

FACULDADE DIREITO DE VITÓRIA
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS
FUNDAMENTAIS

FERNANDA MODOLO VIEIRA MACHADO

A NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A INTANGIBILIDADE DOS
DIREITOS HUMANOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR
ASSALARIADO

Vitória
2006

FERNANDA MODOLO VIEIRA MACHADO

A NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A INTANGIBILIDADE DOS
DIREITOS HUMANOS DA PERSONALIDADE DO RABALHADOR
ASSALARIADO

Dissertação apresentada à banca examinadora da FDV, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, na área de concentração de Direitos Fundamentais, sob a orientação do Professor Doutor Carlos Henrique Bezerra Leite.

Vitória
2006

FERNANDA MODOLO VIEIRA MACHADO

A NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A INTANGIBILIDADE DOS
DIREITOS HUMANOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR
ASSALARIADO

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Carlos Henrique Bezerra Leite
Orientador

Professor Doutor Daury César Fabríz

Professor Doutor Enoque Ribeiro Santos

Vitória, 07 de julho de 2006.

É muito difícil elencar todas as pessoas que merecem meus agradecimentos nesta empreitada científica.

Mas, algumas pessoas são inesquecíveis!

Por isso, brindo esta minha felicidade com os meus amigos do mestrado.

Sou grata eternamente pelos ensinamentos científicos e éticos do meu orientador Carlos Henrique Bezerra Leite, da Professora Janete Magalhães, que tanto me ensinou no primeiro semestre do mestrado.

Meus agradecimentos eternos a minha mãe, Madalena, e ao meu pai, Marcos, por sempre, em toda minha vida, estarem de prontidão aos meus anseios.

Agradeço às minhas irmãs gêmeas Giseli e Luciana, por terem sido pacientes quando eu precisava.

Agradeço a Silvio pelos diversos finais de semana de trabalho em conjunto.

E por fim, humildemente, sou grata a Deus, que nunca me abandonou!

“Se a idéia relativa a algum bem por fazer, saltou do silencio para a tua cabeça, não perguntes, demasiadamente, aos outros, sobre a maneira de executá-la. Começa a trabalhar e o teu próprio serviço trará os companheiros que colaborarão contigo, auxiliando-te a pensar no melhor a ser feito”. (autor desconhecido)

RESUMO

A partir de uma abordagem não eminentemente sociológica da negociação coletiva e dos direitos da personalidade do empregado, mas legal, esta dissertação aborda e analisa: a atuação da negociação coletiva diante dos direitos da personalidade do trabalhador assalariado, abordando de maneira exemplificativa, o direito à intimidade e à privacidade que a empregada gestante tem frente à relação de emprego. O objetivo central deste trabalho é verificar se os instrumentos coletivos de trabalho, decorrentes da negociação coletiva, tais como: convenção coletiva e acordo coletivo podem dispor de maneira válida e eficaz sobre direitos humanos de personalidade do trabalhador assalariado. O método de abordagem é hipotético-dedutivo, ao indagar se o instituto jurídico da negociação coletiva pode válida e eficazmente dispor sobre direito fundamental de personalidade do trabalhador assalariado, partindo da premissa de que a negociação coletiva é uma das formas de implementação dos direitos humanos dos trabalhadores. As técnicas de pesquisa são documental, como fonte primária, e bibliográfica, como secundária. Conclui-se, portanto, que a negociação coletiva não pode válida e nem eficazmente dispor sobre direitos de personalidade do trabalhador assalariado.

Palavras-chave: direitos humanos, negociação coletiva; direito da personalidade; empregado.

ABSTRACT

Beginning with a non eminent sociological approach of the collective bargaining and the personell rights of the employee, although legal, this dissertation approaches and analyzes: the performance of the collective berganing ahead of the personality rights of the wage-earning worker, approaching in an demonstrative way, the right to the intimacy and to the privacy that the pregnant employee has in the face of employment relationship. The central objective of this work is to verify if the collective instruments of work, decurrent from the collective bargaining, such as: collective convention and collective agreement can make use in valid and efficient way on human rights of the diligent wage-earner´s personality. The approaching method is hypothetical-deductive, when inquiring about if the legal institute of the collective bargaining can efficaciously and efficiently make use on basic right of personality of the wage-earning worker, leading on the premise of that the collective bargaining is one of the forms of implementation of the human rights of the workers. The research techniques are documentary; as primary source, and bibliographical, as secondary. One concludes, therefore, that the collective bargaining cannot efficaciously and nor efficiently make use on rights of personality of the wage-earning worker.

Key-words: human rights; collective bargaining; personality rights; employee.

SUMÁRIO

RESUMO	5
ABSTRACT	6
1 INTRODUÇÃO	11
2 CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITO HUMANOS	14
2.1 CONCEPÇÕES TEÓRICAS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS.....	14
2.1.1 Concepção Jusnaturalista	15
2.1.2 Concepção Juspositivista	23
2.1.3 Concepção Jusrealista	25
2.2 AS DECLARAÇÕES SOBRE OS DIREITOS HUMANOS.....	27
2.2.1 A Magna Carta	27
2.2.2 A Declaração de Independência Norte-Americana e a Constituição dos Estados Unidos da América	29
2.2.3 A Declaração da Revolução Francesa e as Constituições Francesas	31
2.2.4 As Constituições do México (1917) e da Alemanha – Weimar (1919)	34
2.2.4.1 Do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito	36
2.2.5 A Declaração Universal Dos Direitos Humanos	41
2.2.6 Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos (1966)	42
2.3 TERMINOLOGIA E DEFINIÇÃO	44
2.4 CLASSIFICAÇÃO	50
2.4.1 Primeira Dimensão	51
2.4.2 Segunda Dimensão	51
2.4.3 Terceira Dimensão	52
2.4.4 Quarta Dimensão	53
2.4.5 Quinta Dimensão	54
2.5 CARACTERÍSTICAS	55
2.6 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA SOBRE DIREITOS HUMANOS	58
3 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	64

3.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO	64
3.1.1 Conceito de Negociação Coletiva de Trabalho	64
3.1.2 Autonomia Privada Coletiva	72
3.1.3 Natureza Jurídica da Negociação Coletiva	73
3.1.3.1 Teorias Contratualistas	74
3.1.3. 2 Teorias Normativistas.....	79
3.1.3. 3 Teoria Mista ou Intermediária.....	80
3.1.4 Os Princípios da Negociação Coletiva Referentes aos Direitos Humanos	83
3.1.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	85
3.1.4.2 Princípio da Paz Social	88
3.1.4.3 Princípio da Igualdade.....	88
3.1.4.4 Princípio da Razoabilidade.....	89
3.1.4.5 Princípio da Colaboração ou da Cooperação.....	91
3.1.4.6 Princípio da Compulsoriedade Negocial	92
3.1.4.7 Princípio do Não Retrocesso Social	93
3.1.4.8 Princípio da Irrenunciabilidade	94
3.1.4.9 Princípio da Adequação Setorial Negociada	98
3.1.4.10 Princípio da Boa-fé.....	99
3.1.5 Funções da Negociação Coletiva	101
3.1.5.1 Função Jurídica.....	102
3.1.5.2 Função Política.....	102
3.1.5.3 Função Econômica.....	103
3.1.5.4 Função Ambiental	104
3.1.5.5 Função Pedagógica	106
3.1.5.6 Função Social.....	106
3.1.6 Os Instrumentos Normativos da Negociação Coletiva na Pacificação dos Conflitos Coletivos	107
3.1.6.1 Convenção Coletiva	108
3.1.6.2 Acordo Coletivo	110
3.1.6.3 Outros Instrumentos.....	111

3.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	117
3.2.1 Evolução das Relações Coletivas de Trabalho como Direitos Humanos	117
3.2.2 A Constituição Federal de 1988 e a Negociação Coletiva	131
3.2.2.1 Fase Incipiente e Esparsa.....	132
3.2.2.2 Fase de Implementação Sindical	133
3.2.2.3 Fase de Continuidade e de Transição.....	139
3.2.2.4 Fase de Democratização.....	140
3.3 VALIDADE E EFICÁCIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA	143
3.3.1 Noções Introdutórias	143
3.3.2 Negociação Coletiva: Validade e Eficácia	147
4 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS	153
4.1 CONCEPÇÕES HISTÓRICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	153
4.1.1 Os Direitos da Personalidade.....	153
4.1.2 Os Direitos da Personalidade no Direito Brasileiro	158
4.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	162
4.3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	166
5 A AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA E A INTANGIBILIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR ASSALARIADO: O PROBLEMA DA EXIGÊNCIA DA COMUNICAÇÃO DA GRAVIDEZ AO EMPREGADOR	172
6 CONCLUSÃO	181
7 REFERÊNCIAS.....	189

LISTA DE SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

AI – Agravo de Instrumento

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

DJ – Diário da Justiça

NLRA – National Labour Relations Act

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OJ – Orientação Jurisprudencial

ONU – Organização das Nações Unidas

RE – Recurso Extraordinário

SDI 1 – Seção de Dissídio Individual 1

STF – Supremo Tribunal Federal

TST – Tribunal Superior do Trabalho

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo a análise de vários institutos de direitos humanos e de direito coletivo do trabalho. Sendo os principais: a negociação coletiva de trabalho; as convenções e acordos coletivos de trabalho decorrentes da negociação coletiva; a dignidade da pessoa humana; os direitos da personalidade do trabalhador assalariado.

Para esta dissertação, isto acarreta na pesquisa de cada instituto, tendo, porém, como parâmetro norteador os direitos humanos nas relações de emprego. Portanto, o objetivo geral desta pesquisa é analisar os limites de atuação da negociação coletiva sob a perspectiva dos direitos humanos da personalidade dos empregados no ordenamento jurídico brasileiro.

O problema a ser enfrentado se resume na seguinte questão: são juridicamente válidos e eficazes os instrumentos decorrentes de negociação coletiva disporem sobre direito humano fundamental de personalidade no ordenamento jurídico constitucional brasileiro?

Na revisão de literatura foram feitos levantamentos de pesquisas, teses e dissertações sobre a temática, verificou-se a inexistência de trabalhos científicos que abordassem o mesmo objeto de estudo desenvolvido nesta dissertação. Estes trabalhos ora tratavam propriamente da negociação coletiva, ora tratavam do direito de personalidade do empregado. Sem contudo relacioná-los.

Entretanto, variáveis podem surgir em torno da hipótese, uma é a possibilidade da negociação coletiva interferir, favoravelmente, no direito de personalidade dos membros de uma determinada categoria de trabalhadores, a outra variável pode surgir em situações em que a negociação coletiva permita restringir, negativamente, no direito de personalidade do trabalhador, com fundamento na autonomia privada coletiva.

A importância deste tema justifica-se pelo fato de que as relações de trabalho, inclusive a de emprego, no mundo contemporâneo, não podem mais ser

regulamentadas somente pela atuação estatal, devendo ir além. Ou seja, os conflitos das relações entre capital e trabalhador devem ser solucionados de maneira preventiva, por meio do sindicato e da utilização efetiva da negociação coletiva. Tamanha a importância deste mecanismo de solução de conflito coletivo que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) constantemente vem sustentando a tese de que a existência de uma sociedade democrática depende também da solução de conflitos coletivos de trabalho de maneira democrática. Entretanto, a relevância e a utilização da negociação coletiva não são absolutas, a ponto de infringir os demais direitos humanos.

O método é hipotético-dedutivo, ao indagar se o instituto jurídico da negociação coletiva pode validamente e eficazmente dispor sobre direito fundamental de personalidade do trabalhador assalariado, partindo da premissa de que a negociação coletiva é uma das formas de implementação dos direitos humanos dos trabalhadores. As técnicas de pesquisa são documental, como fonte primária, e pesquisa bibliográfica, como secundária.

No segundo capítulo, aborda-se a concepção contemporânea de direitos humanos segundo Antonio Enrique Pérez Luño (1998, 2003) e Fábio Konder Comparato (2003), analisando as fases do jusnaturalismo, do juspositivismo e do jusrealismo sobre os direitos humanos, e enfatizando o processo de evolução filosófica e jurídica desses direitos até chegar na compreensão atual dos direitos humanos.

No terceiro capítulo, cujo título é “A negociação coletiva de trabalho sob a perspectiva dos direitos humanos fundamentais na Constituição Federal de 1988”, destacam-se as noções gerais sobre a negociação coletiva de trabalho, o processo de constitucionalização, deste instituto, pelo ordenamento jurídico brasileiro até a Constituição Federal de 1988 como direito humano. Também é objeto desse segundo capítulo a validade e a eficácia dos instrumentos decorrentes da negociação coletiva quando o assunto é direito humano.

O assunto do quarto capítulo é “Dos direitos da personalidade nas relações trabalhistas”. Demonstra-se apresentar as concepções históricas, no mundo ocidental e no Brasil, sobre os direitos da personalidade, qual é a relação de

tais direitos com os direitos humanos. E como os direitos da personalidade são tratados nas relações de emprego.

O último capítulo tem por enfoque a autonomia privada coletiva e a intangibilidade dos direitos da personalidade do cidadão-trabalhador, especificamente, a exigência da comunicação por parte da empregada gestante do seu estado gravídico ao empregador, por imposição decorrente da convenção ou acordo coletivo de trabalho, como forma de assegurar a estabilidade provisória.

2 CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITOS HUMANOS

2.1 CONCEPÇÕES TEÓRICAS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

A noção de pessoa humana pode ser analisada sob diferentes prismas de estudo, tais como, biológica, religiosa ou filosófica. Esta dissertação, todavia, delimita seu objeto de estudo apenas na concepção filosófica. O objetivo principal deste capítulo é identificar; portanto, as diversas teorias que desenvolvem e sustentam os chamados direitos humanos.

No plano filosófico a percepção de pessoa humana passa a ser desenvolvida no período axial¹. Esta teoria estuda a conduta humana por meio do valor *bem* e foi durante este período axial que “enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais da vida em vigor até hoje” (COMPARATO, 2003, p. 9). Inicia-se um processo de abandono pelo mitológico em detrimento do indivíduo, que passa a criticar de forma racional a realidade. Em lugar dos cultos à natureza há uma tendência do ser humano aparecer como o centro do problema em si mesmo. É neste período que o ser humano passa a ser considerado em sua “igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão (...)” (COMPARATO, 2003, p. 11). Implementavam-se, a partir deste período, os fundamentos teóricos para o nascimento de direitos universais e suas aplicações para a pessoa humana, porque a ela são inerentes.

Aristóteles apud MORRIS (2002, p. 17), um grande precursor da Teoria Axiológica, defendia que a “humanidade sempre age a fim de obter aquilo que pensa ser bom”, nesse sentido, o filósofo grego ensina que o homem não quer apenas viver, mas viver bem, e este bem almejado pelo homem segundo Miguel Reale é:

O bem, a que o homem se destina e que lhe é conatural e próprio, diz respeito ao seu aperfeiçoamento moral, como único ente, cujo

¹ O período axial foi entre os séculos VIII e II a. C, e este período abrangeu várias partes do globo terrestre coexistindo entre si diversos doutrinadores, como: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Pitágoras na Grécia dentre outros (COMPARATO, 2003, p.8).

ser é o seu *dever ser*, como tal capaz de modelar-se segundo influências subjetivas e sociais, mas afirmando a sua liberdade instauradora de algo original (1999, p. 271).

Para Aristóteles (1995, p. 14) o homem é um ser coletivo, portanto, é um ser vivo incapaz de não viver em sociedade, mas “aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem”. A felicidade do homem está diretamente relacionada ao fato de que uma vida boa é aquela que se encontra numa sociedade.

E continua, a sociedade constitui o Estado ou comunidade política, pois tem uma finalidade eminentemente coletiva em que o bem-estar de um indivíduo depende do bem-estar de todos os demais que compõem essa comunidade política. É uma característica do homem que só ele possui algum senso do bem e do mal, do justo e do injusto, e a associação desses seres vivos faz uma família e um Estado. Tal propósito defendido por esse filósofo grego ocasiona a implementação do princípio da solidariedade, que segundo Enoque Ribeiro dos Santos (2004, p.12) “é o embrião dos direitos humanos, considerando que a essência da justiça repousa na igualdade”.

Sendo, portanto, o homem um ser social os próximos parágrafos enfatizarão as três correntes teóricas: jusnaturalismo, juspositivismo e jusrealismo, a fim de que cada uma sustente a importância dos chamados direitos humanos para o desenvolvimento do homem, enquanto pessoa.

2.1.1 Conceção Jusnaturalista

O jusnaturalismo passou por um processo de modificação ao longo dos séculos, o que influenciou diretamente nas diferentes concepções sobre o ser humano.

Os estóicos², como valorizam a ética, demonstraram grande preocupação com a unidade moral do ser humano e a dignidade do homem. E para justificar essa

² A escola estóica foi fundada em Atenas em 300 a. C, por Zenão de Cítio (332-262 a.C), o estoicismo vê a filosofia de forma sistemática sendo composta pela física, lógica e ética. Considera o homem como um microcosmo no macrocosmo, que é o universo da natureza (MARCONDES, 2000, p.91).

unidade substancial do ser humano, distinguiram a individualidade que cada ser humano possui em oposição às atividades que cada homem exerce na sociedade. Disso emana, a oposição entre a máscara teatral, que é o papel de cada indivíduo na vida em sociedade e a essência individual de cada ser humano, que foi denominada com o termo personalidade (COMPARATO, 2003, p.16).

A filosofia medieval³ novamente passa a ser redescoberta com o surgimento da escolástica⁴. O estilo medieval de filosofar foi o de aproximar a teologia da filosofia ao investigar racionalmente os fundamentos da fé cristã. Nessa perspectiva, o que se buscava com a filosofia era a explicação, de maneira racional, do poder da fé regeneradora, da eternidade da alma, a verdade real revelada. Para o homem medieval não havia espaço para a vida pública, para as atividades políticas, para o movimento associativo, apenas a interiorização e a reflexão sobre a alma humana tinham importância. Ocorre um rompimento com o postulado filosófico greco-romano, em que o homem é o centro da própria razão de ser da filosofia.

Durante o período medieval, Boécio apud COMPARATO (2003, p. 19) influenciou na elaboração do conceito de pessoa “diz-se propriamente pessoa a substância individual da natureza racional”. E continua, a substância é a característica de um próprio ser, ou seja, “a forma que molda a matéria dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade”. O homem seria um composto espiritual e corporal.

³ Devido à fragmentação política, cultural e lingüística da Europa durante os séculos IV e V, não se encontravam condições mínimas de promover a estabilidade social e econômica, nesse contexto, a produção filosófica e cultural é praticamente nula (MARCONDES, 2000, p115). A filosofia medieval corresponde um longo período que vai do final do helenismo (séculos IV-V) até o Renascimento, início do período moderno. Contudo, a produção filosófica do período medieval está concentrada entre os séculos XII e XIV, momento do surgimento e desenvolvimento da escolástica.

⁴ Este termo, de modo genérico, significa segundo Danilo Marcondes: “todos aqueles que pertencem a uma escola ou que se vinculam a uma determinada escola de pensamento e de ensino [...], um pensamento filosófico que compartilha a aceitação de certos princípios doutrinários comuns, os dogmas do cristianismo que não deveriam ser objeto de discussão filosófica [...]” (2000, p. 116). Do ponto de vista filosófico o pensamento escolástico desenvolveu-se em virtude do surgimento das universidades e da criação de ordens religiosas.

Uma nova compreensão sobre o ser humano tem início com a filosofia moderna⁵. O abandono da visão teocêntrica, fruto da concepção filosófico-teológica medieval, pela valorização da liberdade e da consciência individual; a livre iniciativa pela acumulação do capital; o indivíduo passa a ser capaz de contestar a verdade imposta pela religião.

A definição de homem filosoficamente considerada por Descartes é aquela que está atrelada às três máximas da moral provisória⁶, que, em suma, significa que o ser humano precisa adaptar-se às circunstâncias buscando sempre a verdade. Porém, esta moral, como ele mesmo descreve, é provisória isso porque ela deveria ser sucedida por uma moral científica, mas que segundo Rovighi (1999, p. 110) nunca veio, talvez pelo fato de Descartes entender que todas as leis são positivas: divinas ou humanas, sendo que as primeiras são ocupações dos teólogos e as segundas são emanadas pelo soberano e interpretadas pelos juristas. Porém, ele não nega que o homem, à semelhança do seu Criador, é um ser pensante, contudo finito e imperfeito.

Segundo Thomas Hobbes a filosofia em nada se confundia com Deus, logo, Ele estaria excluído da consideração filosófica, isto porque, este filósofo limita o objeto da filosofia ao mundo corpóreo. Assim, a concepção que esse filósofo tem sobre a convivência do homem em sociedade distancia-se da maior parte dos filósofos políticos, que acreditavam haver no homem disposição natural para viver em sociedade. Nesse sentido, Thomas Hobbes apud MORRIS, (2002, p. 105) afirma que “os homens não têm nenhum prazer na companhia dos outros (mas pelo contrário, um enorme desprazer), quando não existe um poder capaz de inspirar respeito a todos”.

⁵ Na história da filosofia convencionou-se que o pensamento moderno ou a Idade Moderna foi entre os séculos XVII e XIX, e três fatores históricos principais justificam a origem dessa filosofia moderna: o humanismo renascentista do século XV, a Reforma protestante do século XVI e a revolução científica do século XVII (MARCONDES, 2000, p. 139-141).

⁶ “A primeira era obedecer às leis e aos costumes do meu país e manter constantemente a religião na qual Deus me fez graça de ser instruído desde a infância, governando-me, em todo o resto, segundo as opiniões mais moderadas...”; “A segunda era ser o mais possível firme e resoluto nas minhas opções...”; “A terceira máxima era tentar vencer a mim mesmo em vez de vencer a sorte, e mudar os meus desejos em vez de mudar a ordem do mundo” (apud ROVIGHI, 1999, p. 111).

Em contrapartida, o próprio Hobbes (2003, 112) admite que a natureza fez os homens iguais, tanto nas faculdades do corpo como nas faculdades de espírito, e dessa capacidade de igualdade que há entre os homens origina-se, também, a igualdade de esperança de desejarem a mesma coisa. E esse estado leva Hobbes a afirmar que o “homem é o lobo do homem”, ou seja, na natureza do homem, afirma esse filósofo, identificam-se três causas para a discórdia humana: a competição, a desconfiança e a glória. Com isso, torna-se evidente que durante todo o tempo em que os homens convivem sem um poder comum, capaz de impor e inspirar respeito, eles estão sempre na condição de conflito, que Hobbes chama de estado de guerra.

Para ele os indivíduos entram em sociedade só quando a preservação da vida está ameaçada. Para Thomas Hobbes (HOBBS, 2003, p. 114), o direito de natureza (*jus naturale*) é a liberdade que cada homem tem de usar seu próprio poder e para a sua própria preservação, deve ser desistido pelo próprio homem, que segundo a sua concepção significa simplesmente “que todo homem reconheça o outro como seu igual” ou seja, renunciar ou transferir este direito para outrem. “Ainda quando um homem convencionou submeter sua vontade ao comando de outrem, ele obriga a si mesmo a renunciar de sua força e recursos em favor daquele a quem ele convencionou obedecer” (HOBBS, 2003, p. 131). Nesse sentido, a transferência mútua de direito é aquilo que os homens chamam de contrato⁷. A convenção entre os homens permanece natural, enquanto a conservação da vida não estiver ameaçada e para que a paz⁸ seja durável é preciso estabelecer um grande contrato social em que haja uma multidão de associados, estabelecendo entre si o surgimento de um terceiro sujeito, o Estado civil capaz de instituir um poder para reprimir aqueles que violariam o próprio pacto.

Para Celso Lafer (1999, p.39), o adágio de Thomas Hobbes indica o início de um pensamento inspirador para o mundo moderno, na medida em que há

⁷ Segundo Thomas Hobbes o direito de natureza é o direito de liberdade que todos os homens possuem (primeira lei natural) e o direito dos homens estabelecerem um contrato, *pacto sunt servanda*, entre si (segunda lei natural), ambos devem coexistir para a preservação da espécie humana (HOBBS, 2003, p.114-115).

⁸ Hobbes coloca no vértice dos valores a paz e o mal supremo é a desordem e a guerra (ROVIGHI, 1999, p.246).

convergência entre o direito e o poder, criando uma nova possibilidade de gestão governamental, por meio da qual o Estado passa a ser reconhecido com o único detentor do poder reconhecido. E as duas noções fundamentais desse período moderno estão, diretamente, relacionadas à idéia de progresso e à valorização do indivíduo ou da subjetividade.

Seguindo a tendência do direito natural da época, John Locke (1978, p. 36) procura relacionar a idéia do surgimento da sociedade política ou civil com o estado de natureza que une os homens. Todos os homens se acham naturalmente num estado de liberdade para ordenar-lhes as ações e regular-lhes as posses e pessoas conforme acharem convenientes sendo que esta lei de natureza é identificada pela razão⁹, “e a razão [...] ensina a todos os homens, desde que a queiram consultar, que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve causar dano a outros na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses [...]” Além deste, Locke (1978, p. 35) entende também que o homem se encontra num estado de igualdade, em que “ninguém tendo mais do que outro, [...] terão de ser iguais umas as outras sem subordinação ou sujeição”.

Porém, a sobrevivência dos homens depende da renúncia ao direito natural (vida, liberdade, propriedade) por parte de cada membro de uma sociedade, e somente por meio dessa renúncia coletiva que haverá a sociedade política ou civil. E desse modo, todo homem se coloca sob a obrigação, perante todos os membros dessa sociedade, de submeter-se à determinação da maioria e de acatar a decisão dela, pois o objetivo da sociedade civil é o bem dos indivíduos (LOCKE, 1978, p. 37). A partir dessa concepção o Estado passa a ter o poder de atribuir a punição que segundo seu julgamento caberá às várias transgressões cometidas entre os membros dessa sociedade (MORRIS, 2002, p. 144). E tudo isso tendo em vista nenhum outro objetivo “senão a paz, a segurança e o bem público do povo” (1978, p. 84).

⁹ Enquanto que Hobbes se firma no pessimismo antropológico (expressão afirmada por Norberto Bobbio), em que a lei natural é o impulso animalesco e a lei civil deve apenas freá-la; Locke não compartilha dessa idéia, muito pelo contrário, a lei natural é expressão da razão e que a lei civil deve respeitar (ROVIGHI, 1999, p.248).

Acompanhando a concepção jusnaturalista Jean-Jacques Rousseau (2002) afirma que todo homem nasce livre e a sua liberdade lhe pertence, e os instrumentos principais da sua autopreservação são a força e a própria liberdade humana, sem as quais a raça humana pereceria. “Renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, até mesmo a seus deveres” (ROUSSEAU, 2002, p. 26). Ou seja, essa renúncia vai de encontro com a própria natureza humana, que é a própria liberdade inerente que cada pessoa tem.

Assim, como forma de garantir a sobrevivência harmônica dos homens esse filósofo propõe a necessidade de encontrar “uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado, e por meio da qual cada um, ao unir-se a todos, só obedeça a si mesmo e permaneça livre como antes” (ROVIGHI, 1999, p. 386).

Nesta perspectiva, a solução apresentada por Rousseau (2002, p. 216) é a celebração do contrato social entre todos os homens, e por meio desse pacto “cada um de nós reúne sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e nós recebemos em cada membro, como parte indivisível do todo”. De imediato a liberdade humana está garantida e aquela desigualdade física (força e inteligência), que a natureza impõe aos homens, é substituída, por força do pacto social, por uma igualdade¹⁰ moral e legítima, tornando todos os homens iguais por convenção e por direito.

Verifica-se, dessa forma, que os princípios defendidos por esse filósofo na construção de uma sociedade harmônica também podem ser direcionados na constituição de associação de trabalhadores na conquista, na defesa e na consolidação de seus interesses, enquanto classe organizada.

¹⁰ Rousseau defende a idéia que ao lado da liberdade deve existir a igualdade: “Quanto à igualdade, não é preciso entender como tal palavra que os graus de poder e de riqueza devam ser absolutamente os mesmos, mas que, quanto ao poder, este esteja acima de qualquer tipo de violência e só se exerça em virtude do grau e das leis, e quanto à riqueza, que nenhum cidadão seja tão rico a ponto de poder comprar um semelhante, nem tão pobre a ponto de ser obrigado a vender-se (...)” (ROUSSEAU apud ROVIGHI, 1999, p. 387). Esta afirmação é uma fonte inspiradora para o propósito principal do Direito do Trabalho, que é promover o equilíbrio social e econômico do capital e do trabalho.

A filosofia de Immanuel Kant (1980, p. 150) influenciou na construção teórica do conceito de pessoa, como sujeito de direitos universais, anteriores e superiores a toda ordenação estatal. Afirma esse filósofo que o direito de liberdade é o único direito inato¹¹ ao ser humano, assegurando que “a todo o ser racional que tem uma vontade temos que atribuir-lhe necessariamente também a idéia da liberdade sob a qual ele unicamente pode agir”.

Kant, citado por Morris, afirma que

LIBERDADE é a independência do Arbítrio compulsório de outrem; e na medida em que pode coexistir com a Liberdade de todos de acordo com uma Lei universal, **ela é o único Direito inato original que pertence a todo homem em virtude da sua Humanidade.** Existe, de fato, uma IGUALDADE inata que pertence a cada homem e que consiste em seu Direito de ser independente de ser obrigado por outros a alguma coisa além daquilo ao qual ele também pode obrigá-los de maneira recíproca. É, por conseguinte, a qualidade inata de cada homem em virtude da qual ele deve ser seu próprio senhor por Direito (2002, p. 243, grifo nosso).

Da liberdade resulta a sua vontade racional, pois segundo Kant apud ROVIGHI (1999, p. 579), o homem é o único ser racional, capaz de guiar-se pelos anseios por ele próprio ditado, agindo “de modo a tratar o homem, tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como fim e nunca unicamente como meio”. Diferentemente, das coisas, cujo ser na verdade não depende da vontade humana, mas, sim da natureza, pois são irracionais e têm unicamente valor relativo e servindo, simplesmente, como meio.

Segundo Kant (1993, p. 46) a liberdade é um postulado de que não precisa de prova ulterior, sendo a liberdade um princípio universal do Direito, na medida em que o livre uso do arbítrio de uma pessoa possa ser conciliado com a liberdade de todos. “É justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais”.

Daí decorre, como assinalou Kant, que

¹¹ Kant divide o sistema de Direitos em Direito Natural e Direito Positivo, o primeiro assenta-se sobre princípios racionais puros a priori, enquanto, o segundo provém da vontade do legislador. Ainda, diferencia o direito inato do direito adquirido. Aquele pertence a cada indivíduo por Natureza, independente de todos os atos jurídicos da prática, e este é o Direito que está baseado em atos jurídicos (MORRIS, 2002, p. 242-243).

todo homem tem dignidade e não preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma (apud COMPARATO, 2002, p. 21-22).

A dicotomia entre coisas e dignidade humana consiste no valor relativo que aquelas têm em contraposição ao valor absoluto desta. Daí resultou, que o homem não é uma simples entidade biológica, ou seja, um conjunto de fatos explicáveis pela Biologia, pela Anatomia etc, mas é algo que representa um acréscimo à natureza, ele é ao mesmo tempo legislador universal desses valores éticos, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas (COMPARATO, 2002, p. 26).

Apesar das distintas concepções jusnaturalistas sobre o homem, há algo em comum entre elas, ou seja, ambas afirmam a existência de alguns postulados de juridicidade que seriam anteriores e justificadores do Direito positivo. Por este motivo Pérez Luño recorda o pensamento de Battaglia:

A afirmação de que existem alguns direitos essenciais do homem enquanto tal, em sua qualidade ou essência absolutamente humana, não se pode separar o reconhecimento prévio e necessário de um direito natural; natural enquanto distinto do positivo e, que por sua vez, preliminar e fundamental acerca deste (2003, p. 54, tradução nossa).¹²

Segundo Pérez Luño (2003, p. 54)) estas teorias jusnaturalistas contemplam o processo de positivação dos direitos humanos como a consagração normativa de exigências que são prévias à própria positivação, ou seja, o reconhecimento, no plano das normas jurídicas, de faculdades que correspondem ao homem pelo simples fato de sê-lo, isto é, por sua própria natureza.

Em suma, para o jusnaturalismo os direitos humanos são direitos naturais do indivíduo que são originários e inalienáveis.

¹² La afirmación de que existen algunos derechos esenciales del hombre em cuanto tal, em su cualidad o esencia absolutamente humana, no se puede separar del reconocimiento prévio y necesario de um derecho natural; natural em cuanto distinto del positivo y, a su vez, preliminar y fundamental respecto a éste (BATATGLIA apud PÉREZ LUÑO, 2003, p. 54).

2.1.2 Concepção Juspositivista

Radicalmente distinta é a postura dos positivistas jurídicos, para os quais o Direito encontra-se, exclusivamente, nas normas jurídicas positivamente estabelecidas. Segundo esta corrente a teoria jusnaturalista é encarada como produto de uma posição metafísica, e, portanto, inconcebível.

Jeremy Bentham foi um dos maiores expoentes do juspositivismo, segundo o qual o direito positivo só existe onde há Estado, e este também só existe onde há direito positivo. Identifica no direito natural um grande perigo para o Estado, pois a menção ao direito natural propicia um espírito de resistências às leis, o que desemboca em uma situação de anarquia jurídica e política (PÉREZ LUÑO, 2003, p.56).

Na opinião de John Austin apud PÉREZ LUÑO (2003, p.57, tradução nossa) o direito natural é um “conjunto de normas sociais emanadas das opiniões e sentimentos coletivos que influem no direito, porém, não são direitos”¹³. Portanto, essas normas morais promulgadas através de leis, que impõem deveres e impliquem sanções, serão consideradas autênticos direitos.

Continuando nestas premissas juspositivistas o alemão Bergbohm mantém a tese de que “o único direito existente como tal é o positivo que estabelece o fundamento da convivência entre os homens”¹⁴ (PÉREZ LUÑO, 2003, p.57, tradução nossa).

A natureza jurídica dos direitos do homem para a concepção juspositivista é de direito público subjetivo. Esta nova categoria visa oferecer uma configuração jurídico-positiva ao postulado das liberdades do indivíduo frente a autoridade estatal, ideal também defendido pela teoria jusnaturalista.

Jellinek, apud PÉREZ LUÑO (2003, 58) precursor do direito público subjetivo, afirma que entre o Estado e cada cidadão há uma série de relações que o coloca em diversas situações jurídicas, e estas pretensões dos cidadãos

¹³ “[...] conjunto de normas sociales emanadas de las opiniones y sentimientos colectivos que influyen en el derecho, pero que no son derecho” (AUSTIN apud PÉREZ LUÑO, 2003, p. 57).

¹⁴ “[...] el único derecho existente como tal es el positivo que establece el fundamento de la convivencia entre los hombres” (BERGBOHM apud PÉREZ LUÑO, 2003, p. 57).

constituem os direitos públicos subjetivos, que têm sido afirmados por quatro fases.

A primeira fase, *status subiectionis*, advém do Estado absolutista e totalitário, que não se permite a criação de nenhum direito subjetivo para o cidadão, não existindo liberdades para o mesmo.

Superada esta etapa surge a segunda fase, que corresponde ao *status libertatis*, em que se reconhece um âmbito de autonomia do cidadão para com o Estado, sendo uma situação de não ingerência do poder estatal nas atividades e nas relações entre os indivíduos, assim, esta liberdade, por fazer imediata referência ao desenvolvimento da personalidade humana, constitui o núcleo dos direitos personalíssimos, direitos, que segundo Pérez Luño (1998, p. 175) são considerados inerentes a toda e qualquer pessoa e invioláveis, afirmando e concretizando os valores da liberdade e da dignidade humana em um Estado de Direito.

A terceira fase, chamada *status civitatis*, permite aos cidadãos solicitar do Estado um determinado comportamento ativo, trata-se dos direitos civis, cuja denominação está diretamente relacionada ao período de constitucionalização dos direitos civis, exclusivamente, garantidos para aqueles indivíduos que tivessem a condição de cidadãos.

Por fim, a quarta fase *status activae civitatis*, uma situação ativa em que os cidadãos desfrutam dos direitos políticos, sendo estes que permitem ao cidadão participar da formação do Estado como membro da comunidade política, cujo fundamento, segundo Pérez Luño (1998, p.181), está no princípio da soberania popular.

Partindo dessas premissas desenvolvidas, afirma-se que a teoria dos direitos públicos subjetivos favoreceu a dogmática dos direitos fundamentais numa perspectiva estritamente positivada. A positivação será vista como um ato de criação do direito, e portanto, constitutivo, e não declaratório como concebe o jusnaturalismo. “Não se trata, pois, de ratificar os postulados do direito natural,

senão dar vida em ordenamento à um conjunto de normas jurídicas”¹⁵ (F MÜLLER apud PÉREZ LUÑO, 2003, p. 59, tradução nossa).

2.1.3 Concepção Jusrealista

A concepção realista sobre os direitos do homem é completamente distinta da jusnaturalista e da positivista. Integram este grupo aqueles que não outorgam ao processo de positivação um significado declaratório de direitos anteriores (tese jusnaturalista), ou constitutivo (tese positivista), mas entendem que tal processo supõe algo a mais para o efetivo e real desfrute de tais direitos (PÉREZ LUÑO, 2003, p. 59).

