ambos os institutos foi abordada em vários artigos científicos, revistas, reuniões e até mesmo no âmbito do judiciário. Interessa lembrar o motivo pelo qual iniciaram-se as argumentações sobre desregulamentar e flexibilizar os direitos dos trabalhadores. Os referidos institutos nascem das transformações ocorridas com a globalização e com os consequentes problemas apontados por ela.

Fala-se assim da necessidade de um direito elástico que possa ser moldado conforme a imposição das questões econômicas, sociais e políticas. Para isto atribui-se prestígio à autonomia privada coletiva. É possível dizer que os Sindicatos desempenham importante papel no âmbito da flexibilização, pois será pela atuação sindical que a norma coletiva produzida tornará o direito maleável, flexibilizado. Para Rüdiger a flexibilização não ocorre somente com relação aos direitos laborais, ela alcança inclusive as relações jurídicas travadas nos atos empresariais do dia-a-dia, ou seja, fornecedores, prestadores de serviços, etc. Especificamente com relação dos direitos dos trabalhadores, tem-se que a conduta da flexibilização e fazer com que estes não sejam mais objeto de distribuição de

²¹⁰NETO, Carlos Frederico Zimmermann. Breves considerações sobre as funções do Sindicato no contexto do Estado Democrático de Direito. p. 261/284, in PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação II**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2009, p. 274. “Sindicalismo, portanto, é um modo de sentir, pensar e agir, próprio dos indivíduos que se agrupam na associação sindical – o sindicato –, para alcançarem seus fins. O sindicalismo é, tão somente, um fenômeno social. Os sindicatos, que são a expressão do sindicalismo, é que podem vir a ser eficazes, ou não, em realizar as funções para as quais são organizados.”

riqueza, mas sim de riscos do negócio. Ocorre deste modo uma inversão de valores realizada pela mão do sindicato obreiro.²¹¹

Carlos Roberto Cunha defende que a globalização impõe a consequente flexibilização e que aquela alcança não só os direitos dos trabalhadores, mas também a soberania, economia, etc. Aponta a flexibilização como consequência das políticas neoliberais do mundo globalizado.²¹² Sem dúvida esta afeta o mundo do trabalho, mas o alcance de suas medidas e ainda se realmente trazem apenas malefícios ou se são utilizadas como pretexto, precisam de um olhar mais crítico.

Sendo assim, tem-se que o direito do trabalho foi acompanhado e é protegido pelo garantismo que traduziu, em um primeiro momento a busca de uma justiça social e da necessária proteção ao trabalhador. No entanto, com o desenvolvimento da sociedade e, principalmente, das questões econômicas, percebeu-se que proteção demais por vezes acabava desprotegendo, ou seja, era preciso ser maleável com as imposições do mercado e da globalização para que os direitos sociais e o próprio emprego fossem então protegidos. Surge assim, a figura da flexibilização.²¹³ Roesler sustenta que a flexibilização supera o

211 RUDIGER, Dorothee Susanne. Rev. TRT - 9ª R. Curitiba a. 29 n.53 p.71-86 Jul./ Dez. 2004. Autonomia privada coletiva e crise paradigmática direito do trabalho – p. 80-81. “A flexibilidade com que a empresa deve reagir às demandas do mercado perpassa também as relações jurídicas com seus fornecedores, prestadores de serviços e trabalhadores. Mais do que a lei, o contrato é capaz de prover a flexibilidade com a qual a empresa opera. Os contratos têm, a rigor, vida curta. Para sua duração, prevalece o prazo estabelecido pelas partes. Em termos de formalização das relações de trabalho, isso significa que as condições de trabalho dos empregados são, agora, objeto de constante negociação coletiva. Pois o contrato coletivo, resultado normativo dessa negociação, é uma norma jurídica caseira, uma self made law capaz de se amoldar à situação econômica em que a empresa ou a categoria econômica se encontra. As normas jurídicas seguem, assim, a idéia do just-in-time, da flexibilidade. Se antes, a negociação coletiva tinha a função de distribuição social dos ganhos obtidos pelo crescimento econômico, agora tem essa função praticamente invertida. A negociação, na perspectiva da teoria da flexibilização distribui os riscos inerentes a um mercado mundial altamente competitivo.”

212 CUNHA, Carlos Roberto. **Flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris ed. 2004, p. 85. “Os efeitos implacáveis da globalização atingem, portanto, em cheio, a soberania, economia, ordem jurídica e a política interna dos países em desenvolvimento. A reengenharia do sistema capitalista se sustentou na divisão internacional do trabalho, racionalização dos meios de produção, difusão da tecnologia e do capital financeiro, combustíveis da globalização imperante, mas é preciso destaque especial à ideologia de vanguarda, aos trilhos cadenciados, pari passu com a globalização econômica – o neoliberalismo.”

213 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116-117. “O garantismo, em nosso país, nasceu com o direito do trabalho como exigência social da proteção dos operários de fábrica, solidificou-se com a evidência da necessidade de reconhecer cidadania ao trabalhador, ganhou moldura jurídica de grande destaque com a Consolidação das Leis do Trabalho (1943), encontrou suporte no princípio protetor do direito do trabalho e encontrou na Justiça do Trabalho o epicentro da sua aplicação. [...]Toma-se, aqui, a palavra *flexibilização* no sentido de toda medida, do direito do trabalho, destinada a reconhecer que a lei trabalhista e a sua aplicação não podem ignorar os imperativos do desenvolvimento econômico.”

garantismo e promove a negação do direito do trabalho, a vantagem econômica em prejuízo as questões sociais, e um retrocesso nos direitos alcançados pelos obreiros.²¹⁴

Relembrando as lições de Amauri Mascaro do Nascimento, nota-se que a negociação coletiva surge no cenário jurídico como instrumento hábil para auferir direitos e melhores condições sociais aos trabalhadores, pacificando assim as relações sociais e propiciando a distribuição de riqueza. Mas, este não é o único atributo da negociação coletiva, já que pode servir como meio para solucionar os efeitos de crises econômicas e administrar os problemas financeiros do empregador em prol da manutenção do emprego. Deste modo, a negociação coletiva pode ser utilizada in pejus.²¹⁵

A questão que se impõe é que para parte da doutrina, dentre eles Roesler, a negociação coletiva não pode ser utilizada como instrumento para precarizar ou suprimir direitos fundamentais dos trabalhadores, logo não caberia negociar in pejus. É preciso ter em mente que as transformações colocadas pela flexibilização, e até mesmo pela desregulamentação, apontam para a submissão do trabalho ao capital e esquece que no trabalho está inserido a figura do homem. Logo, promover a redução dos direitos dos trabalhadores em nome da adequação ao sistema econômico é permitir que o ser humano seja tratado enquanto coisa.²¹⁶ Estranhamente a Constituição Federal de 1988 autoriza a negociação coletiva in pejus, impondo aos entes sindicais obreiros a administração de crises econômicas e os custos dos empreendimentos. Neste contexto, os entes sindicais precisam

²¹⁴ ROESLER, Átila da Rold. **Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p.48. “Diante da acirrada concorrência no mercado internacional, a diminuição dos direitos trabalhistas passou a ser propagada como ideia da nova ordem mundial, visando a privilegiar o desenvolvimento econômico em detrimento dos avanços sociais. Apoiados na desregulamentação e na flexibilização dos direitos sociais, vozes liberais passam a defender a própria negação do direito trabalhista sob o argumento de que a economia de mercado já não admitia mais o protecionismo estatal sobre as relações de trabalho.”

²¹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho** / Amauri Mascaro Nascimento. – 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109-110. “As tendências do direito brasileiro voltaram-se para a prática da negociação coletiva como amplo e efetivo processo de autocomposição de interesses entre trabalhadores e empregadores.[...] Outra mudança de diretriz facultou o uso da negociação coletiva em épocas de crises econômicas para encontrar alternativas para as dispensas coletivas como a redução de salários, para suspender os contratos de trabalho por algum tempo, enfim, a negociação coletiva com o sindicato para resolver problemas de gestão da empresa. Em outras palavras, além das suas funções tradicionais, a negociação coletiva passou a ter a finalidade de, in pejus, atender aos interesses da empresa.”

²¹⁶ ROESLER, Átila da Rold. **Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 56. “De um modo geral, o Direito do Trabalho Contribuiu para o acréscimo de civilidade. Portanto, subordinar o Direito do Trabalho aos movimentos da economia seria o mesmo que submeter o trabalho, que é indissociável da pessoa do trabalhador, ao capital, o que, em outras palavras, significa sujeita o homem às coisas.”

agir com responsabilidade social e ainda boa-fé objetiva para que os direitos assegurados como patamares mínimos de sobrevivência não sejam suprimidos.²¹⁷

O que é observado no cenário econômico contemporâneo é que Adam Smith é deixado de lado e passa-se a adotar as ideias de Keynes. Buscando assim, a flexibilização como forma de proteger a econômica e preservar o emprego do trabalhador.²¹⁸ Segundo Keynes, citado por Átila Da Rold Roesler, o Estado deveria intervir na economia para assim equilibrar as relações entre o capital e o trabalho. Deveria buscar incentivos ao mercado para que o emprego fosse ampliado e valorizado, conferindo um ciclo produtivo ativo com os trabalhadores inseridos no mercado de consumo.²¹⁹

Importa mencionar que no Brasil não há mais o que ser flexibilizado. O piso mínimo de direitos, assegurados na Constituição Federal de 1988 no artigo 7º, precisa ser mantido sob pena de ser autorizada a promoção do retrocesso social e com isso a violação da dignidade humana do trabalhador.²²⁰

A sociedade contemporânea observa na flexibilização um instrumento para enfrentar os efeitos da globalização. Pretende que seja afastado o princípio protetor e a figura do garantismo das relações laborais, alegando que o trabalhador de hoje possui

²¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110. Para esse fim, exigir-se-ia, na negociação, boa-fé, responsabilidade social, respeito à livre manifestação de vontade dos seus participantes, apresentação escrita, com a necessária antecedência, da pauta de reivindicações e a fundamentação das propostas e contrapropostas para que fosse possível aquilatar os motivos determinantes do pleito ou da correspondente recusa. A não apresentação da pauta escrita com os pedidos que deveriam ser negociados obstaría a negociação, ocorrendo o mesmo diante da recusa imotivada de negociar.

²¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 120. “A economia atual passa a ser menos Adam Smith, pai do liberalismo econômico, quando sustenta que a riqueza das nações só é possível mediante a espontaneidade e o interesse de quem trabalha, e para esse fim a pessoa deve ser livre (v. *A riqueza das nações*) e mais keynesiana (v. *A treatise on money*, 1930, *The economic consequences of the peace*, 1919, e *The general theory of employment: interest and money*, 1936) quando se propõe a salvar o regime da empresa privada afastando-se do *laissez-faire* integral.”

²¹⁹ ROESLER, Átila da Rold. **Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 28. “Keynes defendia a forte intervenção estatal na economia para buscar formas de se conter esse desequilíbrio gerado pelo sistema capitalista. Entre outras medidas, os governos deveriam aplicar grandes remessas de capital na realização de investimentos que aquecessem a economia de modo geral. Paralelamente, era de fundamental importância que o governo também concedesse linhas de crédito a baixo custo, garantindo a realização de investimentos no setor privado. Promovendo tais medidas de incentivo, os níveis de emprego aumentariam e consequentemente garantiriam que o mercado consumidor desse sustentação real a toda essa aplicação de recursos.”

²²⁰ ROESLER, Átila da Rold. **Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 53. “O custo da mão de obra no Brasil, mesmo integrado de todos os encargos sociais, é baixíssimo se for comparado com outros países, não havendo mais o que ser flexibilizado. Os direitos trabalhistas mínimos devem ser mantidos a qualquer custo diante dessa realidade.”

plenas condições de regular e negociar seus direitos através da atuação dos entes sindicais e também individualmente. Assim, pregam propiciar aos sindicatos a transferência da tutela dos trabalhadores das mãos do Estado.²²¹ O que é extremamente perigoso, já que a realidade não corresponde ao pensamento exposto, pois o trabalhador atualmente, embora não seja mais aquele que não possuía qualquer instrução e não conhecia seus direitos, não dispõem da necessária maturidade para negociar sozinho seus direitos. Além disso, o trabalhador atua na relação jurídica, tendo o trabalho, como meio de subsistência, portanto, não é justificável crer que alguém em condições extremas de ausência de recursos e tendo como único meio de sustentar-se o trabalho, possa ser livre o suficiente, para abrir mão dos direitos e garantias assegurados através de longas lutas. Logo, ainda é necessária a proteção conferida ao trabalhador, principalmente para que este não fique entregue ao capital sem freios e a atuação sindical sem limites.²²²

Conforme mencionado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 autoriza a flexibilização através da negociação coletiva o que implica que alguns direitos possam ser reduzidos mediante a atuação dos sindicatos. Os exemplos mais claros desta são vistos no art. 7º, VI no que tange à possibilidade de ser válida a redução de salários fazendo cair por terra o princípio da intangibilidade salarial; art. 7º, XIII que cuida da jornada de trabalho; art. 7º, XIV que trata do turno ininterrupto de revezamento, dentre outros.²²³

²²¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011, p. 270-271 - Entre os diversos ângulos da questão está o das *relações entre direito do trabalho e flexibilização*. Podem situar-se em mais de um prisma. Os dois principais são a relação de *polarização*, diante do atrito entre a sua função tutelar e a desproteção que resultaria da flexibilização dos direitos dos trabalhadores, e de *integração*, assinalando para a possibilidade de adequada combinação entre os dois objetivos, o afastamento do paternalismo, substituído pela tutela razoável e pela coordenação entre os interesses do capital e do trabalho, e a transferência da tutela do Estado e das leis para os sindicatos e os contratos coletivos de trabalho.

²²² ROESLER, Átila da Rold. **Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 58. “A ordem da vez é a desregulamentação das normas trabalhistas em favor de uma suposta evolução da sociedade e da melhoria da condição social dos trabalhadores. Diz-se que o trabalhador de hoje não é mais aquele iletrado dos tempos idos da Revolução Industrial e que teria plenas condições de conhecer as ‘regras do jogo’ e decidir o que é melhor para si diante do mercado competitivo atual. Essa visão é equivocada e se encontra dissociada da realidade. A flexibilização e a desregulamentação são instrumentos previstos no plano do trabalho da doutrina neoliberal, que agasalha a opção pelo mercado e procurar repassar aos trabalhadores os efeitos principais da crise econômica global que afeta os países capitalistas. Com mais ênfase, a desigualdade entre o capital e trabalho continua sendo agravada por conta de inúmeros fatores sociais e tecnológicos da sociedade atual.”

²²³ SILVA. Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada Coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 102 p. 135 - 159 jan./dez. 2007 P. 149. “ No segundo modelo, somente poderiam ser estabelecidas condições de trabalho menos favoráveis do que as previstas em lei mediante negociação coletiva. É o que dispõe a Constituição brasileira no art. 7º, inciso VI, quanto à redução de salário.