A crítica da teoria realista advém da abstração teórica existente tanto no jusnaturalismo como no juspositivismo, que respectivamente, tem uma concepção ideal dos direitos humanos e consideração puramente formal deles mesmos. Para os realistas, as condições sociais, econômicas e culturais determinam o real sentido dos direitos e das liberdades (PÉREZ LUNO, 2003, p. 60).

A teoria realista está extremamente vinculada ao movimento socialista. Assim, pode afirmar-se a preocupação de Marx na concretização real desses direitos humanos. Para ele a realização dos direitos humanos exige uma emancipação humana que se produz quando homem e cidadão se fundem, isso implica no reconhecimento e a organização das forças sociais que devem estar no mesmo nível da força política. Com base no pensamento marxista a simples positivação dos direitos humanos não é um ponto final no processo, mas sim um meio a partir do qual se desenvolve instrumento que permitam realmente concretizar esses direitos (PÉREZ LUÑO, 2003, p.60).

Doutrinas mais atuais, como a de Norberto Bobbio (2004, p. 63-64), também vêm desenvolvendo teses de índole realista. O grande problema do século XXI, com relação aos direitos do homem, não é mais o seu fundamento, e sim como

15 “No se trata, pues, de ratificar los postulados del derecho natural, sino de dar vida en de un ordenamiento a un conjunto de normas jurídicas” (F MÜLLER apud PÉREZ LUÑO, 2003, p. 59).

serão protegidos, isto porque, o problema do fundamento já foi resolvido, com a atual Declaração Universal dos Direitos do Homem. Afirma Bobbio:

Creio que uma discussão sobre os direitos humanos deve hoje levar em conta [...] todas as dificuldades procedimentais e substantivas [...]. A efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana. [...] Não se pode pôr o problema dos direitos do homem abstraindo-o dos dois grandes problemas de nosso tempo, que são os problemas da guerra e da miséria, do absurdo contraste entre o excesso de potência que criou as condições para uma guerra exterminadora e o excesso de impotência que condena grandes massas humanas à fome. Só nesse contexto é que podemos nos aproximar do problema dos direitos como senso de realismo (2004, p. 64).

Inserese na teoria realista a tese que concebe a proteção processual dos direitos fundamentais do homem como fator chave de sua significação. Esta posição, conforme Pérez Luño, (2003, p. 61, tradução nossa) é assumida por Dran, para quem “as liberdades públicas valem, na prática, o que valem suas garantias”¹⁶. No mesmo sentido Peces-Barba afirma

Toda norma de direito positivo necessita dos tribunais de justiça para que seu titular possa acudir na necessidade de proteção no caso de desconhecimento por um terceiro. Os direitos fundamentais não são uma exceção a essa regra. Se um direito fundamental não pode ser alegado, pretendendo sua proteção, pode-se dizer que não existe (apud PÉREZ LUÑO, 2003, p. 61, tradução nossa).¹⁷

Na opinião de N. Luhmann apud PÉREZ LUÑO (2003, p. 61-62) a exigência das garantia dos direitos fundamentais tem sido formulada também por atitudes sociológicas, ou seja, em virtude da atual sociedade complexa, industrial e burocrática o processo de positivação dos direitos fundamentais não se remete a critérios de inspirações fixas, senão por parâmetros flexíveis tendentes a satisfazer as exigências de uma sociedade em constante mutação.

Em suma Pérez Luño afirma que

Enquanto o jusnaturalismo situa o problema da positivação dos direitos humanos no plano filosófico e o positivismo no jurídico, para o realismo se insere no terreno político, ainda que também, como se

¹⁶ “[...] las libertades públicas valen, em la práctica, lo que valen sus garantías” (DRAN apud PÉREZ LUÑO, 2003, p. 61).

¹⁷ “Toda norma de derecho positivo realmente existente necesitade los tribunales de justicia para que su titular pueda acudir en demanda de protección en caso de desconocimiento por un tercero. Los derechos fundamentales noson una excepción a esta regla. Si un derecho fundamental no pudieser alegado, pretendiendo su protección, se puede decir que no existe” (PÉREZ LUÑO, 2003, p. 61).

verificou, outorgue uma importância decisiva às garantias jurídico-processuais de tais direitos (2003, p. 62).¹⁸

2.2 AS DECLARAÇÕES SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

2.2.1 A Magna Carta

O processo de construção teórica sobre os direitos humanos não aconteceu de modo linear e não faltaram retrocessos e contradições. Mesmo assim, paralelamente a esta ação se produziam, de maneira progressiva, documentos normativos, que eram denominados de Cartas ou Declarações de direitos, cujos objetos eram conjuntos de deveres, de direitos e de liberdades para distintas situações pessoais, que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais.

Na Antigüidade não se encontra nenhuma Carta de direitos relevantes, que trouxesse algo significativo para os direitos humanos, já que nessa época não se admitia a existência de nenhum direito que não derivasse das situações jurídicas objetivas estabelecidas pelo ordenamento jurídico da comunidade (PEREZ LUÑO, 1998, p. 33).

No período medieval, em que o poder do monarca é teoricamente ilimitado, inicia-se um processo de produção de documentos reconhecendo alguns limites ao exercício desse poder em favor da Igreja, dos senhores feudais ou da comunidade local.

É na Inglaterra, sem dúvida, que nasce um dos documentos medievais mais significativos, trata-se da *Magna Carta Libertatum*, declaração subscrita entre o Rei João Sem Terra, o clero e os barões do reino, em 15 de junho de 1215. O sentido inovador do documento consistiu no fato de que os direitos da nobreza e do clero existiam independentemente do consentimento do monarca e não podia posteriormente, ser modificado por ele, quanto ao clero o

¹⁸ “Mientras el iusnaturalismo situa el problema de la positivación de los derechos humanos em el plano filosófico y el positivismo em el jurídico, para el realismo se inserta em el terreno político, aunque también, como se há visto, outorgue uma importância decisiva a las garantías jurídico-procesales de tales derechos”. (PÉREZ LUÑO, 2003, p. 62).

reconhecimento dessa liberdade de designação das autoridades eclesiásticas aponta para a futura separação institucional entre a Igreja e o Estado. Já em relação aos nobres ingleses alguns privilégios feudais serviram como ponto de referência para o surgimento de alguns direitos clássicos, que traduzem nas liberdades civis, tais como *habeas corpus*, a garantia de propriedade e o devido processo legal, e tiveram um papel decisivo no desenvolvimento dos direitos humanos e, posteriormente, na positivação desses direitos. Todavia, a massa populacional inglesa estava alijada do acesso a esses direitos consagrados no pacto (COMPARATO, 2003, p. 60-65).

A relevância dessa Carta Magna é incontestável pelo fato de ela iniciar um processo de limitação institucional dos poderes do rei, “pode-se dizer que a democracia moderna desponta em embrião nesse documento do século XIII” (COMPARATO, 2003, p. 78). Porém, a Carta Magna não foi o primeiro e nem o único documento real que limitou o poder do rei ampliando os direitos dos governados, há cartas outorgadas pelos reis portugueses e espanhóis que também se propuseram esta limitação¹⁹.

O nascimento dos direitos fundamentais conduziu-se pelo surgimento de diversos documentos que reivindicavam o reconhecimento de liberdades. Diversas foram estas declarações²⁰, contudo, algumas tiveram maiores relevâncias na consolidação dos direitos fundamentais.

Quatro séculos depois da Carta Magna os ingleses, mais uma vez, sustentam a preservação do direito natural de liberdade, por meio das seguintes declarações *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *Habeas Corpus*, de 1679, subscrito por Carlos II, e o *Bill of Rights*, de 1689, promulgada pelo

¹⁹ No mesmo período histórico há documentos firmados por Afonso IX, em 1188, a Bula de Ouro da Hungria (1222), o Privilégio General outorgado por Pedro III em 1283 (cortes de Zaragoza) e os Privilégios de união Aragonesa (1286) (PEREZ LUÑO, 1998, p. 30-35).

²⁰ O *Édito de Nantes* promulgado por Henrique IV da França, em 1598, e depois revogado por Luis XIV, em 1685; documentos firmados por ocasião da Paz de Augsburg, em 1555, e da Paz da Westfália, em 1648, que marcou o final da Guerra dos Trinta Anos, ou seja, a Reforma Protestante propiciou um ambiente de reivindicações no sentido de reconhecerem a liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa, igualmente contribuiu para a consolidação dos modernos Estados nacionais e do absolutismo monárquico. Disso resulta a lição de H. P. Schneider, “que aponta para a circunstância de que foi justamente o entrelaçamento e a interação destas duas diretrizes – a secularização do direito natural e a individualização dos privilégios estamentais – que propiciaram a formação das garantias dos direitos fundamentais” (apud SARLET, 2004, p. 49).

Parlamento e que entrou em vigor no reinado de Guilherme d'Orange, encerrando, segundo Pérez Luño, o ciclo de documentos ingleses de positivação que se originou da Carta Magna. Basicamente, estes documentos reconheciam os direitos e liberdades aos cidadãos ingleses, tais como o princípio da legalidade penal, a proibição de prisões arbitrárias, *habeas corpus*, o direito de petição e uma certa liberdade de expressão. Importa frisar a idéia defendida por Perez Luño quanto à essência desses direitos

Os direitos reconhecidos em tais documentos como a liberdade, a propriedade e a busca pela felicidade correspondem a todos os indivíduos pelo simples fato do seu nascimento; trata-se de direitos, que, por tanto, não se encontram restringidos aos membros de uma classe, nem a de uma país, senão de facultades univarsais, absolutas, invioláveis e imprescritíveis. São direitos emandados das próprias leis da natureza que o direito positivo não pode contradizer nem tão pouco criar ou conceder, apenas deve reconhecer ou declarar (daí que os próprios textos que os positivam se denominam Declarações e garantias) (1998, p. 35-36, tradução nossa).²¹

2.2.2 A Declaração de Independência Norte-Americana e a Constituição dos Estados Unidos da América

A Idade Moderna foi um período em que a produção de Declarações aconteceu em larga escala e de maneira muito intensa, tanto as declarações norte-americanas como determinados documentos da Europa continental se dedicaram para a implementação dos chamados direitos naturais. Essas importantes Declarações fomentaram e instituíram o caráter universal dos direitos naturais, por seu fundamento racional cuja validade se considera absoluta.

A Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte foram de importância vital para a positivação dos direitos naturais. O processo de independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte, em 1776, foi inevitável em virtude de três características

²¹ “Los derechos recogidos em tales documentos a la libertad, a la propiedad y a la búsqueda de la felicidad corresponden a todos individuos por el mero hecho de su nacimiento; se trata de derechos, que, por tanto, no se hallan restringidos a los miembros de um estamento, ni siquiera a los de um país, sino de facultades universales, absoltuas, inviolables e imprescriptibles. Son derechos emanados de las próprias leyes de la naturaleza que el derecho positivo no puede contradecir ni tampouco crear o conceder, sino que debe reconocer o *declarar* (de ahí que los próprios textos que los positivam se denominen *Declaraciones y garantizar*)” (PÉREZ LUÑO, 1998, p.35-36).

socioculturais: o princípio da igualdade jurídica entre os homens livres²², a defesa das liberdades individuais e a submissão dos poderes governamentais ao consentimento popular (COMPARATO, 2003, p. 100-102), ou seja, o ideal de uma cidadania igualitária foi o norteador da construção de uma Declaração de Independência. Segundo Fábio Konder Comparato (2003, p. 101-102) a grande relevância histórica dessa Declaração está no fato de que

[...] é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. [...] E mais, ela é o primeiro documento a afirmar os princípios democráticos, na história política moderna.

Diversas são as Declarações norte-americanas²³ que fundamentaram a independência dos Estados Unidos da América, cujo precedente legal foi do Bill of Rights inglês de 1689. Elas transformaram os antigos direitos naturais em direitos positivos, isto é, os norte-americanos deram aos direitos naturais a qualidade de direitos fundamentais, elevando-os ao nível constitucional.

A Constituição americana, de 1787, também foi um fato político-jurídico relevante na confirmação dos direitos naturais em direitos positivos, pois essa Constituição reconheceu as idéias da escola do direito natural e recorreu à idéia de contrato social fixando os limites dos poderes das autoridades nas suas relações com o Estado e com os cidadãos. Porém, no texto original não foi incluída uma declaração de direitos fundamentais do cidadão²⁴. Posteriormente, no ano de 1791, a referida Constituição sofreu as dez primeiras emendas, eminentemente, de direitos, liberdades e garantias individuais.

²² Este princípio foi basilar para o desenvolvimento de uma sociedade igualitária, isso porque os ingleses que imigraram para os Estados Unidos da América não reproduziram, em território americano, “uma sociedade estamental européia, constituída por grupos sociais bem delimitados”, muito pelo contrário, [...] “eles eram resolutamente antimonarquistas, reivindicavam a posse em comum das terras de lavoura e recusavam-se a tirar o chapéu diante das autoridades” (COMPARATO, 2003, p. 96). Esta igualdade de condição jurídica não significou o nivelamento socioeconômico da sociedade norte-americana.

²³ A primeira declaração foi a de Virgínia, de 12 de junho de 1776; Pennsylvania, de 16 de agosto de 1776; Massachusetts, em 1780 etc (COMPARATO, 2003, p. 115-116).

²⁴ A justificativa para esta omissão foi que a regulamentação dos direitos dos cidadãos devia ficar a cargo das Constituições estaduais, ficando com a Constituição Americana apenas questões relacionadas à política nacional, segurança externa e comércio exterior (COMPARATO, 2003, p. 117).

A característica fundamental desses bills of rights, previstos nas Declarações e na Constituição, mesmo após as emendas, consiste no fato de que eles são, essencialmente, de direitos individuais, cuja fundamentação filosófica vem do pensamento europeu de Locke, Montesquieu e Rousseau. Não existindo, portanto, nenhuma preocupação em positivar os direitos sociais (DAVID, 2000, p. 440-445). Mesmo assim, na legislação ordinária e nas Constituições dos Estados ergueram-se um complexo sistema de segurança social; direitos econômicos, sociais e culturais, minimizando a ausência de normatização constitucional referente aos direitos de segunda dimensão (MIRANDA, 1997, p. 435-438).

2.2.3 A Declaração da Revolução Francesa e as Constituições Francesas

Os pressupostos racionalistas e contratualistas da escola de Direito Natural exerceram uma influência direta nos ideais da Revolução Francesa. Em 1789 eclodiu na França um grande movimento revolucionário, cujo sentido da palavra revolução foi modificado²⁵, isto é, os revolucionários pretenderam com esta Revolução uma renovação completa das estruturas sóciopolíticas instaurando um novo paradigma para essa nova sociedade, sem manter qualquer relação com o passado. A convicção dos revolucionários franceses deste sentimento inovador de fundar um mundo novo foi tão presente, que eles, como salientou Michelet, acreditavam que esta Revolução proporcionaria uma volta de 180° do curso da História, ou seja, da mesma forma que “o cristianismo operou uma recontagem do tempo da história com o suposto nascimento de Jesus Cristo” (COMPARATO, 2003, p. 127) os apóstolos da Revolução Francesa também acreditavam nesse poder de mudança completa e profunda que a Revolução traria para todos os povos.

²⁵ A palavra revolução vem do latim *revolutio*, que significa ato ou efeito de revolver, no sentido literal de rodar para trás e no figurativo de volver ao ponto de partida, ou lembrar-se. Copérnico, em 1543, lançou as bases do sistema heliocêntrico e usou o substantivo revolução “para designar movimento cíclico e necessário dos astros, notadamente o movimento orbital dos planetas em torno do sol” (COMPARATO, 2003, p. 124). Mas, os ingleses começaram a utilizar esta palavra com cunho político, “no sentido de uma volta às origens e, mais precisamente, de uma restauração dos antigos costumes e liberdades” (COMPARATO, 2003, p. 124). Os norte-americanos também utilizaram a palavra revolução com o mesmo sentido dos ingleses.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁶, de 26 de agosto de 1789, foi o fim de uma época e o início de outra, e, indicou, portanto, uma virada na história do gênero humano. Georges Lefebvre apud BOBBIO (2004, p. 99), um historiador da Revolução, escreveu: “Proclamado a liberdade, a igualdade e a soberania popular, a Declaração foi o atestado de óbito do Antigo Regime, destruído pela Revolução”. Foi com a Revolução Francesa que o povo teve pela primeira vez, segundo Kant, o direito de decidir seu próprio destino, ou seja, o direito de liberdade, tanto defendido por Rousseau, como autodeterminação, como autonomia e como capacidade de legislar para si mesmo, indo de encontro a todo poder patriarcal, que caracterizou os governos despóticos tradicionais (BOBBIO, 2004, p. 99-100).

Segundo Norberto Bobbio (2004, p. 107) o núcleo doutrinário-filosófico da Declaração está positivado nos três primeiros artigos:

Artigo 1. Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais não podem ser fundamentadas senão sobre a utilidade comum.

Artigo 2. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são: a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.

Artigo 3. O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação; nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

O primeiro visualiza o homem com um ser integrado à natureza que precede a formação da sociedade civil, e esta idéia de liberdade e de igualdade entre todos os seres humanos no estado de natureza proposto pelos constituintes franceses sofreu influência imediata das teorias filosóficas de Locke e Rousseau, por meio das quais era uma exigência da razão ter esta concepção da liberdade e da igualdade, a fim de alterar a concepção secular de que o poder político nasce de cima para baixo. O segundo artigo aponta que a sociedade política vem depois do estado de natureza, somente por meio de um “contrato social” que a sociedade pode subsistir. E, por fim, o terceiro artigo justifica que o poder soberano emana da nação e não de um grupo determinado ou um indivíduo, isoladamente, considerado. Segundo Norberto

²⁶ A razão pela qual a Declaração fez menção ao homem e ao cidadão decorre da dupla dimensão do documento: nacional e universal. O objetivo dos revolucionários franceses era criar um documento que atingisse, ao mesmo tempo, todo e qualquer homem independentemente de sua nacionalidade e propriamente os franceses.

Bobbio (2004, p. 110) este artigo está “destinado a tornar-se um dos fundamentos de todo governo democrático futuro”.

Não obstante o marco histórico que a Revolução Francesa proporcionou na confirmação dos direitos humanos é certo que a mesma foi submetida a críticas, “foi acusada de excessiva abstratividade pelos reacionários e conservadores em geral; e de excessiva ligação com os interesses de uma classe particular e pela esquerda em geral” (BOBBIO, 2004, p. 111).

Todas as correntes antiiluministas, segundo Taine apud BOBBIO (2004, p. 111), acusavam o caráter abstrato do pensamento iluminista que influenciou, diretamente, a Revolução Francesa, afirmando que os artigos da Declaração eram completamente vagos, contraditórios, suscetíveis de vários significados e de significados opostos, “[...], uma espécie de insígnia pomposa, inútil e pesada, que [...] corre o risco de cair na cabeça dos transeuntes, já que todo dia é sacudida por mãos violentas”. A crítica oposta foi feita por Marx, segundo o qual a Declaração não era demasiadamente abstrata, pelo contrário,

era tão concreta e historicamente determinada que, na verdade, não era a defesa do homem em geral, mas do burguês, que existia em carne e osso e lutava pela própria emancipação de classe contra a aristocracia, sem se preocupar muito com os direitos do que seria chamado de Quarto Estado (BOBBIO, 2004, p. 112).

Este argumento de Marx se justifica, pois as reivindicações da burguesia foram atendidas: a garantia da propriedade privada contra expropriações abusivas e a estrita legalidade na criação e cobrança de tributos.

Verifica-se, portanto, que a Revolução Francesa foi uma revolução patrocinada pelos burgueses, que buscavam o reconhecimento político por meio das liberdades individuais, não existindo qualquer preocupação com as questões de ordem social.

A Declaração de 1789 encabeçou a Constituição Francesa de 1791, intitulada de girondina, ratificando os direitos previstos na Declaração, reconheceu pela “primeira vez na História, a existência de direitos humanos de caráter social” (COMPARATO, 2003, p. 149), prevendo, apenas a criação de uma assistência pública que ajudasse as crianças abandonadas, os pobres doentes e pobres

que não conseguissem trabalho. Pouco tempo depois, a Constituição Francesa, intitulada como jacobina, de 1793, inicia uma fase de positivação de direito dos homens, sendo muito importante em virtude do seu conteúdo democrático, e que segundo Perez Luño (1998, p. 37, tradução nossa) “nela se reconhece os direitos ao trabalho, a proteção frente à pobreza e a educação”²⁷. Na Carta Constitucional de 1795 os direitos fundamentais do homem, como os direitos sociais consagrados nas Constituições anteriores, não estavam mais presentes na nova ordem constitucional, pois em 1795 consagrou-se constitucionalmente a ordem privatista burguesa e do sistema capitalista de produção, gerando conseqüências diretas no tipo de relação de trabalho pautada na liberdade e na não intervenção estatal²⁸.

A partir de então o sentimento renovador das Revoluções Francesas e Norte-americanas, concretizado pelas Declarações de direitos humanos individuais, respectivamente, foi difundido por toda Europa, Ásia Menor e a América Latina (COMPARATO, 2003, p. 131) sedimentando a história do constitucionalismo.

2.2.4 As Constituições do México (1917) e da Alemanha – Weimar (1919)

A teoria jusnaturalista que antecedeu e inspirou as matrizes declaratórias norte-americanas e francesas propiciou a construção do constitucionalismo moderno, cuja base teórica está pautada na ascensão dos direitos civis e políticos, o que fomentou a instituição do Estado Liberal e de Direito, por meio do qual assumia uma posição de sujeito passivo das relações entre os particulares. Não se negava a importância dos direitos individuais e nem se contestava a necessidade da constitucionalização desses mesmos, porém, a neutralidade do Estado liberal de Direito não podia satisfazer as novas realidades fáticas que os indivíduos se encontravam durante esta época, ou seja, a liberdade jurídica e a igualdade política dos proletariados, a par da sua desigualdade social e econômica, constituem os fundamentos do Estado de Direito burguês.

²⁷ “ [...] em ella se reconocen los derechos al trabajo, a la protección frente a la pobreza y a la educación (PRÉZ LUÑO, 1998, p. 37).

²⁸ Fábio Konder Comparato classifica a Constituição Francesa de 1791 de girondina, e a de 1793 de jacobina (2003, p 150). Enquanto Pérez Luño classifica a de 1791 como jacobina e a de 1793 de girondina (1998, p. 37).

A ausência estatal e o abuso do poder econômico nas relações individuais incentivaram a eclosão de uma série de conflitos de classe, a partir do final do século XIX, e principalmente, no século XX, perdurando no século XXI, externando a insuficiência do marco das liberdades burguesas quando se inibe o reconhecimento da justiça social. A respeito do tema DUGUIT, apud MACHADO (2002, p. 217), dizia que a doutrina individualista mostrava as coisas que o Estado não poderia fazer, mas em virtude do fracasso dessa doutrina na questão da justiça social, o Estado passa a ser obrigado a realizar ações voltadas para a sociedade marginalizada econômica e socialmente. Para este constitucionalista brasileiro, “O reconhecimento do direito subjetivo do indivíduo se completava no dever objetivo do Estado, preconizado pela doutrina solidarista do mestre da Faculdade de Direito de Bordeaux” (2002, p. 217).

A Revolução Industrial²⁹ foi um marco importante nas relações de trabalho, pois foi a transição do regime artesanal para o regime industrial, sofrendo inspiração direta da liberdade individual exaltada na Revolução Francesa. Essa nova estrutura filosófica, política e jurídica que se implementava nos Estados Liberais de Direito refletiu diretamente na relação de trabalho sob dois aspectos, na obtenção da liberdade de trabalho e no impedimento da possibilidade de ingerência estatal nas relações entre os indivíduos. Essa nova estrutura social atuou diretamente nas bases das relações jurídico-laborais, já que qualquer indivíduo adquiriu por vontade própria o poder para realizar todos os atos jurídicos, os que passavam ter força de lei entre as partes, porque aceitos voluntariamente. Surge daí uma liberdade econômica sem limites gerando o nascimento de uma nova classe, o proletariado, que em virtude da força do capital econômico faz criar uma escravidão livre.

A sociedade moderna passava por um processo de transformação de valores, já que uma vez conquistados os direitos individuais novos direitos foram almejados, principalmente pela nova classe dos proletariados. Essa mutação no conteúdo dos direitos individuais produziu reflexos diretos na forma de

²⁹ Segundo Alice Monteiro de Barros é controvertido o momento da ocorrência da Revolução Industrial, para alguns seu ponto de partida foi 1760, para outros ocorreu entre 1783 e 1802, na Inglaterra (2005, p.57).

atuação do Estado, que se tornou responsável pela implementação das liberdades concretas³⁰. Os novos textos constitucionais não podiam mais se limitar a consagração das liberdades individuais tradicionais da pessoa humana, eles passavam a revelar a crescente preocupação de ajudar o homem na busca da felicidade e no desenvolvimento da sua personalidade. Nesse sentido, Georges Burdeau apud MACHADO (2002, P. 218) afirma

Trata-se, agora, de fixar as obrigações positivas do Estado, que não se limitam ao homem abstrato, portador de direitos subjetivos, mas alcançam o homem concreto, submetido às dificuldades da vida real, dificuldades essas que derivam de sua condição social e de sua inferioridade econômico.

A recepção constitucional desses novos direitos verificou-se em duas Constituições do mundo ocidental, já no século XX. Trata-se da Constituição Mexicana, de 5 de fevereiro de 1917 e da Constituição da Alemanha (Weimar)³¹, de 11 de agosto de 1919. Essas duas Constituições revolucionaram a concepção do Estado de Direito porque previram nos textos constitucionais normas de cunho social, sendo a proteção normativa constitucional aos operários uma das grandes inovações do Direito Constitucional contemporâneo, pois ao Estado caberia a promoção da liberdade do trabalho e, em contra partida, ele também deveria regulamentar as regras do contrato de trabalho para proteger o trabalhador.

2.2.4.1 Do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito

As Revoluções filosóficas liberais, a Revolução Industrial liberal e o Estado Liberal de Direito foram circunstâncias que em conjunto determinaram o aparecimento de uma nova classe, a dos proletariados, que não se encaixava no conteúdo teórico do individualismo e da neutralidade estatal, exigindo uma ingerência direta do Estado nas relações socioeconômicas a fim de equilibrar a desigualdade fática entre a burguesia e o proletariado. Com isto, o Estado de Direito passa por um processo de mutação axiológica, deixando de ser exclusivamente liberal e tornando-se mais social, surgindo o Estado de Direito,

³⁰ Conforme Raul Horta Machado esta expressão foi utilizada por Georges Burdeau na obra *Traité de science politique* (2002, p. 217).

³¹ Segundo Raul Horta Machado a Constituição de Weimar converteu-se no texto paradigma do constitucionalismo do primeiro pós-guerra, já que recebeu a ordenação técnica-formal, característico do direito alemão (2002, p.219).

mas agora, social. E esta nova concepção do Estado Social de Direito fortaleceu e difundiu, principalmente, com o restabelecimento da democracia, após a Segunda Guerra Mundial.

Essas Constituições democráticas contemporâneas necessariamente acompanharam essa mutação do Estado liberal de Direito para o Estado social de Direito. Porém, a problemática sobre a qual se depararam os teóricos constitucionalistas, da época, segundo J.J Gomes Canotilho (1998, p. 323), era verificar a viabilidade política e técnica de princípios de conteúdo social na lei fundamental de um país, isto porque a formulação de uma opção socialista foi severamente contestada. Este debate se desenvolveu, principalmente, pela doutrina alemã, surgindo no curso desta polêmica teórica duas posturas fundamentais (PÉREZ LUÑO, 2003, p. 224).

A interpretação consagrada por Carl Schmitt e por Ernst Forsthoff³² foi a de impugnar, desde uma perspectiva técnico-jurídica, a noção de Estado social de Direito. Entendem que a evolução histórica do Estado de Direito aparece ligada ao surgimento da Constituição, enquanto que as funções sociais do Estado é algo que se vincula às tarefas próprias da Administração, independentemente da Constituição (PÉREZ LUÑO, 2003, p. 59). Segundo Carl Schmitt (1996, p. 59) a “Constituição é igual a um sistema de garantias de liberdade burguesa”, ou seja, a idéia de Constituição corresponde às demandas de liberdade burguesa, que são o reconhecimento dos direitos fundamentais, apoiados na liberdade individual e na propriedade privada; a divisão dos poderes; a participação do povo no poder legislativo mediante uma representação popular; dentre outros.

O Estado de Direito e o Estado social não são a mesma coisa, sendo impossível conceber um Estado social de Direito, já que ambas idéias são opostas. Porque de um lado, a lei fundamental do Estado de Direito simplesmente limita o poder, garante as liberdades dos cidadãos, observa o princípio da legalidade, a independência judicial. Os direitos fundamentais são

³² Estes teóricos do constitucionalismo alemão analisaram o sentido do Estado Social de Direito a partir da Constituição de Weimar, que é intitulada como o paradigma do constitucionalismo contemporâneo.

“aqueles que podem valer como anteriores e superiores ao Estado, [...], apenas reconhecidos e protegidos como algo dado antes que ele [...]”³³ (SCHMITT, 1996, p. 169). De outro lado, o Estado social se apresenta como programas de transformação sócio-econômico dirigido à proteção das classes menos desfavorecidas, por meio de uma política de redistribuição eqüitativa de riquezas.

Carl Schmitt e Ernst Forsthoff apud PÉREZ LUÑO (2003, p. 225) defendem que a realização dos programas sociais e econômicos são de responsabilidade do legislativo e da administração, porém, não são de responsabilidade das normas constitucionais, sendo, portanto, inadmissível, do ponto de vista jurídico, a inclusão do “social” na definição de Estado de Direito. Em último caso, admitem os teóricos alemães, que o Estado social de Direito poderia, em resumo, representar o intervencionismo estatal para regulamentar as novas necessidades econômicas e sociais, porém, esse princípio social tem o caráter programático, ou seja, atua como mero programa de atuação para o legislador e para a administração, o princípio social não pode ser objeto de aplicação imediata, senão por meio de normas que o concretiza. Ernst Forsthoff apud PÉREZ LUÑO (2003, p. 225) indica que uma interpretação conforme à Constituição do princípio social só pode atribuir o caráter de norma programática .

Segundo Pérez Luño (2003, p. 225-226), esta concepção sobre o Estado social de Direito sofre severas críticas, principalmente da doutrina alemã.³⁴ A passagem do Estado de Direito para o Estado Social de Direito supõe uma radical mutação na sua própria significação jurídico-política, ou seja, o Estado Social de Direito não pretende renunciar as garantias jurídicas obtidas por meio do Estado de Direito, de cunho liberal, almeja, além de defender as liberdades tradicionais de marca individual, implementar a justiça social. Portanto, as notas distintivas do Estado Social de Direito são:

³³ “[...] sólo aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, [...], sino que reconoce y protege comodadoantes que él”. (SCHMITT, 1996, p. 169).

³⁴ Os tratadistas germanos que questionam Carl Schmitt e Ernst Forsthoff são O. Bachof, Begriff, Walter de Gruyter, E. Fechner, C.F. Menger, R. Bäumlín dentre outros (PÉREZ LUÑO, 2003).

a) concordam os tratadistas germanos que o princípio da democracia tem uma inegável dimensão social e econômica, além da dimensão política, e para expressar este pensamento Wolfgang Abendroth apud PÉREZ LUÑO (2003, p. 227). afirma de forma categórica que “a democracia e a estabilidade social que seguem após conflitos derivados de posicionamento das forças econômicas em relação ao domínio político é uma democracia político-formal”.³⁵;

b) o Estado Social de Direito supõe também o reconhecimento, segundo W. Aberndroth apud PÉREZ LUÑO (2003, p. 227, tradução nossa), “da abolição fática da separação entre o Estado e a sociedade”³⁶ disso se infere a possibilidade e a exigência de que o Estado assuma a responsabilidade da transformação da ordem econômico-social, no “sentido de uma realização material da idéia democrática de igualdade”.³⁷ Isto significa que as funções do Estado Social de Direito são de três ordens, segundo J. J. Gomes Canotilho (1999, p. 332-333): a função de primeira ordem significa que o Estado tem a obrigação de manter a segurança interna e externa do Estado e sustentar o exercício de liberdade política e econômica; a função do Estado de segunda ordem consiste em ter “uma política de intervenções e estímulos como fim de criar instrumentos de integração necessários à organização capitalista da economia”; e a função de terceira ordem do Estado pressupõe intervenções qualitativas na ordem econômica existente, isto é, o Estado precisa de instrumentos de transformação e modernização das estruturas econômicas sociais;

c) a terceira nota distintiva é que o Estado Social de Direito implica a superação do caráter negativo dos direitos fundamentais, os papéis dos direitos fundamentais deixam de ser, portanto, meros limites de atuação estatal para transformar-se em instrumento jurídico de controle de sua atividade positiva,

³⁵ La interna conexión de los momentos democracia y estabilidad social se pone em seguida de manifesto si se tiene em cuenta que las posiciones de fuerza económicas suministran mucho dominio político en una democracia entendida de un modo sólo político-formal (apud PÉREZ LUÑO, 2003, p. 227).

³⁶ “la abolición fática de la separación entre el Estado y la sociedad”. (ABERNDROTH apud PÉREZ LUÑO, 2003, p. 227).
³⁶ La interna conexión de los momentos democracia y estabilidad social se pone em seguida de manifesto si se tiene em cuenta que las posiciones de fuerza económicas suministran mucho dominio político en una democracia entendida de un modo sólo político-formal (apud PÉREZ LUÑO, 2003, p. 227).

³⁷ “em el sentido de una realización material de la idea democrática de igualdad” (ABERNDROTH apud PÉREZ LUÑO, 2003, p. 227).

que deve estar orientada a possibilitar a participação dos indivíduos e dos grupos no exercício do poder. Conseqüentemente, o sistema de direitos fundamentais passa a ser composto pelas liberdades clássicas como também pelos direitos econômicos, sociais e culturais, como categorias acionáveis e não como meros postulados programáticos.

Neste mesmo sentido, defende J.J. Gomes Canotilho (1999, p. 326) que o Estado Social de Direito como está pautado no princípio da democracia econômica social, significa uma autorização constitucional concedida ao legislador, ao executivo e ao judiciário de adotarem as medidas necessárias e concretas para a implementação da uma justiça constitucional-social, atribuindo a este princípio uma norma de prestação subjetiva³⁸;

d) a interpretação no sentido democrático do Estado Social de Direito exige que a estrutura estatal funcione por meio de formas pluralistas, que possibilitem e articulem a participação das pessoas e dos grupos no processo político, econômico, social e cultural;

e) por fim, a orientação democrática do Estado Social de Direito não pode renunciar as garantias jurídico-formais do Estado de Direito, a atividade do poder público deve continuar submetendo-se ao princípio da legalidade.

Em suma, Costantino Mortati apud PÉREZ LUÑO (2003, p. 229) afirma que o Estado Social de Direito é a extensão da tutela das liberdades e dos direitos fundamentais àqueles que anteriormente não podiam gozá-los. O Estado Social não implica em debilitar as garantias e as liberdades individuais, inerentes ao conceito clássico do Estado de Direito, tem proporcionado sua aplicação às formações sociais nas quais o cidadão desenvolve sua

³⁸ A problemática em torno deste tema está no fato de se conceber ou não o princípio da democracia social econômica como um *conceito em branco*, “sem qualquer substância normativo-constitucional” (CANOTILHO, 1999, p. 330), ou seja, se este princípio pode ser fundamento imediato e autônomo de pretensões jurídicas subjetivas. A resposta em geral, segundo J.J. Gomes Canotilho, é negativa considerando-se que este princípio é tão-somente um “princípio jurídico fundamental objectivo” (1999, p. 330). Todavia, este mesmo jurista português reconhece que o princípio da democracia social e econômico deve reconhecer-se a natureza de princípio jurídico fundamental, imediatamente vinculante quando o legislador for arbitrariamente inativo e no caso de prevalência dos direitos sociais econômicos, sociais e culturais em relação de conflitos com outros direitos na defesa das condições mínimas de existência humana (CANOTILHO, 1999, p. 330).

personalidade. Disso é que o Estado Social de Direito traz em si a integração dos princípios de liberdade e de solidariedade, antes contrapostos.

2.2.5 A Declaração Universal Dos Direitos Humanos

O século XIX, que sucedeu às Declarações Norte-americana e Francesa, foi marcado, historicamente, por acontecimentos trágicos, gravemente lesivos à implementação das liberdades. As duas guerras mundiais, o processo de descolonização dos povos, os sistemas totalitários, a afirmação dos direitos da mulher, a escravidão, o trabalho forçado, a apartheid, o terrorismo, são circunstâncias, não taxativas, que transcendem a análise do direito humano sob o enfoque, meramente, regional. Pérez Luño (1998, p. 41) parte da premissa de que qualquer atentado contra os direitos e liberdades da pessoa não é uma ‘questão doméstica’ dos Estados, senão um problema de relevância internacional, isso porque, os direitos humanos estão passando por uma etapa de positivação em âmbito internacional. É o reconhecimento da subjetividade jurídica do indivíduo pelo Direito Internacional, que originariamente, pautava-se na atuação de questões que afetassem apenas os Estados, como sujeitos de direito.