Na realidade o que ocorre é que a flexibilização sempre existiu e a questão que se impõem no mundo contemporâneo do trabalho é que atualmente o referido instituto oferece riscos e impossibilidade de realização do princípio protetor. Dizer que a economia necessita da flexibilização das leis laborais para que sejam promovidas as adequações entre o capital, trabalho e o risco do empreendimento, não é justificativa para utilizar a reforma in pejus dos direitos dos trabalhadores, até porque, a economia sempre causou reflexos no direito do trabalho, assim como este impactou a economia. O que precisa ser lembrado é que o homem não se reduz a uma peça ou coisa, ele precisa ser pensando enquanto ser humano.²²⁴ Portanto, flexibilizar e desregulamentar os direitos laborais em prol das influências do mundo globalizado e do capital não é caminho para salvar a economia das crises e, muito menos, para manter os postos de trabalho.

Sendo assim, conforme dito anteriormente, a atuação sindical na flexibilização dos direitos laborais deve necessariamente observar a responsabilidade social e a boa-fé. Mas, além disso, é preciso que as matérias inerentes aos direitos fundamentais, ordem pública e a dignidade humana sejam respeitadas para que o retrocesso social não ocorra.²²⁵

Apresentados os traços da flexibilização, cabe agora enfrentar a desregulamentação. Tem-se que esta atua no direito coletivo do trabalho, enquanto aquela é

Outros dispositivos constitucionais consagram o princípio da flexibilização no ordenamento jurídico brasileiro: a compensação de horários e a redução da jornada (art. 7º, inciso XIII) e a alteração da jornada no caso específico de trabalho realizado em turnos de revezamento (art. 7º, inciso XIV) podem ser efetuadas mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho.”

²²⁴ SILVA. Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada Coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 102 p. 135 - 159 jan./dez. 2007. p. 148. Portanto, o Direito do Trabalho sempre conheceu uma flexibilidade da proteção normativa. Todavia, as novas formas de flexibilização colocam em xeque o princípio protetor. Uma vez que o trabalho não é mercadoria e o ser humano não se reduz a mera peça da engrenagem produtiva, devem ser reavaliadas as experiências de desregulação. Embora o Direito sofra a influência da Economia, o inverso também é verdadeiro: desde suas origens, o Direito do Trabalho tanto suporta o impacto da realidade econômica como interfere na produção e distribuição de bens e serviços.

²²⁵ SILVA. Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada Coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 102 p. 135 - 159 jan./dez. 2007. p. 151. “À vista do exposto, concluímos que só é possível efetuar a flexibilização do Direito do Trabalho se respeitados os limites impostos pela ordem pública, claramente expressos na Constituição de 1988. O art. 3º, I, propõe a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. O art. 193, relativo à ordem social, estipula que essa “*tem como base o primado do trabalho e como o objetivo o bem-estar e a justiça social*”. O art. 170, por sua vez, dispõe que “*a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*” (grifo nosso)”. A não ser que sejam alterados os valores e princípios sobre os quais se fundamenta a sociedade brasileira, a flexibilidade laboral não pode implicar pura e simplesmente a estipulação das condições de trabalho segundo as leis do mercado, sem considerar a dignidade do trabalho e da pessoa que o executa. Até porque é impossível dissociar o sujeito do objeto do contrato de trabalho, como reconheceram numerosos doutrinadores.

aplicada na esfera do direito individual. Desregulamentar é permitir o livre desenvolvimento e atuação dos entes sindicais, sem qualquer interferência do Estado. É a transferência da tutela do Estado para os atores sindicais. O Estado deixaria de produzir normas e as relações jurídicas laborais passariam a ser desenvolvidas e reguladas mediante a negociação coletiva.²²⁶ Ocorre que a sociedade não atingiu o grau de maturidade suficiente para exercer o poder da autonomia privada coletiva sem qualquer intervenção do Estado.²²⁷

O direito do trabalho funciona como instrumento de pacificação social, distribuição de riquezas, inserção social dos trabalhadores no mercado de consumo e, ainda, como agente inibidor e freio do capitalismo. Neste contexto, existindo a crise no Direito do Trabalho, os reflexos gerados serão observados em toda a sociedade, seja nas questões de precarização dos direitos laborais, na economia, nas políticas públicas e na retração do mercado de consumo.²²⁸ Por isso, permitir a flexibilização e desregulamentação dos direitos fundamentais dos trabalhadores sem a observância dos princípios do Estado Democrático de Direito, dentre eles do valor social do trabalho, significa negar a dignidade humana ao trabalhador.

No entanto, tal qual a globalização, a flexibilização é inevitável. Resta assim, saber qual caminho deve ser percorrido. Nas palavras de Silva a flexibilização deve ser o norte para a reestruturação da sociedade, reunir Estado e particulares, não para voltarem ao passado revivendo os ideais iluministas, mas olhando para o presente e buscando solucionar

²²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 278. *Desregulamentação* é vocábulo que deve ser restrito ao direito coletivo do trabalho, e não aplicado, portanto, ao direito individual do trabalho, para o qual existe a palavra *flexibilização*. Distingue-se quanto ao âmbito a que se refere, uma vez que se desregulamenta o direito coletivo e se flexibiliza o direito individual. Portanto, *desregulamentação* é a política legislativa de redução da interferência da lei nas relações coletivas de trabalho para que se desenvolvam segundo o princípio da liberdade sindical e da ausência de leis do Estado que dificultem o exercício dessa liberdade.

²²⁷ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2009. p. 186. “Todas essas adversidades denotam que, apesar da relevância da negociação coletiva como fator de democratização das relações de trabalho, as características da sociedade brasileira e de seu mercado de trabalho não permitem que ela seja elevada a um grau de prevalência que elimine a necessidade interventiva do Estado ou que admita sua realização de forma ilimitada, inclusive em detrimento do regramento heteronormativo.”

²²⁸ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2009. p. 51. “O trabalho como núcleo central da economia e da sociedade estabelece uma função dinâmica dentro do capitalismo, atenuando suas tendências destrutivas que, na realidade, são autofágicas. Afinal, o trabalhador assalariado é também, fundamentalmente, integrante da sociedade de consumo de massa, e quando ele sofre os efeitos da precarização, a própria economia capitalista sofre seus reflexos.”

os problemas que a economia global impõe. Deve-se atribuir efetividade aos princípios e direitos fundamentais para que, juntos com o mercado, possam encontrar a fórmula de uma coexistência equilibrada para o capital e o trabalho.²²⁹

²²⁹ SILVA. Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada Coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 102 p. 135 - 159 jan./dez. 2007 P. 151-152. “A flexibilização do Direito do Trabalho deve implicar a reestruturação da sociedade em sentido positivo. Ao invés de retroagir aos ideais iluministas, voltando a defender a auto-regulamentação do mercado, deve-se combinar a ação do Estado e a atuação dos particulares: ao contrabalançar o intervencionismo estatal com a autonomia coletiva, corrigem-se as distorções do mercado.” Evidencia-se, então, a necessidade de manter regras e princípios jurídicos fundamentados na ordem pública, que reflitam valores considerados essenciais para o bom funcionamento da sociedade e não submetidos à lei do mercado, e de utilizar a negociação coletiva como instrumento de adaptação do sistema de relações de trabalho, em um quadro legal de plena liberdade sindical.

CAP. 3: A AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA COMO INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES

O presente capítulo buscará avaliar os direitos fundamentais dos trabalhadores em seus aspectos de direitos e deveres, analisará ainda as peculiaridades do direito responsivo e, em uma vertente consequencialista, a atuação das instituições sindicais. Em seguida será feito um estudo sobre o comportamento do Tribunal Superior do Trabalho no que tange ao uso das negociações coletivas como forma de violar direitos fundamentais dos trabalhadores. Especificamente a análise documental recairá nas súmulas 277, 437, OJ 342 SDI 1 do Tribunal Superior do Trabalho e no tema controvertido 762, que culminou com o RE 820729 que foi remetido ao STF como instrumento de repercussão geral.

3.1 Direitos e deveres fundamentais na criação e aplicação dos instrumentos coletivos.

Conforme já mencionado no corpo da presente pesquisa, os Sindicatos surgem como resposta ao capitalismo e como meio de pacificação social. Representam importante papel no que tange à distribuição de riquezas, modernização das leis laborais e redução de complexidade do sistema jurídico, já que atuam onde o Estado não alcança, seja em razão da morosidade ou em decorrência da ineficiência de respostas aos problemas postos na sociedade contemporânea. Em sua essência, consistem em um freio à exploração do capital ao trabalho. Neste contexto funcionam como manto protetor e como veículo pacificador de lutas entre o capital e o trabalho. Encontram regulamentação nos artigos 8º e seguintes da Constituição Federal, que por ser um direito fundamental, possui sentido dúplice, já que por um lado confere poder, como a autonomia privada coletiva, por outro, atribui deveres, tal como a proteção do trabalhador. São ainda regulamentados por normas infraconstitucionais, como os artigos 611 e seguintes da Consolidação das leis do trabalho.

Aos entes sindicais é atribuído o poder da autonomia privada coletiva, que conforme explicitado nas linhas acima, possui duas faces. A primeira relacionada à liberdade de auto-organização e gestão e a segunda direcionada à criação de normas autônomas a serem aplicadas no âmbito de representação dos atores sindicais. Este poder de criar normas, através da negociação coletiva, possibilita que seja aplicada em benefício do trabalhador e ainda in pejus. Ocorre que a Constituição Federal em seu art. 7º, VI, XIII e XIV, autoriza a redução de salários, alterações de jornadas com compensação e

prorrogação de horários, turnos ininterruptos de revezamento, diversos dos apontados pela norma constitucional, ainda que isto seja efetivado em prejuízo do trabalhador. Portanto, a negociação coletiva possui dois aspectos distintos, pode tanto contribuir para melhorias das condições de trabalho, quanto prejudicá-las.

Nos pontos anteriores foi esclarecido que o objetivo primordial da negociação coletiva é atuar na busca de melhores condições sociais para o trabalhador e não em prejuízo ao obreiro, cedendo a pressões da economia e do mundo globalizado. Tem-se ainda que os direitos sociais dos trabalhadores propiciam um mínimo existencial que veda o retrocesso social no que tange aos direitos e garantias assegurados ao trabalhador. Portanto, é possível o uso da autonomia privada coletiva, para a realização de normas autônomas e solução de conflitos, porém, este poder de normatizar não pode ser utilizado para violar ou reduzir os direitos sociais dos trabalhadores. Principalmente porque o que está assegurado constitucionalmente e ainda na norma infraconstitucional como forma de promover a dignidade do trabalhador, são direitos fundamentais dos obreiros atribuídos como um patamar mínimo civilizatório.²³⁰

Em um primeiro momento poder-se-ia admitir que há uma colisão entre direitos fundamentais, pois a Carta Magna atribui aos Sindicatos a Autonomia Privada Coletiva, que por sua vez, implica na realização de instrumentos coletivos, que possuem força de lei. Em contrapartida, os direitos fundamentais previstos no artigo 7º da Constituição Federal e ainda em normas infraconstitucionais, que possuam como núcleo a dignidade humana, são considerados o conjunto denominado piso mínimo conferido aos trabalhadores, os quais, em sua grande maioria, não podem ser reduzidos, sob pena de configurar o retrocesso social.

No caso exposto acima, é possível pensar que há uma colisão de direitos fundamentais, o do trabalhador de ver respeitado o piso mínimo estabelecido pelas normas constitucionais e infraconstitucionais tidas como fundamentais e dos atores sindicais, de realizarem a norma coletiva.

²³⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 1.208. “Assim, os direitos sociais e trabalhistas mínimos, assegurados na Constituição Federal, não podem ser reduzidos, nem mesmo por meio de negociação coletiva, por se considerarem o patamar mínimo de existência digna.”

No entanto, acredita-se não ser o caso de colisão de direitos, mais sim de conflitos entre princípios e valores. De um lado o valor social do trabalho previsto no art. 1º, IV previsto como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e de outro, a autonomia privada coletiva, inserida no art. 8º, IV e o reconhecimento conferido pelo art. 7º, XXVI. Neste caso a solução ocorrerá pela via da ponderação.²³¹ É preciso lembrar que os direitos fundamentais possuem como norte a promoção dos valores morais e da dignidade humana, portanto, não se trata de uma proteção ao maior número de pessoas, à sociedade, enquanto quantidade, mas sim dos valores morais e dignos que o respeito aos direitos fundamentais exige.²³² Assim, ao utilizar o poder da autonomia privada coletiva e promoverem a negociação coletiva in pejus, sem observar os limites do piso mínimo conferido aos trabalhadores, a vedação do retrocesso social e ainda a dignidade humana, estão os atores sindicais usando o direito fundamental que lhes foi conferido contra os próprios trabalhadores.²³³

Ultrapassadas estas questões, tem-se que a negociação coletiva produz instrumentos que são considerados como contratos coletivos, representam ao mesmo tempo um negócio jurídico e norma jurídica, ou seja, formalmente são um contrato, mas materialmente uma lei. Assim estão sujeitos, tanto à teoria dos negócios jurídicos quanto a das normas para sua validade.²³⁴

²³¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos do direito. São Paulo: RT, 2009, p. 213-214. “Os conflitos entre princípios e valores são tratados mediante uma análise da capacidade argumentativa de cada um, que se denomina de juízo de ponderação”.

²³² BINENOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 85. “A lógica do sistema dos direitos fundamentais não é da maximização dos interesses do maior número possível de indivíduos, mas a da preservação e promoção dos valores morais sobre os quais se erigem noções como a de dignidade da pessoa humana, ainda quando contraproducentes de um ponto de vista puramente utilitário”.

²³³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais Trunfos contra a maioria**. Coimbra, 2006, p.17-18. “Aplicada ao sistema jurídico de Estado de Direito, e tendo em conta que o outro ‘jogador’ é o Estado, já que, primariamente, os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais face ao Estado, ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado, o que, em regime político baseado na regra da maioria, deve significar, a final, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos.”

²³⁴ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 221. “A doutrina predominante considera os acordos e convenções coletivas de trabalho um híbrido de contrato e lei, pois, quando à forma, identificam com um contrato; por seu conteúdo, equivalem a uma norma jurídica. Eles se aperfeiçoam por meio de declarações de vontade dos sujeitos convenientes, caracterizando-se como negócios jurídicos coletivos, posto que resultantes da autonomia da vontade das partes pactuantes, caracterizando-se como verdadeiros contratos normativos, em face da sua aptidão para fixar o conteúdo dos contratos individuais de trabalho.”

Sendo assim, a primeira discussão que surge é que a norma coletiva violadora dos direitos fundamentais dos trabalhadores não é revestida dos elementos necessários aos planos da existência, validade e eficácia, atributos imprescindíveis para que seja considerada apta a produzir efeitos no mundo jurídico.

Considerando o aspecto formal da convenção coletiva, negócio jurídico, tem-se que a primeira análise a ser feita é quanto à existência, que se relaciona a aspectos constitutivos. Na negociação coletiva diz respeito à convocação para a assembleia, elaboração de pauta, quórum de votação, etc. Nas palavras de Barroso, *agente, objeto e forma*. Já a validade consiste na observância dos requisitos estabelecidos por lei para a produção do ato, que na negociação coletiva, seriam os limites e quais direitos poderiam ser objeto de composição. A eficácia é traduzida pela capacidade do ato de gerar efeitos. Cabe salientar que a ausência dos elementos anteriormente mencionados implicará na invalidade ou anulabilidade do instrumento coletivo.²³⁵

Deste modo, pode ocorrer que o instrumento coletivo preencha todos os requisitos para existir, ser válido e eficaz. E, assim, sua aplicação à realidade social será observada pela efetividade produzida. No entanto, há casos em que o acordo ou convenção coletiva de trabalho acabam por suprimir ou reduzir os direitos fundamentais dos trabalhadores e, deste modo, os requisitos de existência, validade e eficácia ficam comprometidos. Cabe então ao trabalhador recorrer ao poder judiciário para exigir o cumprimento dos direitos sociais.

O acesso ao judiciário pode ocorrer de duas formas. A primeira, através de ações individuais, nas quais, os trabalhadores questionam de forma individual a validade de uma ou algumas cláusulas do acordo ou convenção coletiva. Para ilustrar a afirmativa cita-se o RR 1315-06.2013.5.12.0016 no qual uma trabalhadora, em reclamatória individual, questiona a validade de cláusula da convenção coletiva que declara serem dispensáveis as

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 253-254. “Classificadamente, os atos jurídicos, comportam análise científica em três planos distintos e inconfundíveis: o da existência, o da validade e o da eficácia. Não é possível, nesta instância, aprofundar esses conceitos. Faz-se apenas o registro de que a existência do ato jurídico está ligada à presença de seus elementos constitutivos (normalmente, agente, objeto e forma) e a validade decorre do preenchimento de determinados requisitos, de atributos ditados pela lei. A ausência de algum dos requisitos conduz à invalidade do ato, a qual o ordenamento considerando a maior ou menor gravidade, comina as sanções de nulidade e anulabilidade. De maior interesse para os fins visados é a eficácia dos atos jurídicos, o terceiro plano de análise, que se traduz na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado.”

anotações dos horários de início e término das jornadas. Ocorre que o instrumento coletivo retromencionado impede que o labor extraordinário seja apurado, sendo assim, uma vez realizadas horas extras estas não serão pagas já que não há como controlá-las. A questão foi submetida ao Tribunal Superior do Trabalho que, em 19.11.14, declarou inválida a cláusula que determina a exceção do controle de jornada.²³⁶

A ementa do julgado²³⁷ demonstra que o instrumento coletivo foi elaborado conforme os requisitos de existência, validade e eficácia requeridos para os negócios jurídicos, no entanto, parcela do instrumento coletivo encontrava-se eivado por violações que retiravam a validade. No caso em análise o elemento da validade não foi observado, já que a norma coletiva foi produzida sem observar o limite imposto pela Lei, que no caso em tela, decorre da proteção conferida às normas de fiscalização, que são de indisponibilidade absoluta. Logo, a convenção coletiva de trabalho continuará sendo aplicada, pois existe, é válida e também eficaz, no entanto, apenas para o trabalhador que questionou sua validade, em sede de ação individual, não terá efetividade. Deste modo, se diz, que a invalidade é pontual e produz efeitos apenas entre as partes do processo. Assim, para que outros trabalhadores possam afastar a incidência da cláusula que determina a exceção do controle de jornada, outra ação individual será necessária, sendo que, os Magistrados não estão vinculados à decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Diferente é o tratamento conferido ao questionamento coletivo, com efeito, erga omnes que será realizado mediante ação coletiva.²³⁸ Tem-se que ao Ministério Público do Trabalho foi atribuída a fiscalização da legalidade dos instrumentos coletivos. No entanto, o instrumento para a declaração de nulidade não é aquele estabelecido no artigo 486 do CPC,

²³⁶ Disponível em: < http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/oitava-turma-considera-invalida-norma-coletiva-que-preve-registro-de-ponto-por-excecao >. Acesso em: 14. jan. 2015.

²³⁷ << file:///C:/Users/Admin/Downloads/207863_2014_1416560400000%20(1).pdf>>. RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. REGISTRO DE PONTO POR EXCEÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. Não há como se conferir validade à norma coletiva que adota o registro de ponto por exceção, dispensando a marcação dos horários de entrada e de saída. Isso porque, a despeito da elevação constitucional dos instrumentos normativos oriundos de negociações coletivas, a Constituição não autoriza a estipulação de condições que atentem contra as normas de fiscalização trabalhista, como a isenção de registro de frequência normal, a teor dos artigos 74, § 2º, e 444 da CLT. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo n. 1315-06.2013.5.12.0016 – RR – TST, relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8 Turma, publicado em 21.11.14).

238 JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1217 “Assim, nas situações em que a norma coletiva violar direitos fundamentais (criando, por exemplo: discriminações de sexo, raça, cor, credo, etc.) deve ser repudiada do sistema jurídico, seja em ações individuais, seja por ação anulatória de cláusula convencional.”

já que neste a sentença produzirá efeitos apenas entre as partes e na ação de nulidade aqui mencionada os efeitos serão erga omnes ou ultra partes.²³⁹

A denominação do instrumento mencionado acima é ação de declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo ou convenção coletiva de trabalho que possui fundamento legal no art. 82, inciso IV da Lei complementar n. 75/1993. Conforme sustenta Enoque Ribeiro dos Santos, a coisa julgada será erga omnes ou ultra partes e os efeitos serão ex tunc, sendo retirado do ordenamento como se nunca tivesse existido.²⁴⁰

A ação de declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo ou convenção coletiva de trabalho terá como objeto cláusulas dos referidos instrumentos ou, até mesmo, a totalidade das normas coletivas. Lembrando que em um ou outro caso os efeitos da decisão proferida serão para a coletividade. Deste modo, os trabalhadores não precisaram ingressar com reclamações individuais para verem declarada a invalidade da negociação coletiva.²⁴¹

As medidas mencionadas acima não representam o desrespeito à autonomia privada coletiva, mas buscam proteger os direitos fundamentais dos trabalhadores da

²³⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O microssistema de tutela coletiva: parcerização trabalhista**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2013. p. 244-245 “ Desta forma, como tem a prerrogativa de agir como fiscal da lei, e ainda atuar como órgão agente, pois em ambas as situações está apto a defender o interesse público primário da sociedade, especialmente dos trabalhadores, foi atribuída ao Ministério Público do Trabalho a missão de fiscalizar a legalidade das cláusulas dos acordos e das convenções coletivas, quando lesivos aos interesses dos trabalhadores. Para tal desiderato, utiliza o Ministério Público do Trabalho, como legitimado concorrente, esse instrumento processual, de índole coletiva, totalmente desvinculado da ação regulada pelo art. 486 do CPC, de natureza individual ou quando muito plúrima, para a tutela de direitos metaindividuais dos trabalhadores, quando tiverem seus interesses violados pela criação normativa dos sindicatos. Os trabalhadores, individualmente ou em grupo, não detêm legitimidade para ajuizar ação anulatória (de nulidade) de cláusula ou convenção coletiva, pois não representam toda a categoria, a não ser em situações excepcionais, quando inexistente o sindicato da categoria profissional na base territorial. O que deve ser pontuado, em relação à ação anulatória em sede de ações coletivas, é que, diferentemente do resultado que produz nas ações atomizadas, por força do art. 476 do Código de Processo Civil, cuja sentença faz coisa julgada apenas inter partes, quando muito envolvendo interesses de terceiros, nas ações coletivas, a sentença será erga omnes ou ultra partes, perpassando os interesses individuais e envolvendo uma coletividade de pessoas que se encontram na mesma situação fática e jurídica.”

²⁴⁰ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O microssistema de tutela coletiva: parcerização trabalhista**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2013. p. 245. “Portanto, entendemos que o nomen juris correto dessa ação, consoante o novel art. 83, inciso IV, da Lei Complementar n. 75/1993, é ação de nulidade e não ação anulatória, e nas ações coletivas produzirá coisa julgada erga omnes ou ultra partes, cujos efeitos serão ex tunc, posto que atos nulos não produzem efeitos jurídicos e deverão ser removidos do mundo dos fatos como se não tivessem existido.”

²⁴¹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O microssistema de tutela coletiva: parcerização trabalhista**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2013. p. 249. “O objeto das ações anulatórias (de nulidade) de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho é a busca de um comando judicial para afastar do mundo jurídico a cláusula contratual ou convencional violadora das liberdades individuais ou coletivas, ou dos direitos indisponíveis dos trabalhadores. O efeito é erga omnes.”

atuação dos entes que foram criados para este fim. Não estaria assim defendendo o trabalhador do capital, mas da própria organização de trabalhadores, no caso, o sindicato.

Conforme exposto no presente trabalho, a atuação do sindicato não pode ser justificada apenas pelas questões econômicas. Há problemas éticos que envolvem a sua atividade e que precisam ser resolvidos. Mais uma vez, cumpre ressaltar que a atuação corrompida do sindicato fere a ética e a moral e que os direitos fundamentais possuem a moral intrinsecamente a eles ligada, o que transformou a moral em um direito e não em um dever, como lembra Lipovetsky.²⁴² Além disso, o caminho a ser percorrido pelas entidades sindicais, na era globalizada, é o dever de agir com responsabilidade social, conforme os ditames da boa-fé objetiva e da ética.

Estranhamente observa-se que há um esquecimento do dever e um exacerbado culto ao direito. Todo direito possui os dois lados da moeda, ou seja, todo direito possui um dever correspondente, o que nas palavras de Nabais,²⁴³ nada mais é do que a face oculta dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988, no título II, no artigo 5º da CF/88 faz a seguinte inscrição: “*Dos direitos e deveres individuais e coletivos*”. Contudo, conforme menciona Martins,²⁴⁴ por vezes, os deveres são esquecidos e chega-se ao pensamento de que se vive em um mundo somente de direitos. Porém, uma sociedade não pode ser construída sem

²⁴² LIPOVETSKY, Gilles. **El crepúsculo del deber la ética indolora de los nuevos tempos democráticos**/Lipovetsky, Gilles. Traducción, Juana Bignozzi. Barcelona: Anagrama, 1994, p. 34 “ A diferencia de las morales antiguas, que sólo conocían lo «optativo» con miras a la vida feliz, las morales modernas han inventado las morales de la obligación pura;1 a diferencia de la moral Cristiana que deja entrever la esperanza de la felicidad eterna, las Morales modernas han valorado el principio del desinterés absoluto como condición de la virtud. En adelante, la moralidad es lo que exige la total abnegación, el sacrificio integral, la obediencia incondicional y desinteresada al imperativo del Bien. «Desgarrar su corazón para cumplir su deber» (Rousseau), liberar la acción moral de cualquier motivación sensible (Kant), promover la religión desinteresada de la Humanidad (Comte), deber de abnegación absoluta (Victor Cousin), obligación de consagrarse en cuerpo y alma a la grandeza de la historia o de la nación: la aparición del concepto de derecho del individuo a la felicidad tiene como contrapartida el idealismo exacerbado del desapego de sí mismo, la exaltación del olvido de la propia persona, el deber hiperbólico de consagrarse anónimamente al ideal.”

²⁴³ NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

²⁴⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**. 5 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 256. “Como visto, trata-se de observação não recente na dogmática jurídica, especialmente no âmbito do direito constitucional, porquanto a própria Constituição estabelece não apenas direitos, mas igualmente deveres, obrigações e garantias, que na maioria das situações jurídicas são tocadas ao próprio Estado. A título de ilustração, os deveres já são convocados na chamada do Capítulo I do Título II da Constituição Federal, portanto deveres fundamentais.”

deveres. Há de existir obrigações e direitos, como pesos da balança para trazerem a harmonia ao sistema e a consequente Justiça.

Neste norte, Nabais diz que os deveres estão ligados, tanto aos direitos fundamentais, quanto à responsabilidade. O que implica que a inserção no texto da constituição ocorre por clamor do próprio direito, que necessita das duas faces para ser realizado.²⁴⁵ Outro ponto que merece ser salientado ao tratar dos deveres é a ética. Aquele necessita ser revestido de ética, moral, efetividade e adimplemento, pois de nada adianta os deveres inseridos na Constituição se não são cumpridos e realizados. Sendo que, estes são um dos motivos de Lipovetsky²⁴⁶ dizer que o século XXI será ético ou não será. A pós-modernidade deseja a moral, não como conceito utópico, filosófico, mas como prática, assim como anseia pela ética.

Conforme mencionado no corpo da presente pesquisa, os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores são prestações a serem adimplidas, tanto pelos particulares, quanto pelo Estado. Tem-se que este, embora, não tenha o dever de realizar todas as prestações com valores monetários, assume o papel de cumprir determinadas obrigações, sejam elas de fazer ou não fazer. Fala-se assim, na figura do dever de proteção do Estado.²⁴⁷ Neste contexto, o Estado deve promover a necessária proteção dos direitos

²⁴⁵ NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais:** os deveres e os custos dos direitos. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2014. p.6. Daí que, ao contrário do que se passa com os direitos, os deveres fundamentais são, em larga medida, criação do legislador constituinte. Nomeadamente este dispõe de uma margem de liberdade muito superior à de que dispõe em sede dos direitos fundamentais, uma vez que os direitos, a bem dizer, não são objecto de criação pelo legislador constituinte como os deveres, mas apenas objecto do seu reconhecimento.

²⁴⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **El crepúsculo del deber la ética indolora de los nuevos tempos democráticos**/Lipovetsky, Gilles. Traducción, Juana Bignozzi. Barcelona: Anagrama, 1994, p. 9. "Hace poco, nuestras sociedades se electrizaban con la idea de la liberación individual y colectiva, la moral se asimilaba al fariseísmo tanto como a la represión burguesa. Esa fase ya se ha vivido: mientras que la ética recupera sus títulos de nobleza, se consolida una nueva cultura que únicamente mantiene el culto a la eficacia y a las regulaciones sensatas, al éxito y la protección moral, no hay más utopía que la moral, «el siglo XXI será ético o no será.

²⁴⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição:** drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 411. "Nessa linha, a teoria dos deveres de proteção do Estado deixa-se reconduzir em seus pontos essenciais ao modelo de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Sem embargo, pelo fato de representar uma construção mais moderna, a teoria dos deveres de proteção logra êxito em fundamentar, com maior clareza em relação à clássica teoria da eficácia indireta, o modo pelo qual ocorre a proteção dos direitos fundamentais no tráfico jurídico privado. Isso é obtido a partir do destaque à percepção, de que o problema da Drittwirkung requer a consideração de um espaço de manobra ao legislador em vista do `se` e do `como` as suas regulamentações podem ser realizadas à luz desses deveres, sobretudo em atenção a aspectos essenciais da problemática, como, por exemplo, a questão do âmbito de proteção dos

fundamentais dos trabalhadores, seja ela pela via de adoção de políticas públicas, seja pela atuação do judiciário ou, até mesmo, dos poderes legislativo e executivo.²⁴⁸

Desta forma, não é possível desvincular da atuação dos atores sindicais o dever de cumprir e proteger os direitos fundamentais dos trabalhadores, de agirem com responsabilidade social, boa-fé, ética e buscarem a justiça social. Assim como, o Estado está vinculado, em razão do dever de proteção, a praticar os atos necessários a viabilizar a aplicação e concretização dos direitos fundamentais.