A necessidade de promover a internacionalização dos direitos humanos decorreu de vários fatores, acima expostos, mas, com o fim da Segunda Guerra Mundial a comunidade internacional abriu a consciência para o fato de que a “sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana” (COMPARATO, 2003, p. 210).

As Nações Unidas, desde o seu surgimento, em dez de dezembro de 1948, vêm pautando sua trajetória na defesa e na implementação dos direitos humanos, e por meio da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, se concretiza internacionalmente, no artigo I, os princípios axiológicos supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade, retomando, assim, os ideais da Revolução Francesa. Os princípios da liberdade e da igualdade são frutos da teoria jusnaturalista que determinaram o conteúdo ideológico das Declarações Americanas e Francesas.

Já o princípio da solidariedade ou da fraternidade está na base dos direitos sociais e econômicos, são exigências elementares de proteção às classes ou grupos mais necessitados, que na maioria das vezes se encontram excluídos do sistema capitalista e liberal imposto. Prevê na Declaração: o direito à seguridade social (arts. XXII e XXV), o direito ao trabalho e à proteção contra o desemprego (art. XXIII, 1), o direito à remuneração igual por trabalho igual (art. XXIII, 2), o direito ao salário mínimo (art. XXIII, 3), o direito ao repouso, ao lazer, à limitação da jornada de trabalho, às férias (art. XXIV), o direito à livre sindicalização dos trabalhadores (art. XXIII, 4). Este conjunto normativo foi influenciado pelas convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que desde de 1919 já vinha desenvolvendo os direitos dos trabalhadores declarados na Declaração de 1948.

No decorrer dos preparatórios da Declaração Universal o Brasil teve participação importante, pois de acordo com Antonio Augusto Cançado Trindade (2002, p. 30), o país defendeu a adoção de garantias que assegurasse a eficácia dos direitos consagrados e enfatizou a importância da educação.

2.2.6 Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos (1966)

A segunda etapa do processo de institucionalização internacional dos direitos humanos foi completada por dois Pactos Internacionais um sobre Direitos Civis e Políticos e outro sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966. A razão da existência de dois pactos distintos decorre de um momento político em que se encontravam os países, de um lado o bloco dos países capitalistas que insistiam no reconhecimento apenas das liberdades individuais clássicas, protetoras da pessoa humana contra os abuso dos órgãos estatais na vida privada, de outro lado o bloco dos países comunistas que preferiram exaltar os direitos sociais e econômicos, cujo objetivo era promover políticas públicas de apoio às classes excluídas. Decidiu-se, por isso, separar essas duas categorias de direitos em tratados distintos.

Com muita pertinência Fábio Konder Comparato (2003, p. 276) afirma que “essa divisão do conjunto dos direitos humanos em dois Pactos distintos é,

portanto, em grande medida, artificial”. Porque uma das características dos direitos do homem é a sua indivisibilidade, todos formam um único sistema.

O núcleo original do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é a proteção de grupos sociais desfavorecidos contra a dominação socioeconômica exercida pela minoria rica. Por isso, o Estado passa de sujeito passivo para sujeito ativo na relação jurídica com os seus indivíduos. A antijuridicidade está na inércia estatal em limitar o poder econômico privado, mas para evitar isto o presente Pacto tem por objetivos, políticas públicas ou programas de ação governamental e políticas públicas coordenadas entre si. São nestes objetivos que se encontram as grandes dificuldades para a efetivação dos direitos humanos de cunho econômico, social e cultural, porque uma política pública desta natureza exige do Estado a prática de um conjunto de atos interligados entre si, e que nem sempre é fácil alcançar já que o ente público é o principal ator para a implementação desses direitos (COMPARATO, 2003, p. 276-277).

O art. 6º deste Pacto reconhece o direito ao trabalho livre de cada indivíduo, a fim de proporcionar meios de subsistência mínima e digna, o que representa um pressuposto primário para a existência de uma sociedade democrática. Este direito implica duas vertentes opostas, uma o direito de livre exploração de uma atividade econômica exercida de modo individual ou societária, outra o direito a exercer um trabalho assalariado. Os direitos do trabalhador assalariado têm sido objeto de numerosas convenções amparadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). Entretanto, esta última vertente está num processo de decadência já que o Estado do Bem-Estar Social foi fragmentado pelos ideais do neoliberalismo que assolou a humanidade no final do século XX, sob o pretexto da alta competitividade e concorrência que se instaurou no mercado capitalista globalizado, impondo, conseqüentemente, aos Estados, agora neoliberais, reduzir ou suprimir direitos trabalhistas fundamentais, por meio da flexibilização. Segundo Fábio Konder Comparato (2003, p. 344) a implementação do direito ao trabalho depende de dois fatores: a realização de políticas públicas e a instauração de uma nova ordem

econômica, “em que o trabalho não esteja sujeito à denominação dos proprietários ou capitalistas”.

O Brasil, desde o início do processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos, participou de maneira efetiva. A respeito dos dois Pactos Internacionais o Brasil filiou-se à tese de que os direitos econômicos, sociais e culturais deveriam incorporar-se em um Pacto separado. O Brasil insistiu, durante o processo de elaboração destes Pactos, na adoção de garantias particularmente na forma do direito de petição individual e alertou para a importância dos direitos coletivos (TRINDADE, 2000, p. 32-33).

2.3 TERMINOLOGIA E DEFINIÇÃO

Várias expressões são utilizadas para denominar uma mesma realidade, qual seja os direitos humanos. Celso Albuquerque Mello (2000, p. 776) explica que “a questão de terminologia é irrelevante nesta matéria, vez que o alcance de cada expressão já está mais ou menos estabelecida”. Assim são empregadas distintamente as seguintes expressões: direitos naturais, direitos humanos, direito do homem, direitos subjetivos, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos fundamentais do homem. Cada qual apresentando uma definição.

Não é objeto deste estudo esgotar o tema em questão, apenas demonstrar que algumas terminologias e definições estão ultrapassadas, identificando qual ou quais é/são a(s) mais adequada(s), pelo menos, até o presente trabalho. É conveniente analisar as relações respectivas que cada terminologia tem com a noção de direitos humanos.

a) Direitos humanos e direitos naturais

A relação entre estes dois direitos advém do pensamento jusnaturalista, para o qual a teoria dos direitos humanos surge como um prolongamento dos direitos naturais, assim, Thomas Paine apud PÉREZ LUÑO (2003, p. 30, tradução nossa) considera que os direitos humanos constituem a conjunção dos direitos

naturais, “aqueles que correspondem ao homem pelo simples fato de existir”, e dos direitos civis, “aqueles que correspondem ao homem pelo fato de ser membro da sociedade”³⁹. A oposição vem do juspositivismo que só valida juridicamente o direito posto.

b) Direitos humanos e direitos fundamentais

De acordo com Pérez Luño (2003, p. 31) o direito alemão tem basicamente três concepções sob os direitos fundamentais⁴⁰, a primeira entende que são os direitos humanos positivados nas constituições estatais, ou seja, têm caráter estritamente jurídico-positivo. Para a segunda vertente, os direitos fundamentais seriam aqueles princípios que resumem a concepção do mundo e que informa a ideologia política de cada ordenamento jurídico. A terceira concepção concebe os direitos fundamentais como a síntese das garantias individuais contidas na tradição dos direitos políticos subjetivos e as exigências sociais derivadas da concepção institucional do direito. Há uma tendência doutrinária em reservar a terminologia direitos fundamentais para designar os direitos humanos positivados em nível interno de cada Estado, enquanto que a expressão direitos humanos é mais usada no plano das declarações e convenções internacionais.

c) Direitos humanos e direitos subjetivos

Os direitos subjetivos se aproximam da noção de direitos humanos, quando a dimensão do direito é vista como faculdade de fazer reconhecer a vontade dos particulares.

Segundo Pérez Luño (2003, p. 31-32) a imprecisão da terminologia direitos subjetivos indica dificuldade em relacionar a noção desses direitos com a de direitos humanos. Esse jusfilósofo apresenta duas possibilidades de relacionar os direitos subjetivos e os direitos humanos. Assim, para aqueles que sustentam que os direitos subjetivos são expressão de todos os atributos da

³⁹ “aquellos que lê correspondem al hombre por el mero hecho de existir” e “aquellos que lê correspondan al hombre por el hecho de ser miembro de la sociedad” (PAINE apud PÉREZ LUÑO, 2003, p. 30).

⁴⁰ A expressão direito fundamental aparece na França nos anos de 1770, antes da Revolução Francesa, mas foi na Alemanha que ela sofre especial realce (PÉREZ LUÑO, 2003, p. 30).

personalidade, os direitos humanos constituiriam uma subespécie daqueles, ou seja, os direitos subjetivos seriam parcela diretamente relacionada com as faculdades de autodeterminação dos indivíduos.

Agora, se a noção de direitos subjetivos é encarada pelo lado estritamente jurídico, ou seja, as prerrogativas são estabelecidas de acordo com determinadas regras que dão lugar a diversas outras situações especiais e concretas em proveito dos particulares, os termos (direitos subjetivos e humanos) não se identificam. Pois os direitos subjetivos são transferíveis e prescritíveis, já as liberdades derivadas dos direitos humanos são inalienáveis e imprescritíveis (PÉREZ LUÑO, 2003, p. 31-32).

d) Direitos humanos e direitos públicos subjetivos

A categoria dos direitos públicos subjetivos foi elaborada pela doutrina alemã no final do século XIX, a fim de inscrever os direitos humanos em um sistema de relações jurídicas entre o Estado e os indivíduos, o seu caráter técnico-positivo fundamenta um dos pilares do Estado liberal de Direito. Porém, com a passagem do Estado liberal para o Estado social de Direito, esta concepção individualista liberal sobre os direitos humanos vem sendo abandonada em favor da noção mais ampla dos direitos humanos (PÉREZ LUÑO, 2003, p. 33).

e) Direitos humanos e direitos individuais

A terminologia, direitos individuais, foi empregada como sinônimo dos direitos humanos num período em que se reconheceram naqueles determinadas liberdades ligadas à autonomia dos indivíduos. Os direitos individuais correspondem às liberdades civis, de tradição anglo-saxão, já na Alemanha de forma análoga emprega-se a expressão direitos públicos subjetivos. Os direitos humanos são os direitos individuais, cuja ingerência estatal é negativa, e Georg Lellinek denomina como *status libertatis*. Todavia, a expressão, direitos individuais, nas palavras de Pablo Verdú apud PÉREZ LUÑO (2003, p. 35) é pouco correta, porque as dimensões intrínsecas do homem são a sociabilidade e a racionalidade, como exigências sociais da atualidade.

f) Direitos humanos e liberdades públicas

A terminologia, liberdades públicas, aparece na França no final do século XVIII, cuja teoria, segundo Pérez Luño (2003, p. 36), é o reconhecimento ao indivíduo de certos direitos, como de liberdade-autonomia (liberdades individuais clássicas) e liberdade-participação (ou liberdades políticas), fundados no direito positivo e não no direito natural, já que para esta teoria não há nenhum direito superior à legislação positiva. Diante dessa concepção, Jean Rivero apud PÉREZ LUÑO (2003, p. 36-37) entende que os direitos humanos não coincidem com as liberdades públicas, pois não estão num mesmo plano, enquanto estas são direitos humanos positivados, aqueles não têm o mesmo conteúdo já que também incluem os direitos sociais, que não podem ser considerados como liberdades públicas. Por este motivo, que a terminologia, liberdades públicas, tem sido fortemente criticada, já que as liberdades requerem para seus exercícios a intervenção do Estado.

g) Direitos humanos e direito do homem

A terminologia, direitos do homem foi utilizada em diversas declarações, como a Magna Carta da Inglaterra, de 1215, a Declaração de Direito do Bom Povo da Virgínia, nos Estados Unidos da América do Norte, em 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em França, no ano de 1789. Pouco tempo depois dessa declaração, em 1791, a obra *The Rights of Man*, de Thomas Paine⁴¹, contribuiu positivamente na difusão no plano normativo e doutrinário a expressão direito do homem.

A relação que há entre os direitos humanos e os direitos do homem é de uma tradição doutrinária jusnaturalista que tende a considera aqueles direitos como um conjunto de direitos naturais, que dizem respeito ao homem pelo simples fato de ele existir e os direitos civis, que correspondem ao homem pelo fato de ser membro da sociedade (T. PAINE apud PÉREZ LUNO, 2003, p.40). Esta concepção individualista sobre a qual foram criados os direitos humanos é fruto da Idade Moderna como necessidade de justificar e defender o direito de

⁴¹ Segundo Pérez Luño (2003, p. 41) antes da obra de Thomas Paine, o escocês Thomas Spence havia escrito, em 1775, o trabalho intitulado *The Real Rights of Man*. Na Itália o siciliano N. Spedalieri escreveu a obra *Dei Diritti dell'Uomo* de 1791. Isso demonstra o interesse dos jusfilósofos desta época em criarem uma teoria que justificasse o respeito ao homem.

propriedade do homem burguês relacionando-o à gênese do capitalismo moderno.

Não obstante as tentativas doutrinárias em explicar o alcance das expressões direitos humanos e direitos fundamentais. A terminologia direitos humanos pode ser, assim, definida como

Um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, resumem as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional (PÉREZ LUNO, 2003, p. 48, tradução nossa)⁴².

Os direitos humanos assumem, segundo Pérez Luño (1998, p. 47), dupla significação, uma descritiva daqueles direitos e liberdades reconhecidos nas declarações e convenções internacionais, e outra prescritiva compreendendo aquelas exigências mais vinculadas ao sistema de necessidades humanas, que não foram, positivadas, mas que deveriam ter sido.

Enquanto, os direitos fundamentais são “aqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, e na maior parte dos casos em suas normas constitucionais, e que freqüentemente gozam de uma tutela reforçada”⁴³(PÉREZ LUÑO, 1998, p. 46, tradução nossa). Assim, de acordo com Pérez Luño (1998, p. 47) o direito fundamental possui um sentido mais preciso e restrito, delimitado espacial e temporalmente, cuja denominação responde ao seu caráter básico do sistema jurídico político do Estado de Direito.

A partir das lições teóricas de Pérez Luño (2003) sobre as diversas terminologias acerca do tema direitos humanos, outros juristas também se deparam com a dificuldade em adotar como correta uma destas terminologias.

Celso D. Albuquerque Mello (2000, p. 771) adota a definição de Louis Henkin sobre direitos humanos:

⁴² “um conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (PÉREZ LUNO, 2003, p. 48).

⁴³ “aquellos derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, em la mayor parte de los casos em su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”. (PÉREZ LUÑO, 1998, p. 46)

Direitos Humanos constituem um termo de uso comum mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas 'reivindicações morais e políticas, que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem o dever de ter perante sua sociedade ou governo', reivindicações estas reconhecidas como 'de direito' e não apenas por amor, graça ou caridade.

Esta definição não implica o reconhecimento exclusivo das garantias e dos direitos reconhecidos exclusivamente no direito positivado, ultrapassando as fronteiras territoriais dos Estados soberanos.

José Afonso da Silva (2002, p.178), assim como Pérez Luño, reconhece a existência das mais variadas expressões para designar os direitos humanos. Mas, é na expressão, direito fundamental do homem, que ele identifica ser a mais adequada, porque, refere-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico e designa, no nível do direito positivo, uma convivência digna, livre e igualitária a todas as pessoas. Os direitos são fundamentais, no sentido de que, sem os quais a pessoa humana não sobreviveria, devendo eles serem reconhecidos formal e materialmente. E os direitos do homem no sentido de pessoa humana.

Carlos Weis, diferentemente de José Afonso da Silva (1999, p. 19), adota e utiliza a expressão direitos humanos, "a opção se dá especialmente para acompanhar a nomenclatura dos tratados internacionais sobre a matéria". E continua afirmando que tais direitos são denominados "humanos"

[...] não em razão de sua titularidade, mas de seu caráter fundamental para a vida digna, por terem em vista a proteção de valores e bens essenciais para que cada ser humano tenha a possibilidade de desenvolver suas capacidades potenciais (1999, p.20).

E finaliza Carlos Weis (1999, p. 21) que a expressão direito fundamental, prevista na Constituição Federal de 1988, tem a mesma noção de direitos humanos, sob a justificativa acima apresentada.

A Constituição Federal de 1988, no parágrafo 2º, do artigo 5º prescreve que além dos direitos e garantias previstos nesta Carta, outros direitos e garantias também fazem parte do arcabouço jurídico brasileiro decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que o Brasil

seja parte. Esses direitos formam segundo Celso D. de Albuquerque Mello (2000, p. 792) “uma ordem supralegal [...], é uma ordem de valores supraconstitucional”. A própria Constituição estabelece como fundamento “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III) e nas relações internacionais o ordenamento jurídico brasileiro adota como princípios a “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, II). Assim, adotar-se-á a expressão direitos humanos fundamentais, pois esta, ao mesmo tempo em que, assume e reconhece os direitos previstos em Declarações internacionais, também admite a existência desses direitos previstos pelo ordenamento jurídico positivo.

2.4 CLASSIFICAÇÃO

Parafraseando José Afonso da Silva (2002, p. 182) os autores dão diversas classificações dos direitos humanos fundamentais sob os mais variados critérios. Assim, não será objeto profundo de estudo essas distintas classificações⁴⁴.

Modernamente, a doutrina vem apresentando a classificação de direitos humanos fundamentais de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta dimensões⁴⁵. E a existência de várias dimensões decorrem da própria essência humana, que está em constante mutação de valores e necessidades, o que, por sua vez, determina o aparecimento de novos direitos. Daí falar-se em diversas dimensões de tutela do homem, confirmando a tese de que o direito é

⁴⁴ J.J. Gomes Canotilho (1999, p. 374-380) apresenta uma classificação sob o ponto de vista jurídico-constitucional como sendo: a) de direitos, liberdades e garantias pessoais, direitos, liberdades e garantias políticas e direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, b) direitos económicos, sociais e culturais; Jellinek propõe outra classificação *status libertatis*, *status civitatis*, *status activae civitatis*, *status positivus socialis*, e esta classificação é seguida por Pérez Luño (1998, p. 160-168). Com base na Constituição Federal Brasileira de 1988 José Afonso da Silva classifica os direitos fundamentais em direitos individuais, direitos coletivos, direitos sociais, direitos à nacionalidade, direitos políticos (2002, p. 183).

⁴⁵ A classificação dos direitos humanos fundamentais em **dimensões** recebe por parte doutrina brasileira outra terminologia: **gerações**. Esta expressão recebe críticas da doutrina, pois ela induz o equívoco de um processo substitutivo, compartimentado e estanque, levando a supor caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade, já que as transformações da sociedade são resultados do desenvolvimento e da mudança social proporcionado efeitos diretos na ampliação e universalização dos “novos” direitos. (cf. BONAVIDES, Paulo, 2004, p. 562-572; LAFER, Celso, 1999, p. 125-133; MORAES, Alexandre de, 2000, p. 44-46; WOLKER, Antônio Carlos, 2002, p. 9-29; WEIS, Carlos, 1999, p. 37-65).

mutável e provisório, ou seja, a todo instante novos direitos surgem a fim de resguardar a dignidade humana.

2.4.1 Primeira Dimensão

Os direitos de primeira dimensão são os direitos da liberdade surgidos com o jusnaturalismo e positivados nas Constituições européias e americana do século XVIII, são os direitos civis e políticos, os primeiros são liberdades-autonomia e os segundos são liberdades-participação.

A titularidade desses direitos é inerente ao indivíduo, cujo objetivo é a expansão da personalidade do homem sem sofrer interferência do Estado ou de terceiros. Assume o Estado uma posição de sujeito passivo, garantindo direito subjetivo ao indivíduo de se opor ou de resistir contra os atos estatais.

Aspecto relevante a ser analisado nos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão é a ausência, num primeiro momento, nos dois principais textos normativos, a Declaração de 1789 e a Constituição Americana, de preocupação jurídico-filosófica em proteger o direito da coletividade, porém, na evolução do liberalismo o individualismo ver-se-ia complementado pelo reconhecimento dos direitos individuais exercidos coletivamente, permitindo o surgimento dos partidos políticos e dos sindicatos, este reconhecimento se deu na Primeira Emenda da Constituição Americana. Esses direitos individuais exercidos coletivamente são incorporados à doutrina e aos textos normativos constitucionais no século XIX.

2.4.2 Segunda Dimensão

Os direitos de segunda dimensão surgem da falência do Estado de Direito de cunho liberal e individual que não conseguiu satisfazer as necessidades vitais da população pobre apenas com a garantia da liberdade individual. Como resposta a desigualdade social e a inércia do Estado, a partir do século XIX várias doutrinas de cunho social começaram a surgir, reivindicando aos desprivilegiados um bem-estar social. É por essa razão que os direitos de segunda dimensão: econômicos, culturais e sociais, são denominados por

Celso Lafer (1999, p. 127) de direitos de créditos do indivíduo em relação à coletividade .

Tais direitos têm como sujeito ativo o indivíduo, titular do direito de primeira dimensão, e como sujeito passivo o Estado, que sai do isolamento e da não-intervenção e vai para uma posição dinâmica e intervencionista de implementação efetiva dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Acompanhando esta mutação positiva do direito, o direito constitucional moderno passou a denominar os textos constitucionais em Constituições Sociais, que significa que os direitos humanos têm que cumprir uma função social (WEIS, 1999, p. 39).

Os direitos de segunda dimensão são essenciais para os direitos de primeira geração e vice-versa porque como afirma Celso Lafer (1999, p.130) “é, no entanto, da convergência entre as liberdades clássicas e os direitos de crédito que depende a viabilidade de democracia no mundo contemporâneo” .

2.4.3 Terceira Dimensão

Os direitos humanos de terceira dimensão, ou direitos de fraternidade ou solidariedade⁴⁶ cristalizaram-se no fim do século XX quando a humanidade começou a observar que alguns bens de valor universal entraram num processo de decadência ao ponto deles não existirem mais para as próximas gerações humanas. “Decorrem, pois, da reflexão acerca de temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação ao patrimônio comum da humanidade” (LEITE, 2001, p. 29). Portanto, tais direitos protegem interesses que transcendem os interesses individuais, o que os torna distintos

⁴⁶ A doutrina brasileira comumente denomina o direito de terceira dimensão como direito de fraternidade ou de solidariedade como expressões sinônimas. No entanto, dois doutrinadores estrangeiros não as utilizam como sinônimas. Segundo Paulo Bonavides (2004), para Karel Vasak o mundo, principalmente depois da Segunda Guerra Mundial, viu-se dividido em países ricos e países pobres (alguns em fase de desenvolvimento precário) o que propiciou o surgimento de um novo direito capaz de regular o direito ao desenvolvimento baseado na fraternidade, que é um dos postulados da Revolução Francesa de 1789. Ao contrário, Etiene-R. Mbaya, formulador do chamado “direito ao desenvolvimento”, identifica como caracterizador do direito de terceira dimensão a solidariedade, e não a fraternidade, isso porque, admite que a descoberta e a formulação de novos direitos são e sempre serão um processo sem fim, de tal modo que quando “um sistema de direitos se faz conhecido e reconhecido, abrem-se novas regiões da liberdade que devem ser exploradas” (apud BONAVIDES, 2004, p. 569-570).

dos direitos de primeira e segunda dimensões. Objetivam os direitos de terceira dimensão garantir a “existencialidade concreta” do gênero humano (BONAVIDES, 2004, p. 569).

Os direitos globais⁴⁷ ou direitos de terceira dimensão têm como titular ativo os grupos humanos, como a família, o povo, a nação, as coletividades, ou seja, a própria humanidade, sendo denominados processualmente como direitos coletivos ou difusos. Em contra partida, os Estados, individual ou coletivamente, são responsáveis pela efetivação de tais direitos, como se dá em relação aos direitos de segunda dimensão.

2.4.4 Quarta Dimensão

A globalização econômica é uma consequência direta do neoliberalismo, cuja filosofia consiste na ausência de atuação estatal para implementação de políticas econômicas e sociais, levando ao que Paulo Bonavides (2004, p. 571) chama de “dissolução do Estado nacional”. Esta globalização política neoliberal pauta-se na presença de valores econômicos e na ausência de valores humanos.

Há outra globalização política, que segundo Paulo Bonavides, está radicada na teoria dos direitos humanos e sendo a única que interessa aos povos de periferia. É a normatização jurídica dessa globalização política, fundamentada nos direitos humanos, motivou o surgimento de novos direitos, que o mesmo jurista denomina de direitos de quarta dimensão, que “correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social” (2004, p. 571). São direitos de quarta dimensão⁴⁸ o direito à democracia, à informação e ao

⁴⁷ Esta expressão é utilizada por Carlos Weis (1999, p. 62).

⁴⁸ Segundo Francisco Vieira Lima Neto (1998) há quem defenda que a formação dos direitos de quarta dimensão está sendo provocada pelas pesquisas biológicas, consideradas necessárias para assegurar os direitos do indivíduo diante das manipulações do patrimônio genético. São direitos referentes à biotecnologia, a bioética e à regulação da engenharia genética, à vida humana, como a reprodução humana, eutanásia, cirurgia intra-uterinas, transplantes de órgãos. Com isso, o Direito estaria protegendo não só o homem enquanto indivíduo, mas também, e principalmente, como membro de uma espécie. Em 1997 foi adotada pela Assembléia Geral da UNESCO a “*Declaração dos Direitos do Homem e do Genoma Humano*”, com cada um dos países signatários assumindo o compromisso de divulgar seu conteúdo e pugnar pela busca de soluções que conciliem desenvolvimento tecnológico e respeito aos direitos do homem. A maior preocupação da UNESCO é criar um diálogo entre a ciência e a ética, indicando como o interlocutor o Direito.

pluralismo, que também devem ser concretizados positivamente pelos Estados, assim, como os direitos de segunda e terceira dimensão.

2.4.5 Quinta Dimensão

O século XX foi marcado pela revolução nos meios de comunicação, pois houve uma explosão das tecnologias de informação, surgindo a Internet. O homem começa a deixar de lado os velhos meios de comunicação (como cartas, telégrafos) e passam a adotar, em substituição a esta antiga realidade, a chamada comunicação virtual. Este desenvolvimento tecnológico, sem dúvida, trouxe um grande avanço para toda sociedade. Porém, juntamente com este benefício que está sendo proporcionado para a sociedade, que passa a utilizá-lo de maneira incomum, surge também os malefícios.

Em virtude dessa constatação torna-se fundamental definir uma legislação que venha regulamentar, controlar e proteger os provedores e os usuários dos meios de comunicação eletrônica de massa. Aqui, mais uma vez, o Direito deve acompanhar a evolução da tecnologia, criando mecanismos jurídicos de ordem civil e penal, como afirma Daniela Beppler apud WOLKMER (2202, p. 22-23):

Um Direito Civil da Informática e um Direito Penal da Informática. O primeiro englobaria relações privadas e que envolvem a utilização da informática, como por exemplo, programas, sistemas, direitos autorais, transações comerciais, entre outros. O segundo, o Direito Penal da Informática (...) diz respeito às formas preventivas e repressivas, destinadas ao bom e regular da informática no cotidiano.

Importante considerar, nesse quadro das dimensões de direitos fundamentais, que o aparecimento de uma nova dimensão não exclui outra já formada, pois se trata de um processo qualitativo e cumulativo, decorrente da necessidade histórica de ser satisfeita as necessidades do homem diante do progresso técnico ou de novas ameaças à sua liberdade.

2.5 CARACTERÍSTICAS

O tema direitos humanos fundamentais se desenvolveu à sombra dos ideais jusnaturalistas modernos⁴⁹, logo, as características desses direitos também se pautam nos mesmos ideais.

Não obstante as divergências da doutrina brasileira quanto à caracterização dos direitos humanos fundamentais⁵⁰, adotar-se-á, a concepção desenvolvida por Carlos Weis (1998, p. 108), que apresenta as seguintes características para os direitos humanos fundamentais: imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, inerentes, universais, indivisíveis e interdependentes e transnacionais.

A imprescritibilidade dos direitos humanos significa que tais direitos não se perdem pelo decurso do tempo, ou seja, nunca deixam de ser exigíveis, isso porque, a prescrição é um instituto jurídico que só atinge a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial

A inalienabilidade dos direitos humanos advém do fato de que os mesmos não têm conteúdo econômico-patrimonial, ou seja, são inegociáveis, e, portanto, são intransferíveis seja a título gratuito ou oneroso, uma vez concedido pela ordem constitucional a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis.

A irrenunciabilidade dos direitos humanos consiste no seu caráter essencialmente indisponível, permitindo o prosseguimento de fins individuais, mas, além dessa função, desempenham também outras funções, de caráter social, institucional ou estatal, que estão subentendidas num interesse público, de que os particulares não podem dispor, mesmo que voluntariamente, de um

⁴⁹ Durante os séculos XVII e XVIII o Direito Natural sofreu uma revitalização no seu paradigma propiciando, assim, o desenvolvimento do jusnaturalismo moderno, ou seja, este buscou responder o deslocamento do objeto de pensamento, da natureza para o homem, que caracteriza a modernidade (LAFER, 1999, p. 37-38).

⁵⁰ Alexandre de Moraes (2000, p. 41) sintetiza essas características dos direitos humanos fundamentais da seguinte maneira: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, efetividade, interdependência e complementaridade José Afonso da Silva (2002, p. 181) reconhece como caracteres desses direitos os seguintes: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade.

direito fundamental, porque afetaria o bem comum, que é o objeto de proteção principal do direito humano. Por isso, esses direitos não podem ser objeto de renúncia.

A inerência dos direitos humanos advém da noção de que esses direitos são inerentes a cada pessoa, pelo simples fato de existir, decorre do fundamento jusnaturalista racional adota pelas Declarações dos Direitos Humanos e de Direitos da Virgínia, os direitos humanos são inatos ao próprio ser humano, que nasce livre, anterior à criação do Estado, servindo como limitadores da atuação estatal. Segundo Carlos Weis (1999, p. 111) a dimensão contemporânea desta característica é outra, ou seja, os direitos humanos fundamentais exercem a seguinte função “de propiciar a constante alteração do sistema normativo dos direitos humanos, sempre que se renovar o entendimento do que seja a ‘dignidade a todos os membros da família humana’”. Conseqüentemente, o Estado contemporâneo é sujeito passivo e ativo na efetivação dos direitos humanos.

A universalidade dos direitos humanos decorre da característica de inerência, esses direitos são inatos a toda espécie humana, sem qualquer distinção de sua nacionalidade, sexo, credo, convicção político-filosófica, posição social. A internacionalização dos direitos humanos a partir da Declaração Universal de 1948 significa que tais direitos não são restritos à órbita interna dos Estados, mas, ultrapassam reconhecendo-os internacionalmente, conseqüentemente, surge um novo sujeito de direitos no plano internacional: a pessoa.

Carlos Weis (1999, p. 111) afirma que essa característica tem relação direta com a historicidade, ou seja, os direitos humanos nascem, modificam-se e desaparecem. A historicidade desses direitos afasta um paradigma jusnaturalista de que eles mesmos são imutáveis, encontram-se em constante mutação acompanhando as transformações impostas ou desejadas pela sociedade. Norberto Bobbio (2004, p. 38), nesse mesmo sentido, defende que não existem direitos humanos por natureza, “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”, e continua afirmando, ser impossível “atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos” (2004, p. 38).

A indivisibilidade e interdependência são características interligadas, porém, cada uma com conteúdo próprio. Ao se afirmar que os direitos humanos são indivisíveis se está a dizer que é impossível a pessoa ser pela metade ser humano, portanto, só há vida plena e digna se todos os direitos humanos estiverem sendo respeitados, sejam de primeira, segunda, terceira, quarta ou quinta dimensão. Os direitos humanos não podem ser analisados isoladamente, eles fazem parte de um conjunto de normas.

A interdependência está diretamente relacionada às várias dimensões dos direitos humanos “ao se entender um certo direito não alcança a eficácia plena sem a realização simultânea de alguns ou de todos os outros direitos humanos” (WEIS, 1999, p. 118).

Esta característica como a complementaridade dos direitos humanos, significando que eles mesmos devem ser interpretados conjuntamente com a finalidade de alcançar a promoção e garantia da dignidade do ser humano (MORAES, 2000, p. 41).

A transnacionalidade é definida por Dalmo Dallari apud WEIS (2004, P. 121), para quem

Os direitos fundamentais da pessoa humana são reconhecidos e protegidos em todos os Estados, embora existam algumas variações quanto à enumeração desses direitos, bem como quanto à forma de protegê-los. Esses direitos não dependem da nacionalidade ou cidadania, sendo assegurados a qualquer pessoa (apud WEIS, 2004 p. 121).

É verdadeira esta noção de que os direitos humanos acompanham a pessoa onde quer que ela esteja e independentemente da sua nacionalidade ou cidadania.

A inviolabilidade dos direitos humanos fundamentais é a impossibilidade das leis infraconstitucionais e dos atos administrativos das autoridades públicas de estabelecerem normas que as desrespeitem, sob pena de responsabilização civil.

2.6 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Considerando a historicidade dos direitos humanos verifica-se que a definição desses direitos aponta para uma pluralidade de significados. Em decorrência dessa pluralidade, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida com o surgimento da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Os direitos humanos encontram-se num constante estágio de mutação, ou seja, no dizer de Hannah Arendt, apud LAFER (1999, p. 133) eles “não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”. Esta concepção é fruto das diversas atrocidades que o ser humano vem sofrendo no decorrer da construção das teorias sobre os direitos humanos. Para Ignacy Sachs apud PIOVESAN (2003, p. 94), “o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial”. E neste cenário internacional que se tenta reconstruir uma nova roupagem para os direitos humanos, como paradigma ético na orientação da ordem internacional contemporânea.

Neste sentido, a Declaração Universal de 1948 torna-se um marco na reconstrução dos direitos humanos, pois ela introduz a concepção contemporânea de que tais direitos são universais, indivisíveis, interdependentes. A Declaração introduz o pensamento de que os direitos humanos só existem na sua integralidade quando há diálogo do discurso liberal da cidadania com o discurso social. Ao examinar esta contemporânea concepção Hector Gros Espiell apud PIOVESAN (1998, p. 79) afirma:

Só o reconhecimento integral de todos esses direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civis e políticos, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua vez, de verdadeira significação [...].

Reiterando esta concepção, a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 endossa estes dois aspectos que caracterizam os direitos humanos contemporânea: o alcance universal e a unidade indivisível e interdependente que assumem, revigorando e estendendo a legitimidade da chamada concepção contemporânea dos direitos humanos.

Em face dessas características a ordem normativa internacional afasta por completo a noção equivocada de que os direitos civis e políticos têm aplicação imediata e são autênticos direitos fundamentais, e de que, os direitos sociais, econômicos e culturais não são acionáveis de imediato, pois são meramente ideológicos e não políticos. Esta teoria liberal e conservadora não mais persiste no mundo contemporâneo, pois todas as dimensões de direitos humanos são na afirmação de Flávia Piovesan (2003, p. 96) “autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância”. No mesmo sentido é o pensamento de Antônio Augusto Cançado Trindade (2000, p. 152) afirma que o Estado é o responsável permanente pela vigilância dos direitos econômicos, culturais e sociais e o reconhecimento de que eles são de aplicabilidade imediata.

Flávia Piovesan (2003, p. 99-108) demonstra que no sistema internacional de proteção aos direitos humanos há seis fatores de feições contemporâneas delineando os desafios e as perspectivas deste sistema à luz desta nova ordem contemporânea.

O primeiro fator é o processo de expansão de direitos humanos que traduz no alargamento da gramática dos direitos humanos (direitos de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta dimensões).

O segundo fator é o processo de identificação de novos sujeitos de direito e a criação de tutela jurídica específica no plano internacional. Os direitos humanos protegem, genericamente, todo e qualquer ser humano pelo simples fato de sê-lo e, numa perspectiva contemporânea, protegem também sujeitos de direito que se encontram em uma situação peculiar e particular, exigindo um

tratamento jurídico específico e diferenciado⁵¹. Desta forma, o sistema internacional vem criando novas tutelas jurídicas específicas de proteção desses novos sujeitos⁵².

O terceiro fator é o reconhecimento de novos atores na ordem internacional, que tradicionalmente, sempre recaiu para os Estados, mas, que no mundo contemporâneo apresentam-se insuficientes e decadentes, surgem; portanto, como novos atores as organizações internacionais, os blocos econômicos, a sociedade civil internacional. E complementando este terceiro fator, o surgimento de novos atores internacionais demanda a democratização dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, ou seja, além dos mecanismos de monitoramento, previstos nos tratados internacionais, feitos pelos de relatórios internacionais, é indispensável a aceitação pelos Estados da sistemática de petição individual perante os organismos de proteção dos direitos humanos. Esta sistemática cristaliza o indivíduo como sujeito de direito internacional e a capacidade processual do indivíduo no plano internacional.

Um quarto desafio contemporâneo refere-se à implementação pelos Estados de parâmetros protetivos mínimos internacionais relacionados à legislação nacional, como leciona Flávia Piovesan (2203, p. 104)

O Estado passa a ter obrigação jurídica de respeitar os direitos internacionais, bem como passa a ter o dever de adotar todas as medidas de direito interno, harmonizando sua legislação à luz dos parâmetros internacionais.

O quinto desafio contemporâneo consiste em conscientizar atores não-estatais da inevitável implementação e cumprimento dos direitos humanos. Neste sentido, surgem três atores fundamentais: as agências financeiras internacionais, os blocos regionais econômicos e o setor privado.

Os primeiros atores são o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, que apesar de estarem vinculados ao sistema das Nações Unidas, “carecem

⁵¹ Neste processo de identificação de novos sujeitos de direito encontra-se as mulheres, as crianças, os idosos, homossexuais, dentre outras categorias vulneráveis que devem ser tratada de maneira especial e diferenciada.

⁵² É neste contexto que as Nações Unidas aprovam as Convenções sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, contra a Mulher, sobre o Direito das Crianças etc.

de uma política vocacionada aos direitos humanos”, conforme afirma Flávia Piovesan (2003, p. 105). Enquanto, que a política dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos é de inclusão, o Fundo Monetário Internacional adota, diversamente, a política de exclusão, orientada pela chamada condicionalidade submetendo os países em desenvolvimento a modelos de ajustes estrutural incompatíveis com os direitos humanos, ocorre quase sempre omissão dos credores em relação às necessidades de recuperação econômica dos países devedores, impedindo até a implementação de programas humanitários⁵³.

Os segundos atores, os blocos regionais econômicos vislumbram os mesmos paradoxos de tensão entre a exclusão do processo de globalização e os movimentos que tentam reforçar a democracia e os direitos humanos como parâmetros de criação de uma nova ordem internacional.

No que se refere ao setor privado, há também que evidenciar a sua responsabilidade social, principalmente as multinacionais, que são as maiores beneficiárias do processo de globalização.

Por fim, o sexto fator de feição contemporânea, apresentado por Flávia Piovesan (2003, p. 105), é o destaque ao processo de justicialização do Direito Internacional, no sentido de enfatizar e reforçar o sistema sacionatório internacional, mediante a imposição de sanções políticas, morais e jurídicas; democratizar para os indivíduos e as entidades não-governamentais a possibilidade de atuarem e utilizarem de maneira direta e participativa dos

⁵³ Afirma o economista Raimundo Avelino e Silva (2004): “O Brasil, como os chamados países emergentes e os da América Latina, devedores do FMI, tiveram que se submeter a essa dura cartilha com enorme sacrifício para o seu povo. No caso do Brasil, as metas de compressão de despesas, por exemplo, com educação e saúde, se sujeitam a um parâmetro inarredável: aplicação do percentual de 4,5% do Produto Interno Bruto (PIB) referente ao superávit primário. Basta citar que do total das receitas da União no 1º semestre de 2004, no valor de R\$ 816,8 bilhões, vêm sendo subtraídos cerca de R\$ 6,12 bilhões, por mês, para pagamento de juros da dívida externa. Para mudar esse quadro não basta uma simples reforma interna do FMI. A Organização das Nações Unidas (ONU) poderia criar um organismo supranacional com a função de regulação e controle de operações internacionais de crédito e com poder para impedir a imposição de políticas ditadas pelos credores internacionais como forma de extrair recursos dos países devedores, emperrando suas economias e gerando mais pobreza”.

mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos e fortalecer estes mecanismos já existentes⁵⁴.

No dizer de Norberto Bobbio (2004, p. 59-60):

Mas só será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia *dentro* do Estado – que é ainda a característica predominante da atual fase – para a garantia *contra* o Estado.

Apesar de Flávia Piovesan demonstrar a existência desses seis fatores de feições contemporâneas no sistema internacional de proteção aos direitos humanos. É inegável que o fenômeno da globalização tem fomentado o abismo econômico entre as empresas e os trabalhadores, pois durante os séculos XX e XXI, mais do que nunca, parece impossível conciliar os direitos humanos econômicos e sociais com a globalização (MELLO, 2000, p. 806).

Esta incompatibilidade da globalização com alguns direitos humanos fundamentais dos trabalhadores, como o direito ao trabalho (art. 6º) e o direito a uma remuneração decente (art. 7º), ambos do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), propicia a desregulamentação do trabalho, que se propõe a “eliminar a proteção ao trabalho colocando o trabalhador perante o capitalista sem qualquer proteção isto é, legalizar a sua exploração” (MELLO, 2000, p. 808).

A conclusão a que se chega, neste tópico, é que os direitos humanos fundamentais, principalmente os sociais, para serem implementados necessitam de um grande esforço, solidariedade e paciência por parte daqueles que visam a sua efetivação.

Neste capítulo foram feitas abordagens jurídica, histórica e filosófica sobre os direitos humanos fundamentais, contextualizando com as teorias jusnaturalista, juspositivista e jusrealista, que explicam e fundamentam a existência dos direitos humanos, também foram apontadas as principais Declarações

⁵⁴ Os sistemas regionais como o europeu e o interamericano possuem as suas Cortes de Direitos Humanos na defesa dos direitos humanos. Na ONU a Corte Internacional de Justiça, cuja jurisdição só pode ser acionada pelos Estados.

internacionais que propiciaram a concretização desses direitos. Dentre as diversas terminologias e definições apresentadas, adotou-se a expressão direitos humanos fundamentais, uma vez que esta se compatibiliza com as dimensões e com as características apresentadas. E por fim, demonstrou-se o quanto foi e continua sendo importante o estudo desse tema sob a perspectiva dos direitos humanos fundamentais.

O próximo capítulo se preocupará em correlacionar os fundamentos dos direitos humanos fundamentais com os direitos sociais dos trabalhadores, mais especificamente, a negociação coletiva.

3 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

A negociação vem do latim *negotiatione*, que significa ato ou efeito de negociar segundo o dicionário Aurélio (1986, p. 1186), ela é o processo pelo qual se alcança um acordo entre o comprador e o vendedor sobre o preço de bens ou serviços. No mercado de trabalho, esse tipo de atividade ocorre continuamente entre empregadores e trabalhadores assalariados, por meio da qual estas partes tentam promover novas condições de trabalho. É possível que a negociação no âmbito das relações de trabalho seja realizada individualmente, trabalhador e empregador, ou realizada coletivamente, que ocorre entre um grupo de trabalhadores, agindo em conjunto ou por intermédio do seu sindicato, e empregador ou grupo de empregadores.

Este trabalho tem como foco apenas a negociação coletiva de trabalho⁵⁵. Esta seção mostra, de forma geral, os principais elementos que integram o tema: negociação coletiva. O objetivo é apresentar um conceito sobre negociação coletiva de trabalho. Identificar qual é a natureza jurídica deste instituto de direito coletivo do trabalho. Analisar as funções e os princípios referentes à negociação coletiva de trabalho pertinentes aos direitos humanos. Examinar os tipos de duração dos instrumentos coletivos de trabalho.

3.1.1 Conceito de Negociação Coletiva de Trabalho

Muitos estudiosos do Direito confundem o termo conceito com o termo definição, no entanto, há uma diferença elementar entre estes termos: conceito é uma palavra derivada de *conceptus*, de *concipere*, que significa conceber, ter

⁵⁵ Esta negociação coletiva não se confunde com a do artigo 107 da Lei 8.078, de 11/09/1990, que regulamente às relações de consumo.

idéia, considerar, o conceito indica o sentido, a interpretação, a significação que se tem das coisas, dos fatos e das palavras (SILVA, 1996, p. 484); a definição é uma delimitação deste conteúdo pela enumeração de seus elementos. Nesse sentido afirma Carlos Henrique Bezerra Leite (2001, p. 95) que “à luz da Ciência do Direito, conceito é a idéia, que se expressa mediante palavras, de um dado instituto jurídico; já a definição é o significado dessas palavras”.

À primeira vista, o conceito de negociação coletiva parece ser relativamente simples, mas a aplicação prática desse conceito pode assumir uma infinita variedade de formas. Não é essencial ter um conceito universalmente aceito. Todavia, no âmbito internacional, o instituto da negociação coletiva está regulado pelas Convenções n. 98 e 154 da Organização Internacional do Trabalho, ambas ratificadas pelo Brasil⁵⁶.

A Convenção n. 98 estabelece uma relação direta entre o direito sindical e a negociação coletiva, ao prescrever a necessidade de existir, em âmbito nacional de cada país, medidas que estimulem e fomentem a negociação voluntária entre empregadores e as organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regulamentar, por meio de contratos coletivos de trabalho, as condições de emprego (art. 4º). Logo, ao mesmo tempo em que o governo deve fomentar e estimular a negociação coletiva, ele não pode, em contra partida, obrigar as partes a concluir contratos coletivos.

Posteriormente, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) decidiu, em 1981, adotar uma nova Convenção de n. 154 conceituando negociação coletiva de trabalho da seguinte maneira:

Artigo 2. Para efeito da presente Convenção, a expressão “negociação coletiva” compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de:

a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou

⁵⁶ Convenções n. 98 e 154 foram promulgadas pelos respectivos Decretos 33.196, de 19/06/1953 e 1256, de 19/09/1994.

- b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou
- c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

Esta mesma Convenção completa dispendo que “as medidas adequadas às condições nacionais deverão ser adotadas para fomentar a negociação coletiva” (art. 5º), e que essas medidas “não deverão ser concebidas ou aplicadas de modo a restringir a liberdade de negociação coletiva” (art. 8º).

No mesmo sentido a Recomendação n.º. 163 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) declara que o direito de negociação deve ser amplo e assinala a conveniência da disponibilidade de informações facilitadas entre as partes, permitindo, assim, que ambas possam negociar de boa-fé já que conhecem a situação uma da outra. E esta Recomendação propõe que nas próprias convenções coletivas as partes estipulem mecanismos de solução das controvérsias que resultarem da sua aplicação, como a arbitragem privada e a mediação.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) sempre sustentou a importância da negociação coletiva para o desenvolvimento do processo democrático nas relações de trabalho. E sempre permaneceu com o objetivo de manter: o vínculo entre progresso social e crescimento econômico; a garantia dos princípios e direitos fundamentais no trabalho, que se reveste de uma importância e de um significado especial, ao assegurar aos próprios interessados a possibilidade de desenvolver plenamente seu potencial humano e de reivindicar livremente e em igualdade de oportunidades uma participação justa nas riquezas a cuja criação têm contribuído.

Desta forma, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1998, resolveu por meio da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho instituir e promover os seguintes princípios relativos aos direitos fundamentais do trabalho: a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; a abolição efetiva do trabalho infantil; e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

No cenário internacional, há por parte da Organização Internacional do Trabalho uma preocupação constante em criar mecanismos que facilitem a implementação do instituto da negociação coletiva no âmbito das relações de trabalho. Daí, verifica-se o quão é importante este instrumento na concretização dos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores, haja vista que, o diálogo entre a negociação coletiva e os direitos humanos fundamentais constituem instrumentos eficazes de realização e concretização da dignidade da pessoa humana, da erradicação das desigualdades sociais possibilitando, assim, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que são fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, instituído pela Constituição de 1988.

A partir dessas premissas básicas implantadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) os diversos conceitos sobre negociação coletiva devem ter como paradigmas tais premissas, sob pena de não acompanhar os três motivos inspiradores da criação desta Organização, que de acordo com Durand e Jaussaud apud SUSSEKIND et al (1999, p. 1472) consistem: a) na justiça social, “por existirem, ainda, condições de trabalho que implicam, para um grande número de pessoa, miséria e privações”; b) na injustiça social, “para a manutenção da paz, em vista do descontentamento que gera”; e c) na similaridade das condições de trabalho na ordem internacional, “a fim de evitar que os esforços de certas nações desejosas de melhorar a sorte dos seus trabalhadores possam ser obstadas pela não-adoção, por outros países, de regimes de trabalho realmente humanos”.

No direito coletivo do trabalho alienígena a negociação coletiva é tema bastante discutido entre os juristas. O ponto de partida deste tema vai depender se as relações coletivas de trabalho são desenvolvidas nos países da *common law* ou da *civil law*. Afirma Ascarelli apud MAZZONI (1972, p. 117) que enquanto as relações coletivas de trabalho assumem um caráter prevalente nos países da *common law*, nos países da *civil law* a negociação coletiva assume um caráter complementar, haja vista que, a Constituição e a lei apresentam o caráter proeminente, devendo negociação coletiva apenas

limitar-se a preencher os espaços vazios ou livres deixados pela legislação heterônoma imperativa.

Em suma, a negociação coletiva nos países da *common law* baseia-se na vantagem, no plano contratual, de pertencer o trabalhador a um dado sindicato e que este tem a mesma força negocial que os empregadores a ponto de espontaneamente disciplinar as relações coletivas de trabalho. Enquanto que, nos países da *civil law* a posição do trabalhador é de pertencer a uma organização sindical essencialmente tutelar, cujas regras já são estipuladas, pelo próprio Estado detentor do poder de legislar e além de exaltar legalmente o dever de paz social, ele atua como mediador das forças sindicais contrapostas.

Diante desta distinção preliminar, a Procuradora do Ministério do Trabalho Maria Aparecida Gugel (1994) desenvolveu um estudo acerca da negociação coletiva nos Estados Unidos da América. A formação histórica, na *common law*, das relações entre empregado-empregador está embasada na negociação coletiva, visando não só aos interesses diretos de patrões e empregados, mas também o interesse público, ou seja, o interesse da sociedade e não do Estado. A característica fundamental do sistema norte-americano de relações do trabalho constitui-se no direito de empregadores e sindicatos negociarem livremente os termos e condições de emprego, longe de qualquer imposição governamental. Disso resulta, segundo a autora, que o sucesso da negociação coletiva só existe se as partes forem tratadas de maneira eqüitativa, sendo função da lei procurar igualar o poder de barganha. Ao longo dos anos as cortes judiciais e os sindicatos edificaram os limites para as partes negociarem, é obrigação mútua entre os empregadores e representantes dos empregados negociarem sobre salários, horas de trabalho, os direitos de greve e lockout e outros termos e condições de emprego, e estas negociações devem ocorrer em tempo razoável e sejam dirigidas de boa-fé. Às vezes, a negociação é submetida à arbitragem para preservar tais direitos e limites.

Prossegue a autora informando que a boa-fé é a essência da negociação coletiva no direito americano, que consiste:

a) a tentativa de ajustar diferenças e alcançar bons termos para ambas as partes; b) as contrapropostas devem ser oferecidas quando aquela da outra parte for rejeitada; c) a posição da parte em cada termo do contrato deve estar clara, não se permitindo constantes mudanças; d) não é permitido comportamento evasivo durante as negociações e, deve existir boa vontade entre os contratantes para ajustar e incorporar ao contrato termos oralmente acertados (GUGEL,1994).

A partir dessa posição norte-americana sobre o papel da negociação coletiva nas relações coletivas de trabalho verifica-se, claramente, que a formação filosófica sobre os direitos humanos continua baseada nos fundamentos do Estado Liberal de Direito.

A negociação coletiva na União Européia tem como fundamentos básicos as Convenções (n. 98 e 154) e a Recomendação (n. 163) da Organização Internacional do Trabalho (OIT), com isso impera nas relações coletivas de trabalho o diálogo social, por meio do qual os Estados-membros, as organizações sindicais profissionais e patronais pertencentes desta comunidade européia legitimam a negociação coletiva como sendo um acordo de caráter, eminentemente, consensual.

Os países integrantes do Mercosul apresentam, de certa maneira, as mesmas características quando o assunto é negociação coletiva. Desde a década 1970 estudos são realizados pela Organização Internacional do Trabalho na América Latina sobre este tema. Detectou-se que no processo negocial há uma mescla de autonomia e intervenção estatal, na medida em que sendo negativa a fase de negociação automaticamente os sujeitos coletivos buscam a intervenção estatal, o que acaba afetando um comportamento mais autônomo das partes. Entretanto, mudanças vêm sendo observadas, principalmente, no plano político e econômico o que está proporcionando o afastamento, gradativo, dos velhos paradigmas e a implementação de um modelo sindical mais atuante e livre (NASCIMENTO, 2000, p. 288-289). O Mercosul, aproveitando essa transformação, em 1988, por meio da Declaração Sociolaboral do Mercosul, no art. 10, prescreve que:

os empregadores e ou suas organizações e as organizações ou representações de trabalhadores têm direito de negociar e celebrar convenção e acordo coletivos para regular as condições de trabalho, em conformidade com as legislações e práticas nacionais.

João de Lima Teixeira Filho entende como negociação coletiva como um

processo democrático de autocomposição de interesses pelos próprios atores sociais, objetivando a fixação de condições de trabalho aplicáveis a uma coletividade de empregados de determinada empresa ou de toda a categoria econômica e a regulação das relações entre entidades estipulantes (SUSSEKIND et al 1999, p. 1174).

Nesse sentido, para este jurista a negociação coletiva serve para que os sujeitos coletivos possam discutir certos temas a fim de, consensualmente, chegarem a um ponto comum na consecução de uma convenção ou acordo coletivo.

Para Sérgio Pinto Martins (2001, p. 127), a negociação coletiva é um meio pelo qual as partes, sindicato dos trabalhadores e empregadores, ajustam os seus interesses visando encontrar uma solução para composição do conflito coletivo de trabalho. Continua o jurista, afirmando que ela “objetiva a realização de uma convenção ou do acordo coletivo. Qualifica-se, assim, pelo resultado”.

Pedro Paulo Teixeira Manus(2001, p. 109), destaca que a negociação coletiva destina-se à “celebração do instrumento normativo que irá regular os contratos de trabalho de todos trabalhadores e empregadores submetidos aos limites da representação das partes convenientes ou acordantes”, acompanhando o mesmo sentido de Sérgio Pinto Martins.

De maneira sintetizada, Alice Monteiro Barros (2005, p. 1177), conceitua negociação coletiva como sendo a “modalidade de autocomposição de conflitos advinda do entendimento entre os interlocutores sociais”, e prossegue, afirmando que a nova ordem constitucional, apesar de fazer alusão no art.8º, inciso VI da participação dos sindicatos, no plural, vem sendo interpretada que a participação obrigatória nas negociações coletivas é somente do sindicato profissional. Daí se induz que a participação do sindicato patronal na negociação coletiva não é sempre obrigatória, isso porque, na celebração do acordo coletivo de trabalho só necessita da participação do sindicato dos trabalhadores e das empresas.

No tocante a conflitos trabalhistas de natureza coletiva assegura Mauricio Delgado Godinho (2005, p. 1368-1369) que a negociação coletiva é um dos meios mais importantes de solução desses conflitos na sociedade contemporânea, pois é uma “fórmula autocompositiva essencialmente democrática, gerindo interesses profissionais e econômicos de significativa relevância social” (2005, p.1369). A negociação coletiva é por ele denominada como uma transação coletiva negociada.

Entendem Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2004, p. 1564) que “a negociação coletiva é um processo de estabelecimento de regras e de solução de conflitos”, o que significa para esses juristas a possibilidade de solução de conflitos coletivos, cujos interesses entre o capital e o trabalho são antagônicos, por meio do instrumento da negociação coletiva, estabelecendo-se regras que aderem aos contratos individuais de trabalho, dentro do âmbito de representação dos atores sociais envolvidos na negociação.

Para Amauri Mascaro Nascimento (2000, p. 272-273) a negociação coletiva é um procedimento mais simples do que a lei, porque o seu trâmite e a sua formalidade envolvem basicamente dois atores coletivos (trabalhadores e empregadores) e há maior possibilidade de atender as peculiaridades de cada setor econômico e profissional.

O conceito apresentado por Enoque Ribeiro dos Santos (2004, p. 90) sobre negociação coletiva é que ela é

Como o processo dialético, por meio do qual os trabalhadores e as empresas, ou seus representantes, debatem uma agenda de direitos e obrigações, de forma democrática e transparente, envolvendo as matérias pertinentes à relação de trabalho – capital, na busca de um acordo que possibilite o alcance de uma convivência pacífica, em que impere o equilíbrio, a boa fé e a solidariedade humana.

A negociação coletiva do século XXI deve ser analisada sob uma dimensão de direitos humanos, pois ela na verdade é fruto de um processo dialético entre a liberdade inata do trabalhador, enquanto ser humano, a liberdade de associação e o respeito à dignidade da pessoa do trabalhador. Devendo ser a negociação coletiva um meio pelo qual as relações entre capital e trabalho

alcancem o pressuposto básico dos direitos humanos que é a dignidade da pessoa humana, de forma, a garantir o desenvolvimento social, cultural, político e econômico do trabalhador assalariado.

3.1.2 Autonomia Privada Coletiva

O princípio da autonomia privada está diretamente relacionado com a liberdade de contratar, cuja origem histórica coletiva vem dos postulados da Revolução Francesa e da Revolução Industrial. Com base nesses preceitos revolucionários a relação de trabalho, capital versus operário também sofreu forte influência, a ponto de defenderem os juristas da época que os trabalhadores estavam num mesmo nível de igualdade do que os empregadores para celebrarem contratos de trabalho, o que foi desmentido posteriormente, em virtude da hipossuficiência econômica dos trabalhadores.

Nas relações entre sindicatos e empregadores sempre foram e continuam sendo pautadas no princípio da autonomia da vontade destes sujeitos, uma vez que, ambos estão num mesmo patamar de igualdade, ou seja, não se sustenta o argumento de que o sindicato dos trabalhadores é hipossuficiente em relação ao empregador ou sindicato do empregador.

Tal princípio sustenta segundo Mauricio Godinho Delgado (2005, p. 1309)

A garantia de autogestão às organizações associativas e sindicais dos trabalhadores, sem interferências empresariais ou do Estado. Trata ele, portanto, da livre estruturação interna do sindicato, sua livre atuação externa, sua sustentação econômico-financeira e sua desvinculação de controles administrativos estatais ou em face do empregador.⁵⁷

A faculdade dos particulares regularem seus próprio interesses livremente, por meio do negócio jurídico, é, para a concepção jusnaturalista, um atributo natural e inato dos homens, e que a ordem positiva apenas deveria reconhecer e assegurar.

⁵⁷ Acompanham a mesma posição do referido autor: Amauri Mascaro Nascimento (2006); Sérgio Pinto Martins (2006); Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2004); Alice Monteiro Barros (2005). Não obstante, a possibilidade de divergência doutrinária quanto ao tema, uma vez que a abordagem desta dissertação é eminentemente legal.

Autonomia privada para Pontes de Miranda apud SANTOS (2004, p. 68) é o auto-regramento da vontade. Segundo este jurista a vida social está fundada em interesses que estão além da esfera jurídica e esta como “zona colorida em que: a) os fatos se fazem jurídicos; b) relações nascidas independentemente do direito se tornam jurídicas, e c) relações jurídicas nascidas, logo, no direito, se estabelecem”. Portanto, a autonomia privada atua sob fatos da vida, sobre os quais o direito não se debruçou, possibilitando aos particulares constituírem regras e normas de conduta e comportamento.

Nas relações coletivas de trabalho a autonomia privada coletiva também banhou-se nos argumentos apresentados por Pontes de Miranda, ou seja, a concepção de autonomia coletiva dos particulares tem como fundamento a negociação coletiva e sua valorização perante o ordenamento legal. Por isso, oportunamente afirma Amauri Mascaro Nascimento (2000, p. 132), ela

contesta a legitimidade do direito do trabalho que não provém da sociedade, dos grupos econômicos e profissionais, da espontânea formação de vínculos e normas jurídicas segundo as iniciativas, não do Estado, mas dos próprios interlocutores sociais, tendo nas relações de trabalho, como sustentáculos, dois pilares, a liberdade sindical e a livre negociação coletiva.

Assim, a idéia da autonomia privada coletiva baseia-se na liberdade sindical, em que não exista a interferência estatal, ou pelo menos seja mínima, possibilitado a atuação do sindicato de maneira efetiva na melhora das condições de trabalho.

Depreende-se dessas considerações, que a autonomia privada coletiva pressupõe a abdicação, pelo menos parcial, do Estado em criar normas jurídicas, em favor dos grupos sociais coletivos, dentre eles os sindicatos, para que estes tenham plena liberdade de auto-regramento de seus próprios interesses. Favorecendo o direito à livre negociação coletiva.

3.1.3 Natureza Jurídica da Negociação Coletiva

Incontáveis teorias procuram determinar a natureza jurídica da convenção coletiva. Mas, quando o assunto é a natureza jurídica da negociação coletiva a doutrina não se preocupa em apresentá-la. Dessa forma, o estudo proposto

neste capítulo se fará sob a dimensão da natureza jurídica da convenção coletiva, em sentido amplo, relacionando-a com a da negociação coletiva.

Ao falar da natureza jurídica da negociação coletiva constata-se que ela é um dos modos básicos de solução dos conflitos coletivos, denominado pela doutrina como *autocomposição*⁵⁸, pela qual, afirma Carlos Henrique Bezerra Leite (2005, p. 802), “as normas coletivas que irão solucionar o conflito são criadas pelos próprios atores sociais interessados, como nos casos de convenção ou acordo coletivo [...]”. Continua, pois, o mesmo jurista, “as formas autocompositivas são extrajudiciais e decorrem da negociação coletiva e do princípio da autonomia privada coletiva” (2005, p. 802).

A originalidade das convenções coletivas, à medida que se afirmavam pelas práticas consuetudinárias, nascia entre os juristas uma profunda divergência quanto à natureza jurídica deste novo instituto do Direito. Desta forma, as teorias para explicar este novo fenômeno podem ser classificadas em contratualistas, normativistas e mista ou intermediária.

3.1.3.1 Teorias Contratualistas

Para os defensores da corrente contratualista, o sindicato ao promover a negociação coletiva e ao celebrar a convenção coletiva faz contrato que obriga os contratantes, inclusive os seus associados, por meio de suas cláusulas. Esta corrente é influenciada, fortemente, pelos princípios gerais do Direito Civil, principalmente pelas teorias contratualista. Nesta corrente diversas são as teorias que explicam que a convenção coletiva tem natureza jurídica contratual.

a) Teoria do Mandato

O Código Civil de 2002 no artigo 653 prescreve “opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses”.

⁵⁸ Os modelos básicos de solução dos conflitos coletivos são: *autocomposição*, que está sendo tratado acima; *autodefesa ou autotutela*, que é o ato pelo qual alguém faz defesa própria, por si mesmo, caracteriza-se o exercício de coerção por um particular, em defesa de seus interesses; e *heterocomposição*, pelo qual a solução de conflitos coletivos se dá por meio da arbitragem ou por meio da atividade jurisdicional através da sentença normativa proferida em dissídio coletivo (DELGADO, 2005, p. 1442-14447 e LEITE, 2005, p. 802-803).

Segundo Bergeron apud RUSSOMANO (2002, p. 155) o sindicato “exerce o mandato que lhe foi outorgado pelos associados no momento em que estes, aderindo ao sindicato, implicitamente, adotaram seus estatutos”. Em outras palavras, a entidade sindical no momento do processo negocial e com a finalização da convenção coletiva age em nome de seus associados, por meio de uma procuração que lhe é outorgada a fim de defender os interesses da classe, com isso o poder de representação do sindicato decorre da norma legal imperativa, e não da adesão dos associados.

O sindicato atua apenas como intermediário, pois quem na realidade ou adota ou rejeita as cláusulas da convenção coletiva são os associados, e não o sindicato, na medida em que são a maioria na assembléia geral e os associados minoritários se subordinam, concordando ou não, à decisão da maioria deliberante. Os efeitos da convenção coletiva para esta teoria são *ergas omnes*.

Em linhas gerais, o fundamento do mandato é a prática de atos ou negócios jurídicos em favor do mandante, ou seja, a vontade do outorgante prevalece sobre a do outorgado que recebe poderes pré-definidos, a fim de que este atue em nome daquele (VENOSA, 2003, p. 269). Dizer-se que o sindicato age como mandatário dos seus associados na negociação coletiva é uma situação passível de diversas críticas.

Mozart Victor Russomano (2002, p. 156) critica esta teoria, argumentando que

essa minoria se obrigou, individualmente, pelo simples fato de se inscrever no sindicato, a submeter-se à deliberação da maioria, não só constitui artifício que atrita com a noção clássica do mandato, como também, encontra óbice intransponível nos sistemas, como no Brasil, em que a convenção coletiva obriga, genericamente, a todos os trabalhadores e empresários, sejam ou não sindicalizados .

No mesmo sentido Segadas Vianna apud SUSSEKIND et al (1999, p. 1182) apresenta sua crítica ao afirmar que ela é evidentemente falsa, porque,

em última análise, depois de concluído o objeto do mandato, nenhuma ligação de direito existe entre os mandatários, mas apenas entre os mandantes, enquanto que concluída, a convenção coletiva, os seus efeitos atingem sempre os sindicatos celebrantes (mandatários) e os respectivos associados (mandantes).

É inconcebível essa teoria do mandato, na medida em que ela retira do sindicato (mandatário) toda e qualquer responsabilidade pelo cumprimento da convenção, recaindo apenas para os associados (mandantes) a responsabilidade de cumprimento da convenção, permanecendo os trabalhadores na mesma condição de hipossuficiência em relação aos empregadores, haja vista, que nesse falso contrato de ordem coletiva continua existindo a desigualdade econômica dos contratantes: empregado e empregador.

b) Teoria da Gestão do Negócio

Para os defensores dessa teoria “o sindicato, na negociação coletiva, é gestor dos negócios de terceiros, ou seja, dos trabalhadores e empresários individualmente considerados” (RUSSOMANO, 2002, p. 156).

O artigo 861 do Código Civil de 2002 prescreve

aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar.

Assim, os requisitos da gestão do negócio são segundo Sílvio Venosa (2003, p. 298): o gestor que intervém em negócio alheio, sem a autorização do dono do negócio; a atividade no interesse do dono, segundo sua vontade real ou presumida; a intenção de ocasionar proveito ao titular do negócio, o gestor não tem interesse no negócio; a espontaneidade dessa intervenção e a limitação aos interesses de natureza patrimonial para os quais não se exigem poderes específicos nem legitimação especial; o gestor é responsável pelos atos que pratica perante aquele em nome de quem age e perante as pessoas com quem contrata; e, na gestão de negócio o gestor realiza os atos e o titular do negócio fica alheio à intervenção do gestor.

Segundo essa teoria o sindicato realiza a negociação coletiva e celebra a convenção coletiva por conta própria, mas quem se beneficia dos efeitos dessa convenção são os seus associados.

Mais uma vez Mozart Victor Russomano (2002, p. 157) crítica esta teoria alegando que desde o início o sindicato inicia a negociação coletiva com a aquiescência dos seus associados, quando os mesmos, por meio da assembleia geral, autorizam o processo negocial e quando ratificam a celebração da convenção coletiva. A vontade manifestada nessas assembleias é expressa, e não presumida. Além, do mais, a participação dos trabalhadores e dos empresários durante a negociação coletiva é intensa e permanente.

Finalmente, o sindicato tem interesse direto na negociação coletiva e na convenção quando estabelece cláusulas que ele próprio deve cumprir.

c) Teoria da Estipulação em Favor de Terceiros

Segundo a estipulação em favor de terceiro uma pessoa convencionada com a outra certa vantagem em benefício de terceiro, que não toma parte do contrato. O terceiro fica alheio ao ajuste acordado entre o estipulante e o promitente, apenas participa da relação jurídica, exclusivamente, para aferir benefícios e como decorrência da autonomia da vontade. A disposição em favor de terceiro está, como regra geral, sujeita à revogação por parte do estipulante, não exigindo qualquer formalidade, bastando que seja comunicado ao promitente (VENOSA, 2003, p. 488-499).

Para essa teoria a natureza jurídica da convenção coletiva, e também, da negociação coletiva consiste na viabilidade jurídica do sindicato dos trabalhadores fixar, como estipulante, juntamente com o sindicato dos empregadores ou com o empregador, promitente, as condições das cláusulas convencionais, que são estabelecidas em favor de terceiros, ou seja, dos associados do sindicato.

Essa teoria não foi acolhida porque, segundo Mozart Victor Russomano (2002, p. 157), nem tudo o que está estipulado na convenção coletiva é, necessariamente, em favor de seus associados, pode conter cláusulas que limitem os direitos dos trabalhadores ou dos empresários.

Além disso, os integrantes da categoria não podem ser considerados terceiros nessa relação negocial jurídica, pois dela participam constantemente e sendo o

sindicato intermediário dessa negociação coletiva. Ademais, afirma Alice Monteiro Barros (2005, p. 1185) “a estipulação é prevalentemente a favor de um terceiro, enquanto a convenção coletiva cria direitos e obrigações recíprocas”

d) Teoria do Contrato Inominado

Nessa denominação Mozart Victor Russomano engloba duas correntes diferenciadas.

A primeira sob a rubrica – teoria da personalidade moral fictícia – considera que o sindicato, em si, se identifica com os seus associados, de modo que estes são os verdadeiros negociadores da negociação coletiva e contratantes da convenção coletiva. E aqueles que se associam ao sindicato manifestam sua aquiescência aos termos da convenção coletiva, já adotada anteriormente, pelo simples pedido de inscrição (NAST apud RUSSOMANO, 2002, p. 157).

A segunda corrente sustenta que natureza jurídica da convenção coletiva é *sui generis*, pois a origem dos convênios coletivos de trabalho reside no fato de que eles são uma forma contratual complexa. “O sindicato, em síntese, atuaria como mandatário, mas simultaneamente, na negociação coletiva, estipularia em favor de terceiros (associados)” (DESLANDRES apud RUSSOMANO, 2002, p. 158).

A crítica que Russomano (2002, p. 158) faz é a dificuldade de admitir-se a identificação da pessoa jurídica (sindicato) com a pessoa natural (associado), pois os interesses dos associados são individuais, enquanto os interesses dos sindicatos são coletivos e reflete uma média geral, nem sempre coincidindo com a vontade de cada trabalhador.

E continua, da mesma forma que a concepção contratual complexa da convenção coletiva não subsiste pelos motivos já nas alíneas *a* e *c* deste capítulo.

e) Teoria da Solidariedade Necessária

Essa teoria significa o início da quebra de paradigma, que se sustentou durante muito tempo, na tentativa de apresentar a natureza jurídica da convenção coletiva sob a perspectiva do Direito Contratual e das Obrigações.

A primeira mudança, de acordo com Russomano, (2002, p. 158-159) foi admitir que além do direito individual e do interesse particular, também existe, por motivos profissionais e econômicos, o interesse da maioria que leva a constituição de grupos, inclusive sindicatos. Com isso, as teorias de cunho individualista não seriam suficientes, no ponto de vista científico, para justificar o surgimento desses novos interesses coletivos.

Por meio desse interesse da maioria há uma solidariedade necessária entre os trabalhadores e os empresários, cujos interesses individuais ficam submetidos aos da maioria.

A crítica de Segadas Vianna a tal teoria é que no direito sindical não existe, obrigatoriamente, uma subordinação de interesses individuais a interesses da maioria, o que pode até existir é uma subordinação daqueles interesses para com interesses da coletividade, que nem sempre são os da maioria (SUSSEKIND et al, 1999, p. 1184).

3.1.3. 2 Teorias Normativistas

Em oposição às teorias contratualistas situa-se a corrente normativista⁵⁹, segundo a qual a negociação coletiva e a convenção coletiva são fontes criadoras de normas jurídicas.

a) Teoria da Instituição Cooperativa

De forte influência corporativista, essa teoria sustenta que o sindicato, por meio da negociação e da convenção coletivas, dita leis profissionais, de caráter normativo e obrigatório, indistintamente, para todos os membros de um sindicato, associado ou não.

⁵⁹ Segadas Vianna apresenta outra classificação (SUSSEKIND et al, 1999, p. 1181 – 1187).

A sua aceitação é pacífica quando se tratar de Estados corporativos. Mas, afirma Russomano (2002, p. 160) “a noção de convenção-lei profissional, elaborada pelo sindicato-instituição, não explica, juridicamente, apenas, politicamente, a extensão de seus efeitos normativos”.

b) Teoria do Pacto Social

Para De Vischer apud RUSOMANO (2002, p. 160), defensor desta teoria, os trabalhadores, na vida sindical, não celebram contrato com a parte contrária, apenas concretizam, no exercício do direito de associação, a identidade de seus interesses. Em contra partida, os sindicatos e as empresas, por meio ou não de seus sindicatos, ao celebrarem convenções coletivas não contratam. Eles estabelecem normas comuns aos seus interesses a fim de prevenir e solucionar conflitos, equilibrar as relações de trabalho. Com essa justa posição de interesses recíprocos, a negociação coletiva e a convenção coletiva são fontes criadoras de lei profissional, obrigatória para as categorias e justifica-se pela harmonia social que os interessados apresentam no momento em que há a negociação coletiva e é celebrada a convenção coletiva.

A teoria do pacto social apesar de ter uma visão correta, qual seja de que o sindicato existe em função do interesse comum da coletividade de trabalhadores ou de empregadores, e que, em virtude desse interesse comum são os representantes legítimos para formular a convenção coletiva assegurando o seu caráter normativo. Porém, Russomano (2002, p. 160) crítica esta teoria afirmando que ela não explica

Como se possa conceber que tenha natureza legislativa a criação de normas através do convênio sindical, nem como se possa considerar condição sine qua non dessa elaboração legislativa a bilateralidade de sua aceitação.

3.1.3. 3 Teoria Mista ou Intermediária

Em virtude de indecisões doutrinárias surgiu, dialeticamente, a corrente mista ou intermediária.