3.2 Possibilidade de aplicação do direito responsivo e da teoria consequencialista na atuação das instituições sindicais

Conforme mencionado nos capítulos anteriores, o direito do trabalho adota o pluralismo jurídico tendo como base vários centros produtores da norma, sendo eles desde o legislador, empregador, até os órgãos internacionais como a OIT e ainda os próprios trabalhadores e empregadores, representados por seus respectivos sindicatos, ao realizarem a negociação coletiva de trabalho.

Há problemas de toda ordem envolvendo a produção de normas através da negociação coletiva, conforme também já avaliado na presente pesquisa, que vão desde a violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, globalização, até questões internas como ética nas instituições sindicais.

Existe ainda outra questão que se impõe ao direito do trabalho, sendo ela a própria legislação. Cumpre notar que a Consolidação das Leis do Trabalho foi promulgada em 1943, portanto, não acompanhou a evolução do mundo do trabalho que passou por uma série de transformações. Nota-se que quando a CLT ingressou no sistema jurídico não

direitos fundamentais, possibilidades de restrição desses direitos, bem como a relação entre a jurisdição constitucional com os poderes públicos, em especial o legislador e os tribunais ordinários.”

²⁴⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O dano social e a sua reparação**. Disponível em: <<<http://tpmagister.lex.com.br/lexnet/lexnet.dll/Dout/4d3?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>>.

Acesso em: 14.01.15. “O fato é que, como se pode ver, o Direito Social, não é apenas uma normatividade específica. Trata-se, isto sim, de regra de caráter transcendental, que impõe valores à sociedade e, consequentemente a todo ordenamento jurídico. E que valores são estes? Os valores são: a solidariedade (como responsabilidade social de caráter obrigacional), a justiça social (como consequência da necessária política de distribuição dos recursos econômicos e culturais produzidos pelo sistema), e a proteção da dignidade humana (como forma de impedir que os interesses econômicos suplantem a necessária respeitabilidade à condição humana. Importante, ademais, compreender que a imposição desses valores se dá tanto ao Estado, como propulsor das políticas de promoção social e de garantidor das normas jurídicas sociais, quanto a todos os cidadãos, nas suas correlações intersubjetivas.”

existiam as figuras do trabalho em domicílio e muito menos os trabalhos tecnológicos surgidos com a internet, exemplo o trabalhador que labora em blogs, revistas virtuais, etc., além daqueles que analisam rastreamento de veículos, cargas via satélites e muitos outros. Também não existia a gama de desempregados e subempregados como ocorre com a terceirização. Logo, a evolução do mundo do trabalho necessitava de uma ferramenta apta a acompanhar as modificações trazidas pela pós-modernidade, tem-se assim, uma sociedade que segundo Bauman é líquida,²⁴⁹ ou seja, em constante transformação, por isso, o direito que a regula deve também ser líquido.

Neste norte, a necessidade do mundo do trabalho é de uma ordem jurídica dinâmica, mas que não deixe de lado suas conquistas. Assim, conforme explanado nos capítulos anteriores, a negociação coletiva deve manter a marca de sua fundação, ou seja, buscar melhores condições de vida para os trabalhadores e elevar o patamar mínimo hoje existente, mas deve também estar atenta para acompanhar e modernizar a evolução da sociedade laboral.

Abre-se espaço para pensar e buscar um direito flexível, responsivo, que possa atender a rapidez das relações de trabalho e do capital, mas que se atenha ainda à responsabilidade e à justiça. O direito responsivo busca tornar a lei a concretização de uma justiça substantiva, que por sua vez, conjuga à justiça formal, competência e interesse público.²⁵⁰ Usa da civilidade que coloca a 'ética da responsabilidade' como elemento central.²⁵¹ Ocorre que o direito responsivo propõe a abertura dos sistemas, o pluralismo, e a participação efetiva das instituições. Busca a justiça de forma generalizada e não pontual

²⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt, 1925 - **Vida Líquida/Zygmunt Bauman**; Tradução Carlos Alberto Medeiros – 2ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p.7. “A vida líquida, assim como a sociedade líquida-moderna, não pode manter a forma ou permanecer por muito tempo. Numa sociedade líquido-moderna, as realizações individuais não podem solidificar-se em posses permanentes porque, em um piscar de olhos, os ativos se transformam em passivos, e as capacidades, em incapacidades. As condições de ação e as estratégias de reação envelhecem rapidamente e se tornam obsoletas antes de os atores terem uma chance de aprendê-las efetivamente.”

²⁵⁰ NONET, Philippe. SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Tradução Vera Ribeiro; [introdução de Roberto A. Kagan]. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 121. “A boa lei deveria oferecer algo mais que justiça formal, deveria ser tanto competente quanto equânime, ajudando a definir o interesse público e empenhando-se na concretização da justiça substantiva.”

²⁵¹ NONET, Philippe. SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Tradução Vera Ribeiro; [introdução de Roberto A. Kagan]. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 142. “Reconhecendo a complexidade do ato de julgar, e flexibilizando a exigência de obediência, o direito responsivo sinaliza para um ideal maior. Traz uma promessa de civilidade à maneira como o direito é usado para definir e manter a ordem pública. [...] O direito orientado por fins contribui para a civilidade porque é informado por uma ‘ética da responsabilidade’ mais do que por uma ‘ética dos fins últimos’.

dentro de um único caso. Leva a sociedade a refletir e, com isso, exercer a responsabilidade que lhe é imputada pela ética e moral a serem aplicadas.²⁵²

A transição para um direito responsivo depende de uma sociedade com desenvolvimento político, apta a planejar, negociar e solucionar seus problemas observando a moral e a ética. Depende ainda do amadurecimento do dever de responsabilidade para com os atos individuais e muito mais com a coletividade. Depende também da participação da sociedade em um franco diálogo com o Estado.²⁵³ Questões que, no atual estágio da humanidade, ainda não foram alcançadas.

Como pode ser notado, não é possível deixar que autonomia privada coletiva seja exercida como um direito responsivo, tendo o Estado apenas o papel de um guia. A sociedade contemporânea não possui o grau de maturidade suficiente para exercer a regulação dos problemas que são postos na pós-modernidade, principalmente aqueles decorrentes do conflito entre capital e trabalho. Se faz necessária a presença do Estado como um mecanismo de freios e contrapesos para que exista equilíbrio e harmonia nas relações laborais.

Assim, não há qualquer incompatibilidade em conferir autonomia e prever freios e contrapesos. Lembre-se que a Constituição Federal é repleta destes meios para que os poderes, direitos e garantias, nela previstos, sejam respeitados e cumpridos. James Madison, citado por Gargarella, ao tratar do referido instituto aplicado à teoria constitucional, diz que ele é o único remédio para conter o egoísmo e ambição inerentes ao homem.²⁵⁴

²⁵² NONET, Philippe. SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo.** Tradução Vera Ribeiro; [introdução de Roberto A. Kagan]. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 162. “Ao contrário, o direito responsivo estimula a compreensão plena de que a justiça individual, em largo prazo e não só no caso em pauta, depende de condições institucionais favoráveis. É necessário empenhar esforços para diagnosticar os problemas e para reformular os arranjos institucionais. Novos métodos de supervisão, novas formas de aumentar a visibilidade das decisões, novas unidades organizacionais, novas estruturas de autoridade, novos incentivos – são esses os remédios propostos pelo direito responsivo.”

²⁵³ NONET, Philippe. SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo.** Tradução Vera Ribeiro; [introdução de Roberto A. Kagan]. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 170. “Por isso mesmo, embora haja um potencial de responsividade em qualquer tipo de ordem jurídica desenvolvida, o seu atendimento depende de um contexto político favorável. O direito responsivo pressupõe uma sociedade dotada de capacidade política suficiente para enfrentar seus problemas, definir prioridades e estabelecer os compromissos necessários. O direito responsivo não faz milagres no campo da justiça. Suas conquistas dependem da vontade e dos recursos da comunidade política. Sua grande contribuição é promover um sentido de bem público e inserir no processo de governar um espírito de autocorreção.

²⁵⁴ GARGARELLA, Roberto. **Derecho constitucional.** 1. Ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 16-17. “James Madison, el principal ideólogo del sistema de ‘frenos y contrapesos’, lo defendió como el único

Neste sentido, tem-se que é necessário um limite ao exercício da autonomia privada, que é conferido pelos fundamentos que norteiam o Estado Democrático de Direito, conforme consagrado no art. 1º da Constituição Federal, dos quais se destacam a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Este limite deve ser compreendido como controle social que possui como base os axiomas constitucionais. Em termos gerais, implica na atuação dos particulares e do Estado direcionada à promoção da pessoa humana.²⁵⁵

No direito do trabalho é importante a aplicação de limites, podendo ser chamados também de um sistema de freios e contrapesos, pois isto confere aos trabalhadores a necessária proteção dos direitos fundamentais. Hoje é possível dizer que, de certo modo, a teoria de freios e contrapesos e a autonomia coletiva já coexistem. Já há barreiras à negociação coletiva no que diz respeito ao seu aspecto formal e material, assim como a possibilidade do próprio trabalhador questionar via judiciário a validade dos acordos e convenções coletivas. Tem-se ainda, o Ministério Público do Trabalho como fiscal dos instrumentos coletivos, que possui à sua disposição a ação declaratória de nulidade dos frutos da negociação coletiva.

Portanto, passar para o grau de desregulamentação atribuindo aos atores sindicais ampla autonomia coletiva e transferindo a tutela do trabalhador das mãos do Estado para os sindicatos, é uma medida temerosa, já que, conforme traçado nas linhas acima, a exploração do trabalhador não ocorre somente pelo empregador, ela pode ser objeto dos próprios trabalhadores através das entidades sindicais. Na linha do direito responsivo isto

remédio institucional adecuado frente al egoísmo y la ambición de poder que parecia inherente a la naturaleza del hombre. Sin um remédio como el propuesto – consideraba – nada podia esperarse sino la paulatina acumulación de poder em algún grupo o sector del gobierno.”(apud MADISON, J. Hamilton, A. Jay, J., *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957).

²⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 62. “Ao lado dos exemplos passados em revista, muitos outros casos concretos poderiam ser invocados, atinentes, por exemplo, à bioética, à engenharia genética, à procriação in vitro – e seus reflexos no direito de família e sucessório-, às novas tecnologias e às redes de informática – no sentido de confirmar a crescente vulnerabilidade da pessoa humana diante da internacionalização da economia e dos problemas que transcendem as barreiras geográficas dos países. Daí a imprescindibilidade de um vigilante controle da autonomia privada que, como já ressaltado,, há de ser protegido na medida em que realiza os valores sociais e existenciais assegurados, de forma privilegiada, pela hierarquia axiológica do ordenamento constitucional. Em consequência, a proteção dos direitos humanos não pode ser perseguida a contento se confinada no âmbito do direito público, sendo possível aduzir que as pressões do mercado, especialmente intensas na atividade econômica privada, podem favorecer a uma conspícua violação à dignidade da pessoa humana, reclamando, por isso mesmo, o controle social com fundamento nos valores constitucionais.”

significaria poderes sem controle, ou seja, um facilitador da atuação sindical fundado em políticas que buscam promover a solução das controvérsias dentro da responsabilidade a ser atribuída à instituição sindical.²⁵⁶ O que infelizmente não é possível ser concebido na escala atual da sociedade.

Basta ver que a atuação de alguns dos atores sindicais não é lastreada pela responsabilidade e muito menos boa-fé. Aliado a isto ainda há o uso indevido da máquina sindical, como trampolim político, e a pressão do mercado. Certo é que há instituições sindicais as quais o raciocínio apresentado não demonstra a atuação exercida, mas infelizmente não é isto que é observado na maioria delas. Razões pelas quais, o intervencionismo do Estado não é uma faculdade, mas um dever que se impõe na medida em que deve incentivar a negociação coletiva, mas também atuar de forma a coibir violações aos direitos fundamentais dos trabalhadores e distorções da atuação sindical.²⁵⁷

Cumprе salientar que o raciocínio não é um Estado intervencionista, mas o Estado que busque congrega justiça e economia. Aquele que intervém na economia de uma forma organizada para que assim os direitos fundamentais possam ser respeitados.²⁵⁸ Em outros termos o Estado Democrático de Direito que tem como bases o respeito aos direitos fundamentais, a livre iniciativa e a tutela da pessoa humana.²⁵⁹

²⁵⁶ NONET, Philippe. SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Tradução Vera Ribeiro; [introdução de Roberto A. Kagan]. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 166. “É por isso que uma ordem legal responsiva postula que ‘Poderes sem controles, e não a diluição das fronteiras entre eles, constituem a verdadeira ameaça de tirania e injustiça. Em outras palavras, os perigos da arbitrariedade no exercício do poder devem ser controlados de maneira a facilitar, em vez de atrapalhar, a ampliação das competências institucionais. Isso porque, na proporção em que o direito assume responsabilidades cada vez maiores, a incompetência se torna uma fonte cada vez mais viva de poder arbitrário.”

²⁵⁷ SUSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22 ed. vol. 2. São Paulo: 2005. p. 1185. “Na busca desse objetivo, cumpre ao Estado, sem prejuízo de valer-se do intervencionismo básico sempre que se fizer necessário, adotar a posição de estímulo e de sustento a que os sindicatos assumam o papel de protagonista da regulação do trabalho, deixando o de pálido coadjuvante ou de complacente espectador do cenário de desigualdades.”

²⁵⁸ JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito do Trabalho** /Francisco Ferreira Jorge Neto; Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 37. “A essência do Estado Democrático de Direito, ao lado de um quadro político que assegure a plenitude da vida democrática, também pressupõe a intervenção organizada do Estado na atividade econômica, assegurando o bem-estar e o reconhecimento dos direitos sociais.”

²⁵⁹ MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho, na ordem econômica**. São Paulo: LTr, 2007. p 30” Se o Estado Liberal de Direito se preocupa com o indivíduo e prevê a sanção, o Social de Direito leva em consideração o grupo e promove direitos; o Democrático de Direito tem por norte a educação, ou a preparação da população para viver de forma democrática, buscando, portanto, uma reestruturação dos modelos anteriores. Nada mais é o Estado Democrático de Direito do que a ruptura para transformar a sociedade de acordo com os seus princípios, levando em conta, principalmente, a igualdade e a dignidade da pessoa humana.”

Ultrapassados os pontos citados, cabe verificar o paralelo entre a atuação dos sindicatos e do judiciário. Propõem-se utilizar a análise consequencialista das decisões judiciais, com fundamento na obra de Ricardo Luis Lorenzetti, Teoria da Decisão Judicial fundamentos de direito, para avaliar uma provável solução para atividade das instituições sindicais, especificamente, no que diz respeito ao exercício da autonomia privada coletiva como o poder de gerar normas coletivas, no caso, o uso da negociação coletiva.