Dentre a corrente mista encontra-se as teorias: do costume industrial e da representação legal.

a) Teoria do Costume Industrial

Nos primórdios do surgimento das relações de trabalho (capital x operários), os empregadores e também os legisladores se recusavam a aceitar a legitimidade da negociação coletiva, em virtude dos pressupostos do Estado Liberal que pairavam nessa época, em que qualquer indivíduo tinha pela liberdade de contratar. Entretanto, à margem dessa recusa nasceu, porém, o costume de ser celebradas convenções coletivas em face da lacuna legal (RUSSOMANO, 2002, p. 160)

A generalização desse costume forçou os juízes, na fase da economia industrializada, a aceitarem esta realidade, em face da necessidade de decidir demandas que surgiam de tais acordos. A partir desse momento, os legisladores não visualizaram outra saída, senão normatizar nas leis o nascimento da negociação coletiva e os instrumentos pelos quais ela é instrumentalizada: a convenção e o acordo coletivo.

Nesse sentido, a teoria do costume industrial explica a natureza jurídica da convenção coletiva com base no costume de se praticar tal acordo no âmbito industrial e pelo fato da sua especificidade e pelo seu caráter normativo.

A crítica que Mozart Victor Russomano faz a essa teoria é que realmente os costumes industriais permitiram o desenvolvimento dos atributos da negociação coletiva. E continua com a seguinte afirmação

Mas, as convenções dela resultantes não têm caráter consuetudinário. Estão reconhecidas pela lei moderna e, através de suas cláusulas, não raro destroem obsoletos costumes industriais e usos arraigados em velhas praxes (2002, p. 161).

b) Teoria da Representação Legal

Sustentou que o sindicato na convenção coletiva é o representante legal de seus associados. Para essa teoria o sindicato tem poderes para representar seus associados e a categoria em virtude de norma legal que o autoriza a agir, e não pelo fato de existir um mandato. O contrato pelo sindicato celebrado grava todos os componentes da categoria, assim como ocorre na vida civil o representado responde pelos compromissos assumidos pelo representante.

Como ponderou Dario Guidi, citado por Mozart Victor Russomano,

não há, no exercício do direito de subscrever convenções coletivas, representação de trabalhadores e, sim, da categoria econômica ou profissional, como um todo orgânico. A representação de grupos formados *ad hoc* seria o exercício parcial do direito de representação da categoria (2002, p. 161).

Ainda tecendo crítica a cerca dessa teoria Galart Folch afirma que a existência de representação legal pelo sindicato só poderia existir, caso ele fosse titular de direitos de natureza pública, como é o Poder Legislativo na representação democrática do povo (apud RUSSOMANO, 2002, p. 162).

Mais uma vez, a corrente mista não apresentou elementos suficientes para justificar a natureza jurídica da convenção coletiva, e muito menos da negociação coletiva. Logo, parece ser preciso ainda expor os argumentos da corrente intermediária, para identificar a natureza jurídica da negociação coletiva e da convenção coletiva.

A grande problemática em apresentar a natureza jurídica destes institutos, que estão sendo tratados neste capítulo, é tentar enquadrá-los nas formas pré-fabricadas do Direito Civil. Porém, a negociação coletiva e a convenção coletiva são institutos *sui generis*.

Em primeiro lugar, a legitimidade do sindicato em representar (sem que se precise falar em mandato ou em representação legal) a categoria profissional ou econômica é uma realidade sociológica e natural, utilizando as palavras de Russomano da qual “o sindicato é o único órgão capaz de identificar e semear os interesses da categoria” (2002, p. 163).

Neste sentido, o direito positivo acolhe a negociação e a convenção coletiva em virtude da necessidade que tem o Estado de disciplinar o comportamento jurídico coletivo.

Sendo uma figura especial, a convenção coletiva pode ser analisada sob dois prismas. De um lado, este instrumento coletivo tem a forma de um contrato, tal como conhece o Direito Civil, porque a convenção coletiva é bilateral cuja vontade das partes é que determina o objeto jurídico do acordo. Assim, as

cláusulas contratuais coletivas obrigam as partes em virtude de compromissos direitos, concretos e pessoais, sendo que a “única originalidade da negociação coletiva está na representação sindical” (RUSSOMANO, 2002, p. 163).

De o outro prisma, a convenção coletiva tem por finalidade formular novas condições de trabalho e de conduta (cláusulas normativas), que serão observadas e respeitadas pelos contratos individuais de trabalho.

Diante dessas duas perspectivas a convenção coletiva é ao mesmo tempo um contrato e uma norma, com isso nasce a teoria do contrato-regra, também denominada, segundo Mozart Victor Russomano, como contrato-lei (Duguit), convênio-lei (Cabanellas) e contrato-normativo (Balella) (2002, p. 164).

Assim, se manifesta Délio Maranhão, “juridicamente, é um ato jurídico, próprio do Direito do Trabalho, de natureza ao mesmo tempo normativa e contratual: contrato-ato-regra” (SUSSEKIND et al, 1999, p. 1185).

Com isso, Mozart Victor Russomano (2002, p. 165) defende esta natureza jurídica híbrida da convenção coletiva, afirmando que é algo diverso, sendo uma forma típica das sociedades industrializadas de elaboração normativa e que funciona como fator de equilíbrio das relações de trabalho, complementando o sistema das leis materiais que as disciplinam.

Acompanhando este entendimento, a natureza jurídica da negociação coletiva é aquela que considera seu instrumento de concretização (convenção e acordo coletivo) ao mesmo tempo um contrato e uma norma. Contratual, pela livre manifestação de vontades das partes, e normativo, na medida em que as cláusulas inseridas naquele contrato fazem lei entre as partes, sendo, portanto, aplicadas a toda categoria.

3.1.4 Os Princípios da Negociação Coletiva Referentes aos Direitos Humanos

Os princípios são as fontes basilares para qualquer ramo do direito, influenciando tanto em sua formação como em sua aplicação. Em relação ao Direito do Trabalho não poderia ser diferente, já que os princípios estão presentes

naqueles dois instantes, em sua formação e na aplicação de suas normas. Em virtude disso, por meio das peculiaridades dos princípios inerentes a cada ramo do direito e da importância de sua influência, é que se torna extremamente necessário o estudo dos princípios da negociação coletiva pertinentes aos direitos humanos.

A idéia de princípio, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, significa de acordo com Genaro R. Carrió apud ESPÍNDOLA (2002, p. 53).

a estruturação de um sistema de idéias, pensamento ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

No campo da Ciência do Direito, a concepção predominante nos quadrantes do pensamento brasileiro é a seguinte, cuja autoria é de Clemente de Diego apud ESPÍNDOLA (2002, p. 54, tradução nossa) é a seguinte:

Princípio de direito é pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições mais singulares do Direito, de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo Direito Positivo. O princípio expressa o mais alto sentido se uma lei ou instituição de Direito, do motivo determinante, da razão informadora do Direito (*ratio iuris*), ou seja, aquela idéia principal que indica a compreensão dos princípios particulares a tal ponto que este se comunicam com aquele, dentro de uma relação lógica por derivarem do mesmo princípio informador.⁶⁰

Uma das mais usuais e difundidas noções de princípios jurídicos que se conhecem, entre os juristas brasileiro, é a de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p.817-818) ao afirmar que

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade dos sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência

⁶⁰ Principio de derecho, es el pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de las singulares disposiciones de Derecho de una institución jurídica, de un Código o de todo un Derecho Positivo. El principio encarna el más alto sentido de una ley o institución de Derecho, el motivo determinante, la razón informadora del Derecho (*ratio iuris*), aquella idea cardinal bajo la que se cobijan y por la que se explican los precyos particulares, a tal punto, que éstos se hallan con aquélla en la propia relación lógica que la consecuencia al principio de donde se derivan (apud ESPÍNDOLA, 2002, p. 54).

das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Resta, assim, revelada a importância dos princípios no sistema jurídico, de maneira que, insofismaticamente, pode-se concluir que, ao se ferir um instituto jurídico, diretamente, estar-se-á ferindo um princípio que fundamente a sua existência, eis que tal instituto, direta ou indiretamente, está embutida em sua essência.

Verificada a importância dos princípios dentro do ordenamento jurídico e por tratar a negociação coletiva de uma relação dialética entre os sujeitos estipulantes, passa-se a analisar os princípios que lhe são próprios sob a perspectiva dos direitos humanos.

3.1.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

“A Declaração de Filadélfia, 1944, sobre a Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi o primeiro texto internacional a mencionar em dignidade humana” (MELLO, 2000, p. 820). A dignidade humana é um princípio fundamental, que para alguns advém do direito natural, e para outros é um princípio jurídico (MELLO, 2000, p.820-821). Esta divergência quanto à natureza jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana é algo que não se sobrepõe ao seu reconhecimento e a sua eficácia nos ordenamentos jurídicos, nacionais e internacionais.

A Declaração de Filadélfia afirma, dentre outras, que deve ser assegurado o direito de ajustes coletivos como meio de garantir a proteção da dignidade da pessoa humana, enquanto trabalhador:

[...] do reconhecimento efectivo do direito de negociação colectiva e da cooperação entre os empregadores e os trabalhadores para a melhoria contínua da organização e da produção, assim como da colaboração dos trabalhadores e dos empregadores para a elaboração e aplicação da política social e económica; [...] (III, e, 1944).

A Constituição Federal de 1988 repousa na dignidade da pessoa humana, proclamada como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro

(art.1º, III), a concepção de que a pessoa é o fundamento e o fim da sociedade e do Estado.

O ordenamento jurídico brasileiro ao assumir o princípio da dignidade da pessoa humana admite que todos os atos normativos praticados pelos órgãos do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) e pelos entes sindicais devem pautar-se nos seguintes pressupostos: a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas, individual e concretamente considerada; a dignidade acompanha a pessoa, homem ou mulher, desde a sua concepção até após a morte; a dignidade é igual para todas as pessoas, independentemente, da raça, do credo, do sexo, da idade, etc; a dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa relativamente ao Estado e às outras pessoas. Estes pressupostos refletem o artigo 1º da Declaração Universal, ao prescrever que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos [...]”.

A dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana, não de um ser ideal. Por isso ela explica os direitos dos trabalhadores no trabalho e na participação efetiva dos movimentos sindicais, pois um dos primados da dignidade da pessoa é a liberdade, que prevalece sobre a propriedade.

Pérez Luño (2003, p. 318) destaca que a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões: uma negativa e outra positiva. A primeira significa que a “pessoa não venha a ser objeto de ofensas e humilhações”. Por sua vez, a dimensão positiva

Presume o pleno desenvolvimento de cada pessoa, que supõe, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possibilidades de atuação próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que uma predeterminação dada pela natureza (PÉREZ LUÑO, 2003, p. 318).

Neste contexto, o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também, que o mesmo poder tenha como meta constante a

proteção, a promoção e a realização concreta de uma vida digna (SARLET, 2002, p.110-113).

Para além desta vinculação estatal, positiva e negativa, também a sociedade, logo, todas as entidades privadas e os particulares se encontram diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Esta confirmação decorre daquilo que Ingo Wolfgang Sarlet vem afirmando que o “Estado nunca foi, e cada vez menos o é, o único e maior inimigo das liberdades e dos direitos fundamentais em geral” (2002, p. 113). A globalização econômica, as privatizações, o incremento dos níveis de exclusão e o aumento do poder exercido pelas grandes corporações, internas e transacionais têm incentivado o descumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

A própria eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações entre os particulares tem encontrado importante fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, pois os conteúdos dessas relações privadas devem observar os conteúdos desse princípio, que são aqueles pressupostos abordados no início deste item.

A relação que esse princípio tem com a negociação coletiva é direta. Na medida em que a negociação coletiva, apesar de pautar-se na autonomia privada coletiva e na liberdade contratual, deve reconhecer as suas limitações de atuação nos instrumentos coletivos, a fim de que não afronte a dignidade da pessoa do trabalhador. Assim, finaliza Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 115) sobre o tema

Se da dignidade (...) decorrem direitos subjetivos à sua proteção, respeito e promoção (pelo Estado e particulares), seja pelo reconhecimento de direitos fundamentais específicos, seja de modo autônomo, igualmente haverá de se ter presente a circunstância de que a dignidade implica também, em *ultima ratio* por força de sua dimensão intersubjetiva, a existência de um dever geral de respeito por parte de todos (e de cada um isoladamente) os integrantes da comunidade de pessoas para com os demais e, para além disso e, de certa forma, até mesmo um dever das pessoas para consigo mesmas.

3.1.4.2 Princípio da Paz Social

O princípio da paz social é um postulado amplamente difundido pelas declarações de direitos humanos, tendo em vista a busca constante de convivência harmônica entre os seres humanos.

Assim, tal princípio não pode ficar relegado a um segundo plano na negociação coletiva, será, segundo José Augusto Rodrigues Pinto, “o objeto mais depurado a que seu êxito poderá levar”, devendo a paz social ser olhada “como um fator de trégua dos interlocutores para a boa discussão de seu conflito” (1998, p. 174).

Implicitamente as partes, ao finalizarem o processo de negociação coletiva culminando na assinatura do instrumento normativo (convenção ou acordo coletivo), estarão concretizando a paz social enquanto durar a vigência desse instrumento.

3.1.4.3 Princípio da Igualdade

A Organização Internacional do Trabalho, desde a sua criação pelo Tratado de Versailles, 1919, tem como uma das características fundamentais a participação no Conselho de Administração (direção colegiada) e na Conferência (parlamento) de representantes governamentais, patronais e de trabalhadores, estabelecendo-se, assim, igualdade no processo de decisões deste órgão internacional.

Nesse sentido, o princípio da igualdade na negociação coletiva reflete a própria essência de formação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), isto é, os dois pólos contratantes na negociação coletiva situam-se no mesmo nível de igualdade de poder e de persuasão. Diferentemente, do que ocorre no contrato individual de trabalho, em que a supremacia do empregador é mitigada pelo princípio da proteção, que propositalmente, estabelece a desigualdade jurídica com o intuito de equilibrar a desigualdade econômica e “ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador” (PLÁ RODRIGUEZ, 2002, p. 83).

Mauricio Godinho Delgado (2005, p. 1313-1314) aponta outra denominação para o princípio da igualdade, o princípio da equivalência dos contratantes coletivos argumentando que o sindicato e o empregador são seres coletivos e que, portanto, ambos têm o mesmo instrumento de atuação e pressão, que é a negociação.

Fundamental, portanto, que os negociadores se encontrem num mesmo nível hierárquico e a subordinação jurídica seja derogada por ser, evidentemente, incompatível com a característica da Organização Internacional do Trabalho (OIT) acima retratada.

Esta igualdade se viabiliza nos diversos dispositivos constitucionais da Constituição de 1988, que cria uma democracia política (art. 1º, V) que se esteia no “pluralismo de expressão e organização política democráticas” (MIRANDA, 1997, p. 357). Este pluralismo é simultaneamente ideológico e organizatório, de idéias e de associações, partidos e outras organizações. Segundo Jorge Miranda (1996, p. 357-358) este pluralismo, que é dinâmico, consiste na possibilidade de exprimir com liberdade à circulação dessas idéias e à livre atuação dos partidos políticos, das associações, inclusive sindicais, e das outras organizações (art. 17; art. 5º, XVII, XVIII; art. 7º, XXVI). Além da liberdade, também deve haver para esses sujeitos a igualdade de oportunidades para expressar seus ideais, pois a igualdade, no dizer de Carl Schmitt, é um princípio democrático.

3.1.4.4 Princípio da Razoabilidade

O vocábulo razoabilidade é relacionado à noção de razoável, termo que tem grande abertura semântica. Assim, na linguagem coloquial pode significar: conforme a razão, moderado, harmônico comedido, ponderado, etc. (FERREIRA, 1986, p. 1455). Em Direito, razoabilidade evoca significados não menos indeterminados. Esse feixe de significados utilizados indistintamente pela doutrina e pela jurisprudência sob o manto de uma mesma denominação é agravado pelo fato de haver distintas linhas de construção.

A primeira subdivide-se em duas linhas de construção constitucional. Por um lado, os que encontram no ordenamento norte-americano a justificação da razoabilidade, que tende a associá-la ao princípio do devido processo legal. Por outro, os que investigam o direito alemão tendem a associá-la à proporcionalidade. Nesta dimensão o postulado da razoabilidade constitui importante princípio de interpretação, como meio de controle judicial da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração Pública⁶¹.

A segunda linha de construção, diferente daquela e não menos importante, está voltada para um princípio de conduta que os agentes coletivos devem possuir na elaboração de normas coletivas, cujo embasamento se encontra na autonomia privada coletiva.

Cogita-se, neste trabalho, em mais um princípio geral do Direito, cuja essência nas palavras de Américo Plá Rodriguez é de que o ser humano, em suas relações trabalhistas, procede e deve proceder conforme à razão” (2002, p. 393), em outras palavras, complementa este jurista uruguaio que a noção de razoabilidade

não pode autorizar, por definição, nenhum juízo caprichoso, arbitrário ou extremamente pessoal. Deve ser uma conclusão a que chegue naturalmente qualquer pessoa normal que julgue o problema equilibradamente, com idêntico conjunto de elementos de julgamento (2002, p. 402).

A negociação coletiva é um processo caracterizado pela razoabilidade, por meio da qual os negociadores com as propostas e contrapropostas apresentadas de boa-fé viabilizem, verdadeiramente, a solução dessa controvérsia coletiva. Em outras palavras, após sopesar as reivindicações dos trabalhadores e a real situação econômico-financeira do empregador, no momento da negociação e suas perspectivas para o futuro, são plenamente possíveis de serem atendidas. Porém, ocorrerá a arbitrariedade no processo negocial caso a formulação de pleitos não tenha a mínima condição de ser atendida. Para João de Lima Teixeira Filho “não podem as partes construir um

⁶¹ Conferir os seguintes juristas: Luís Roberto Barroso (1999, p.209-234) e Cássio Machado Cavali (2005, 220-243), que tratam de maneira detalhada sobre o assunto.

fosso intransponível, fruto de posições extremadas, e querer transformar a negociação coletiva em panacéia” (SUSSEKIND et al, 1999, p. 1177).

Para que a negociação coletiva, direito humano que é, não fique apenas como uma concepção ideal (jusnaturalismo) ou puramente formal (juspositivismo) deve ser utilizada pelo sujeitos que a compõem de maneira racional, integrando-se as organizações de trabalhadores e patronais no contexto dos problemas sociais e achando soluções para os conflitos coletivos, objetivando, com isto, o fortalecimento do trabalhador, enquanto ser humano.

3.1.4.5 Princípio da Colaboração ou da Cooperação

O princípio da colaboração ou da cooperação está diretamente relacionado a uma vontade incessante dos sujeitos coletivos de solucionar o contraditório, ou seja, conforme José Augusto Rodrigues Pinto significa tal princípio a “disposição de ânimo de que não podem abrir mão aqueles que pretendem solucionar um contraditório” (1998, p, 173).

No mundo contemporâneo as relações de trabalho e, conseqüentemente, as sindicais já não são as mesmas do século XIX, e de certa medida, do século XX. Especialmente no Brasil, essas relações passaram por momentos distintos. O primeiro foi no período do Estado Novo, em que as relações tipicamente de emprego (empregado e empregador) e as relações sindicais foram construídas sob a ingerência direta do Poder Estatal, ou seja, o modelo corporativista não se deu dentro dos conceitos liberais clássico, de indivíduos atomizados, mas dentro de um contexto mais complexo em que as entidades sindicais estavam sempre sob o controle do Estado, “as entidades corporativistas eram, assim, uma extensão da soberania do Estado e integradoras de toda a sociedade e dos indivíduos que nela se constituíam” (LOGUERCIO, 2000, p.66).

Nas décadas de 70/80, principalmente, surge no cenário brasileiro um novo sindicalismo em contraposição à acomodação das direções sindicais, criada no Estado Novo, caracterizadas pela ausência marcante de reivindicações para a classe trabalhadora, acentuando uma participação sindical meramente assistencial. Neste segundo momento as relações sindicais passam por uma

nova roupagem, pois além de fazer cumprir os direitos já reconhecidos buscou-se a conquistar novos direitos pelo mecanismo da negociação. Neste momento, surge um movimento sindical, reivindicativo e desafiador, os embates sindicais com os empregadores e com o Estado são vistos nos movimentos grevistas e as conquistas são alcançadas por meio de constantes lutas sociais.

A redemocratização do Brasil com a Constituição de 1988 permite que as relações de trabalho e as sindicais passem por um novo paradigma constitucional. Nesse sentido, Canotilho (1999, p. 449) propõe a revisão do chamado paradigma estatalista-constitucional, ou seja, de uma visão integradora da Constituição do Estado, como se apenas um poder criador de constituições fosse capaz de unir e integrar pessoas, credos, culturas, etnias, nações e povos.

José Eymard Loguercio (2002, p. 103) defende por pluralismo jurídico

a heterogeneidade de direitos dentro de um mesmo campo social de modo a pressupor uma sociedade multicultural, formada por grupos culturais distintos, produzindo normas que atuam em um mesmo espaço social e se interagem com normas produzidas pela macrocultura dominante.

O reconhecimento de uma estruturação pluralista no campo das negociações coletivas diante desse novo paradigma só vem a confirmar que os atores sociais: empregados, empregadores e sindicatos devem atuar de maneira cooperada e solidária, a fim de alcançar um sistema constitucional pluralístico. Finalizando este princípio, afirma Enoque Ribeiro dos Santos “afinal todos nós estamos entrelaçados no mesmo tecido social” (2004, p. 122), e prejudicando um significa que está prejudicando todos, da mesma maneira que auxiliando um significa auxiliar todos.

3.1.4.6 Princípio da Compulsoriedade Negocial

A Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Princípios Fundamentais e Direitos do Trabalho, 1998, prescreve que é dever do Estado reconhecer o efetivo direito de negociação coletiva. Com isso negar-se a negociar, sob qualquer fundamento, significa a negação do

reconhecimento e da existência desse instituto e, além de, negar o próprio cumprimento da Constituição de 1988 que a erigiu a norma constitucional (art.7º, inc. XXVI).

Esse princípio tem por fundamento a obrigatoriedade das partes integrantes no processo da negociação coletiva não rechaçarem de plano esta negociação.

3.1.4.7 Princípio do Não Retrocesso Social

J.J Gomes Canotilho (1999, p. 326) apresenta uma nova visão sobre o Estado Democrático e Social no sentido de uma vez instituído esse sistema estatal estaria vedado o retrocesso social daquilo que já foi alcançado. Com isso quer dizer que os direitos sociais e econômicos uma vez conquistados um nível de realização, passam a ser, automaticamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.

O princípio da proibição de retrocesso social é definido por este jurista português:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucional quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios se traduzam na prática numa "anulação", "revogação" ou "aniquilação" pura e simples desse núcleo essencial (1999, p. 327)

No mesmo sentido acompanha Jorge Miranda, para o qual o princípio do não retrocesso social ou do não retorno da concretização consiste na impossibilidade de

[...] eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-las significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais (MIRANDA, 2000, p. 397).

As normas legais concretizadoras não visam ter força jurídica inerente das normas constitucionais. Essas normas continuam sujeitas a controle de constitucionalidade, como outra qualquer norma, o que se pretende com este princípio é "na vigência das mesmas normas constitucionais, impedir a

abrogação pura e simples das normas legais que com elas forma uma unidade de sistema” (MIRANDA, 2000, p. 398).

Este não retrocesso social funda-se também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito.

Nesta perspectiva, a negociação coletiva como é um direito social de dimensão coletiva não pode sofrer por parte do legislador qualquer restrição que venha a impedir ou a dificultar a utilização deste instrumento coletivo, haja vista que, a negociação coletiva é um dos diversos meios garantidor do respeito à dignidade da pessoa humana e do próprio Estado de Direito.

3.1.4.8 Princípio da Irrenunciabilidade

A relação que o princípio da irrenunciabilidade tem com a negociação coletiva decorre de um problema que é saber se a renúncia no direito do trabalho pode ser válida se for realizada gremialmente pelo sindicato por meio da negociação coletiva. Porém, antes é indispensável a análise desse princípio numa perspectiva do direito individual do trabalho para então contextualizá-lo no direito coletivo do trabalho, mais especificadamente na negociação coletiva.

Em uma noção mais abrangente a renúncia equivale a um ato voluntário pelo qual a pessoa se desliga de um direito reconhecido a seu favor e o abdica. Américo Plá Rodriguez (2000, p. 142) descreve a renúncia como um ato jurídico, de caráter unilateral e irrevogável no exercício de um direito potestativo e resulta eficaz dentro de certos limites, ou seja, nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Numa dimensão oposta à irrenunciabilidade é a não possibilidade de desligamento voluntário de direitos de maneira válida e eficaz no âmbito de um ordenamento jurídico.

Rege no Direito do Trabalho o princípio da irrenunciabilidade. Porém, há divergências doutrinárias quanto ao fundamento desse princípio. Utilizando o agrupamento de Américo Plá Rodriguez (2002, p. 142 -190), que classifica em cinco grupos os fundamentos:

a) Indisponibilidade

Em relação à indisponibilidade esse princípio significa que a disposição dos direitos dos trabalhadores é restrita em suas diversas formas, pois como o trabalhador é hipossuficiente economicamente não teria sentido lógico que o ordenamento jurídico criasse normas imperativas, seja heterônoma seja autônoma (convenção ou acordo coletivo), e que depois deixasse esses mesmos trabalhadores dispor do seu próprio direito ou ao alcance de seus credores (SANTORI-PASSARELLI apud PLÁ RODRIGUEZ, 2002, p. 145).

b) Imperatividade das Normas Trabalhistas

Segundo Américo Plá Rodrigues são muito mais numerosos os autores que vinculam o princípio da irrenunciabilidade à idéia das normas imperativas.

O Direito do Trabalho é constituído por normas essencialmente imperativas, ou seja, são normas cuja obrigatoriedade deve ser cumpridas pelas partes do contrato de trabalho e pelo próprio Estado, na medida em que este impõe condições mínimas de sobrevivência digna do trabalhador. Neste ramo do direito “as normas imperativas não excluem a vontade privada, mas apenas cercam de garantias para assegurar sua livre formação e manifestação, valorizando-a como a expressão da própria personalidade humana” (PLÁ RODRIGUEZ, 2002, p. 151).

c) Caráter de Ordem Pública

O princípio da irrenunciabilidade tem o seu fundamento no caráter de ordem pública na medida em que as normas trabalhistas não podem ser derogadas ou renunciadas por simples vontade das partes. O Estado julga que as normas trabalhistas são imprescindíveis e essenciais à manutenção do bem comum e à convivência harmônica da sociedade (PLÁ RODRIGUEZ, 2002, 152-157).

d) Limitação à Autonomia da Vontade

Pela autonomia da vontade, as partes têm a liberdade de contratar, tendo como limites a ordem pública e os bons costumes. No entanto, as relações

trabalhistas deságuam na formação de contratos não são pautadas na plena autonomia da vontade, haja vista que nessas relações a igualdade entre as partes contratantes é apenas formal. Limitar a autonomia da vontade no Direito do Trabalho é uma postura indispensável para a manutenção da dignidade do trabalhador, enquanto ser humano, e conseqüentemente, importa para o bem comum da sociedade uma maneira viável de equilibrar as desigualdades sociais (PLÁ RODRIGUEZ, 2002, 157-160).

e) Vício de Consentimento Presumidos ou Reais

O quinto fundamento do princípio da irrenunciabilidade encontra-se nos vícios de consentimento presumidos ou reais que invalidariam a renúncia do trabalhador. Isso porque o trabalhador quando renuncia o faz por ignorância ou erro que vicia o ato, parte-se da presunção de que o trabalhador ao renunciar os benefícios legais trabalhistas o faz porque falta-lhe a liberdade real, pois há entre ele e o empregador a subordinação (PLÁ RODRIGUEZ, 2002, p. 160-164).

Em suma, as quatro primeiras posições possuem uma íntima relação e afinidade entre si, a ponto de afirmar que as suas características que não são excludentes, mas sim se complementam. Tanto é assim, que vários juristas brasileiros utilizam esses fundamentos como se fossem princípios e que estão diretamente ligados ao da irrenunciabilidade⁶². A última posição se distancia daquelas primeiras na medida em que ela parte o seu fundamento “da situação das partes no plano psicológico” (PLÁ RODRIGUEZ, 2002, p. 161).

Outro aspecto ligado à renúncia e que tem conotação prática diz respeito ao fato de poder ou não ser ela efetuada por meio de negociação coletiva.

O doutrinador francês Camerlynck apud PLÁ RODRIGUEZ (2002, p.188) admite a renúncia de direitos trabalhistas desde que feita pelo sindicato, sob o fundamento de que “o fato de igualar a nível coletivo os antagonistas sociais

⁶² Mauricio Godinho Delgado (2005, p. 201); Alice Monteiro de Barros (2005, p. 174); Sergio Pinto Martins (2005, p. 98); Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2004, p. 98, 101-103); Arnaldo Sussekind et al (1999, p.208-210, 216-225), Carlos Henrique Bezerra Leite (2005, p. 78).

faz decair, ao menos em parte, o cuidado do legislador pela posição de inferioridade do trabalhador individual frente ao seu empregador”.

Esta posição acima é possível quando se reconhece como fundamento do princípio da irrenunciabilidade o vício de consentimento presumidos ou reais, pois entre entes coletivos, sindicato e empregador, as partes encontram-se num mesmo nível de igualdade. Porém, para os que fundamentam o princípio ligados à natureza das normas, a conclusão não é tão simples quanto à primeira.

Nesse sentido, De La Villa apud PLÁ RODRIGUEZ (2002, p. 188) apresenta dois pressupostos para tentar solucionar este impasse.

No primeiro pressuposto parte-se do predomínio do interesse coletivo sobre o interesse individual, sem prejudicar os direitos já adquiridos pelos trabalhadores. O doutrinador alemão, Nipperdey apud PLÁ RODRIGUEZ (2002, p. 189) é favorável pela renunciabilidade de direitos trabalhistas, afirmando que pela “convenção coletiva pode-se alterar ou suprimir direitos adquiridos com base em uma convenção anterior [...]”.

No segundo pressuposto, os próprios trabalhadores têm, individualmente, a possibilidade de renunciar a direitos emergentes das negociações coletivas, isto é, as partes negociadoras podem autorizar renúncias por parte dos trabalhadores. Todavia, a crítica de De La Villa apud PLÁ RODRIGUEZ (2002, p. 189) a este pressuposto é no sentido de que:

É mais facilmente admissível a autorização da categoria a seus membros para que procederam à realização de renúncias individuais, do que a penetração da categoria na esfera individual daqueles, dispondo de seus direitos contra sua vontade.

Apesar desta posição a autora uruguaia Tatiana Ferreira apud PLÁ RODRIGUEZ (2002, p.190) sustenta a possibilidade da negociação coletiva de trabalho, conseqüentemente, a convenção ou acordo coletivo para *in pejus*, cujo fundamento está no princípio da autonomia coletiva, que tem aplicação no direito coletivo do trabalho, diferentemente do princípio da irrenunciabilidade que tem aplicação no direito individual.

Alice Monteiro Barros (2005, p. 183-184) é definitivamente contra a renúncia por meio de negociação coletiva, ao afirmar que as únicas hipóteses autorizadas pela Constituição de 1988 estão nos incisos, VI, XIII e XIV do art. 7º, quanto aos demais direitos assegurados na Constituição não se admite renúncia.

3.1.4.9 Princípio da Adequação Setorial Negociada

É princípio novo no Direito do Trabalho do país introduzido na doutrina por Mauricio Godinho Delgado a contar da Carta de 1988. Esse princípio da adequação setorial negociada trata das possibilidades e limites jurídicos da negociação coletiva.

Segundo este jurista pelo princípio da adequação setorial negociada as normas autônomas coletivas formuladas para serem aplicadas sobre determinada categoria profissional e econômica podem prevalecer sobre as normas heterônomas desde que respeitados critérios objetivamente fixados, sendo dois os critérios (2005, p. 1320).

O primeiro quando as normas autônomas coletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo de normas estatais, ao fazê-lo não afrontam o princípio da indisponibilidade.

O segundo critério quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade apenas relativa, estas são qualificadas pelo doutrinador quer “pela natureza própria à parcela mesma, quer pela existência de expresso permissivo jurídico heterônomo” (art. 7º, incisos VI, XIII e XIV, CF/88). “São amplas as possibilidades de validade e eficácia jurídica das normas autônomas coletivas em face de normas heterônomas. Há limites objetivos à adequação setorial negociada” (2005, p. 1320).

Esse princípio não prevalece, na concepção desse jurista, se concretizada por meio ato de renúncia, “é que ao processo negocial coletivo falecem poderes de renúncia sobre direitos de terceiros (isto, é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso)” (2005, p. 1320), ou quando concernente a

direitos absolutamente indisponíveis, “os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva” (2005, p. 1321). Tais direitos são aqueles que garantem um patamar de sobrevivência mínima e digna que toda e qualquer sociedade democrática deve garantir e não sendo concebível a redução desses direitos em qualquer segmento da sociedade, sob pena de afrontar a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho (arts. 1º, III, 170, caput, CF/88). No direito brasileiro, este patamar mínimo está na própria Constituição Federal, nos tratados e convenções internacionais e nas legislações infraconstitucionais que asseguram este patamar mínimo.

3.1.4.10 Princípio da Boa-fé

Agir de boa-fé é um pressuposto ético inerente a todo e qualquer tipo de relação humana, por conseqüência, as negociações firmadas entre os sujeitos de direito também devem estar pautadas na boa-fé. Nesta mesma dimensão a negociação coletiva de trabalho sempre tem que se pautar no agir de boa-fé.

O novo Código Civil de 2002 agasalha o princípio da boa-fé no art. 113, in verbis: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Esse princípio geral do Direito implica uma afirmação de que as partes no processo de negociação coletiva devem agir na confiança recíproca, dentro do espírito de uma justiça aristotélica, ou seja, dar a cada um o que é seu.

Hugo Gueiros Bernardes sintetiza os princípios da negociação coletiva no princípio da boa-fé ou da lealdade, sendo três conseqüências retiradas da interpretação deste princípio. A primeira é dever formal de negociar, cuja obrigatoriedade reside na apresentação das razões e justificativas das propostas e as contrapropostas devem sempre serem discutidas indicando as razões de rejeição de determinada cláusula. A segunda conseqüência consiste no fato de que as partes deverão estabelecer de comum acordo e com antecedência a finalidade e o alcance da negociação coletiva, a qual deverá atender a interesses recíprocos almejando melhoria nas condições de trabalho e no aumento da produtividade do empregador, visando, por fim, à harmonia nas relações de trabalho. A terceira conseqüência, intitulada princípio do

conglobamento, é, segundo Hugo Gueiros Bernardes apud BARROS (2005, p. 1177-1178),

uma norma técnica que não admite a invocação de prejuízo como objeção a uma cláusula sem a demonstração de que esse (o prejuízo) também é resultado da negociação globalmente considerada em seu resultado final proposto ou aceito.

O princípio da boa-fé suscita que as partes pautem suas atuações no dever de informar e no direito de ser informado, ou seja, a mútua franquia do conhecimento sobre as reivindicações dos trabalhadores e a real situação econômica da empresa, de modo a permitir um contraditório seguro e eficaz.

Para João de Lima Teixeira Filho (SUSSEKIND et al, 1999, p. 1176) esse princípio resulta de presunção *juris tantum*. Continua o autor afirmando que a boa-fé deve estar presente nas fases de confecção do assentimento, da concentração de esforços para a conclusão com êxito da negociação e na fiel execução do que foi pactuado.

Nesse mesmo sentido defende Mauricio Godinho Delgado (2004, p. 1316) ao afirmar que o princípio da boa-fé ou da lealdade e transparência na negociação coletiva são premissas essenciais ao desenvolvimento democrático e eficaz do processo negocial coletivo, e conclui insistindo, que a transparência aqui é muito maior do que nos negócios jurídicos individuais, tendo em vista que a negociação coletiva é dirigida a produzir universos normativos regentes de comunidades humanas e o acesso às informações é maior do que no negócio jurídico individual.

Países com tradição em negociação coletiva, como Estados Unidos da América, apontam o princípio da boa-fé como o principal da negociação coletiva, a NLRA (National Labour Relations Act) estabelece que o empregador e o sindicato dos trabalhadores agem de má fé durante a negociação quando, respectivamente:

Conceder aumento de salário aos empregados sob protestos do sindicato, sobretudo se este é o impasse das negociações; recusar o fornecimento de informações relativo à concessão de aumento de salário, de forma que o sindicato não possa preparar sua proposta de salário para negociação; recusar assinar um novo contrato; não permitir aos membros do comitê de negociação a compensação de

horas de trabalho quando estiverem engajados na negociação e ao mesmo tempo recusar que tal negociação ocorra fora das horas de trabalho. E proíbe que seus membros trabalhem em jornada extra quando o acordo prevê a possibilidade de sobrejornada para suprir a produção; recusa a negociação salvo se unir duas unidades negociadoras, historicamente separadas e proíbe que seus membros aceitem supervisão temporária (GUGEL, 1994).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) preocupada com a implementação da negociação coletiva adotou uma declaração tripartite de princípios relativos a empresas multinacionais e política social. A declaração cobre vários aspectos da política social inclusive em relação às negociações coletivas, o parágrafo 52 (cinquenta e dois) prescreve

Empresas multinacionais, no contexto da **negociação de boa-fé** com representantes dos trabalhadores sobre as condições de emprego, ou enquanto trabalhadores exercem o direito de se organizar, não devem ameaçá-los [...], com o objetivo de influir deslealmente nas ditas negociações [...] (NEGOCIAÇÕES..., 1994, p. 45) (grifo nosso).