A teoria consequencialista, em apertadas linhas, propõe que as decisões judiciais não sejam frutos apenas da aplicação da lei e de colmatação de lacunas, mas da responsabilidade pelos efeitos que serão gerados no caso concreto e em toda a sociedade.²⁶⁰

Ocorre que Lorenzetti apresenta determinados paradigmas para a decisão judicial. Os retrata como modelos de decisão que “*têm status anterior à regra e condicionam as decisões*”. Em termos gerais diz que os princípios são um padrão a ser observado, por outro lado, a diretriz política é um standard a ser alcançado. Menciona assim alguns paradigmas, lembrando que não é um rol exaustivo, tais como: o acesso aos bens jurídicos primários; o protetivo; o coletivo; o Estado de Direito e o consequencialista.²⁶¹

O primeiro paradigma, acesso aos bens jurídicos primários, tem como princípio fundante, a igualdade e como estrutura, o acesso aos bens jurídicos primários. Neste caso, o jurista prioriza a justiça em detrimento do direito. A crítica, feita por Lorenzetti é que há um *excesso no acesso*, usa-se o que seria a exceção como regra e assim há um inchaço do sistema, que deixa de comportar o acesso. Exemplo disso pode ser observado no direito do trabalho, nota-se que quando as instituições sindicais foram fundadas os objetivos eram

²⁶⁰ VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. **A análise consequencialista no processo de tomada das decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti**. Ano 1 (2012), nº 7, 4353-4375. Disponível em: <</http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em: 15. Jan. 15. “Seria possível sustentar que ao aplicador do Direito incumbe não apenas o papel de integração do sistema por meio das cláusulas abertas, mas, sobretudo, a responsabilidade indissociável de auferir o impacto geral e especial que suas decisões podem produzir não apenas para o caso concreto, mas, também, para toda a sociedade.”

²⁶¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão judicial**. Fundamentos de Direito. Miragem, Bruno, tradução, Marques, Claudia Lima, notas. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 227-228. “Denominamos paradigma os modelos decisórios que têm status anterior à regra e condicionam as decisões. O princípio jurídico é um standard que deve ser observado, enquanto a diretriz política é um standard que deve ser alcançado. Nesse âmbito se costuma aplicar os princípios ‘ocultos’ ou ‘programas informais’, referindo-se com isso às regras não explícitas da atuação judicial. [...] [Identificaremos, de modo não exaustivo, os seguintes paradigmas: o acesso aos bens jurídicos primários, o protetivo, o coletivo, o Estado de Direito e o consequencialista. [...] Os três primeiros se inclinam pela intervenção com fins paternalistas, preferindo os resultados antes dos meios, e entram em tensão com os outros que se orientam pela não-intervenção e pela preferência pelas formas antes que pelos resultados, já que reforçam os procedimentos, na crença de que os resultados virão como decorrência.”

limites de jornada, fixação de salário mínimo, ou seja, a implementação de melhores condições de trabalho, etc. Atualmente, o mundo globalizado fez com que fosse alterado o comportamento dos atores sindicais. Tem-se a figura do desemprego como objeto central do acesso, ou seja, a busca é pela manutenção do posto de trabalho. Isto fez com que em nome do emprego fosse aceita a redução de direitos, flexibilização de jornadas, horas extras, etc. Se antes a distribuição era de riqueza, com o processo de globalização, a divisão é de custos que são atribuídos ao trabalhador.²⁶²

Segundo Lorenzetti, o excesso ao acesso causa uma séria crise que torna ineficaz o paradigma de acesso aos bens jurídicos primários. Questão que possui relação direta com os paradigmas do Estado de Direito e consequencialista, além de ligação com o mercado.²⁶³ Aplicando este raciocínio ao direito do trabalho tem-se que o excesso pode resultar na insuficiência de emprego, caso a negociação coletiva não seja efetivada segundo os critérios do capital. Por outro lado, uma vez acolhido os ditames do mercado, haverá uma gama de subempregados com direitos flexibilizados. Os trabalhadores terão os postos de trabalho, mas sem condições dignas de sustento.

O próximo paradigma a ser mencionado é o protetivo, que tem fundamento na igualdade e protege o vulnerável. Diferencia-se do paradigma de acesso tendo em vista que este acolhe os excluídos sejam eles vulneráveis ou não. Já o protetivo destina-se aos

²⁶² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão judicial. Fundamentos de Direito**. Miragem, Bruno, tradução, Marques, Cláudia Lima, notas. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 230-232. “O paradigma do acesso protege os excluídos. Seu fundamento constitucional é a igualdade real de oportunidades, e seu princípio estruturante é o acesso aos bens jurídicos primários. [...] A crítica feita a esse paradigma se produz quando chegamos a um excesso no acesso, o que ocorre quando se pretende mudar as ferramentas pensadas como exceção à totalidade do sistema, e este se satura. [...] Os grandes temas do direito do trabalho, que eram a regulamentação da jornada de trabalho ou a proteção contra a demissão arbitrária, passaram a estar vinculados com o desemprego. A desocupação em escala global é um problema de alto impacto: afeta o indivíduo desempregado e a sua família, e aqueles que já possuem emprego. [...] Esse fato também provoca uma desvalorização do direito protetivo, porque é necessário reduzir os custos que ele implica.”

²⁶³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão judicial**. Fundamentos de Direito. Miragem, Bruno, tradução, Marques, Cláudia Lima, notas. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 251-252. “A situação ideal é garantir o acesso massivo aos bens em condições de igualdade. Quando uma técnica pensada desse modo se generaliza, entra em crise e se torna inútil ou pouco eficaz. [...] Por outro lado, o acesso indiscriminado pode prejudicar o sistema econômico, e isso é necessário evitar. A temática do acesso tem relação direta com a organização institucional do mercado, e com os paradigmas consequencialistas e do Estado de Direito.”

debilitáveis.²⁶⁴ Do ponto de vista do direito do trabalho, o paradigma do acesso relaciona-se com os desempregados, enquanto o protetivo, com os empregados.

A figura central do paradigma protetivo é a pessoa, logo, prima pela individualidade, o que acaba por colocar em risco a coletividade. Por isso, Lorenzetti diz que há uma tensão com os paradigmas consequencialista e coletivo.²⁶⁵

Da proteção à pessoa passa-se ao paradigma coletivo que cuida das relações grupais e bens coletivos. Pode coincidir com os paradigmas protetivos e de acesso, assim como podem apresentar conflitos. O risco que se impõe é uma sociedade coletiva sem indivíduos.²⁶⁶ Avaliando especificamente a questão sindical, tem-se que representam uma instituição organizada intermediária entre o indivíduo e o Estado. O problema apontado reside em saber se estes grupos possuem bens coletivos a serem reclamados, se há interesse coletivo e ainda questões como legitimidade e proteção do indivíduo em face do próprio grupo.²⁶⁷

Transpondo o raciocínio para o direito coletivo do trabalho, especificamente para a estrutura sindical, tem-se dois exemplos que traduzem o paradigma aplicado às instituições sindicais: a) negociações coletivas para manutenção do emprego em que se autoriza a redução dos salários. Em aspectos individuais podem gerar danos aos trabalhadores

²⁶⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão judicial**. Fundamentos de Direito. Miragem, Bruno, tradução, Marques, Claudia Lima, notas. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 251. “O paradigma protetivo tutela os vulneráveis e é consistente com o paradigma do acesso. No entanto, refere-se a diferentes campos: o problema do acesso se concentra exclusivamente em quem está excluído e, portanto, pode ser aplicado a quem não é vulnerável, por exemplo, uma empresa que quer entrar em um mercado fechado. Concentra-se nas atribuições ex ante do mercado, ou seja, nas suas falhas estruturais que provocam exclusão. O paradigma protetivo está voltado, em contrapartida, para quem for vulnerável e estiver no mercado. Seu fundamento constitucional é a igualdade.

²⁶⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão judicial**. Fundamentos de Direito. Miragem, Bruno, tradução, Marques, Claudia Lima, notas. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 251-252. “Seu princípio estruturante é o da proteção à pessoa. [...] Essa visão é criticada porque trata o direito como um escudo defensivo do indivíduo, despreocupando-se da regulação da sociedade. Dai por que aparecem as tensões com o paradigma consequencialista e o coletivo.

²⁶⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão judicial**. Fundamentos de Direito. Miragem, Bruno, tradução, Marques, Claudia Lima, notas. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.271. “O paradigma coletivo coloca destaque nas relações grupais e nos bens coletivos. [...] Seu desenvolvimento ilimitado conduz a uma sociedade coletiva sem indivíduos, com o alto risco de se estabelecer quem define quais são os bens coletivos.”

²⁶⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão judicial**. Fundamentos de Direito. Miragem, Bruno, tradução, Marques, Claudia Lima, notas. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.283. “O problema evidenciado por esses grupos é a organização da sociedade em um nível intermediário entre o Estado e o indivíduo. É necessário discernir se há ‘bens coletivos’, se os grupos tem um ‘interesse coletivo’ no seu uso e gozo, se tem legitimação ativa e passiva, por qual modo se garante que esses grupos não colidam com os outros, e, finalmente, como se protege o indivíduo para que ele não seja absorvido pelo grupo.”

representados pelas categorias, pois em nome da proteção conferida ao grupo, parte dos empregados terão reduzidos o seu núcleo de sobrevivência; b) demissão em massa de parcela dos trabalhadores com autorização do sindicato, em troca de estabilidade parcial dos que permaneceram empregados. Nota-se assim, que há um sacrifício de uns em prol de outros.

Chegando ao paradigma consequencialista, tem-se que há uma observação dos efeitos gerados pelas ações privadas na esfera pública. Neste ponto, tem-se que enquanto o paradigma protetivo, atinge o indivíduo e atua aumentando e somando direitos, o consequencialista age estritamente no campo dos deveres. Mais que isto, implica no controle das decisões tomadas com fundamento em princípios, pelas consequências que serão atribuídas na sociedade e na economia.²⁶⁸ Controle que não é observado na atuação sindical quando realiza a negociação coletiva in pejus, pois o dever de proteção foi descumprido e o direito fundamental violado. Além disso, as consequências a serem produzidas, pela norma coletiva na sociedade, precisa ter seus efeitos avaliados pela instituição sindical, o que também não é realizado.

Já o paradigma do Estado de Direito Constitucional considera o direito como um limite, tanto ao poder público, quando para o privado. As decisões precisam ser descentralizadas no âmbito da sociedade civil.²⁶⁹ No limite imposto ao poder privado é observado o efeito horizontal conferido aos direitos, portanto, em matéria laboral trata-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Com a identificação dos paradigmas acima, tem-se que a decisão judicial deve, segundo Lorenzetti, buscar a harmonia caso haja concorrência entre eles. Para tanto, as

²⁶⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão judicial**. Fundamentos de Direito. Miragem, Bruno, tradução, Marques, Claudia Lima, notas. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.305-306. “O paradigma consequencialista sustenta que a aplicação ilimitada dos direitos individuais (paradigma protetivo), somada a uma profunda desconexão entre o público e o privado, gera uma tensão elevada, que torna impossível a vida em comum. Seu princípio estruturante é a análise das consequências públicas das ações privadas. Enquanto o paradigma protetivo provoca um aumento nos direitos, o consequencialista acentua os deveres, ou seja, os limites. [...] A decisão obtida com base nas regras e princípios deve ser controlada mediante o exame das suas consequências, que inclui os aspectos econômicos e os sociais.”

²⁶⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão judicial**. Fundamentos de Direito. Miragem, Bruno, tradução, Marques, Claudia Lima, notas. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.322. “O direito é um limite ao poder público e privado, seja este de natureza política, econômica ou cognoscitiva. A aplicação efetiva desse modelo requer a descentralização das decisões na sociedade civil, assim como a autorrestrição. [...] O limite ao poder privado está dado por ações concedidas aos cidadãos de efeito horizontal. Os exemplos são numerosos: o princípio da prevenção e da precaução em matéria ambiental, a abusividade das cláusulas na contratação de consumo, a boa-fé e o abuso do direito em contratos privados, o dever de informação, e em geral os deveres colaterais que limitam o poderio de um dos contratantes frente ao outro.”

decisões da maioria não podem ser substituídas pelas próprias convicções do julgador. A observação dos benefícios e prejuízos que a aplicação que cada paradigma pode trazer, deve utilizar os valores, ainda que entrem em tensão, e procurar elementos de consenso.²⁷⁰

Comparando a atuação dos sindicatos com as decisões judiciais, tem-se que também naquelas é possível um controle da solução encontrada pelos atores sindicais diante da adversidade do mundo globalizado, das transformações do mundo do trabalho e ainda da ética e moral que devem permear a atuação dos atores sindicais. Enfim, os sindicatos, ao firmarem as negociações coletivas, precisam realizar uma análise das consequências que serão geradas pelos seus próprios atos, já que estes afetarão, não só o aspecto jurídico do mundo do trabalho, mas, principalmente, questões relacionadas ao sustento dos trabalhadores, a própria economia e de toda a estrutura social.

Certo é que as questões econômicas implicam diretamente nas negociações coletivas, já que em determinados segmentos não há o que ser negociado por insuficiência do próprio capital. Assim, por vezes, as instituições sindicais esbarram com a impossibilidade financeira do empregador e com isto reduzem direitos já assegurados nas normas heterônomas, pensando apenas na manutenção do posto de trabalho. Contudo, manter um posto de trabalho precarizado pode não ser o caminho e ainda contribuir para uma massa de trabalhadores subempregados. Deste modo, a conduta do ente sindical não foi avaliada em termos das consequências geradas para os trabalhadores e sociedade. Já que emprego precarizado conduz a efeitos do mercado consumidor, na previdência social e em todos os setores da economia.

Ainda em uma análise consequencialista, tem-se que as instituições sindicais realizam a negociação coletiva e, em sede de ações individuais, patrocinando o trabalhador, questionam a validade do instrumento coletivo por elas realizado. Pergunta-se então quais são as razões deste comportamento. Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que

²⁷⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão judicial**. Fundamentos de Direito. Miragem, Bruno, tradução, Marques, Claudia Lima, notas. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.367. “Aquele que realiza um juízo de harmonização em caso de paradigmas concorrentes utiliza as seguintes diretrizes: - não substitui as decisões das maiorias por suas próprias convicções, mas sim trata de reforçar os procedimentos para que elas se expressem (posição procedimental); - identifica os consensos básicos da sociedade para que a vida em comum seja possível e trata de harmonizar os diferentes paradigmas concorrentes, examinando os benefícios e prejuízos de cada um deles; - é consciente de que existem princípios e valores em tensão, mas que há um metavalor, que é o pluralismo de valores. O juiz deveria utilizar como argumentos básicos as razões que se dariam reciprocamente duas pessoas que dialogam para entrarem em acordo e buscarem elementos de consenso, sempre que existisse uma situação igualitária, livre de coações e igual capacidade.”

trata-se de ceder à pressão imposta pelo capital. Em outro, que há um comportamento contraditório.

As respostas para o problema da ausência de recursos financeiros e do comportamento contraditório, podem ser concebidas diante da análise consequencialista dos atos das instituições sindicais. Importa que, cedendo à pressão do capital, novos direitos nunca serão implantados e o patamar mínimo poderá ser extinto. Portanto, a consequência será a violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores e a promoção do retrocesso social. Capital e trabalho sempre conviveram, sendo que este não pode ser utilizado como custo, mas sim como engrenagem que movimenta a economia, o mercado e, conseqüentemente, retorna ao empregador na forma de lucros e não de prejuízos. Já o comportamento contraditório precisa ser combatido, pois fere a boa-fé objetiva, a ética e a moral. Portanto, chega-se ao momento de repensar a atividade sindical e procurar novos caminhos.