A rigor, o dever de negociar de boa-fé é uma obrigação mútua entre os sindicatos e os empregadores, cujo objetivo é de promover a solução pacífica das controvérsias (preâmbulo da Constituição Federal de 1988) a fim de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I da CF/88), na qual a dignidade da pessoa humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo (preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos).

3.1.5 Funções da Negociação Coletiva

A negociação coletiva reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como um direito humano fundamental do trabalhador (art.7º, XXVI e art.8º, VI) exerce funções essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana, do sindicato e dos valores sociais do trabalho. A inexistência ou imperfeição de qualquer destes pilares determina o mau funcionamento do direito coletivo do trabalho e, conseqüentemente, o descumprimento da autocomposição.

Para João de Lima Teixeira Filho a negociação coletiva passa a desempenhar crescente função de aprimoramento dos institutos contidos na CLT e de criação de condições de trabalho no vácuo da lei. Neste último caso, existindo um sindicato mais expressivo, melhores condições de trabalho serão obtidas, ao

passo que sendo menor o poder de pressão do sindicato, autocomposição torna-se frustrada (SUSSEKIND et al, 1999, p. 1177).

Assim, a finalidade da negociação coletiva é obter melhores condições de trabalho para a classe dos trabalhadores, não apenas buscando altos salários, mas também, almejando qualidades que serão abordadas por meio das diversas funções da negociação coletiva.

3.1.5.1 Função Jurídica

Depois de identificada a natureza jurídica da negociação coletiva torna-se mais simples identificar a função jurídica desse instituto de direito coletivo do trabalho.

Como a negociação coletiva é um contrato-norma a sua função jurídica também deve acompanhar esta natureza jurídica. Assim, subdivide-se essa função em normativa, consiste na criação de normas aplicáveis aos contratos de trabalho individuais, que por intermédio da negociação podem ser criados direitos e obrigações ainda não previstos em lei; obrigacional, as cláusulas dos instrumentos jurídicos provenientes da negociação coletiva determinam direitos e obrigações para os sindicatos convenientes, impondo sanções em caso de descumprimento; e compositiva, a negociação coletiva bem sucedida culmina um acordo de vontade de âmbito coletivo, cujo objetivo é manter e buscar o equilíbrio das relações sociais (SANTOS, 2004, p.128; NASCIMENTO, 2006, p.270-272).

3.1.5.2 Função Política

A política é a arte ou técnica do exercício do poder, ou seja, o poder político é um fenômeno por meio do qual o dominante capta o dominado e o coloca sob seu controle de forma a neutralizá-lo completamente. Daí ele perder suas características próprias e passar a refletir o dominante. Assim, afirma José Carlos Arouca (1998, p. 494)

O sindicato é uma associação essencialmente politizada, até porque só a tomada de posição, querendo dizer comprometimento ideológico, leva um trabalhador simples, quase sempre desprovido

de bens materiais, a colocar-se à frente de um grupo organizado, disputando sua liderança para com prejuízo de seu projeto de vida pessoal, comandar a luta em defesa de interesses coletivos.

Nesses termos, deve existir na função política um diálogo constante entre os grupos sociais coletivos a fim de que a participação democrática também seja alvo destes atores. Para a Organização Internacional do Trabalho (OIT) essa função política só existe, efetivamente, quando há uma estreita ligação da liberdade sindical com as liberdades públicas sob a seguinte premissa "um movimento sindical livre e independente só pode medrar num clima em que se respeitem e se garantam os direitos fundamentais" (LOGUERCIO, 2000, p.144).

A negociação coletiva cumpre sua função política na medida em que ela possibilita um diálogo entre os grupos sociais coletivos numa sociedade democrática, cuja estrutura institucional valoriza a ação dos interlocutores sociais. Como bem afirma Amauri Mascaro Nascimento (2006, p. 272)

A instabilidade política pode ainda resultar dos conflitos trabalhistas, de tal forma que, sendo a negociação um instrumento de estabilidade nas relações entre trabalhadores e as empresas, a sua utilização passa a ter um sentido que ultrapassa a esfera restrita das partes envolvidas para interessar à sociedade política.

Mesmo não sendo objeto desta pesquisa verificar o instituto da liberdade sindical no ordenamento constitucional da Carta de 1988, é imprescindível concordar com a Organização Internacional do Trabalho (OIT) que um sindicato realmente livre tem mais condições de exercer pressões políticas na busca constante do equilíbrio das relações de trabalho.

3.1.5.3 Função Econômica

A negociação coletiva, no surgimento do Direito Coletivo do Trabalho, nada mais era do que um procedimento para definir índices salariais, ou seja, "atuava como meio de distribuição de riquezas numa economia crescente" (NASCIMENTO, 2006, p. 270). Nos tempos atuais, principalmente com a globalização e o neo-liberalismo, além das questões salariais o objeto de negociação coletiva tem crescido para cobrir um campo muito vasto.

Algumas das principais questões que explicam a função econômica da negociação coletiva são traçadas pela própria Organização Internacional do Trabalho ao apresentar que as condições de trabalho, tais como: jornada de trabalho, férias, feriados e licenças remuneradas são situações nas quais os trabalhadores reivindicam tais benefícios de ordem econômica a fim de que sua qualidade de vida, enquanto trabalhador e ser humano, seja promovida a uma condição sustentável de dignidade. Respeitando o que está prescrito no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao reconhecer o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente, uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto (art. 7º, alínea a, ii).

A negociação coletiva no exercício da sua função econômica pode ser tanto uma forma de elevação bem como, de redução de emprego e dos custos do trabalho, dependendo de como é utilizada e das circunstâncias que ela é desenvolvida. Este fenômeno é denominado por Oscar Ermida Uriarte (2002, p. 12) como a flexibilização condicionada na qual

Os direitos ou benefícios dos trabalhadores são cedidos em troca de obrigações assumidas pelo empregador ou pelo Estado, e o não-cumprimento dessas obrigações faz 'renascer' o direito trabalhista renunciado ou cedido.

3.1.5.4 Função Ambiental

Outra função que vale a pena mencionar é a crescente tendência dos sindicatos com relação à qualidade de vida de seus membros, que não se restringe apenas ao aspecto econômico, mas também a vida dos trabalhadores e de suas famílias como um todo.

Em 1980, a OIT em conjunto com as Nações Unidas, num programa para o Meio Ambiente, chegaram a conclusão, por meio do n. 44 de Educación Obrera da OIT, de que o meio ambiente do trabalho e o meio ambiente em geral fazem parte da negociação coletiva, pois foi constatado que muitos sindicatos estavam também atuando no meio ambiente do trabalho (NEGOCIAÇÕES COLETIVAS, 1994, p. 69).

A saúde dos trabalhadores, tanto física quanto mental, é hoje vista sob um ponto positivo, ou seja, entende-se por boa saúde não apenas a ausência de doença, mas um estado dinâmico de querer e poder atingir um estado físico e mental. E um meio para a implementar tal postura nasce da função ambiental que a negociação coletiva pode desenvolver.

A Constituição Federal de 1988 contempla inúmeros aspectos a respeito do meio ambiente e o conceito fundamental de meio ambiente é extraído do art. 225 da CF, *in verbis*:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Vê-se, assim, que a definição de meio ambiente é bastante ampla, com isso buscando a concretização desta definição a doutrina classifica-o em: ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho (LEITE, 2003, p. 288).

E visando ao desenvolvimento do meio ambiente do trabalho os sujeitos coletivos devem, por meio da negociação coletiva, valer-se das normas constitucionais (arts. 1º, III e IV, 6º, 7º, XXII, XXIII, XXVIII, XXXIII, 200, VIII, 225), das Convenções da Organização Internacional do Trabalho (n. 148, 155, 161 e 170) e as normas relativas à segurança e à medicina do trabalho previstas na CLT.

Desta forma, afirma Carlos Henrique Bezerra Leite (2003, p. 288)

A concepção moderna de meio ambiente do trabalho, portanto, está relacionada com os direitos humanos, notadamente o direito à vida, à segurança e a à saúde. Esses direitos, na verdade, constituem corolários dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da cidadania.

É imprescindível, portanto, que os sindicatos das categorias profissionais atuem de forma preventiva no que tange à integridade física e mental dos trabalhadores por meio da negociação coletiva, e finaliza Carlos Henrique Bezerra Leite (2003, p.219) que fomentando a cultura dos direitos humanos e conscientizando de que a educação ambiental passa pela co-gestão

democrática dentro da empresa, que aliás é um direito social dos trabalhadores (art. 7º, XI, da CF/88).

3.1.5.5 Função Pedagógica

A função pedagógica da negociação coletiva tem por fundamento a atuação dos sindicatos no ensinamento das suas categorias para a criação de mecanismos capazes de proporcionar melhores condições de trabalho, ou seja, os sindicatos se propõem a repassar seus ideais para as categorias, proporcionando a seus membros concepção de vida, pautada na dignidade da pessoa humana.

E no ordenamento jurídico brasileiro, por ocasião da data base das categorias, os sujeitos coletivos constantemente devem repetir as rodadas de negociação o que promove, ao longo do tempo e do espaço, um estudo metódico desse processo dialético negocial entre os interesses das categorias profissional e econômica (SANTOS, 2004, p. 132).

3.1.5.6 Função Social

A função social desempenhada pela negociação coletiva apresenta as seguintes características, segundo Pasço Cosmópolis apud SANTOS (2004, p. 130)

é um meio de conciliação dos conflitos sociais [...]; é uma forma de inter-relação entre elas (partes) e de participação dos trabalhadores na administração; a negociação coletiva requer boa-fé das partes [...]; é uma fonte dinâmica do direito do trabalho; e evita ou modera a competição desleal entre as empresas, impondo-lhes os mesmos custos sociais.

Amauri Mascaro Nascimento (2006, p. 273) robustece a função social da negociação coletiva ao afirmar que mesma garante a “participação dos trabalhadores no processo de decisão empresarial”, ao transferir para a negociação a solução de diversas situações de interesse social; atua “no sentido de preservar o equilíbrio dos custos sociais”, pois as empresas já estão cientes que durante a vigência do acordo não teriam maiores ônus trabalhistas; e viabiliza o nivelamento dos sujeitos da relação de trabalho, cumprindo “uma função maior que é a realização da igualdade e justiça social”.

Nas relações de trabalho do mundo contemporâneo e dos ordenamentos jurídicos democráticos a participação dos entes coletivos na promoção da igualdade social é elemento essencial para o desenvolvimento de uma sociedade pluralista. E o Direito Coletivo do Trabalho não foge desta dinâmica, na medida em que a negociação coletiva, em qualquer nível, seja centralizada, em nível nacional, seja descentralizada, em nível de empresa, na busca constante da harmonização e equilíbrio entre os grupos exige a permanente participação social deles.

3.1.6 Os Instrumentos Normativos da Negociação Coletiva na Pacificação dos Conflitos Coletivos

Toda negociação coletiva deverá encerrar-se com o instrumento de seus resultados, que será a vontade determinada a ser cumprida pelos que a ela estarão submetidos. Desse modo, sua cristalização é documental, de modo a habilitar com segurança a aplicação concreta das normas criadas às relações de trabalho subordinado.

Neste particular, os instrumentos variam conforme os sujeitos, o objeto e o alcance da negociação coletiva. Os mais conhecidos e usados são: convenção internacional, pacto social, convenção coletiva, acordo coletivo, contrato coletivo e regulamento de empresa. Esta classificação, porém, não é unânime entre os doutrinadores trabalhistas.

José Augusto Rodrigues Pinto (1998, p. 186) defende que os instrumentos da negociação coletiva são: convenção internacional, pacto social, convenção coletiva, acordo coletivo, contrato coletivo e regulamento de empresa. Afirmando que, o critério por ele adotado vem acompanhando o próprio entendimento da OIT, mesmo necessitando alguns instrumentos (convenção internacional, pacto social) de ratificação e absorção pela estrutura legal de cada país signatário para ter eficácia obrigatória, isso porque, “a norma superveniente termina por ser o instrumento do consenso de vontades das representações interessadas em sua criação”.

Não coincide com o ponto de vista acima o do jurista Amauri Mascaro Nascimento apud NASCIMENTO (2000, p. 270) ao afirmar:

Deve ser observado que os acordos normativos também diferem das convenções da Organização Internacional do Trabalho. Estas são normas no nível internacional, elaboradas pelo parlamento da OIT, válidas no direito interno dos países que as aprovam, dependendo de ratificação em alguns, diretamente, em outros. Os acordos normativos são normas de direito interno e não de direito internacional. São elaborados pelos sindicatos e empresas interessados e não por um plenário como a OIT.

Como não é objeto de estudo dessa pesquisa, especificamente, os instrumentos decorrentes da negociação coletiva, ênfase maior será dada à convenção coletiva e ao acordo coletivo, tendo, em vista que, a Constituição Federal de 1988, no art. 7º, inciso XXVI, os reconhece.

3.1.6.1 Convenção Coletiva

A convenção coletiva é um instrumento de negociação coletiva de dimensão internacional, de tal maneira que a Organização Internacional do Trabalho estabeleceu que este instrumento significa, segundo Segadas Vianna

Todo acordo escrito relativo a condições de trabalho ou de emprego, compreendendo as medidas sociais que as partes julguem que possam ser objeto de negociações coletivas, celebrado entre empregador, um grupo de empregadores ou uma organização de empregadores, e uma ou várias organizações representativas de trabalhadores (SUSSEKIND et al, 1999, p. 1187).

A partir desta definição apresentada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), analisar-se-á as definições apresentadas pelos juristas brasileiros.

De acordo com Mozart Victor Russomano (2002, p. 150), a convenção coletiva de trabalho é

O convênio entre o sindicato operário e o sindicato patronal correspondente ou empresas individualmente consideradas, tendo por objeto principal a estipulação de normas a serem respeitadas através dos contratos individuais de trabalho e por objeto secundário a criação de direitos e obrigações assumidas pelos convenientes a título próprio.

A convenção coletiva, para Amauri Mascaro Nascimento (2000, p. 278), tem natureza instrumental, pois está destinada a criar normas que vão projetar-se sobre os contratos individuais de trabalho e as partes contratantes agem para construir condições aplicáveis a terceiros, que são os trabalhadores e empregadores.

Outra definição sobre convenção coletiva é apresentada por Segadas Vianna, para o qual a convenção coletiva é “como um ato legislativo elaborado por entidades sindicais e por via convencional, visando regular e estipular as condições para as relações individuais de trabalho” (SUSSEKIND et al, 1999, p. 1187).

A legislação trabalhista infraconstitucional prescreve no art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho o que é convenção coletiva de trabalho:

Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

Diante dessas diversas definições verifica-se que no ordenamento jurídico brasileiro a convenção coletiva tem uma conotação distinta das definições apresentadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e por Mozart Victor Russomano, pois o ponto em comum destas duas concepções consiste na possibilidade do empregador, individualmente, firmar convenção coletiva com o sindicato dos trabalhadores.

O que não acontece para a legislação trabalhista brasileira. Porque os sujeitos da convenção coletiva são necessariamente os sindicatos da categoria dos trabalhadores e da categoria econômica. A legitimação para formalizar uma convenção coletiva é das organizações sindicais, não podem um grupo de trabalhadores, isoladamente, formular uma convenção coletiva sem a participação do seu sindicato, este mesmo raciocínio serve para os empregadores.

Mesmo assim, todas as definições, ora apresentadas, são unânimes em afirmar que a convenção coletiva é um ato jurídico bilateral em que os sujeitos

de comum acordo põem fim a um conflito de interesses, cujo objetivo é a criação de normas genéricas e abstratas, de eficácia obrigatória sobre os integrantes do grupo que as concertaram.

A convenção coletiva de trabalho, no ordenamento jurídico brasileiro, tem um alcance específico para aqueles trabalhadores integrantes, sindicalizados ou não, do sindicato que participaram do processo de negociação, e para aqueles empregadores, sindicalizados ou não, também integrantes do sindicato que participaram desse mesmo processo. Esta regra não se aplica ao empregador que possui empregados pertencentes à categoria diferenciada e que não participou do processo de negociação juntamente com o sindicato desta categoria (Orientação Jurisprudencial n. 55 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho).

3.1.6.2 Acordo Coletivo

A Carta Magna de 1988 reconhece, também, o acordo coletivo como instrumento da negociação coletiva, porém, não faz distinção entre ele e a convenção coletiva. Nesse sentido, João de Lima Teixeira Filho assegura que ambas não têm o mesmo significado (SUSSEKIND et al, 1999, p. 1181).

O art. 611, no § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) prescreve o que é acordo coletivo de trabalho:

É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho.

Acompanhando a determinação da CLT José Augusto Rodrigues Pinto (1998, p. 222) define acordo coletivo como sendo

O ajuste de caráter normativo pelo qual uma ou mais associações sindicais representativas de categorias profissionais estipulam diretamente com empresa ou empresas condições gerais de trabalho aplicáveis às relações individuais mantidas com integrantes da categoria no âmbito destas.

Em linha idêntica se manifesta Amauri Mascaro Nascimento (2000, p. 257)

Acordo coletivo é pacto entre um sindicato de empregado e uma ou mais empresas, de modo que, se do lado dos trabalhadores necessariamente aparecerá o respectivo sindicato, o mesmo não acontece no lado patronal, uma vez que os pactuantes serão, diretamente, empresas e não o sindicato das empresas.

No mesmo sentido se inclina Segadas Vianna (SUSSEKIND et al, 1999, p. 1187) ao identificar nos acordos coletivos pactos não intersindicais, ou seja, os sujeitos são, sempre, de um lado o sindicato profissional, e do outro lado uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, e sua aplicação será no âmbito da empresa ou das empresas.

Da mesma forma que a convenção coletiva, o acordo coletivo de trabalho, também, é um ato jurídico bilateral pelo qual os sujeitos de comum acordo põem fim a um conflito de interesses, cujo objetivo é a criação de normas genéricas e abstratas, de eficácia obrigatória sobre os integrantes do grupo que as concertaram.

Diferentemente, são os sujeitos do acordo coletivo. A legitimação para formalizá-lo é mais restrita, uma vez que, apenas o sindicato dos trabalhadores juntamente com uma ou mais empresas podem estar promovendo o processo negocial, ou seja, no acordo coletivo não há participação do sindicato da categoria econômica.

Desta forma o alcance do acordo coletivo também se torna mais restrito, atingindo somente aos trabalhadores da empresa participante do processo negocial. Existindo categoria diferenciada num determinado segmento do empregador, o acordo coletivo formulado pelo sindicato dos trabalhadores da categoria diferenciada terá alcance, apenas, se o empregador participar da negociação (Orientação Jurisprudencial n. 55 da Seção de Dissídio Individual - 1 do Tribunal Superior do Trabalho).

3.1.6.3 Outros Instrumentos

Como foi abordado anteriormente há outros instrumentos de negociação coletiva: convenção internacional, pacto social, contrato coletivo e regulamento de empresa. Importante frisar que o objetivo neste item é apenas apresentar tais instrumentos, indicando seus sujeitos, seu objeto e seu alcance. Sem, no

entanto, aprofundar-se quanto à admissibilidade destes não como instrumentos de negociação coletiva no ramo juscoletivo brasileiro.

A convenção internacional de trabalho constitui tratado multilateral cujo conteúdo é a criação de normas trabalhistas com aplicação em nível internacional, e, uma vez ratificada pelo Estado torna-se fonte formal de direito interno. Quanto aos sujeitos convenientes não ficam restritos apenas, às organizações sindicais dos trabalhadores e dos empregadores, isso porque, os Estados-membros também participam da concretização das convenções, por meio de seus representantes legais. A participação destes membros é realizada na Conferência Internacional do Trabalho, órgão supremo da OIT, que delibera as convenções, recomendações e resoluções, ou seja, a regulamentação internacional do trabalho.

Importante distinção deve ser feita entre convenção, recomendação e resolução, já que apenas a primeira é classificada como um dos instrumentos de negociação coletiva. Convém, repetir por sua objetividade, a distinção que Arnaldo Sussekind faz em relação aos três tipos de instrumentos:

Materialmente, a convenção não se distingue da recomendação, configurando-se, entretanto, a distinção no tocante aos efeitos jurídicos que geram. Somente a convenção é objeto de ratificação pelos Estados-membros, enquanto as recomendações devem apenas ser submetidas à autoridade competente para legislar sobre a respectiva matéria, a qual poderá, a respeito, tomar a decisão que entender. Já as resoluções não acarretam qualquer obrigação, ainda que de índole formal, para os Estados-Membros, destinando-se a convidar organismos internacionais ou governos nacionais adotarem medidas nelas preconizadas (SUSSEKIND et al, 1999, p. 1488).

A convenção internacional é uma grande negociação coletiva, de nível internacional, que visa, segundo José Augusto Rodriguez Pinto (1998, p. 190-191), a criação de princípios, “quando as normas que estabelecerem coincidirem com a legislação do país que a ratificar”, normativa, “quando as normas que a estabelecerem carecerem de legislação complementar do país que a ratificar”, e programática, “quando fixar objetivos determinados para sua aplicação, que o país que a ratificar deva atender mediante providências complementares de sua legislação”.

Nesse sentido, as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) têm por fim a universalização das normas de proteção ao trabalho e sua incorporação aos direitos positivo dos Estados-Membros.

O pacto social, da mesma forma que convenção internacional do trabalho, acordo coletivo e convenção coletiva, é um instrumento da negociação coletiva, cuja origem escandinava remota aos anos de 1899 espalhando-se entre os países europeus, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial a fim de possibilitar a criação de uma política de emprego com a participação do governo, empregados e empregadores. Em virtude, da sua origem, os sujeitos do pacto social são, necessariamente, trilateral, em virtude da presença obrigatória do Estado juntamente com os empregados e empregadores (NASCIMENTO, 2000, p.276-277).

O fundamento do pacto social é a existência de uma crise econômica e social que exija uma estreita cooperação de vontades dos agentes econômicos da produção (trabalhadores e empresas) com o propósito de solucioná-la de modo socializado, ou seja, que beneficie toda a sociedade com um mínimo de sacrifício ou perda de interesses dos interlocutores. Desta forma, o conteúdo dos pactos sociais para Amauri Mascaro Nascimento (2000, p. 276) “é a colaboração, dos grupos sociais com o governo, para a elaboração conjunta de um plano de política econômica e social [...]”.

Isso desperta algumas conclusões sobre o pacto social, quais sejam: ele apresenta um conteúdo programático, ou seja, abre caminho para futuras negociações de caráter imperativo e consensual; exige do Estado uma maturidade política, na medida em que a viabilidade desse pacto social vai depender de uma sociedade democraticamente participativa nos assuntos socioeconômicos; e, por fim, o seu surgimento é fruto de crises econômicas que possam desestabilizar as relações de trabalho, e o governo convida os atores dessa relação na tomada de decisões que vão influenciar na criação de política econômica do governo aplicada nas relações de trabalho.

O estudo sobre regulamento de empresa pode recair sob uma perspectiva do Direito Individual do Trabalho ou do Direito Coletivo do Trabalho, isso vai

depende se a sua elaboração provier da atividade unilateral ou bilateral do empregador. Recaindo na primeira opção, a sua análise está encaixada no poder de direção do empregador, agora, se recai na segunda opção, ou seja, o regulamento de empresa é fruto de negociação do empregador e do empregado (seja sindical ou direta), a análise se transfere para o campo do Direito Coletivo, onde ele irá compor o lenço dos instrumentos da negociação coletiva.

Como o foco desta pesquisa é a segunda opção, os sujeitos desse instrumento negocial são o empregador, de um lado e os empregados, do outro lado, que podem assumir diretamente a negociação, que é o caso da comissão de empresas, ou indiretamente o processo negocial ficando a cargo exclusivo do sindicato dos trabalhadores, que é o caso da delegação sindical na empresa, ou ainda, a composição poderá ser mista, representantes diretos dos empregados da própria empresa e representante do sindicato da categoria profissional.

Na atual conjuntura constitucional brasileira, a composição que melhor responderá à legitimidade da negociação coletiva será a mista, haja vista que os artigos 8º, inciso VI e 11 da CF/88 prescrevem, respectivamente, que “é obrigatória a participação dos sindicatos [da categoria profissional] nas negociações coletivas de trabalho” e que “nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregados”.

Sendo fruto de um processo negocial o regulamento de empresa tem como conteúdo a criação de normas cogentes de conduta geral nas relações individuais de trabalho, contudo, a abrangência desse instrumento é mais simples e menos numerosa, pois somente os empregados da empresa negociadora terão que observar as regras estabelecidas no regulamento.

O contrato coletivo de trabalho é um tema, no Direito do Trabalho, que envolve muitas indagações, a começar pelas designações que este recebe da Organização Internacional do Trabalho (OIT): *convention collective* e *collective*

agreement, respectivamente, convenção coletiva, como pacto normativo e contrato coletivo, no sentido negocial (MAZZONI, 1972, p. 135). A única certeza deste trabalho é que o contrato coletivo é um dos instrumentos da negociação coletiva. Por isso mesmo, não é objeto deste trabalho analisar as diversas nuances deste instrumento.

As Constituições brasileiras, desde 1394, empregam denominações instáveis quando o tema é contratação coletiva sindicais. A de 1934 aludiu o termo convenção coletiva de trabalho (alínea j, §1º, art. 121). A de 1937 prescreveu contrato coletivo de trabalho (alínea b, art. 137), isso em decorrência da forte pressão política que o corporativismo italiano exerceu sob os diversos países. A partir de 1946 (art. 157, inciso XIII), os textos constitucionais retomaram o nome convenção coletiva (CF/67, art. 158, inc. XIV e CF/88, art. 7º, inc. XXVI), passando a conviver com o acordo coletivo de trabalho.

A legislação infraconstitucional também sofreu reflexos dessas variantes constitucionais quanto à denominação. A CLT, à sombra da Carta de 1937, disciplinou o termo contrato coletivo (art. 611e seguintes). Porém, em 1967, pelo Decreto-lei 229, abandonou-se este termo a fim de acompanhar a Carta de 1946, que utilizou a expressão convenção coletiva. A Lei 8542, de 1992, sobre políticas nacionais de salário, introduz a expressão contrato coletivo. Também a Lei 8.630, de 1993, Lei dos Portuários, previa, para os portuários o contrato coletivo de trabalho. Importante observação é que nenhuma dessas leis definiu o que é contrato coletivo de trabalho para o direito brasileiro.

Em virtude desta omissão, surgiu um debate conceitual sobre o que é contrato coletivo de trabalho e as interpretações foram diferentes.

Por um lado, há os que defendem uma postura ampliativa do contrato coletivo, sendo este um novo nível de negociação coletiva, diferente dos já existentes, pois a sua área de abrangência é mais ampla do que o da categoria podendo abranger mais de um setor econômico ou profissional, para permitir um acordo que envolva diversos sindicatos.

Esta corrente vislumbra no contrato coletivo de trabalho uma rediscussão e reelaboração do modelo sindical que hoje há instituído pela CF/88, pretende, com base nas diretrizes da Recomendação 163 da Organização Internacional do Trabalho, promover uma ação espontânea e direta dos próprios interessados na construção de novas bases para o modelo de relações de trabalho. Tal Recomendação sugere que a “negociação coletiva seja possível em qualquer nível, inclusive o do estabelecimento, da empresa, do ramo de atividade, da indústria, ou nos níveis regional ou nacional” (1981, item II, número 4, §1º). Acompanha esta corrente Enoque Ribeiro dos Santos (2004, p. 145), José Augusto Rodrigues Pinto (1998, p. 234), Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto Quadros Pessoa Cavalcante (2004, p. 1583).

Por outro lado, há uma corrente que não distingue o contrato coletivo da convenção coletiva e nem do acordo coletivo, apenas são denominações distintas, e, além disso, admite como sendo os únicos instrumentos da negociação coletiva a convenção coletiva e o acordo coletivo. É o que defende Maurício Delgado Godinho (2005, p. 1388), Amauri Mascaro Nascimento (200, p. 349) .

Diante desta divergência na doutrina brasileira acerca do contrato coletivo de trabalho, entende-se que este instrumento de negociação coletiva para ter o alcance defendido pela corrente ampliativa precisa passar por uma profunda transformação no paradigma sindical vigente no atual sistema constitucional, só depois dessa reformulação é que será possível implementar a Recomendação 163, de 1981, da Organização Internacional do Trabalho OIT.

Enquanto essa alteração não acontece os instrumentos de negociação coletiva, mais usados no ordenamento jurídico-coletivo brasileiro, continuam sendo a convenção e o acordo coletivos de trabalho.

3.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Este capítulo pretende relacionar o surgimento da coletivização no contexto da gênese do Direito Coletivo do Trabalho com os Direitos Humanos (Estado liberal, Organização Internacional do Trabalho, Estado Social etc). Apresentando uma evolução histórico-constitucional brasileira sobre a negociação coletiva. E na Constituição Federal de 1988 abordar a questão do individualismo, da unicidade sindical e do déficit democrático em virtude da concepção neoliberal e sua relação a função social da propriedade, dignidade da pessoa humana e o valor social da empresa. E, por fim, apresentar a importância da negociação coletiva na implementação dos direitos humanos sociais dos trabalhadores assalariados.

3.2.1 Evolução das Relações Coletivas de Trabalho como Direitos Humanos

Não padece dúvidas de que a relação de trabalho é um instituto que remota ao período de criação do homem. É o que se infere do Pentateuco, do livro do Gênesis, que narra a origem do mundo: "Deus acabou no sétimo dia a obra que tinha feito; e descansou..." (Gen. 2,2). Verifica-se que o trabalho dignifica o homem, por ter um caráter reconstrutivo e é uma possibilidade de continuar a obra criadora de Deus.

Os povos não evoluíram de forma homogênea, conseqüentemente, o trabalho também não. Contudo, o trabalho coletivamente realizado pode ser assim, esquematizado: homem nômade, escravidão, servidão, artesanato, corporações de ofício, trabalho livre, trabalho tutela pelo Estado Social e trabalho no Estado neoliberal.

O homem nômade trabalhava em conjunto com os membros da sua família, caçando e pescando, para o sustento da sua própria família. Pode-se concluir, que este período de sua vida foi apenas para subsistência imediata.

Na antigüidade, principalmente no mundo greco-romano, o trabalho tinha feições distintas. Predominava-se a concepção do trabalho como mercadoria, ou seja, possuía um sentido material reduzindo-o a coisa, o que tornou possível justificar a escravidão, pois o escravo, nessas circunstâncias, enquadrava-se como objetivo do direito de propriedade e não como sujeito de direito. A outra feição apresentada pelo trabalho era aquela desenvolvida pelos homens livres e com autonomia, como os artesãos. O pensamento aristotélico, que influenciou o surgimento dos direitos humanos, pregando a igualdade, a liberdade e a razão entre os homens, era somente para os homens livres daquela época, isso porque durante a antigüidade o trabalho escravo era necessário e justo, pois para conseguir conhecimento teórico era preciso que o homem livre fosse ocioso, dedicando-se apenas ao pensamento e à contemplação (COMPARATO, 2003, p. 10-20).

Na Idade Média, de economia predominante agrária (séculos V a XI), o trabalho escravo na Europa foi substituído pela servidão, em que se reconhecia nos servos a natureza de pessoa e não de coisa, mas na realidade não dispunham de sua liberdade. Apesar de não serem escravos, na completa expressão do termo, os servos estavam sujeitos às mais severas restrições, inclusive de deslocamento, porém, aos mesmos eram assegurados o direito de herança de animais, objetos pessoais e o uso de pastos. Processavam-se, nesta mesma época (séculos XI a XV), alterações nas necessidades dos habitantes dos feudos, que não suportando mais a excessiva carga de trabalho e de impostos começaram a fugir do poder de controle dos senhores feudais o que propiciou a concentração da população nas comunas, que eram centros de interesse de artesãos e mercadores (SUSSEKIND et al, 1999, p.29-34).

Ainda durante a idade medieval a necessidade do cotidiano contribuiu que aparecessem os primeiros artesãos - marceneiro, ferreiro, tecelão, dentre outros – que continuavam, ainda vinculados ao senhor feudal. O trabalho servil foi, gradativamente, substituído pelas corporações de ofício ou “Associação de Artes e Mestres” (séculos XIII a XV), constituídas por mestres, ou seja, profissionais que tinham aptidão na construção de uma obra-prima, tanto na indústria como no comércio. O mestre tinha sob suas ordens e vigilância os

operários e os aprendizes, esta subordinação não se restringia apenas ao contrato de trabalho, mas alcançava a própria vida destes trabalhadores. Em contrapartida, os estatutos das corporações estabeleciam suas próprias leis profissionais, que asseguravam obrigações e direitos para os operários e aprendizes, como salário, proteção de socorros em caso de invalidez ou morte até para os familiares, e, mais ainda, poderiam um dia vir a ser também mestre (SUSSEKIND et al, 1999, p. 29-34).

O sistema da corporação de ofício, entretanto, mascarava uma escravidão do trabalhador mais branda, pois a exploração do trabalho e da vida pessoal permanecia viva nas relações laborais da Idade Média. E como afirma Segadas Vianna, “muitas vezes surgiram dissensões dentro de uma corporação ou entre corporações que lutavam pela garantia de privilégios” (SUSSEKIND et al, 1999, p. 33-34), tentando melhorar a qualidade de vida e de trabalho desses aprendizes e operários.

A Idade Moderna foi marcada no campo filosófico e político pela valorização do indivíduo como um ser naturalmente livre, os jusnaturalistas, como Hobbes, Locke, Rousseau dentre outros, propiciaram o desenvolvimento de teorias que valorizassem o individualismo acima tudo.

É importante sublinhar que os direitos de cunho liberal têm o seu núcleo central nos assim chamados "direitos de liberdade" que são, fundamentalmente, os direitos do indivíduo (burguês) à liberdade, à propriedade, à segurança. O Estado limita-se a garantia dos direitos individuais por meio da lei sem intervir ativamente na sua promoção. Por isso, esses direitos são chamados de direitos de liberdade negativa, porque tem como objetivo a não intervenção do estado na esfera dos direitos individuais⁶³.

⁶³ É oportuno também lembrar que, apesar da afirmação de que "os homens nascem e são livres e iguais", uma grande parte da humanidade permanecia excluída dos direitos: os escravos não eram sujeitos de direito de acordo com a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia; a Declaração dos direitos do homem e do cidadão da Revolução Francesa não considerava as crianças e as mulheres como sujeitos de direitos iguais aos dos homens. Em geral, as mulheres, os pobres e os analfabetos não podiam participar da vida política em todas estas sociedades. Estes direitos não valiam nas relações internacionais, neste período na Europa, ao mesmo tempo em que proclamavam-se os direitos universais do homem, tomava

E em virtude desta característica marcante as relações de trabalho medievais também passaram a se adequar a estes novos paradigmas. A libertação do trabalhador decorreu da transição dessa época de heteronomia para o regime liberal, em que predominava a autonomia dos indivíduos. As principais revoluções liberais fundadas na concepção teórica do jusnaturalismo consagraram, dentre outros, o direito à liberdade para o exercício das profissões, artes ou ofícios, e conseqüentemente, para as livres contratações.

Juntamente com as revoluções de cunho político e filosófico eclodiu a revolução de natureza econômica, comumente denominada, Revolução Industrial⁶⁴.

A Revolução Industrial acarretou mudanças no setor produtivo e nas relações de trabalho, pela primeira foi possível o início da produção em série e em quantidade a fim de baratear o custo da mercadoria, já pela segunda deu origem à classe operária, transformando as relações sociais. Como bem afirma Mozart Victor Russomano (1981), esta Revolução gerou um aumento nas estatísticas da produção de bens, porém, não ocorreu uma distribuição desses bens de maneira adequada, e finaliza, “a fartura da produção é diretamente proporcional à abundância da miséria”. Isso explica a insatisfação do trabalho, pois o operário participa da produção, mas não participa, adequadamente, de seus frutos e resultados. E esse passa a ser a combustão das crises político-sociais do século XX. E continua Russomano “e continuará a sê-lo, até que se conheça que o Trabalho é a principal e mais nobre força de criação da riqueza nacional devendo, por isso, dela participar largamente, dentro de um regime político justo” (RUSSOMANO, 1981).

A nova relação entre o proletariado e o capitalista fundou-se nas bases teóricas do liberalismo estatal, do individualismo e da liberdade e da igualdade inatas do homem. Formava-se, assim, uma relação triangular interessante, na base

um novo impulso o grande movimento de colonização e de exploração dos povos extra-europeus. Assim a grande parte da humanidade ficava excluída do gozo dos direitos.

⁶⁴ O momento de eclosão da Revolução Industrial é controvertido na doutrina, para alguns autores (Toynbee) seu ponto de partida foi 1760; já para outros (Nef) o processo ocorreu entre 1783 e 1802, na Inglaterra (BARROS, 2005, p. 57). A Revolução Industrial não foi propriamente uma revolução, no sentido literal da palavra, seu surgimento decorreu da inovação tecnológica, ou seja, a substituição da ferramenta manual pela máquina.

encontravam-se os proletariados e os capitalistas e no ápice encontrava-se o Estado, entre aqueles existia a completa liberdade de contratação, enquanto que este apenas garantia a ambos a certeza do não intervencionismo. Esta forma de encarar as relações entre os indivíduos, aqui consideradas proletariados e capitalistas, e o poder estatal denomina-se como direitos humanos de primeira dimensão.