3.3 O Tribunal Superior do Trabalho e a violação dos direitos fundamentais por instrumentos coletivos de trabalho: análise das súmulas 277, 437 e OJ 342 da SDI 1 do Tribunal Superior do Trabalho e do Tema 762 eleito com interesse e repercussão geral.

A presente pesquisa buscou analisar os efeitos das negociações coletivas nas violações dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Resta saber como o Tribunal Superior do Trabalho tem se posicionado frente ao problema posto. Neste contexto, a análise será dirigida às súmulas 277, 437 e OJ 342 da SDI 1 do Tribunal Superior do Trabalho e ao Tema 762 eleito com interesse e repercussão geral.

Primeiramente, será feita uma análise da súmula 277 do TST que aborda a ultratividade da norma coletiva. Relembrando as questões já expostas, tem-se que a norma coletiva, acordo ou convenção coletiva tem duração por prazo certo e determinado, segundo disposições do art. 614 § 3º da CLT, que determina a vigência máxima de dois anos para os referidos instrumentos coletivos.

Cabe também lembrar que as cláusulas derivadas das negociações coletivas não integram os contratos de trabalho de forma definitiva, logo há em regra, uma mutabilidade do direito negociado de forma autônoma, pois terá aplicação somente enquanto durar a

vigência dos instrumentos coletivos. Exatamente neste ponto residia a divergência, ou seja, na análise da eficácia no tempo das cláusulas inseridas nos instrumentos coletivos. Fala-se assim da teoria da aderência que, especificamente, trata da questão referente à ultratividade das normas coletivas.

A teoria da aderência irrestrita defende a tese de que as cláusulas das convenções ou acordos coletivos de trabalho integram, de forma definitiva, os contratos individuais e encontra fundamento no artigo 468 da CLT. Entende não ser possível modificação unilateral que prejudique o trabalhador, com embasamento na teoria do direito adquirido.²⁷¹ Logo, uma vez estabelecidos novos direitos em condições favoráveis, não há que se falar em eficácia temporária da norma coletiva, pois as cláusulas negociadas são incorporadas de forma definitiva aos contratos de trabalho.

Alice Monteiro de Barros possui entendimento diverso do apontado acima, defendendo a teoria da aderência limitada pelo prazo. Para a referida autora, as cláusulas das normas coletivas têm eficácia apenas enquanto vigorar o instrumento coletivo, não se incorporando definitivamente aos contratos individuais. Até porque, admitir essa incorporação seria elevar os custos dos empregadores e neste sentido desestimular o instituto da negociação coletiva. Portanto, após o término da vigência das normas coletivas não há que se falar em eficácia ultrativa destas. Sustenta ainda, que a súmula 277, I justifica seu entendimento. Diz que a controvérsia instaurada pela Lei 8.542 de 23 de dezembro de 1992, que em seu art. 1º § 1º, determinava que somente poderiam ser suprimidas ou reduzidas as cláusulas da negociação coletiva por outro instrumento convencional, foi revogada pela medida provisória convertida na Lei 10.192 de 2001. Deste modo, a ressalva existente no item II da súmula 277 é aplicável, tão somente, ao período de vigência da Lei 8.542/92, ou seja, de 23.12.1992 a 28.07.1995.²⁷²

²⁷¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do Trabalho/Alice Monteiro de Barros**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 97. “Há quem defenda a integração dos direitos assegurados nas cláusulas convencionais aos contratos individuais de trabalho, como regra mais vantajosa e, em consequência, insuscetível de supressão, sob pena de se incorrer em alteração contratual, vedada pelo art. 468 da CLT. O fundamento é o direito adquirido.”

²⁷² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do Trabalho/Alice Monteiro de Barros**. 8. Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 97-98. “Outros, aos quais nos filiamos, sustentam que as vantagens inseridas nas normas coletivas não se incorporam aos contratos individuais de trabalho, por ausência de determinação legal, e consideram inaplicável a tese do direito adquirido, tendo em vista a vigência temporária das normas coletivas, cujo papel é acompanhar as transformações das condições econômicas e sociais. Ora, se, no futuro, as condições conjunturais se alterarem, poderá ser inviável a manutenção de vantagens previstas em normas coletivas, pois os custos operacionais das empresas elevar-se-iam sobremaneira. Em consequência, ficarão

Ocorre que, com a Emenda Constitucional 45/04, a ultratividade da norma coletiva aparece no cenário jurídico novamente. Nota-se que o artigo 114 § 2º da Constituição Federal acolhe a ultratividade para as sentenças normativas²⁷³.

Há uma corrente intermediária às apresentadas anteriormente, denominada de teoria da aderência limitada por revogação. Entende que as cláusulas negociadas através de acordos ou convenções coletivas de trabalho, mantêm sua vigência até que outros instrumentos coletivos sejam negociados, ressalvando que, ainda que os primeiros percam suas vigências, os direitos pactuados irradiaram efeitos até que sobrevenha nova norma coletiva. Gustavo Filipe Barbosa Garcia sustenta que esta corrente tem pontos positivos, já que, além de incentivar o processo negocial, mantém a flexibilidade das normas negociais, pois estas não se incorporam ao contrato de forma definitiva.²⁷⁴

Como se vê, há uma série de teorias divergentes sobre o tema, o que implicava em julgamentos nos mais diferentes nortes. Sendo assim, por ocasião da semana jurídica realizada pelo Tribunal Superior do Trabalho, entre 10 e 14 de setembro de 2012, apresentou-se o tema como forma de estabelecer uma harmonia nas decisões judiciais e

comprometidos o processo de negociação coletiva e os avanços no campo social. Adere a essa corrente o TST, por meio da Súmula n. 277, cujas condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordo coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho. Com o objetivo de solucionar a controvérsia, adveio a Lei n. 8.542, de 23 de dezembro de 1992, cujo art. 1º, § 1º, dispunha que ‘as cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho’. Ocorre que as medidas provisórias instituidoras das medidas complementares ao Plano Real, a começar pela de n. 1.053, de junho de 1995 (reeditada várias vezes), revogaram esse § 1º do art. 1º da Lei n. 8.542, de 1992. Este preceito contido na Medida Provisória culminou na Lei n. 10.192 de 2001. O item II da súmula n. 277 ressalva a regra enunciada no item I e dispõe sobre o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.7.1995, em que vigorou a Lei n. 8.542, revogada pela Medida Provisória n. 1.709, convertida na Lei n. 10.192, de 14.2.2001.”

²⁷³ CARVALHO, Augusto César Leite de; ARRUDA, Kátia Magalhães; DELGADO, Mauricio. **A súmula n. 277 e a defesa da Constituição**. Brasília: 12 dez. 2012. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/28036>>. Acesso em: 16 jan. 15. p. 4. “Lei nº 8.542 foi revogada pela Lei nº 10.192/2001, que instituiu nova política salarial sem afirmar a provisoriedade das normas coletivas – ou seja, a ultra-atividade teria sido abolida, no plano infraconstitucional, por lei que dela não tratava. Em seguida, a Emenda Constitucional 45, de 2004, reafirmou a ultra-atividade condicionada, ao conferir nova redação ao art. 114, §2º, da Constituição: ‘Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente’”.

²⁷⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 1.317. “A segunda corrente de entendimento é intermediária, defendendo que os direitos previstos nas normas coletivas negociadas devem ser mantidos até que outro instrumento normativo seja pactuado, ainda que ultrapassado o seu prazo, que é limitado, de vigência no tempo. O aspecto positivo desta corrente está em fomentar a prática da negociação coletiva, ao mesmo tempo em que não torna imutáveis as regras que regem as relações de trabalho.”

deste modo uniformizar a jurisprudência do TST. Buscou-se então avaliar o que já era objeto de estudos em tempos anteriores, qual seja, a questão inerente à ultratividade da norma coletiva, e rever as disposições da súmula 277 do TST para assim compatibilizá-la com o art. 114 § 2º da Constituição Federal.²⁷⁵

Deste modo, retoma-se à teoria da ultratividade da norma coletiva, que em apertada síntese pode ser definida como o poder de vigência da norma, mesmo quando ultrapassado o vigor estabelecido nos instrumentos coletivos. Ocorre que as cláusulas constantes dos acordos ou convenções coletivas de trabalho integram os contratos individuais enquanto permanecerem vigentes as disposições coletivas. O problema é que esgotado este prazo, os direitos assegurados pela norma coletiva, simplesmente perdem a vigência e consequente exigibilidade.²⁷⁶

Assim, os trabalhadores, em alguns casos, ficavam sem qualquer proteção coletiva, pois exaurido o prazo de vigência, se nova norma coletiva não fosse negociada, as condições alcançadas nos dispositivos coletivos anteriores não mais valeriam. Pensando nisso, o Tribunal Superior do Trabalho alterou o teor da súmula 277²⁷⁷ que prevê a possibilidade de vigência dos instrumentos coletivos até que outros os modifiquem ou suprimam, seja de forma tácita ou expressa. Com isso, se não forem negociadas novas

275 CARVALHO, Augusto César Leite de; ARRUDA, Kátia Magalhães; DELGADO, Mauricio. **A súmula n. 277 e a defesa da Constituição**. Brasília: 12 dez. 2012. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/28036>>. Acessado: 16 jan. 15. p. 1. “No período de 10 a 14 de setembro de 2012, os ministros do Tribunal Superior do Trabalho participaram da Semana Jurídica, com o fim de analisar e atualizar a sua jurisprudência, em particular as súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos. [...] É tal o papel de uma corte uniformizadora de jurisprudência: ao tempo em que padroniza as suas decisões, propõe-se a revisita-las periodicamente para verificar se subsistem os seus fundamentos. A maioria dos ministros, por ocasião de mencionada Semana Jurídica, ajustou a Súmula nº 277 para que ela expressasse a seguinte orientação: “As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.”

²⁷⁶ CARVALHO, Augusto César Leite de; ARRUDA, Kátia Magalhães; DELGADO, Mauricio. **A súmula n. 277 e a defesa da Constituição**. Brasília: 12 dez. 2012. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/28036>>. Acessado: 16 jan. 15. p. 2 “A norma coletiva de trabalho é ultra-ativa, ou reveste-se de ultra-atividade, quando continua eficaz após o seu termo final de vigência. Se uma categoria profissional e a representação patronal definem quais os direitos que devem ser assegurados a certos trabalhadores a partir da data inicial de vigência de uma convenção ou acordo coletivo, o advento da data derradeira de vigência dessa norma não lhe retirará a eficácia.”

²⁷⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/sumulas> >. Acesso em: 10 jan.2015. **Súmula 277 do TST** “As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.”

normas, as anteriores continuam valendo até que a nova ordem coletiva seja instaurada e revogue as medidas antecedentes, seja de forma tácita ou expressa.

Tal entendimento impede vazios normativos e ainda realiza o princípio da proteção ao trabalhador e, conseqüentemente, da norma mais benéfica. Nota-se assim, que na esteira dos direitos sociais do trabalhador a ultratividade da norma coletiva passa a ser um importante instrumento para impedir as distorções causadas pelo conflito entre capital e trabalho.

A alteração de entendimento demonstra que a negociação coletiva é um importante mecanismo para inovar a ordem jurídica e propiciar o alcance das modificações ocorridas no mundo do trabalho e também na economia. No entanto, é preciso uma atuação do Estado no sentido de guiar e corrigir eventuais distorções. Caminha-se assim, para o cumprimento do dever de proteção do Estado, ao mesmo tempo em que são incentivadas as soluções de conflitos pelas próprias partes através da autonomia privada coletiva. Fala-se no reconhecimento da capacidade dos atores sindicais em contribuir para a paz social.²⁷⁸

A seguir será observada a súmula 437, II²⁷⁹ do TST, que cuida especificamente do intervalo destinado à refeição e descanso e da impossibilidade de fracionamento ou

²⁷⁸ SUSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22 ed. vol. 2. São Paulo: 2005. p. 1185. “Isso não significa menosprezar a função reguladora que o Estado efetivamente tem a desempenhar. Significa, isso sim, reconhecer a existência de uma vertente autônoma voltada para a busca – cada vez mais ostensiva e mais autêntica – da realização da justiça social. Dessa forma, é possível conjugar e sincronizar a intensidade da intervenção estatal com os avanços sociais indicadores da suficiência da ação sindical, visando tentar, de alguma forma, corrigir o desnível existente entre trabalhadores empregadores. Essa pujança e maturidade sindicais representam um divisor de águas no sentido de que a presença do Estado no campo das relações de trabalho já não é exigida, como o foi no advento da Revolução Industrial, com a mesma intensidade e com os mesmos objetivos. O afastamento total do Estado, numa atitude omissiva, também não é a posição correta, já que a Constituição brasileira reconhece as desigualdades sociais e regionais (arts. 3º, III e 170, VII) e imputa ao Estado, basicamente, o dever de reduzi-las.”

²⁷⁹ **SÚMULA 437 TST - INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012**

I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

supressão deste por norma coletiva. Mas, para a avaliação do tema proposto será necessário analisar a OJ 342 da SDI 1 que foi cancelada em 27.09.12.²⁸⁰

Tem-se que o intervalo para refeição e descanso encontra-se inserido na CLT no art. 71²⁸¹ e seus respectivos parágrafos. Este intervalo tem o objetivo de recompor as forças do trabalhador e prevenir a fadiga e exaustão.²⁸² Destina-se ainda à alimentação deste e sua

IV - Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT.

²⁸⁰ **OJ 342. INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. EXCEÇÃO AOS CONDUTORES DE VEÍCULOS RODOVIÁRIOS, EMPREGADOS EM EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO (cancelada. Convertido o item I no item II da Súmula nº 437) - Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 – SDI 1 -**
 I - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.
 II – Ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais de trabalho a que são submetidos estritamente os condutores e cobradores de veículos rodoviários, empregados em empresas de transporte público coletivo urbano, é válida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a redução do intervalo intrajornada, desde que garantida a redução da jornada para, no mínimo, sete horas diárias ou quarenta e duas semanais, não prorrogada, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada.

²⁸¹ Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

§ 1º - Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas.

§ 2º - Os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho.

§ 3º O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.

§ 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (Incluído pela Lei nº 8.923, de 27.7.1994)

§ 5º - Os intervalos expressos no caput e no § 1º poderão ser fracionados quando compreendidos entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora trabalhada, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais do trabalho a que são submetidos estritamente os motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada. (Incluído pela Lei nº 12.619, de 2012) (Vigência)

²⁸² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 899. “O Direito do Trabalho regula períodos de descanso, os quais têm como objetivo fazer com que o empregado possa se recompor, evitando o cansaço excessivo, que pode causar possíveis prejuízos à sua saúde, bem-estar e segurança. “

higiene pessoal e são conhecidos como intervalos intrajornada, ou seja, aqueles concedidos dentro da jornada diária de trabalho. Frisa-se que, em regra, não são computados na jornada diária.²⁸³

Interessa avaliar se o intervalo intrajornada foi inserido dentre o rol daqueles direitos que podem ser flexibilizados através de negociação coletiva. Neste ponto, a doutrina apresenta divergências com fundamento na natureza jurídica do período destinado à refeição e descanso.

Para os que defendem a possibilidade de flexibilização do intervalo intrajornada, dentre eles, Francisco Ferreira Jorge Neto, a natureza do referido intervalo é de jornada de trabalho, portanto, a sua flexibilização encontra respaldo na Constituição Federal em seu art. 7º, XIII e XXVI. Assim, os instrumentos coletivos podem reduzir ou suprimir o intervalo para refeição e descanso e serão considerados válidos. Ocorre que, até mesmo o Autor mencionado alterou seu posicionamento afirmando que somente nos casos do art. 71 § 3º da CLT a redução é possível.²⁸⁴

Tem-se que o intervalo intrajornada configura norma de saúde e segurança do trabalho, portanto, não foi englobado pela flexibilização autorizada pela Constituição Federal em seu art. 7º, XIII. Vale lembrar que as normas de saúde e segurança do trabalho são normas de ordem pública e de indisponibilidade absoluta, logo não comportam alterações pelas partes.²⁸⁵ Além disso, o referido intervalo, configura nítida proteção ao hipossuficiente, razão pela qual é um dever do Estado agir de forma protetiva e uma

²⁸³ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p. “São aqueles cumpridos dentro do dia de trabalho, ou seja, nas oito horas da jornada constitucional ou de limite inferior resultante de fontes imperativas ou do contrato individual. Os intervalos têm sua duração dimensionada pelo próprio dia de trabalho [...]”

²⁸⁴ JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito do Trabalho** /Francisco Ferreira Jorge Neto; Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 672. “Entendíamos que a negociação coletiva poderia reduzir a duração do intervalo intrajornada. Citado fenômeno representava uma compensação ou redução da jornada de trabalho, logo, o fundamento legal que valida a negociação coletiva é a flexibilização prevista no art. 7º, XIII, da CF, além do reconhecimento constitucional quanto aos instrumentos normativos (art. 7º, XXVI). Contudo, deve ser dito que a autonomia privada coletiva não é tão ampla, não sendo possível a sua adoção em questões de ordem pública, como é o caso do art. 71 da CLT. A redução do intervalo só é admissível quando for o caso de autorização expressa do Ministério do Trabalho (art. 71, § 3º).”

²⁸⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do Trabalho/Alice Monteiro de Barros**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 539. “As normas que regulam as medidas referentes à medicina e segurança do trabalho escapam, porém, da esfera negocial conferida aos sindicatos. Essas disposições são de ordem pública, revestem-se de caráter imperativo para a proteção do hipossuficiente, motivo pelo qual são inderrogáveis pela vontade das partes. Compete ao legislador tutelar o trabalhador, impedindo-o de concordar com redução desse intervalo, em detrimento de sua própria segurança e saúde.”

obrigação do empregador e das instituições sindicais respeitá-lo e realizá-lo nos moldes estabelecidos na Consolidação das Leis do Trabalho.

No entanto, embora exista a proteção nos moldes mencionados acima, em novembro de 2009 foi publicada a Orientação Jurisprudencial n. 342, II, do TST que estranhamente conferia validade aos instrumentos coletivos que reduziam o intervalo intrajornada dos motoristas e cobradores do transporte coletivo rodoviário urbano. Com isso, o intervalo mínimo de 01 hora passou a ser fracionado em vários outros intervalos menores.

De 2009 até 2012 a OJ 342, II recebeu muitos questionamentos já que não apresentava benefícios aos trabalhadores, pois o fracionamento do intervalo intrajornada impedia a recomposição física do trabalhador e os atos de alimentação e higiene pessoal. Outra questão é que, se para os demais trabalhadores, a regra da supressão e redução do intervalo não é possível, admitir a validade a OJ questionada implicava em violação do princípio da isonomia.

Outra contradição é que o art. 71, § 3º da CLT prevê que o único meio de reduzir o limite mínimo de 01 hora para refeição e descanso, destinado aos trabalhadores que possuem jornada diária de 08 horas, é através da atuação do Ministério do Trabalho e ainda desde que comprovado que o empregador atenda às exigências de organização dos refeitórios. Alice Monteiro de Barros entende que a exceção mencionada é o único meio de se admitir a redução do intervalo intrajornada de uma forma lícita.²⁸⁶

Logo, causa estranheza admitir que os trabalhadores do transporte coletivo público, sem que exista local adequado para refeições e descanso, possam ter seus intervalos suprimidos ou até mesmo reduzidos pela norma coletiva e esta ser considerada válida.

Nesta esteira, em setembro de 2012, através das Resoluções 185 e 186, o Tribunal Superior do Trabalho cancelou a OJ 342 transferindo o conteúdo mantido para a súmula 437, II. Desta forma, é inválida a negociação coletiva que reduza ou suprima o intervalo intrajornada, uma vez que, este constitui norma de saúde e segurança do trabalho. A atitude

²⁸⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do Trabalho/Alice Monteiro de Barros**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 539. “Entendemos, por isso, que o único meio de a empresa reduzir o intervalo intrajornada seria obter autorização do Ministério do Trabalho para esse fim, pois a ele compete avaliar se o local onde serão feitas as refeições oferece condições para que elas sejam realizadas em tempo inferior a uma hora.”

do TST demonstrou que seu entendimento é de não conferir validade à norma coletiva que viole o intervalo intrajornada, seja qual for a atividade desenvolvida pelos trabalhadores, restando como única possibilidade a redução promovida com autorização do Ministério do Trabalho e Emprego nos termos do art. 71 § 3º da CLT.²⁸⁷

No entanto, embora o TST conceba a proteção necessária à recomposição das forças do trabalhador através do intervalo intrajornada, o mesmo comportamento não é seguido pelo Estado, que em 30.04.12 promulga a Lei 12.619, inserindo o § 5º do art. 71 da CLT.

Ocorre que o dispositivo inserido na CLT tem como norte possibilitar, no caso dos trabalhadores do transporte público coletivo, o fracionamento, mediante negociação coletiva, do intervalo destinado a alimentação e descanso. Nota-se assim, que o dever de proteção aos direitos fundamentais não foi observado pelo Estado, que mesmo com os contornos jurisprudenciais das ações submetidas ao crivo do judiciário, autorizou a precarização dos direitos indisponíveis dos trabalhadores.

O próximo tema a ser apreciado é a controvérsia envolvendo a redução das horas in itinere por negociação coletiva. Mas, antes de ingressar no universo das questões a serem debatidas se faz necessário tecer algumas considerações sobre as horas in itinere.

A primeira explanação diz respeito ao conceito do referido instituto. Para tanto, o art. 4º da CLT confere o fundamento adequado de tempo de serviço, ou seja, os períodos em que o trabalhador encontra-se trabalhando e também aquele que está à disposição do empregador, formam o conjunto denominado tempo efetivamente trabalhado. Deste modo, o período considerado à disposição do empregador deve ser remunerado nos moldes do trabalho prestado.²⁸⁸

²⁸⁷ JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito do Trabalho** /Francisco Ferreira Jorge Neto; Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 674. “Também em setembro de 2012 (Resoluções 185 e 186), o TST cancelou o teor da OJ 342, disciplinando a matéria na Súm. 437, II: “É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/88), inofensivo à negociação coletiva. Isto significa que o TST ratificou a sua posição jurisprudencial de que o intervalo não pode ser reduzido por negociação coletiva, contudo, inovou ao cancelar o reconhecimento da possibilidade desta redução para o transporte público coletivo.”

²⁸⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do Trabalho**/Alice Monteiro de Barros. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 528. “À luz do art. 4º, da CLT, tempo de serviço efetivo é só o tempo em que o empregado se encontra trabalhando, mas também o período em que permanece à disposição do empregador aguardando ordens, excetuada disposição em contrário.”

Neste contexto, o art. 58 § 2º da CLT, define as horas in itinere como o tempo à disposição do empregador, compreendido como o período gasto com o deslocamento para o trabalho e seu conseqüente retorno, quando o ambiente da prestação laboral encontrar-se situado em local de difícil acesso, não servido por transporte público regular e permanente e o empregador fornecer o meio de transporte.

O Tribunal Superior do Trabalho editou as súmulas 90²⁸⁹ e 320²⁹⁰ que tratam do tema. Nas referidas súmulas observam-se as peculiaridades que regem a matéria, inclusive que as horas in itinere são computadas na jornada diária e, uma vez extrapolada esta, passam a serem devidas como horas extras.

Ocorre que através dos instrumentos coletivos as horas in itinere são suprimidas ou reduzidas, o que acaba por promover a negociação in pejus retirando direitos dos trabalhadores. Este ato viola os direitos fundamentais, pois não é possível conceber trabalho sem a devida contraprestação, pois isso levaria o status da escravidão.

Em 14 de dezembro de 2006 foi publicada a Lei Complementar 123, que cria o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Com isto o art. 58 da CLT foi alterado recebendo o acréscimo do § 3º que, em linhas gerais, admite a fixação de

289 Súmula nº 90 do TST - HORAS "IN ITINERE". TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula nº 90 - RA 80/1978, DJ 10.11.1978)

II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "in itinere". (ex-OJ nº 50 da SBDI-1 - inserida em 01.02.1995)

III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "in itinere". (ex-Súmula nº 324 - Res. 16/1993, DJ 21.12.1993)

IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula nº 325 - Res. 17/1993, DJ 21.12.1993)

V - Considerando que as horas "in itinere" são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ nº 236 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001). Disponível em: << <http://www.tst.jus.br/sumulas> >>. Acesso em: 17 jan 2015.

290 Súmula 320 - HORAS "IN ITINERE". OBRIGATORIEDADE DE CÔMPUTO NA JORNADA DE TRABALHO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O fato de o empregador cobrar, parcialmente ou não, importância pelo transporte fornecido, para local de difícil acesso ou não servido por transporte regular, não afasta o direito à percepção das horas "in itinere". Disponível em: << <http://www.tst.jus.br/sumulas> >>. Acesso em: 17 jan 2015.

um tempo médio para as horas in itinere através de instrumentos coletivos.²⁹¹ Isto fez com que fosse colocado em debate a questão da negociação in pejus, pois o referido artigo determina trabalho sem salário ou apenas pagamento parcial. Além disso, demonstrava francos prejuízos aos trabalhadores e caminhava na contramão do valorização do trabalho e da dignidade humana.²⁹²

A norma questionada ainda possibilita a alteração da forma e natureza do pagamento das horas in itinere. Chama-se também a atenção para o fato de ter sido inserida por norma complementar quando a CLT apresenta previsão de lei ordinária, logo não há reserva da matéria para a norma complementar. Deste modo, segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia, o § 3º do art. 58 da CLT é inconstitucional, tanto materialmente quanto formalmente.²⁹³ Porém, permanece sendo aplicado.

Conforme já mencionado, a hora in itinere é objeto de negociação coletiva in pejus, não somente por parte das micro e empresas de pequeno porte, mas uma série de empregadores, que não se enquadram na categoria retromencionada, já vinham utilizando os instrumentos coletivos para reduzir ou suprimir as horas destinadas ao deslocamento entre a empresa e o trabalho. A jurisprudência mostrou-se divergente. Em certos casos caminhou para o acolhimento da negociação coletiva e em outros, a repudiava.

²⁹¹ BRASIL. Senado Federal. **Lei Complementar 123, de 14 de Dezembro de 2006. Dispõe Decreto nº 1.132, de 22 de Dezembro de 1903.** Dispõe sobre a instituição do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em: 17 jan. 15.

²⁹² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho.** 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.843. “Essa novel disposição, além de utilizar a dúbia expressão ‘acordo ou convenção coletiva’(dificultando a interpretação quanto ao mencionado acordo, se individual ou coletivo), acaba por admitir pactuações em prejuízo do empregado. [...] A previsão, aliás, é manifestamente contrária aos ideais de valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana do trabalhador, bem como ao princípio da igualdade, ao autorizar que empregados de ‘microempresas e empresas de pequeno porte’, diferentemente de empregados de outras modalidades de empresas, recebam as horas in itinere em montante que não corresponda à realidade, ou seja, por ‘tempo médio despendido pelo empregado’.”

²⁹³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho.** 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 844. “Além disso, a disposição chega a autorizar que se alterem ‘a forma e a natureza da remuneração’ dessas horas in itinere, dando margem a retirar a natureza salarial do seu pagamento, tornando-o mera indenização, o que representaria inaceitável tentativa de alterar, por lei, a realidade, novamente em prejuízo do empregado. [...] Por fim, no aspecto formal, trata-se de estranha previsão inserida na CLT, mas não por meio de lei ordinária, e sim por lei complementar. Esta, no caso, pretendeu regular matéria que não é reservada, pelo constituinte, para a referida modalidade legislativa especial (cf. arts. 23, parágrafo único, 146, paragrafo único, e 146 A da CF/88). Em razão de todos estes aspectos, embora o tema certamente venha a apresentar controvérsias, entende-se que a previsão destacada, quando utilizada em prejuízo do trabalhador, é inconstitucional (no aspecto material e formal), não devendo prevalecer.”

Deste modo, o TST, seguindo as orientações da resolução 160 do Conselho Nacional de Justiça, em 05 de março de 2013 instituiu o núcleo de repercussão geral de recursos repetitivos e inseriu, dentre as matérias de interesse, as horas in itinere.²⁹⁴ O problema posto foi convertido no tema 762 com representação junto ao STF através do Recurso Extraordinário RE-820729, que em linhas gerais discute a validade da norma coletiva que fixa limites para o pagamento das horas in itinere, ou seja, reduz o montante devido a limites inferiores aos efetivamente trabalhados.

Os autos do processo 649-31.2012.5.18.0191,²⁹⁵ que tramitou perante o Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, consistia na discussão, em sede de Reclamatória Individual, da validade da cláusula inserida no acordo coletivo, que reduzia de 03 para 01 hora o período a ser quitado pelo empregador como horas in itinere. Deste modo, o empregado trabalhava 08 horas diárias e ainda permanecia à disposição do empregador, como horas de deslocamento, por mais 03 horas, totalizando assim, 11 horas de efetivo trabalho, mas somente 09 horas eram consideradas para fins de pagamento de salários, sendo assim, apenas 01 hora extra era quitada.

O Juiz de 1º grau declarou a invalidade da cláusula de redução das horas in itinere e determinou o pagamento da totalidade das horas efetivamente percorridas no deslocamento, ou seja, 03 horas extras diárias. Não se conformando, a empresa Reclamada interpôs Recurso Ordinário para o TRT 18ª que, em sede de julgamento, proferiu decisão mantendo a invalidade da cláusula retromencionada, considerando que a conduta do ente sindical propiciava renúncia a direito indisponível do trabalhador, já que não há que se falar em trabalho sem a devida contraprestação, uma vez que, configuraria enriquecimento ilícito da reclamada e prejuízos ao trabalhador. Cabendo lembrar que aquele que trabalha para subsistência não pode ser considerado livre para renunciar ao mínimo de direitos estabelecidos pela norma jurídica.

A reclamada ingressou com Recurso de Revista com o intuito de que o Tribunal Superior do Trabalho reformasse a decisão anterior e conferisse validade à cláusula coletiva supressora de parcela das horas in itinere. Como fundamento, alegou que o instrumento

²⁹⁴ Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/nurer>>. Acesso em: 17 jan 15.