Não padece dúvida de que essa liberdade e essa igualdade, amplamente divulgada e defendida durante o Estado Liberal, são conceitos abstratos, como já bem defendia os antiiluministas na época da Revolução Francesa e Revolução Americana. Em virtude dessa abstração, os proletariados, individualmente, estavam entregue à sua fraqueza e à sua miséria, pois o Estado, pautado nos fundamentos teóricos do liberalismo, largava-os à sua própria sorte, apenas afirmando que eles eram livres, e que, portanto, eram suficientemente capazes de pactuarem livremente com o seu empregador.

Havia entre estas duas classes, capitalista e proletariada, um abismo econômico e social. A lei do bronze, em vigor à época, considerava o trabalho “uma mercadoria, cujo preço era determinado pela concorrência que tendia a fixá-lo no custo da produção e a estabilizá-la a um nível próximo ao mínimo de subsistência” (BARROS, 2005, p. 59), este antagonismo do poder econômico gerava uma falsa impressão de que os sujeitos da relação de trabalho encontravam-se num nível de igualdade e liberdade plena. Todavia, como afirma Segadas Vianna,

[...] a classe capitalista, pela força do dinheiro, pela submissão, pela fome, impunha ao proletariado a orientação que tinha de ser seguida. Explorando e escravizando a massa trabalhadora, a minoria patronal não se preocupava com a condição de vida dos seus empregados: as relações entre patrões e trabalhadores se constituíam dentro dos muros de cada fábrica (SUSSEKIND et al, 1999, p. 37).

Diante desse contexto, os únicos direitos humanos dos proletariados eram a liberdade de exercer uma profissão e a igualdade formal de contratação. O trabalhador, na sua dignidade fundamental de pessoa humana, não interessava ou não preocupava os capitalistas e o Estado, isso porque, como descreve Oliveira Viana

[...] embolsando o trabalhador regulamente as prestações devidas pelo seu trabalho, julgavam os patrões que, assim, procedendo, estavam cumprindo integralmente os seus deveres para como esse colaborador principal de sua fortuna (SUSSEKIND et al, 1999, p. 36).

A função do Estado Liberal era portar-se como mero espectador, porque inspirado na fórmula *laissez aller, laissez faire* a sua atribuição seria apenas garantir a ordem social e política, com a força organizada, promover a pacificação das lides por meio da atuação dos tribunais e garantir aos particulares, independentemente da condição econômica e social, a ampla liberdade de ação econômica. Com isso, o sistema liberal, também adotado nas Constituições dos Estados Modernos, que se julgava construído sobre o subjetivismo dos direitos individuais entra em crise porque não podia mais atender aos fenômenos econômicos e sociais da época (SUSSEKIND et al, 1999, p. 36-37).

A classe menos favorecida, econômica e socialmente, indignada com os baixos salários, péssimas condições de trabalho, excessivas jornadas de trabalho, em fim, a mais completa degradação do trabalhador (homens, mulheres e crianças) enquanto ser humano e, por um lado, a opulência dos burgueses com seus palácios, tranqüilidade, fartura de comida e luxo, paz e segurança do futuro para si e para os seus, e, sobretudo o Estado que não impunha aos empregadores a observância de condições mínimas de trabalho e ainda proibia a associação dos operários para a defesa dos interesses comuns fez eclodir um sentimento de revolta pelos operários, que começaram a questionar que liberdade era essa, tão divulgada pelos revolucionários liberais, que mais aprisionava do que libertava?

Durante o Estado Liberal era proibido toda e qualquer forma de associação, inclusive a de operários, a pretexto de ela implicar a perturbação das relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado. Assim, os primeiros movimentos realizados pelos trabalhadores coletivamente, como as greves, as organizações proletariadas, que muitas vezes eram violentas, incentivavam a classe operária a impor seu inconformismo com modelo que existia na época.

Toda esta agitação coletiva dos operários passou por uma fase de proibição legalizada, ou seja, a França com a Lei Chapelier, de 1791, a Inglaterra, em

1799, o Código Penal Francês de 1819 (código Napoleão) vedavam o direito de coligação e de colisão entre empresários e trabalhadores.

Em seguida, há uma fase de tolerância, quando este delito é suprimido, seguindo-se a fase de reconhecimento do direito de associação, admitido na Inglaterra, em 1824, quando os grupos informais de trabalhadores foram se transformando nas *trade unions* (sindicatos), que assumiram o papel de negociador, com os empregadores, das condições de trabalho a serem respeitadas nos contratos individuais de trabalho. Nascia, assim, o contrato ou convenção coletiva de trabalho.

Apesar de nenhuma lei impor eficácia *erga omnes*, os empresários e as associações de trabalhadores (sindicatos) observavam o que era pactuado. Ainda sob inspiração de Robert Owen⁶⁵, fundaram em 1833, a União Nacional Consolidada, sendo esta uma associação sindical, que, por meio de várias greves, lutou pelos direitos políticos e sociais dos trabalhadores, tornando-se a partir de então, o mais poderoso instrumento de conquista dos direitos sociais-trabalhistas.

O ano de 1848 é, de fato, um marco decisivo nas relações coletivas de trabalho. Isto porque neste ano o Manifesto Comunista de 1848 e a Revolução Francesa do mesmo ano impulsionaram mudanças na forma de compreender os direitos humanos. Durante este período a classe socialmente subordinada iniciou um processo de pressão social coletiva sobre o pólo adverso na relação de trabalho (o empresariado) e sobre a ordem institucional vigente (o Estado Liberal).

Essa fase de formação histórica e ideológica do Direito do Trabalho, individual e coletivo, foi pautada na transformação do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito, e esta mutação foi reflexo de novas concepções teóricas que começaram a surgir no século XIX e concretizar no século XX.

⁶⁵ Robert Owen foi o empresário que plantou as sementes do Direito do Trabalho, ele implantou na sua fábrica de tecidos em New Lamark, na Escócia (1813), diversas medidas de proteção ao trabalho, e juntamente com Robert Peel incentivou a agremiação dos operários em sindicatos (SUSSEKIND, 2003, p. 9).

Vários foram os atores e fatores que propugnavam, em conjunto, por uma reformulação na concepção abstrata do indivíduo como um ser livre, tudo isso refletiu diretamente no Direito, que acompanhando as transformações sociais encontrou-se obrigado a modificar seus princípios e valores, até então inimagináveis.

É oportuno assinalar que o processo não foi tão linear e simples como parece nesta sumária exposição; na verdade, nunca foi fácil colocar em prática, ao mesmo tempo, os direitos de liberdade (civis e políticos) e os direitos de igualdade (econômicos sociais).

A Igreja Católica, nas diversas épocas da sua história, se preocupa em passar uma mensagem evangélica com forte chamamento à fraternidade universal⁶⁶. A doutrina dos direitos naturais, elaborada pelos pensadores cristãos a partir de uma síntese entre a filosofia grega e a mensagem bíblica, valoriza a dignidade do homem e considera como naturais alguns direitos e deveres fundamentais que Deus colocou no coração de todos os homens.

Apesar de muitos Papas terem ido de encontro à implementação dos direitos humanos⁶⁷, a hostilidade da Igreja Católica aos direitos humanos modernos começa a mudar, principalmente, com o Papa Leão XIII que, com a Encíclica *Rerum Novarum* de 1894, deu início à chamada Doutrina Social da Igreja. A Igreja Católica procura com isso inserir-se de maneira autônoma entre o

⁶⁶ Porém, o envolvimento e a identificação sempre maior da Igreja com as estruturas de poder da sociedade antiga e medieval fez com que os ideais da natural igualdade e fraternidade humana que ela proclamava não fossem, de fato, respeitados e colocados em prática. Com o advento dos tempos modernos a Igreja Católica foi fortemente atingida pelas grandes reformas religiosas, sociais e políticas do tempo e foi perdendo progressivamente o poder temporal e uma grande parte do poder econômico que se fundava na propriedade da terra. Este talvez foi um dos motivos principais da hostilidade da Igreja às doutrinas e às práticas dos direitos humanos na modernidade: a Igreja ficou defendendo o Antigo Regime do qual era uma parte fundamental com todos os seus privilégios.

⁶⁷ Apesar dessa visão humanitária que era defendida, teoricamente, pela Igreja Católica, Giuseppe Tosi [20--?] afirma que no século XIX, por exemplo, o Papa Pio VI afirma que o direito de liberdade de imprensa e de pensamento é um "direito monstruoso" deduzido da idéia de "igualdade e liberdade humana" e comenta: "Não se pode imaginar nada de mais insensato que estabelecer tal igualdade e uma tal liberdade entre nós". Em 1832 o Papa Gregório XVI descreve a liberdade de consciência como "um princípio errado e absurdo, ou melhor uma loucura (deliramentum), que se deva assegurar e garantir a cada um a liberdade de consciência. Este é um dos erros mais contagiosos... A isto está conexas a liberdade de imprensa, a liberdade mais perigosa, uma liberdade execrável que nunca poderá suscitar bastante horror."

liberalismo e o socialismo propondo uma via própria inspirada nos princípios cristãos. Explica esta Encíclica que a propriedade privada é um direito natural que o Estado não pode suprimir, porém, carrega consigo uma função social, ou seja, é direito que se exerce em proveito próprio e para bem dos outros. Nessa Encíclica, o Papa Leão XIII defende que o Estado deve intervir na proteção dos direitos dos particulares, principalmente dos pobres, isto é, dos proletariados a fim de que não seja lesada a dignidade da pessoa humana.

Este movimento continuou durante todo o século XX e levou a Igreja Católica a modificar profundamente sua posição de inicial condenação dos direitos humanos⁶⁸. Ela passa a ser um ator positivo na implementação dos direitos humanos, inclusive dos trabalhadores.

Em 1848, Marx e Engels sacudiram a sociedade burguesa nascida com a Revolução Francesa, quando lançaram o Manifesto Comunista. Este Manifesto não é apenas racionalista, é materialista e revolucionário; não é individualista, é socialista; não é liberal, é comunizante. A partir do século XIX, principalmente, os movimentos sociais revolucionários iniciados pelos trabalhadores, pelo reconhecimento do direito de associação, foram pautados nos ideais socialistas⁶⁹, fazendo com o que a humanidade caminhasse na direção oposta

⁶⁸ O Papa Pio XII defendia “a redenção do proletariado, por meio do salário justo”; depois de quarenta anos da Encíclica *Rerum Novarum*, o mesmo Papa insistia que o direito de propriedade era limitado, não podendo constituir um obstáculo à família na posse de um espaço vital para a sua sobrevivência; na mesma linha o Papa João XXIII dedicou o problema social em duas Encíclicas, que foram a “*Mater et Magistra*” (1961) e a “*Pacem in Terris*” (1963), todos os demais Papas sucessores de Leão XIII demonstram a real preocupação com a implementação dos direitos humanos sociais (SUSSEKIND et al, 1999, p. 98-102).

⁶⁹ Diferentes correntes socialistas da época apresentavam soluções para a crise existente entre a classe dos proletariados e a classe burguesa. A corrente do *socialismo reacionário* estava subdividido em: socialismo feudal, que defendia o retorno da antiga ordem social – feudalismo - e criticava a burguesia pelo status que alcançara com a Revolução Francesa; socialismo pequeno-burguês, que pretendia restabelecer as antigas relações e toda a sociedade antiga, ou seja, para a manufatura o regime cooperativo e para agricultura o regime patriarcal; e, socialismo alemão criticava o modelo burguês liberal e defendia as verdadeiras necessidades do ser humano, e não somente dos proletariados, ou seja, o homem em geral que não pertença a nenhuma classe. A outra corrente é o *socialismo conservador ou burguês*, que pretendia manter as condições de vida da sociedade moderna, mas, sem as lutas e os perigos que dela decorrem, ou seja, pretendiam que os operários se afastassem de qualquer movimento revolucionário, pois somente uma transformação das condições de vida material e das relações econômicas poderiam ser proveitosas para os proletariados. Havia, ainda, o *socialismo utópico*, que repeliem toda ação revolucionária, procurando atingir o seu fim por meios pacíficos despertando na consciência burguesa um tratamento mais humanitário dos operários. Até então o socialismo se resumia à pregação dos “utópicos”. A corrente do *materialismo histórico* desenvolvida por Marx e Engels, no Manifesto Comunista defendia uma

dos direitos de tradição liberal na busca da solução de problemas como a miséria e a exploração do trabalho.

Estes movimentos, principalmente, durante todo o século XIX fizeram eclodir uma nova concepção sobre os direitos humanos, os chamados direitos de crédito ou de segunda dimensão. Esta nova dimensão teve por objetivo promover políticas públicas de apoio às classes excluídas, como são os proletariados. Todavia, os trabalhadores, individualmente, não eram capazes de promover uma luta constante contra seus opressores (Estado Liberal e burgueses) na concretização destes direitos sociais. Assim, por meio das associações de trabalhadores (sindicatos) iniciou-se um processo de solução do conflito entre os sujeitos do contrato de trabalho. E o mecanismo autônomo utilizado por estes atores foi por meio da negociação coletiva de trabalho.

O reconhecimento da negociação coletiva se efetivou na mesma proporção da importância da liberdade de associação sindical. E este processo de mútuo reconhecimento foi possível devido às transformações ocorridas na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, que supõe uma mutação na sua própria significação jurídico-política, ou seja, este Estado almeja, além de defender as liberdades tradicionais de marca individual, implementar a justiça social.

Entre os séculos XIX e XX várias Constituições⁷⁰, intituladas constituições sociais, previam, e ainda continuam prevendo, em seus textos os direitos sociais, especialmente, os direitos social-trabalhistas. Contudo, o marco inicial do constitucionalismo social, quanto aos direitos dos trabalhadores, individual e coletivo, foram as Constituições Mexicana, de 1917, e Weimar, de 1919, ambas

reformulação na estrutura social por meio da luta de classes, entre os proletariado e os capitalistas, na busca de melhores condições de trabalho e, principalmente, uma luta ideológica, pela qual os operários alcançassem o poder político (SUSSEKIND et al, 1999, p. 94-95). O socialismo científico pôs em cheque a concepção a ordem política e a concepção cultural dominante. A partir de então, todas as variantes do socialismo tiveram como ponto de referência o Manifesto marxista.

⁷⁰ A primeira Constituição a inserir no seu texto direitos para os trabalhadores foi a da Suíça (1874) (SUSSEKIND, 2003, p.13). Para Sérgio Pinto Martins a Constituição de Weimar, 1919, foi a primeira a tratar de matéria trabalhista e do direito do trabalho (2005, p. 699)

contemplaram o direito sindical, o que propiciou o aperfeiçoamento das negociações coletivas de trabalho⁷¹.

O processo de internacionalização da negociação coletiva ocorre principalmente em 1919, após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), quando nasce a Organização Internacional do Trabalho⁷² (OIT) cujo objetivo é reafirmar a permanência dos princípios e direitos fundamentais inscritos na Constituição da Organização e promover sua aplicação universal. Assim, a negociação coletiva, no campo internacional das relações de trabalho, é ventilada como um dos princípios relativos essenciais para o exercício da democracia, do diálogo social e do tripartismo. Desta maneira, posteriormente, vários documentos da OIT indicavam a importância vital das negociações coletivas na concretização das relações de trabalho humanitárias. É o que se extrai da Convenção nº 52, de 1936, sob férias anuais remuneradas que se referiu à convenção coletiva (art. 3º, letra b), e a Convenção nº 98, 1949, sobre a os direitos de sindicalização e de negociação coletiva, ao prescrever no art. 4

Medidas apropriadas às condições nacionais serão tomadas, se necessário, para estimular e promover o pleno desenvolvimento e utilização de mecanismos de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, mediante acordos coletivos, termos e condições de emprego.

Na conferência realizada em 1951 foi adotada a Recomendação n. 91 sobre contratos coletivos, em que um dos itens trata sobre o processo para as negociações coletivas. E por fim, a Convenção nº 154, de 1981, que trata do convênio sobre negociação coletiva.

Toda essa necessidade de promover a internacionalização dos direitos humanos obteve seu ápice com o fim da Segunda Guerra Mundial, como já

⁷¹ Posteriormente, outros países aderiram a esse novo modelo constitucional, como a Constituição Soviética (1918), a da Itália (1927) (SANTOS, 2004).

⁷² OIT foi criada pela Conferência de Paz após a Primeira Guerra Mundial. A sua Constituição converteu-se na Parte XIII do Tratado de Versalhes. Em 1944, à luz dos efeitos da Grande Depressão e da Segunda Guerra Mundial, a OIT adotou a Declaração de Filadélfia como anexo da sua Constituição. A Declaração antecipou e serviu de modelo para a Carta das Nações Unidas e para a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em 1998, após o fim da Guerra Fria, foi adotada a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento. O documento é uma reafirmação universal da obrigação de respeitar, promover e tornar realidade os princípios refletidos nas Convenções fundamentais da OIT, ainda que não tenham sido ratificados pelos Estados Membros (SUSSEKIND, 2004, p.15-16).

bem afirmou Fábio Konder Comparato, no Capítulo I. E por meio da Declaração Universal de Direitos Humanos, 1948, se concretiza, internacionalmente, no âmbito das relações coletivas de trabalho o direito a livre sindicalização dos trabalhadores (art. XXIII, 4), o que está diretamente relacionado com o direito de negociação coletiva.

Continuando nesse processo de internacionalização dos direitos humanos dos trabalhadores a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1998, divulgou a Declaração de Direitos Fundamentais do Trabalhador, que dentre outros objetivos propugna como direitos fundamentais o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva e o direito de associação e à liberdade sindical (a, item 2)

Nesse contexto, verifica-se uma íntima correlação dos preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 com o desenvolvimento dos fundamentos do Direito Coletivo do Trabalho, já que é por intermédio de seus institutos basilares de negociação coletiva que o homem fortalece a sua capacidade no processo de tomada e implementação de decisões que afetam o seu desenvolvimento, e busca a realização de seus anseios individuais e coletivos.

No final do século XX o mundo bipolar entra em declínio o que acelera o processo de intensificação da globalização, que na sua mais íntima essência é a expansão da economia capitalista e de seus postulados teóricos⁷³. Este processo globalizador traz consigo, segundo Oscar Ermida Uriarte (2001), três dramas para os trabalhadores.

O primeiro drama é o relativo desinteresse pelo mercado interno, o modelo econômico antes da globalização se resumia ao mercado interno de cada país, havia um interesse egoísta do governo e dos empregadores em manter certo poder aquisitivo da população, em particular dos trabalhadores, já que se produzia para esses consumidores, sendo a indústria nacional a única capaz de suprir as necessidades da população. Neste sentido o sistema sindical

⁷³ Segundo Oscar Ermida Uriarte (2001) os postulados teóricos do capitalismo são: mercado, livre câmbio, incremento das exportações, livre comércio, etc.

reforçava este pacto tácito, esta aliança circunstancial entre o capital nacional, trabalhadores e Estado. Diferentemente, ocorre no sistema globalizado, de livre comércio internacional e da substituição por importações, em que nem o empresariado e nem o governo têm interesse em manter controlado o poder aquisitivo da sua população, já que ela é cada vez menos seu mercado, haja vista que este se encontra cada vez mais fora de suas fronteiras.

O segundo drama para os trabalhadores diz respeito à limitação do poder estatal para governar as variáveis econômicas. Paralelamente à globalização econômica está a facilidade com o que o capital se move, ou seja, no mundo globalizado o capital estrangeiro circula entre os países com a mesma intensidade e rapidez que se move as informações via Internet. Dessa forma, o capital é que passa a ditar as regras de atuação política do governo, que, conseqüentemente, influencia no enfraquecimento dos contrapesos nacionais, entre eles, o Direito do Trabalho e a ação sindical, devendo buscar adequar-se a esta nova sistemática mundial.

Por fim, o terceiro drama apresentado por Oscar Ermida Uriarte, consiste no fato de que este processo neoliberal vem acompanhado de uma ideologia legitimadora, que tende a privilegiar o capital sobre o trabalho. Os interesses individuais são mais valorizados que os interesses coletivos, a solidariedade sai do auge para entrar o egoísmo. O Estado do bem-estar, o direito do trabalho e atuação sindical são vistos como obstáculo ao desenvolvimento da livre empresa.

Desta forma, o modelo neoliberal, incentivado pela globalização e consumado pelos efeitos da tecnologia, vem delineando novos paradigmas nas relações laborais pos modernas. De acordo com o jurista uruguaio algumas características destas relações seriam as seguintes (2001):

Em primeiro lugar, a descentralização do trabalho. Com a priorização do capital sobre o trabalho e a substituição crescente da mão-de-obra pela tecnologia, cada vez mais é possível produzir mais com menor número de trabalhadores. Todavia, Oscar Ermida Uriarte (2001) faz a seguinte crítica acerca desta primeira característica pos moderna

[...] as conseqüências óbvias e naturais são o aumento do desemprego e da exclusão social. Porque a economia atual destrói postos de trabalho, porém, a sociedade continua baseando-se na cidadania e na inclusão social do trabalho.⁷⁴

Uma segunda característica diz respeito à segmentação da mão-de-obra. Os meios de produção das empresas são fragmentados, o que é facilitado pela flexibilização e pela desregulamentação do Direito do Trabalho. Cresce a informalidade e a terceirização, e as empresas tendem a organizar seus trabalhadores em grupos bem diferenciados: um núcleo de trabalhadores estáveis e bem remunerados de um lado, e do outro, um núcleo de trabalhadores com baixos salários, desqualificados, terceirizados ou informal.

A instabilidade no emprego é uma terceira característica apontada pelo jurista uruguaio decorrente da flexibilização ou da desregulamentação, a baixa qualificação dos trabalhadores, a concorrência internacional e as variáveis externas, como os fluxos dos capitais especulativos.

O quarto marco dessa relação posmoderna é a individualização das relações trabalhistas nas diversas dimensões. Por um lado, uma maior individualização se produz como resultado da desregulamentação ou da flexibilização do Direito do Trabalho, pois há uma ampliação da autonomia da vontade do empregador no sentido de impor as relações trabalhistas natureza jurídica de Direito Civil, o que antes eram reguladas por aquele Direito. Por outro lado, a individualização gera retrocessos nas relações coletivas de trabalho, seja cedendo espaço às relações propriamente individuais, seja descentralizando relações coletivas típicas, como tende a suceder com a negociação coletiva.

Nesse sentido, Uriarte (2001) entende que a descentralização da negociação coletiva é a fragmentação desse instituto na medida que as negociações passam a ser feitas individualmente com cada empresa discutindo assuntos específicos das mesmas, o que geraria condições de trabalho muito diferentes para os trabalhadores do mesmo ramo profissional.

⁷⁴ “Lãs consecuencias obvias y naturales son el aumento Del desempleo y la exclusión social. Porque la economía actual destruye puestos de trabajo, pero la sociedad continúa basando la ciudadanía y la inclusión sociales en el trabajo” (URIARTE, 2001).

E a quinta e última característica deste novo paradigma é o barateamento do custo do trabalho. Se há menos postos de trabalho há mais desempregados, se abatem as medidas legislativas de proteção e elas não são compensadas pela ação de um sindicato debilitado, as conseqüências são: redução do salário real, concentração da riqueza e decréscimo da participação do salário na renda nacional.

Conclui Oscar Ermida Uriarte afirmando que é imprescindível a atuação do sindicato e da negociação coletiva para sustentar este paradigma posmoderno das relações de trabalho, “[...] porque se trata de direitos humanos básicos, porque são importantes instrumentos de adaptabilidade dos direitos e relações laborais às necessidades da empresa e do trabalhador”⁷⁵(2001).

3.2.2 A Constituição Federal de 1988 e a Negociação Coletiva

A trajetória evolutiva da negociação coletiva está diretamente relacionada com o surgimento, o desenvolvimento e o fortalecimento do sistema sindical. Assim, a ordem principiológica e regulatória do sindicalismo no Brasil influencia o modo pelo qual a negociação coletiva atua nas relações de trabalho. Logo, a abordagem da negociação coletiva, como direito humano fundamental, prevista na Constituição Federal Brasileira de 1988 tem relação direta com a atuação do sindicato no Brasil.

O sistema sindical no Brasil passou, basicamente, por fases distintas. A primeira fase é incipiente e esparsa, a segunda fase é um momento de implementação sindical, a terceira fase é ao mesmo tempo um período de continuidade e de transição e a quarta fase é um período de democratização dos institutos do direito coletivo do trabalho. Nos próximos parágrafos tais fases serão melhor detalhadas.

⁷⁵ “[...] porque se trata de derechos humanos básicos [...], porque son importantes instrumentos de adaptabilidad de los derechos y relaciones laborales a las necesidades de la empresa y del trabajador “. (URIARTE, 2001).

3.2.2.1 Fase Incipiente e Esparsa

O Brasil durante muitos séculos, desde o seu descobrimento por Portugal (1500), foi uma colônia e posteriormente um Estado eminentemente agrícola, o que retardou o seu desenvolvimento no campo industrial. Esta característica viabilizou a permanência por mais tempo das corporações de ofício, o que adiou o aparecimento das classes dos proletariados e dos burgueses.

A ausência de um modelo sindical consistente capaz de propiciar o fortalecimento da negociação coletiva também é fruto da exclusão social e do modelo econômico liberal e agro-exportador, que se instaurou no Brasil por influência dos ideais liberais apresentados pela Europa e Estados Unidos da América para todo o mundo ocidental.

Em virtude das situações acima descritas, o movimento sindical no Brasil foi mais lento do que na Europa, pois predominava o trabalho escravo e, depois, o servil o que não propiciava o surgimento das associações de trabalhadores (CESARINO JÚNIOR apud BARROS, 2005, p. 1148).

Durante esta fase incipiente a Constituição do Império do Brasil de 1824 aboliu as corporações de ofício e consagrou a liberdade de trabalho (art. 179, XXV), porém, nada prescreveu sobre o instituto da negociação coletiva e do sindicato⁷⁶. A Constituição da República Velha de 1891 não faz alusão ao Direito do Trabalho Coletivo, conseqüentemente, nada mencionou sobre negociação coletiva e sindicato, apenas assegurou a liberdade de associação (art. 72, § 8º).

A ordem jurídica regulatória do sindicalismo, nessa época, era incipiente, pois inexistia Direito do Trabalho Coletivo. Apenas algumas legislações tratavam de assuntos como o sindicato⁷⁷. A característica marcante deste período é um movimento operário sem profunda e constante capacidade de organização e de pressão, quer pelo quadro econômico-social da época, quer pela falta de

⁷⁶ Enquanto que na Europa os movimentos sociais da classe operária já existiam desde o século XVIII, o que incentivou o aprimoramento dos institutos do Direito do Trabalho Coletivo.

⁷⁷ Decreto 11628, de 1890, derogou a tipificação da greve como ilícito penal (DELGADO, 2005, p. 1358-1359); Decreto 979, de 1903, facultou a criação de sindicatos rurais; o Decreto Legislativo 1637, 1907, facultou a criação de sindicatos para área urbana.

lideranças próprias para incentivar o movimento sindical. Nesse contexto, afirma Mauricio Delgado Godinho (2005, p. 1358)

as manifestações autonomistas e de negociação coletiva privada vivenciadas no novo plano industrial não têm ainda a suficiente consistência para firmarem um conjunto diversificado e duradouro de práticas e resultados normativos, oscilando em ciclos esparsos de avanços e refluxos.

3.2.2.2 Fase de Implementação Sindical

O modelo sindical brasileiro construiu-se, preponderantemente, no século XX, nas décadas de 1930 e 1940, principalmente, durante o Governo de Getúlio Vargas. Esta fase é marcada pela implementação e reprodução de um sistema sindical, até então inexistente na esfera constitucional e infraconstitucional do ordenamento jurídico brasileiro.

O Decreto 19.770, de 1931, consagrava, nos seus arts. 1º, alínea, “f”; 9º e 12, respectivamente, a neutralidade sindical, ou seja, à atuação dos sindicatos devia restringir-se à defesa dos interesses profissionais; a unicidade sindical e a nacionalidade dos sindicatos, ficando vedado aos sindicatos unirem-se a entidades internacionais sem a autorização do governo. O Decreto 21.761, de 23.08.32, foi a primeira lei sobre convenções coletivas⁷⁸ incentivada por Evaristo de Moraes (SUSSEKIND et al, 1999, p. 1165).

Uma abordagem importante sobre a inclusão no ordenamento jurídico brasileiro da convenção coletiva foi feita por Mozart V. Russomano (apud SUSSEKIND, et al, 1999, p. 1165), enquanto que na Europa, principalmente, os trabalhadores reclamavam o reconhecimento dos direitos do trabalho coletivo (como direito à greve, direito à sindicalização, direito à negociação direta e coletivamente com os empregadores), no Brasil o fenômeno foi inverso, ou seja, antes mesmo que o povo e as associações profissionais conchassem pela utilidade do instituto (negociação coletiva) o legislador, de maneira

⁷⁸ A expressão utilizada pelo Decreto 21.761/32 não era convenção coletiva, mas sim, contrato coletivo, mas, que na Constituição de 1934 passou a ser denominado como convenção coletiva (art. 121, alínea “j”), todavia, na Constituição de 1937 voltou a ser chamada como contrato coletivo de trabalho (art. 137). A Constituição de 1946 restaurou a denominação convenção coletiva (art. 157, XIII), a Constituição de 1967 (art.159) e Emenda Constitucional de 1969 mantiveram a mesma denominação da carta constitucional de 46. E a Constituição vigente, 1988, no art. 7º, XXVI, denomina convenção e acordo coletivo de trabalho.

antecipada, já incluiu tal direito como algo inquestionável pela massa operária, foi algo que veio de cima para baixo, e não de baixo para cima.

A Constituição de 1934 alterou as diretrizes na organização sindical brasileira, isso porque no plano constitucional substituiu-se a unicidade pela pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos (art. 120). E, pela primeira vez na ordem constitucional, reconheceram-se as convenções coletivas de trabalho (art. 121, alínea “j”).

Diante desse novo contexto constitucional, essa Constituição guiava o pensamento da sociedade e a ação do Governo para um programa de leis cujo valor maior recaia no bem comum, para eles é uma constituição que preza os direitos humanos.

A Constituição de 1937⁷⁹ cuja essência autoritária e centralista a colocava em sintonia com os modelos fascizantes⁸⁰ de organização político-institucional tão em voga em diversas partes do mundo, rompendo com a tradição liberal dos textos constitucionais anteriormente vigentes no país. Na chamada questão social⁸¹ esta norma constitucional implementou um conjunto de ações que restringia e garantia ao mesmo tempo direitos coletivos trabalhistas.

O modelo de gestão estatal imposto pelo Estado Novo foi a concentração do poder no Estado, especialmente no Poder Executivo, visto como única instituição capaz de garantir a coesão nacional e de realizar o bem comum. No

⁷⁹ “O regime do Estado Novo, instaurado pela Constituição de 1937 em pleno clima de contestação da liberal-democracia na Europa, trouxe para a vida política e administrativa brasileira as marcas da centralização e da supressão dos direitos políticos. Foram fechados o Congresso Nacional, as assembleias legislativas e as câmaras municipais. Os governadores que concordaram com golpe do Estado Novo permaneceram, mas os que se opuseram foram substituídos por interventores diretamente nomeados por Getúlio Vargas. Em linhas gerais, o regime propunha a criação das condições consideradas necessárias para a modernização da nação: um Estado forte, centralizador, interventor, agente fundamental da produção e do desenvolvimento econômicos. Por todas essas características, muitos identificaram Estado Novo e fascismo” (Fundação Getúlio Vargas, 20---).

⁸⁰ No Brasil (Estado Novo com Getúlio Vargas) e na Europa (Mussolini na Itália, 1922; Salazar em Portugal, 1932; Hitler, na Alemanha em 1933; Franco na Espanha, em 1939) instalaram governos autoritários e reforçaram a versão de que a democracia liberal estava definitivamente liquidada.

⁸¹ Segundo Bernardino Victory Costa, Getúlio Vargas no seu manifesto de 03 de outubro de 1931 disse que “não se pode negar a existência da questão social, no Brasil, como um dos problemas que terão de ser encarados com seriedade pelos poderes públicos” (apud MARTINS, 1995, p. 66), ou seja, às reivindicações operários eram de preocupação política e jurídica do governo de Getúlio Vargas.

campo do direito do trabalho este período foi marcado por grandes acontecimentos jurídicos para a figura do operário, pois houve um reconhecimento dos direitos individuais dos trabalhadores⁸², mas apenas daqueles que não entravam em conflito com as necessidades do Estado soberano. De outro lado, no direito coletivo do trabalho existia um contra-senso na filosofia dos atos estatais. Assim, dispunha o art. 138 da Constituição Federal de 1937:

Art 138 - A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público (grifo nosso).

E mais, o artigo 139 limitava a atuação sindical ao prescrever que “a greve e o *lock-out* são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”. Logo, o próprio Estado restringia o desempenho pleno do movimento sindical, o que enfraqueceu o instituto da negociação coletiva.

⁸² Art 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: a) os contratos coletivos de trabalho concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas, de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas, serão aplicados a todos os empregados, trabalhadores, artistas e especialistas que elas representam; b) os contratos coletivos de trabalho deverão estipular obrigatoriamente a sua duração, a importância e as modalidades do salário, a disciplina interior e o horário do trabalho; c) a modalidade do salário será a mais apropriada às exigências do operário e da empresa; d) o operário terá direito ao repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, aos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; e) depois de um ano de serviço ininterrupto em uma empresa de trabalho contínuo, o operário terá direito a uma licença anual remunerada; f) nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta, a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço; g) nas empresas de trabalho contínuo, a mudança de proprietário não rescinde o contrato de trabalho, conservando os empregados, para com o novo empregador, os direitos que tinham em relação ao antigo; h) salário mínimo, capaz de satisfazer, de acordo com as condições de cada região, as necessidades normais do trabalho; i) dia de trabalho de oito horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei; j) o trabalho à noite, a não ser nos casos em que é efetuado periodicamente por turnos, será retribuído com remuneração superior à do diurno; k) proibição de trabalho a menores de catorze anos; de trabalho noturno a menores de dezesseis, e, em indústrias insalubres, a menores de dezoito anos e a mulheres; l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto; m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho; n) as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais.

A Carta outorgada de 1937 corresponde, no Direito Constitucional Brasileiro, a chamada Constituição Semântica, conforme denominação de Karl Loewenstein apud HORTA (2002, p. 56), ou seja, é um texto constitucional colocado a serviço de quem detém o poder, perdendo-a normatividade, salvo nas situações em que a mesma confere poderes ao detentor do poder. Neste contexto constitucional, houve uma coexistência, pelo menos no plano teórico, entre os direitos de primeira e segunda dimensões, pois a própria norma constitucional, acima citada, prescrevia de maneira bem clara que o direito à liberdade (art. 122), individualmente considerado, era um direito individual fundamental concedido pelo poder estatal, em cumprimento às concepções juspositivistas amplamente difundidas nas Revoluções Norte-Americana e Francesa. E garantia constitucionalmente o direito de liberdade de associação sindical, contudo, a sua existência plena só era possível na medida em que o Estado se reconhece- esta associação profissional como instituto propagador dos ideais do Estado Novo. Disso pode se extrair, que o direito à livre associação não era tão livre assim.

Sob esta dimensão é que se desenvolveu o Direito Coletivo do Trabalho, e conseqüentemente, a negociação coletiva de trabalho. De acordo com Segadas Vianna quatro são os fatores básicos que interferem na dinâmica deste Direito: o papel do Estado, a estrutura sindical, a negociação coletiva e o direito de greve. E continua, a ênfase maior ou menor dada a um destes elementos constitutivos vai depender de razões culturais, políticas ou socioeconômicas que irá influenciar no modelo teórico e prático das relações coletivas de trabalho (SUSSEKIND et al, 1999, p. 1167).

A negociação coletiva transcende o próprio Direito do Trabalho, porque dependendo do modelo estatal, democrático ou autoritário, a dinâmica da negociação coletiva nas relações laborativas vai ser influenciada diretamente. Com isso “duas regras são fundamentais para que se compreenda qual o espaço e como, dentro dele, a negociação coletiva de trabalho evolui”

(SUSSEKIND et al, 1999, p.1167), além da forma pela qual se origina o texto constitucional (democráticas ou outorgadas)⁸³.

A primeira regra é “quão mais rígida é a organização sindical, mais tormentosa é a negociação coletiva” (SUSSEKIND et al, 1999, p. 1167). A estrutura sindical no Brasil foi construída e desenvolvida sob um modelo cuja liberdade plena de associação não era, e não continua sendo, aspecto preponderante. Na verdade o modelo sindical brasileiro é inflexível, pois existe, a partir da Constituição de 1937, a unicidade sindical cuja base territorial já foi preestabelecida pelo Estado e a atuação dos sindicatos foi fracionada em categorias diferenciadas, profissionais e preponderantes⁸⁴.

Nesse sentido, acertadamente, afirma Segadas Vianna

Esse atomizado cenário de representação dos trabalhadores, que se vinculam ao sindicato pelo simples fato de pertencerem a uma categoria, não por *manifestação de vontade*, mas por automática introjeção determinada por lei, constitui elemento dificultador ao desenvolvimento da negociação coletiva (SUSSEKIND et al, 1999, p. 1167).