²⁹⁵ Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=4592774>. Acesso em: 17 jan 15.

coletivo estava realizando a flexibilização prevista na Constituição Federal em seu art. 7º, XIII e XIV. Sustentou ainda que o Tribunal Superior do Trabalho, em outros processos, havia pronunciado sobre a validade de instrumentos coletivos que reduziam o montante das horas in itinere.

Ao apreciar a admissibilidade do Recurso de Revista, o Tribunal Superior do Trabalho não conheceu do recurso e fundamentou sua decisão no princípio da adequação setorial negociada. Deste modo, admite-se a flexibilização da jornada de trabalho conforme previsto na Constituição Federal, mas somente se isto não implicar em renúncia aos direitos dos trabalhadores, pois existindo a negociação in pejus, se faz necessária uma equivalência em outros direitos, que permita o equilíbrio entre o que foi negociado. No caso, nenhuma vantagem foi assegurada aos trabalhadores pelo instrumento coletivo questionado, que justifique a renúncia referente às horas in itinere.

A reclamada interpôs recurso de Embargos para o TST objetivando a modificação da decisão anterior, sendo que foi negado provimento. Deste modo, a empresa reclamada ingressou com Recurso Extraordinário, que foi admitido e encaminhado ao STF, tendo o Ministro Joaquim Barbosa reconhecido a existência de repercussão geral, conforme o artigo 543 B § 1º do Código de Processo Civil.

Ao apreciar o Recurso Extraordinário, em 03.10.14, o Ministro Teori Zavaschi declarou não existir repercussão geral na redução das horas in itinere através de negociação coletiva.²⁹⁶ Deste modo, a questão foi devolvida ao TST que terá que solucionar a controvérsia. Já que há julgamentos em diversos sentidos na Corte Superior do Trabalho e não haverá uma solução por parte do Supremo Tribunal Federal, que considera inexistir ofensa a Constituição Federal e repercussão geral na matéria apresentada.

Como se vê, o tema é controverso e ainda não há soluções para os entraves colocados pela negociação coletiva violadora de direitos fundamentais. Sabe-se, contudo, que é preciso uma proteção efetiva dos trabalhadores por parte do Estado e também das

²⁹⁶ EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NORMA COLETIVA DE TRABALHO. PAGAMENTO DAS HORAS IN ITINERE. FIXAÇÃO DE LIMITE INFERIOR À METADE DO TEMPO EFETIVAMENTE GASTO NO TRAJETO ATÉ O LOCAL DO SERVIÇO. VALIDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.Proc.: RE 820729. Relator: Ministro Teori Zavaschi . DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 03/10/2014 ATA Nº 40/2014 - DJE nº 193, divulgado em 02/10/2014.

instituições sindicais, pois sem isto não será possível enfrentar os problemas postos pela pós-modernidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto no primeiro capítulo, os direitos listados no decorrer dos artigos 7º a 8º da Constituição Federal de 1988 são direitos sociais e fundamentais dos trabalhadores, que por sua vez, possuem como núcleo intangível a dignidade da pessoa humana. Vale lembrar que as normas infraconstitucionais que assegurem a realização do referido princípio também são consideradas direitos fundamentais.

Tem-se que a Constituição Federal consagra direitos individuais e coletivos aos trabalhadores. No que tange aos coletivos, observa-se a autonomia privada coletiva que pode ser traduzida em duas acepções. É um poder, atributo que confere legitimidade para a criação de normas autônomas através da negociação coletiva, mas também é uma capacidade no que diz respeito à liberdade de autogerir-se e regular-se. Deste modo, a autonomia privada coletiva tem duas faces, a institucional, que caminha no sentido da auto-organização e autogestão e o poder exercido via negociação coletiva, que se manifesta através dos acordos e convenções coletivas de trabalho.

A autonomia privada como poder de criar normas autônomas, contribuiu para o pluralismo jurídico, que por sua vez, contempla, no ordenamento jurídico, as normas heterônomas, produzidas pelo Estado e as normas autônomas, decorrentes da composição realizada entre as forças do capital e trabalho.

Certo é que há diversas fontes produtoras da norma jurídica laboral, mas aquela que propicia a modernização da CLT com a participação dos trabalhadores é a negociação coletiva. Logo, possibilita a dialética dos trabalhadores no cenário jurídico, político e econômico.

Se por um lado, a elaboração autônoma da norma produz a modernização da legislação trabalhista e é acompanhada dos problemas que surgem com o direito contemporâneo do trabalho; por outro, acaba, em certos momentos, sendo utilizada como forma de violar direitos dos trabalhadores. Fala-se assim, do uso indiscriminado da flexibilização do trabalho, que frisa-se, é autorizada em casos expressos pela Constituição Federal, mas em certos momentos é utilizada de forma desvirtuada.

Neste contexto, diversas são as explicações para o que atualmente representa a atuação das instituições sindicais. Passam pela globalização, transformações do mundo do trabalho e até mesmo pela crise de ética e legitimidade enfrentadas pelos atores sociais.

Os efeitos da globalização e as imposições do mercado são vertentes que precisam ser solucionadas, mas não com a compreensão de que o trabalho é um custo. Ele é um valor social a ser respeitado e irradiado no ordenamento jurídico, até porque, a redução do poder de ganho do trabalhador provocará crises em outros sistemas, já que o trabalhador não será inserido no mercado consumidor e, com isso, outras esferas da economia serão afetadas. A resposta é não ver os direitos dos trabalhadores como custos, mas como meio de inclusão social e valorização do trabalho humano.

Ainda é preciso ter mente que a atuação do sindicato em crise, corrompido, que não representa de forma legítima e democrática seus sindicalizados, não satisfaz qualquer dos requisitos da justiça social. Pensa-se em quantas normas, conquistadas arduamente pelos trabalhadores, são flexibilizadas, precarizadas ou simplesmente ignoradas pela atuação sindical. Os atores sindicais dizem que é em nome do emprego, da manutenção dos postos de trabalho, mas não é essa a realidade vivenciada pelos trabalhadores. O mundo do trabalho passou por transformações e atualmente tem-se uma massa de desempregados e subempregados, que necessitam de uma resposta para a situação precária em que se encontram.

Novos caminhos precisam ser trilhados pelas instituições sindicais para solucionarem as questões impostas pela atualidade. Portanto, resta encontrar uma forma de atuação que garanta a democracia, legitimidade, ética e ainda conjugue elementos do moderno mundo do trabalho e os efeitos da globalização. Vale lembrar que os atores sindicais são instrumentos necessários às sociedades complexas e ao mundo do trabalho, já que reduzem a complexidade do sistema e promovem a dignidade do trabalhador. Isto porque há questões que o Estado não alcança e os entes sindicais, por estarem mais próximos da realidade social, possuem um olhar mais adequado.

O instrumento que viabiliza a autonomia privada coletiva é a negociação coletiva que objetiva assegurar a necessária proteção aos trabalhadores dentro do contexto econômico existente. Tem-se assim, que a negociação coletiva deveria permitir o equilíbrio

nas relações sociais e equalizar os efeitos da tensão entre o capital e o trabalho. Mas, para isso, é preciso um sindicato forte, que atue com boa-fé, dentro dos limites éticos.

A dialética e o debate, promovidos nas negociações coletivas, não estão presentes no processo legislativo para formação das normas Estatais. Daí porque essa forma de criar a norma autônoma permite a valorização do debate e, por consequência, confere melhorias ao grupo social. Neste sentido, as partes que estão vivenciando os problemas sociais sabem melhor do que os legisladores o que buscar como forma de solução, pois a proximidade confere uma melhor visão dos problemas.

O pensamento contemporâneo é dirigido no caminhar das instituições sindicais. No decorrer do texto foi exposto que surge como forma de proteger os trabalhadores do capitalismo, promover o equilíbrio entre capital e trabalho, distribuir riqueza e modernizar a legislação, atuando nos casos em que o Estado, seja por questões burocráticas ou políticas, não alcança. Mais que isso, tem-se que seu objetivo primordial deve ser a busca pela realização da dignidade da pessoa humana. Pretende dar plenitude ao homem, pois o valor social do trabalho, proclamado na Constituição Federal, é um valor vetor de todo o sistema. Se o homem trabalha para ter, não a sobrevivência, mas a subsistência, não é possível dizer que é livre para abrir mão dos direitos que, por décadas, foram objetos de lutas. Assim, a instituição sindical deve ser pensada com responsabilidade social e ética.

Desta forma, a livre iniciativa não pode se sobrepor ao valor social do trabalho. Ambas devem andar conjuntamente para que o desenvolvimento econômico e a dignidade do trabalhador sejam realizados. Neste sentido, tem-se que o ser humano não pode ter sua vida reduzida à mera existência. Portanto, propiciar que o trabalho seja precarizado, que os direitos sociais sejam violados e suprimidos é negar a própria existência do homem; voltar aos primórdios do direito do trabalho; violar a garantia da vedação ao retrocesso social; impor ao trabalhador a coisificação e não atribuir qualquer efetividade aos direitos fundamentais dos trabalhadores. Enfim, é permitir que o trabalhador seja explorado não só pelo capital, mas também pelo próprio grupo de trabalhadores, ou seja, pelas instituições sindicais.

Estas são as razões de não ser possível a adoção do direito responsivo, já que ele exige a conjugação de responsabilidade e justiça. A sociedade não está preparada para transferir a tutela do trabalhador das mãos do Estado para as instituições sindicais. No

entanto, isto não significa clamar por um Estado intervencionista, mas sim, um Estado Democrático de Direito que realize os direitos fundamentais, promovendo a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa.

Por outro lado, se ainda não é o momento da aplicação do direito responsivo é o da análise consequencialista da atuação das instituições sindicais que devem ter um olhar crítico, buscando avaliar os efeitos que serão gerados por seus atos em toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor. LINHAS DE TRABALHO EM DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: INSTRUMENTOS E ALIADOS – **Revista internacional de direitos humanos**. Ano 2 • Número 2 • 2005 - p. 188/223. Tradução Maria Lúcia de Oliveira Marques.
- ANTUNES, Ricardo. Os modos de ser da informalidade. **Serv. Soc. Soc.** São Paulo, n. 107, p-405-419, jul./set. 2011.
- ANTUNES, Ricardo. O caráter polissêmico e multifacetado do mundo do trabalho. **Trabalho, Educação e Saúde**. p. 229-237, 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. **REVISTA USP**. São Paulo, n.53, p. 90-101, março/maio 2002.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno. **REVISTA USP**. São Paulo, n.42, p. 96-101, junho/agosto 1999.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno. **REVISTA USP**. São Paulo, n.42, p. 96-101, junho/agosto 1999.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do Trabalho/Alice Monteiro de Barros**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda. 1998.
- BAUMAN, Zygmunt, 1925 - **Vida Líquida/Zygmund Bauman**; Tradução Carlos Alberto Medeiros – 2ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo respostas à globalização**. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BINENOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Prólogo de Francisco J. Bastida. Trad. De Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verl. Ges. 1993.

BRIGAGÃO, Clóvis Eugênio Georges. RODRIGUES, Gilberto. **Globalização a olho nu: o mundo conectado**. São Paulo: Moderna, 1998.

CARVALHO, Augusto César Leite de; ARRUDA, Kátia Magalhães; DELGADO, Mauricio. A súmula n. 277 e a defesa da Constituição.. Brasília: 12 dez. 2012. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/28036>>. Acesso em: 16 jan. 15

CHIARELLI, Carlos Alberto. **Temas contemporâneos na sociedade do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

CUNHA, Carlos Roberto. **Flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris ed. 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória - FDV, n.2 p.11-46, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ESTANQUE, Elisio. Sindicalismo e movimentos sociais: ação coletiva e regulação social no contexto europeu e português. **Lutas Sociais**, São Paulo, n.23, p.55-67, 2^o sem. 2009.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermotori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermotori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FONSECA, Maria Hemilia. **Direito ao trabalho**: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: LTr, 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GARGARELLA, Roberto. **Derecho constitucional**. 1. Ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.

GOHN, Maria da Glória. Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais. **Saúde e Sociedade**. v.13, n.2, p.20-31, maio-ago 2004.

GOMES, Miriam Cipriani. **Violação de Direitos Fundamentais na Negociação Coletiva de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

HALL, Peter A. TAYLOR Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. **LUA NOVA** Nº 58— 2003 – 194-223.

Hinz, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito do Trabalho** /Francisco Ferreira Jorge Neto; Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LAMEIRÃO, Camila Romero. **ESTRATÉGIAS POLÍTICAS E GESTÃO LOCAL**: as subprefeituras do município do Rio de Janeiro. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal Fluminense -UFF. 2007.
<<http://www.uff.br/dcp/wp-content/uploads/2011/10/Disserta%C3%A7%C3%A3o-de-2007-Camila-Romero-Lameir%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 18 jan 2015.

LIPOVETSKY, Gilles. **El crepúsculo del deber la ética indolora de los nuevos tempos democráticos/Lipovetsky, Gilles. Traducción, Juana Bignozzi**. Barcelona: Anagrama, 1994.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos do direito. São Paulo: RT, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O dano social e a sua reparação. Disponível em:
<<<http://tpmagister.lex.com.br/lexnet/lexnet.dll/Dout/4d3?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>>. Acesso em: 14.01.15.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**. 5 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINELLI, Mário Eduardo. **A deterioração dos direitos de igualdade material no neoliberalismo**. Campinas: Editora Millennium, 2009.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES, Claudio Armando Couce de. LOPES, Glaucia Gomes Vergara. CALVET, Otavio Amaral. SIVOLELLA, Roberta Ferme. As garantias dos direitos sociais e laborais e as dimensões de sua efetividade: direito ao trabalho e à não discriminação. Medidas judiciais e pretensões cabíveis. **Rev. Trib. Reg. Trab.** 3ª Reg., Belo Horizonte, v.50, n.80, p.73-94, jul./dez.2009.

MORIN, Edgar. **O método 6. Ética**. Porto Alegre: Sulina, 2007.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Evolução do Direito Coletivo do Trabalho em 70 anos de Justiça do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. n. 39, p. 127-151. São Paulo: 2011.

NETO ZIMMERMANN, Carlos Frederico. Breves considerações sobre as funções do Sindicato no contexto do Estado Democrático de Direito. p. 261/284, in PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação II**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais Trunfos contra a maioria**. Coimbra, 2006.

NONET, Philippe. SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Tradução Vera Ribeiro; [introdução de Roberto A. Kagan]. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**/Gustav Radbruch; tradução Marlene Holzhausen; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. – São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROESLER, Átila da Rold. **Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. **Rev. TRT** - 9ª R. Curitiba a. 29 n.53 p.71-86 Jul./ Dez. 2004.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva**: teoria e prática jurisprudencial. São Paulo: Ltr, 2004.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado – 70/106 In.:_____TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Claudio Santos da. **A liberdade sindical no direito internacional do trabalho**: reflexões orientadas pela Convenção n. 87 da OIT. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada Coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 102 p. 135 - 159 jan./dez. 2007

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22 ed. vol. 2. São Paulo: 2005.

VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. A análise consequencialista no processo de tomada das decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti. Ano 1 (2012), nº 7, 4353-4375. Disponível em: <</ <http://www.idb-fdul.com/>>>. Acesso em: 15. Jan. 15.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: RT, 2003.