A segunda regra está pautada nos parâmetros de modelo democrático do Estado e que vincula diretamente o sistema sindical, ou seja, quanto mais democrática a participação da sociedade civil na tomada de decisões, sejam elas quais forem, mais fortes e representativos são os sindicatos e menor é a necessidade de intervenção legislativa. Nessa medida, os conflitos coletivos de trabalho são solucionados por meio dos mecanismos de negociação coletiva autônoma estabelecidos entre os sindicatos da categoria profissional e da

⁸³ A Constituição democrática, promulgada ou popular é aquela derivada do trabalho de uma Assembléia Constituinte composta por representantes do povo, enquanto que, a Constituição outorgada é elaborada e estabelecida através de imposição do poder da época, sem a participação popular (MORAES, 2003).

⁸⁴ Conforme a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) entende-se por categoria diferenciada, profissional e preponderante, respectivamente, art. 511: § 3º - Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares; § 2º - A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional; Art. 581, § 1º - Quando a empresa realizar diversas atividades econômicas, sem que nenhuma delas seja preponderante, cada uma dessas atividades será incorporada à respectiva categoria econômica, sendo a contribuição sindical devida à entidade sindical representativa da mesma categoria, procedendo-se, em relação às correspondentes sucursais, agências ou filiais, na forma do presente artigo.

categoria econômica, o que induz a criação de normas jurídicas a partir da sociedade civil.

Quanto maior e mais forte é a representatividade e credibilidade do sindicato perante seus associados, melhor é o desempenho nas negociações coletivas, porque esses mesmos associados ou trabalhadores usufruindo da liberdade sindical escolhem os que realmente são capazes de representá-los. Inverte-se, desse modo, a fonte de criação de direitos, de heterônoma para autônoma.

A participação do Estado neste modelo democrático trabalhista na organização sindical e, conseqüentemente, com reflexo na negociação coletiva é classificado de duas maneiras (DELGADO, 2005, 1371-1375). Ou as normas trabalhistas são frutos, exclusivamente, da atuação dos sindicatos, independentemente de ser absorvida legislativamente pelo Estado, a chamada normatização autônoma e privatística. Ou, o padrão de normatização é privatística, mas subordinada, ou seja, o Estado delimita um patamar heterônomo mínimo que a criatividade privada não pode desconhecer, porém, esse modelo não permite o controle ou cooptação do movimento sindical pelo Estado, isso quer dizer a supressão no meio estatal do controle dos conflitos trabalhistas, no controle de organização e de dirigentes estatais, enfim a implementação efetiva da liberdade sindical.

Todavia, as normas trabalhistas coletivas, previstas na Constituição de 1937, sedimentaram, no plano político-jurídico brasileiro, a primeira regra. Nesse sentido, os conflitos coletivos de trabalho eram solucionados, basicamente, por uma ingerência legislativa estatal minuciosa, em que o conflito privado - pressuposto da negociação coletiva e fonte autônoma de normas trabalhistas - era expurgado pelo Estado, por considerar-se auto-suficiente na pacificação dos conflitos.

Esta exclusão da participação da sociedade civil, trabalhadores e empregadores, ocasionou um déficit democrático na implementação da negociação coletiva na solução dos conflitos coletivos de trabalho, levando para o órgão do Judiciário a competência na solução desses litígios.

3.2.2.3 Fase de Continuidade e de Transição

Em 18 de setembro de 1946 é promulgada a nova Constituição do Brasil, que retoma os postulados da democracia e dos direitos humanos, sob este novo paradigma constitucional implementou-se no tocante ao sistema sindical à liberdade de associação profissional ou sindical (artigo 159):

É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público.

No tocante à negociação coletiva essa Constituição, a exemplo da de 1934, garantia no inciso XIII do art. 157, o “reconhecimento das convenções coletivas de trabalho”. Na prática, todavia, neste período de transição, do regime autoritário para o regime democrático, pouco foi alcançado com estes dois instrumentos do direito coletivo do trabalho (liberdade sindical e negociação coletiva), isso porque o próprio Supremo Tribunal Federal julgou que o regime sindical previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas não era contrário ao regime da Constituição de 1937⁸⁵, nesse sentido, permanecia presente durante o regime democrático, o regime da unicidade sindical o que dificultava uma negociação coletiva plena.

Em 1967, promulga-se a nova Constituição do País, que foi fruto do golpe militar no Brasil em 1964. Durante o regime militar assegurou-se a liberdade de associação profissional (art. 159), a semelhança da Constituição de 1946. Todavia, a maioria dos sindicatos combativos esteve sob intervenção, suas lideranças presas, cassadas ou mortas. Nesse período, o movimento se desenvolveu quase na clandestinidade e se expandiram os grupos de trabalhadores nas empresas, realizando um trabalho cotidiano e sistemático ao qual está ligada a expansão do novo sindicalismo.

Com isso, a negociação coletiva de trabalho sofre um processo de estagnação, haja vista, que esta Carta Constitucional apresenta graves retrocessos, pois

⁸⁵ Este artigo 159 da CF/46 suscitou confronto com o regime da unicidade sindical previsto na CLT. O Supremo Tribunal Federal, em mandado de segurança, em junho de 1947 julgou que este regime sindical previsto na CLT não é contrário ao disposto no art. 159 da Constituição, ou seja, segundo Milton Martins mudava-se a Constituição e não a CLT (1995, p. 92).

restringe o direito de reunião facultando à polícia o poder de designar o local para ela, usando desse poder como artifício, a polícia poderia facilmente impossibilitar a reunião, inclusive dos sindicatos. Cria a pena de suspensão dos direitos políticos para aquele que abusasse dos direitos políticos ou dos direitos de manifestação do pensamento, exercício de trabalho ou profissão, reunião e associação, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção (art. 151)⁸⁶. No que diz respeito aos direitos sociais, a Constituição de 1967, restringiu o direito de greve (art. 157, § 7º). Desta forma, não havia condições políticas, jurídicas e sociais para que o instituto da negociação coletiva florescesse para a implementação dos direitos sociais.

Os anos de 1979 a 1985 marcam o início do processo de redemocratização política do Brasil. O contexto do Brasil nesta época era de alta inflação, baixos salários e pouca distribuição de renda, o que ocasionou o surgimento de diversas greves, contrariando o que determinava os militares. O governo federal, não conseguindo pôr fim às manifestações dos grevistas, inicia um processo de negociações entre trabalhadores e empregadores para aumento de salário e de melhores condições de trabalho.

3.2.2.4 Fase de Democratização

A Constituição de 1988 caracteriza-se pela redemocratização dos institutos do direito coletivo de trabalho, isso porque a nova Constituição, pela primeira vez nas últimas seis décadas, reconhece expressamente o processo negocial coletivo autônomo (art. 8º, inc. VI), no seio da sociedade civil organizada. O avanço democrático no sistema sindical é a não intervenção do Estado sobre as entidades sindicais, rompendo-se o controle político-administrativo do Estado sobre a estrutura sindical (art. 8º, inc. I).

A Carta de 1988, todavia, manteve alguns pilares do sistema justralhista do modelo cooperativista, quais sejam: unicidade sindical (art. 8, inc. II), contribuição sindical obrigatória (art. 8º, inc. IV), poder normativo do Judiciário Trabalhista (art. 114, § 2º). Estas contradições antidemocráticas preservadas

⁸⁶ Esta suspensão foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal e que de acordo João Baptista Herkenhoff essa competência punitiva do Supremo era desconhecida pelo Direito Constitucional brasileiro (HERKENHOFF, Gênese dos direitos humanos, [20--]).

pela Constituição de 1988 inviabilizam frontalmente o crescimento da negociação coletiva nas relações coletivas de trabalho.

Traçado um cenário geral acerca da evolução constitucional da negociação coletiva ao longo do tempo no Brasil, verifica-se que as Constituições antecedentes à de 1988 não demonstravam interesse em tratar a negociação coletiva como direito fundamental coletivo, que segundo J.J. Gomes Canotilho (1998, p. 397) esta expressão significa “direitos colectivos das organizações, cujo escopo directo é a tutela de formações sociais, garantidoras de espaços de liberdade e de participação no seio da sociedade plural e conflitual”. Nesse sentido, há na Constituição de 1988 direitos fundamentais cuja titularidade pertence às pessoas coletivas como as associações em geral (art.5º, inc. XXI e LXX, b), os partidos políticos com representação no Congresso Nacional (art. 5º, inc. LXX, a), os sindicatos (art.8º, III). As várias formas de tutelas coletivas emanadas do próprio texto constitucional têm por objetivo a superação do déficit de participação da sociedade civil na tomada de decisão e buscam a proteção dos direitos humanos fundamentais.

A Constituição de 1988, a partir de seu preâmbulo, promove a consolidação de um Estado Democrático de Direito. Entretanto, para que o Brasil alcance de maneira efetiva a implementação dos direitos fundamentais, em todas as suas dimensões, é indispensável à emancipação humana, ou seja, a dialeticidade entre o homem e o cidadão e vice-versa deve ser constante, isso significa que as organizações sociais, como, por exemplo, os sindicatos, devem estar no mesmo nível de reconhecimento e participação no cenário de tomada de decisões.

Nesse contexto, é de fundamental importância para o desenvolvimento das instituições democráticas que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) atue como vetor preponderante, no ordenamento jurídico brasileiro, exercendo um papel axiológico na orientação, na compreensão e na hermenêutica do sistema constitucional. No dizer de Flávia Piovesan (2004, p. 97) o constitucionalismo contemporâneo delineia-se com um “novo paradigma centrado na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos”, assim, desponta a dignidade

humana como o valor maior, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada.

Os direitos sociais de natureza trabalhista, individuais e/ou coletivos, agasalhados na Constituição de 1988 visam à melhoria na qualidade de vida dos hipossuficientes assalariados, cumprindo, dessa forma, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III). Mas, a concretização disto depende, primeiramente, do fomento da dignidade da pessoa humana e o constante exercício democrático por parte de uma sociedade pluralista.

Percebe-se nesta dinâmica a preocupação da Constituição Federal em realçar os direitos humanos, coletivo e difuso, redimensionando o próprio Direito Coletivo do Trabalho, “promovendo uma acentuada valorização da organização sindical, da negociação coletiva e proporcionando o amplo exercício do direito de greve” (SANTOS, 2004, p. 60).

No Capítulo II, do Título II (artigos 6º até 11), a Constituição inseriu seus principais preceitos de natureza trabalhista, ressaltando, em especial: art. 7º, incisos VI, XIII, XXVI, art.8º, VI. Todos são os preceitos que valorizam a negociação coletiva de trabalho, por intermédio, é claro dos sindicatos. Dessa forma, a plena liberdade sindical, prevista na Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho, e a ampla negociação coletiva de trabalho, prevista na Convenção n. 154 da Organização Internacional do Trabalho⁸⁷, constituem os instrumentos jurídicos que devem ser implementados e incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro como meios propagadores do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, a própria Organização Internacional do Trabalho afirma que a liberdade sindical e a negociação são instrumentos, são direitos fundamentais no trabalho essenciais para o exercício da democracia, do diálogo social e do tripartismo.

⁸⁷ O Brasil não retificou a Convenção n. 87 da OIT, já a Convenção n. 154 foi ratificada pelo Brasil (Decreto legislativo nº 22, de 1992 e Decreto nº 1.256, de 29 de setembro de 1994).

Um sindicato realmente livre e independente pressupõe a existência das necessárias liberdades civis, definidas pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, que são indispensáveis ao exercício dos direitos sindicais, a saber: toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e à associação pacíficas (artigo XX), toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses (artigo XXIII), toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados (artigo XVIII).

A Carta Magna de 1988 inovou e ampliou o elenco dos direitos trabalhistas individuais e coletivos. No entanto, uma das maiores expressões de atuação do direito Coletivo do Trabalho, a liberdade sindical, manteve-se sob os mesmos paradigmas do regime corporativista. Para que a negociação coletiva de trabalho seja efetivamente desenvolvida e instrumentalizada pelos sindicatos é mister a reformulação das garantias jurídico-constitucionais prescritas para o sistema sindical brasileiro. A partir daí, ter-se-á um sindicato, genuinamente livre, que induz na manutenção de um diálogo constante com outros corpos intermediários (partidos políticos, associações civis, entidades filantrópicas, etc) na implementação de uma democracia pluralista e na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

3.3 VALIDADE E EFICÁCIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

3.3.1 Noções Introdutórias

Ocorre acirrada cizânia entre filósofos, jusfilósofos e juristas no que concerne ao conceito dos vocábulos validade e eficácia. Sendo assim, várias teorias se ocupam dos referidos temas em suas multifárias concepções. Todavia, este trabalho não tem como objeto principal estudar todas as teorias acerca do tema.

Segundo Norberto Bobbio (1999, p.21) a validade é um problema ontológico do direito, ou seja, é um problema de existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor sobre ela seja justo ou não. Desse modo, a norma é válida quando esta realiza três operações: verificar a legitimidade da

autoridade competente para expedir normas jurídicas; comprovar se a norma não foi revogada expressamente por outra norma ou que esta não tenha regulado a mesma matéria; e comprovar se norma não é incompatível com outras normas do sistema, em especial com a norma hierarquicamente superior ou como uma norma posterior.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2001, p. 193), numa concepção dogmática, o problema da validade de uma norma jurídica é saber

[...] quando uma norma é reconhecida como válida para o ordenamento, a partir de que momento, quando deixa de valer, quais os efeitos que produz e quando e até quando os produz, se os produz mesmo quando não pode ser tecnicamente reconhecida como válida (problema da norma inconstitucional, por exemplo).

Assim, a validade para este jurista “é a qualidade da norma que designa sua pertinência ao ordenamento, por terem sido obedecidas as condições formais e materiais de sua produção e conseqüente integração no sistema” (2001, p. 199).

Miguel Reale⁸⁸ utiliza as expressões validade formal ou técnico-jurídica no sentido de vigência, sublinhando que “vigência ou validade formal é a executoriedade compulsória de uma regra de direito, por haver preenchido os requisitos essenciais à sua feitura e elaboração” (1999, p. 108). De acordo com este autor a validade formal exige que a norma jurídica seja elaborada e promulgada pela autoridade competente para tal fim, que este órgão tenha competência material para editá-la e seja observado o procedimento legislativo.

Reunindo as doutrinas examinadas, Carlos Henrique Bezerra Leite (2005, p. 34) afirma que a validade de uma norma jurídica se comprova pela análise cumulativa de cinco operações: a autoridade que a promulga detém o poder legítimo para expedir normas jurídicas, essa autoridade tem competência em razão da matéria para editá-la, a norma não foi revogada expressamente por outras normas, a norma não é incompatível com outras normas do sistema e se foi observado o processo legislativo (due process of law)

⁸⁸ Miguel Reale utiliza o termo validade como gênero, do qual, várias espécies emanam, tais como: validade formal ou técnico-jurídica que é vigência, validade fática que é eficácia e validade ética que é fundamento axiológico (1994, p.107).

O termo eficácia é usado em sentido amplo, muitas vezes confundido com validade, vigência ou efetividade. Assim, fala-se, de eficácia da lei (ou de um ato administrativo ou de um negócio jurídico) no tempo ou no espaço.

De outra parte, de acordo com Carlos Henrique Bezerra Leite é possível empregar eficácia como “aptidão de uma norma para produzir todos seus efeitos legais, ou todos os efeitos desejados pelas partes”, sendo esta a definição mais comum no Direito, afirma este jurista (2005, p. 34).

Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2001, p. 199) salienta que eficácia é entendida como

[...] uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para a sua aplicação (eficácia técnica).

Em suma, a relação entre a ocorrência (concreta) dos fatos estabelecidos pela norma superior, que condicionam a produção do efeito e a possibilidade de produzi-lo.

Na abalizada lição de Norberto Bobbio (1999, p.22) a questão da eficácia de uma norma jurídica é verificar se ela é ou não cumprida por seus destinatários e, caso não seja, quais os meios utilizados para que possa ser efetivamente cumprida. Assim, a investigação sobre eficácia assume um caráter da sociologia do direito, que segundo esse jurista italiano aponta para o aspecto fático e sociológico, isto é, como um problema fenomenológico do Direito.

Miguel Reale (1999, p.112-113) segue na mesma direção, para quem a

Eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou, por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana. A sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade. Tal reconhecimento, feito ao nível dos fatos, pode ser o resultado de uma adesão racional deliberada dos obrigados, ou manifestar-se através do que Maurice Hauriou sagazmente denomina ‘assentimento costumeiro’, que não raro resulta de atos de adesão aos modelos normativos em virtude de mera intuição de sua convivência ou oportunidade. O certo é, porém, que não há norma jurídica sem um mínimo de eficácia, de execução ou aplicação no seio do grupo.

O Direito pode ser considerado sob três modos, isto é, a partir do exame de seu valor ideal – justiça, de seu valor formal – validade e de seu cumprimento prático – eficácia. Entretanto, afirma Norberto Bobbio (1999, p. 26) que estas dimensões devem ser analisadas em conjunto, a fim de melhorar a organização da vida do homem em sociedade (1994, p. 15).

Miguel Reale também compartilha do mesmo entendimento do jurista italiano, ao defender a necessária interdisciplinaridade entre as pesquisas do filósofo, sociólogo e jurista:

Eis aí, numa percepção sumária e elementar, os três fios com que é tecido o discurso da validade do direito, em termos de vigência ou de obrigatoriedade formal dos preceitos jurídicos; de eficácia ou da efetiva correspondência social ao seu conteúdo; e de fundamento, ou dos valores capazes de legitimá-los numa sociedade de homens livres.

Mas para que esta integração concretize deve-se evitar o reducionismo destes três valores, afirma Bobbio (1999, p. 26-27) ao explicar que, as teorias reducionistas⁸⁹ procuram eliminar ou confundir um dos três elementos: justiça, validade e a eficácia. A proposta deste doutrinador italiano é a obtenção do equilíbrio entre a justiça, a validade e eficácia das normas jurídicas, pois o Direito é uma experiência normativa, que deve ser fundada nas aspirações de bem comum almejados pela sociedade (justiça) bem como nas experiências sociológicas vivenciadas por essa mesma sociedade (eficácia).

No Direito brasileiro esta conclusão apresentada por Norberto Bobbio ganha destaque com a teoria tridimensional de Miguel Reale (1994), para quem a prospecção em conjunta do fato, do valor e da norma evita a redução da Ciência do Direito a uma vaga axiologia jurídica.

De acordo com a concepção clássica de José Afonso da Silva (1999, p. 66) o termo eficácia social se distingue do termo eficácia jurídica, apesar da íntima conexão entre ambos os termos. Para o primeiro, a eficácia social da norma consiste na real observância e aplicação no plano dos fatos, já para o termo eficácia jurídica da norma designa “a qualidade de produzir, em maior ou

⁸⁹ Existem, segundo Bobbio (1999), pelo menos três teorias reducionistas. A teoria que reduz a validade à justiça, para a qual uma norma não é válida se não é justa. Para a teoria positivismo jurídico a norma só é justa se somente for válida. E a teoria do realismo jurídico defende a supremacia da eficácia sobre a justiça e a validade da norma jurídica.

menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita”. E continua, “eficácia diz respeito aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”.

Assim, sendo, as noções de eficácia jurídica e aplicabilidade são duas faces da moeda, porque a primeira é a aptidão da norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada no caso em concreto e aplicabilidade é a geração de efeitos jurídicos

Para finalizar invocam-se as palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite (2005, p. 38):

O problema da eficácia de uma norma jurídica exige uma pesquisa fática, que é o efeito real, prático, da norma na sociedade (eficácia social). A questão, todavia, pode ser analisada sob o prisma da aptidão da norma para produzir efeitos (eficácia jurídica ou técnica). No primeiro caso, trata-se de um problema fenomenológico do Direito; no segundo caso, de um problema ontológico, ou mais precisamente, dogmático.

3.3.2 Negociação Coletiva: Validade e Eficácia

Desde já, em face até mesmo da temática efetuada limitar-se-á na problemática da eficácia e da validade da negociação coletiva, como direito humano e fundamental da Constituição de 1988. Tudo isso, para evitar quaisquer desvios quanto ao conteúdo da pesquisa.

A validade da negociação coletiva está diretamente relacionada com as cinco questões apresentadas, resumidamente, pelo jurista Carlos Henrique Bezerra Leite (2005), isto é, somente as autoridades competentes, ou seja, os sujeitos coletivos têm legitimidade para expedir as convenções e acordos coletivos; esses mesmos sujeitos têm competência em razão das matérias, quais sejam: criação de normas trabalhistas a fim de proporcionar alterações, positivas ou negativas, nas condições de trabalho; se as convenções ou acordos coletivo, frutos do processo negocial, não foram revogados expressamente por outras normas; se as convenções ou acordos coletivo não são incompatíveis com outras normas do sistema e se foi observado o processo negocial.

Já a questão da eficácia da negociação coletiva assume uma análise muito mais complexa do que a questão da validade desse instrumento. O estudo a ser desenvolvido a partir deste parágrafo envolverá, portanto, o significado do princípio da aplicabilidade imediata da negociação coletiva, como categoria do direito humano fundamental, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a eficácia protetiva dos direitos fundamentais contra a sua erosão pela negociação coletiva.

Quando o assunto é o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, e conseqüentemente da negociação coletiva, parte-se da premissa em favor da aplicabilidade imediata e da plenitude eficaz de tais direitos, decorrente da norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988.

A problemática da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais encontra-se estritamente ligada ao tema da eficácia e aplicabilidade, já que a vinculatividade dos direitos fundamentais é uma das principais dimensões da eficácia. Já que o princípio da aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF de 1988) diz respeito a todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de ser direitos de atuação positiva ou negativa do Estado.

A negociação coletiva, como direito fundamental, exerce sua eficácia vinculante na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares. Esta temática tem sido abordada por J.J Gomes Canotilho (1999, p. 603) sob os títulos eficácia privada, eficácia externa ou horizontal dos direitos fundamentais.

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia da negociação coletiva, como direito humano fundamental, na esfera das relações privadas é a constatação segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 365) de que “no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder [...]”. E continua afirmando que a liberdade individual necessita também de proteção contra os mais fortes no âmbito da sociedade, ou seja, contra os detentores do poder social e econômico, pois nesta esfera, assim como na pública, as liberdades também se encontram ameaçadas (2004, p. 365).

Nesse sentido, a negociação coletiva, como um típico direito coletivo fundamental, necessita de proteção contra os atos do poder público e inclusive contra os atos provindos de outros indivíduos ou de entidades particulares, uma vez que, os direitos humanos fundamentais têm a qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam a ordem jurídica pública e privada.

Assim, os particulares estão vinculados direta e imediatamente ao enunciado nas normas de direito fundamental. A conclusão que se pode chegar é a mesma apresentada por Ingo W. Sarlet (2004, p. 365-367) ao defender a eficácia direta ou imediata dos particulares aos direitos humanos fundamentais, no caso presente da negociação coletiva, salvo os direitos que têm por destinatário precípua o poder público.

A proibição de retrocesso social tem íntima conexão com a segurança jurídica, haja vista que já está sedimentada no direito constitucional contemporâneo a idéia de que um autêntico Estado de Direito é sempre um Estado de segurança jurídica.

Adotando uma noção mais estrita de segurança jurídica, segue a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (2002, p. 113) no sentido de que a segurança jurídica “coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem”, ou seja, a certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca constante do ser humano. Com efeito, a dignidade não estará protegida se num ordenamento jurídico as pessoas estejam em um nível de instabilidade jurídica, ao passo de não poderem confiar nas instituições estatais e sociais. Portanto, a proteção dos direitos humanos fundamentais só é possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica.

Além dessa questão acima retratada, a eficácia protetiva dos direitos humanos fundamentais, em especial os sociais, também merece uma pausa quando o assunto é a proibição de retrocesso social.

Numa concepção ampla a proibição do retrocesso verifica-se na medida em que a garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos

perfeitos e da coisa julgada e das cláusulas pétreas são formas de proteção contra a ação do poder reformador, seja em nível constitucional ou infraconstitucional.

Já no campo mais restrito sobre a matéria de proibição de retrocesso a doutrina constitucional portuguesa tem exercido forte influência sobre o pensamento constitucional brasileiro, o que se percebe é que de maneira geral, os defensores de uma proibição de retrocesso, especialmente J. J. Gomes Canotilho (1999, p. 326-327), sustentam que uma vez concretizado em nível infraconstitucional, os direitos humanos fundamentais sociais assumem condição de direito subjetivo e de uma garantia institucional, de tal modo que o legislador e nem os sujeitos coletivos (sindicatos e empregadores) podem dispor deles, ou seja, não podem ser mais reduzidos e nem suprimidos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade do ato praticado.

Neste mesmo sentido o constitucionalismo brasileiro, por intermédio de Luis Roberto Barroso (1993), vem defendendo que apesar de não ser expresso tal princípio, ele está incorporado ao sistema jurídico-constitucional, na medida em que se uma lei regulamentar um determinado direito e se incorporar ao patrimônio jurídico da cidadania não poderá mais ser suprimido.

Contra o reconhecimento do princípio do não retrocesso social costuma esgrimir-se o argumento de que as conquistas sociais esbarram no conteúdo do objeto dos direitos humanos fundamentais sociais, que não está definido em nível constitucional, e, além disso, a intervenção do legislador é indispensável já que este tem liberdade de preencher esse conteúdo, utilizando dessa autonomia para rever suas próprias decisões, argumento este difundido por Miguel Afonso Vaz apud SARLET (2004, p. 416).

Este argumento, entretanto, não pode prevalecer, pois em admitindo uma ausência de vinculação mínima do legislador, e no presente trabalho, dos sujeitos coletivos no processo negocial dos direitos sociais já concretizados estar-se-ia confirmando um dolo à Constituição, pois o legislador e os sujeitos coletivos poderiam desfazer o que está no cumprimento da Constituição.

Além disso, complementa Ingo W. Sarlet (2004, p. 417) que a supressão dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial estará afetando a própria dignidade da pessoa, o que é inadmissível, ainda mais considerando que nesta seara para ter uma vida digna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos três poderes.

A partir desta perspectiva a eficácia protetiva dos direitos humanos fundamentais, inclusive os sociais, pela negociação coletiva deve seguir os princípios e argumentos da matriz jurídico-constitucional: o princípio da dignidade da pessoa humana, que exige prestações positivas a fim de garantir uma existência condigna para os trabalhadores; o princípio do Estado democrático-social de Direito, que impõem um patamar mínimo de segurança jurídica; o princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos humanos fundamentais (art. 5º, § 1º, CF/88); o princípio da proteção da confiança, que exige do poder público e das relações entre os particulares a boa-fé; e a negociação coletiva deve pautar-se no princípio da proibição do retrocesso social, ou seja, significa admitir que a negociação coletiva está vinculada, obrigatoriamente, aos direitos humanos fundamentais e às normas constitucionais em geral, de maneira que as convenções e acordos coletivos não podem dispor de maneira eficaz dos direitos da personalidade do trabalhador assalariado, apesar do princípio da autonomia privada coletiva.

Este capítulo tratou da negociação coletiva de trabalho como direito humano fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, e para chegar nesta afirmação conceituou-se negociação coletiva, indicando a sua natureza jurídica, indicou quais são os princípios norteadores deste instituto. Também foram ressaltadas as funções primordiais da negociação coletiva e os principais instrumentos normativos coletivos. No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro este capítulo teve a preocupação de demonstrar as evoluções doutrinárias, jurídicas e históricas da negociação coletiva no direito constitucional brasileiro. E por fim, analisou-se o sentido jurídico de validade e de eficácia a negociação coletiva de trabalho.

O próximo capítulo tratará sobre os direitos da personalidade nas relações trabalhistas, e como tais direitos são vistos sobre a ordem constitucional brasileira contemporânea, que está pautada nos direitos humanos.

4 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

4.1 CONCEPÇÕES HISTÓRICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

4.1.1 Os Direitos da Personalidade

Pode-se dizer que o presente estudo encontra logo em seu início uma impossibilidade, visto que o conceito de personalidade não se constituiu em objeto das especulações filosóficas que pontuaram toda a trajetória da civilização grega, tanto em seu período arcaico, como nos tempos áureos de democracia e vida urbana emergente na pólis. Tal óbice, contudo não afasta a pertinência de uma análise do pensamento e da cultura grega uma vez que é justamente na Cidade-Estado que se encontrará aquele indivíduo comum.

A validade de se iniciar um trabalho sobre os direitos da personalidade enfocando-se uma sociedade que desconhece praticamente a subjetividade do indivíduo, da pessoa, ou melhor, cada pessoa como portadora de direitos que lhe são devidos apenas pela sua condição de existência, reside justamente no fato de que a contraposição do mundo clássico com o mundo cristão que irá emergir de pleno na Idade Média, faz mais aguda a diferenciação de tratamento que o indivíduo receberá nestes dois períodos da história humana, trazendo o Cristianismo uma valorização do homem ordinário na medida em que a Salvação prometida por sua doutrina seria passível de ser alcançada por todos, obtendo o *status* de pessoa.

A própria palavra pessoa utilizada em sua acepção moderna não encontra significado semelhante no mundo grego. O vocábulo mais próximo que se pode alcançar nas linhas etimológicas que se embaraçam a perder de vista denomina-se *prósopon*. Em um primeiro momento, tal expressão foi utilizada para designar as máscaras utilizadas pelos atores nas encenações do teatro grego. Tal acepção também se encontrou presente no vocábulo latino *persona*, sendo tal significado vigente também em solo romano. Superada esta acepção

na cultura helênica, *prósopon* passou a significar o papel encenado pelo ator dentro de uma peça, e posteriormente, a função ocupada pelo indivíduo dentro da sociedade, sem jamais vir a significar o indivíduo em si mesmo (COMPARATO, 2003, p. 22).

Descreve ainda Diogo Leite de Campos que apud SOUZA et al (200-?)

somente eram tidos como pessoas individualizadas em sua subjetividade na sociedade antiga aquelas que ocupassem os primeiros papéis na sociedade, ou fossem os grandes heróis das guerras ou os vencedores dos jogos.

No Direito Romano, primeiramente, deve-se esclarecer que não existia um termo específico para designar a personalidade jurídica, a capacidade jurídica e a capacidade de fato. Os autores, em geral, usam indistintamente os três termos.

Os romanistas afirmam que a plena personalidade jurídica em Roma advinda da reunião dos três *status*: a) *status libertatis*; b) *status familiae* e c) *status civitatis*. Cada *status* indica a posição da pessoa em relação ao Estado (como homens livres e cidadãos romanos) e à família (como *pater familias* ou *filius familias*) (ALVES, 1997, p. 98).

Em relação ao *status libertatis* os cidadãos ou são livres ou são escravos, sendo a liberdade a regra e a escravidão a exceção. Determinavam a escravidão várias causas dentre as quais destacamos as do *ius gentium* e as do *ius civiles*, aquelas perduraram, estas não (ALVES, 1997, p. 99 – 105).

Eram causas que determinavam a escravidão pelo *ius gentium*: a captura pelo inimigo e o nascimento. As principais causas do *ius civilis* eram: a) no direito pré-clássico: a.1) a falta de declaração ao censo; a.2) a não apresentação ao exército, quando convocado; a.3) a deserção; a.4) a entrega, pelos romanos, daquele que tivesse ofendido o inimigo ou nação estrangeira; a.5) a prisão em flagrante; a.6) a insolvência do devedor; a.7) a venda do *filius familias* pelo *pater familias*. No direito pós-clássico persistiram estas quatro causas, tendo Justiniano, mais tarde, revogado as duas primeiras.

O *status civitatis* representava a dependência do indivíduo a uma comunidade juridicamente organizada. Os romanos, apesar da expansão obtida pelo Império, sempre relutaram em conceder a cidadania romana a qualquer pessoa. Assim, temos no direito romano quatro classes de pessoas: os *cives*; os *latini* (latinos); os *peregrini* (peregrinos) e os *barbari* (bárbaros). A cidadania era concedida em graus distintos a cada um dos grupos.

O *status familiae* era também de grande importância para a determinação da maior ou menor capacidade jurídica da pessoa. Em princípio, só o *pater familias* dito *sui iuris* possuía a plena capacidade jurídica. No entanto, a pouco e pouco, esta também foi sendo estendida aos *alieni iuris* ou *fili familias* até que, sob Justiniano, tenha se aproximado bastante a capacidade jurídica das duas classes de pessoas, embora nunca tenha atingido a igualdade (ALVES, 1997, p.108).

A maior parte dos autores não discorre sobre a proteção aos direitos da personalidade em Roma. No entanto, alguns autores, como Elimar Szaniawski, apud SOUZA et al (200-?) dela se ocupam, ainda que em breves linhas. Afirmam estes que a principal proteção se dava por meio da *actio iniuriarum* que protegia os que fossem ofendidos por meio de injúria. Ressalte-se ainda a *Lex Cornelia* (81 a.C.) que declarou ser inviolável o domicílio; a *Lex Aquilia* que deu direito de ação à tutela da integridade física e dois interditos (*interdictum de homine libero exhibendo* e *interdictum de libeirs exhibendis*), ambos destinados a amparar a liberdade de alguém que estivesse injustamente retido. O primeiro, de natureza exhibitória, destinava-se a amparar a liberdade, evitando-se que as pessoas livres fossem retidas por qualquer motivo. O segundo, que competia a qualquer um, destinava-se restabelecer a liberdade de quem estivesse preso.

Será no Cristianismo a força motriz que trará o homem mitigado na filosofia pré-socrática para a posição de pessoa dotada de subjetividade. Esta figura da pessoa como valor essencial de todo um complexo ético-jurídico se torna sólida tão somente com a união das filosofias antigas, sobretudo a tradição estóica, com uma ainda incipiente teologia cristã. Como diz o professor Juan Castan Tobenãs apud SOUZA et al (200-?)

Foi o cristianismo que desde seus primeiros momentos afirmou o indivíduo como um valor absoluto, exaltando o sentimento de dignidade da pessoa humana e proclamando uma organização da sociedade que viesse a permitir o total desenvolvimento de sua personalidade, sem prejuízo para o bem comum, ao revés, colaborando para o desfrutar deste.

O termo *persona* terminou por ser fixado, contudo, significava a mesma idéia de uma substância individual. Enfim, na Idade Média, chega-se ao consenso de que o sentido de pessoa está em um ser completo, independente e intransferível, *persona* como *per se una*. No período renascentista tal definição será acrescentada do elemento da dignidade humana, cantada e estudada pelos homens desta época, constituindo-se em alicerce fundamental da luta pelos direitos, sobretudo de ordem política, que se dará nos séculos posteriores.

Fundada então esta concepção de pessoa, o campo está aberto para a fomentação de seus direitos inicialmente por meio do pensamento cristão, “ao determinar este a dessacralização da natureza e da sociedade, libertando o homem de ser objeto para transformá-lo em sujeito, portador de valores (pessoa)”, assim afirma Diogo de Leite Campos apud SOUZA et al (200-?). Para a doutrina cristã, o fiel é aquele que está em relação com Deus, e este fez o homem à sua imagem e semelhança. Contudo o ser humano é dotado de livre arbítrio e deve conduzir na vida terrena suas ações de acordo com esta liberdade, permitindo assim um juízo de apreciação meritória no agir do indivíduo, pois agindo de forma correta encontrará o fiel a Salvação.

A ideologia que irá sustentar as revoluções burguesas do século XVIII começa a surgir já no humanismo renascentista (XVI). Voltados para o período clássico, onde buscavam inspiração, os humanistas centram suas questões no homem e no mundo em que este habita. A Reforma, por sua vez, ao associar o sucesso no mundo à salvação espiritual, em muito contribuiu para o fortalecimento do individualismo, em cujo desdobramento se vislumbraria a crescente reivindicação do direito à liberdade (religiosa). O ser humano, feito à imagem e semelhança de Deus, é ser auto-suficiente, pois é dotado de razão. Assim, no plano político separam-se Igreja e Estado, e afirma-se o direito do indivíduo à liberdade de consciência (MARCONDES, 2000, p. 139-143).

Entre os séculos XVI e XVIII surgem as doutrinas contratualistas, cuja maior contribuição será a de retirar de Deus a origem dos Estados para situá-la em um pacto celebrado por indivíduos que viviam nos primórdios em estado de natureza. É, portanto, este pacto fundador a origem das liberdades políticas e dos direitos e deveres dos cidadãos, que não o podem descumprir sob pena de retornar ao estado pré-político, com seus inúmeros inconvenientes. Segundo Rousseau (2002, p. 162-163), as cláusulas deste pacto refletiriam a vontade geral, união das vontades de cada indivíduo isoladamente, que legitimaria a existência do Estado político. Logo, o ser humano é fundamento constitutivo de qualquer sociedade, e sua degradação implica necessariamente a degradação social. Inferre-se daí a proeminência de se resguardar os direitos inerentes à pessoa humana, anteriores à existência do próprio Estado.

A partir do contratualismo, Grócio enfatizará a teoria do Direito Natural (apud MORRIS, 2002, 211-225), que traz em seu seio a revalorização da individualidade de cada homem, obscurecida durante toda a Idade Média. A razão é comum a todos os homens e os guia no sentido de uma secularização crescente do saber, donde a proeminência logo concedida ao direito de liberdade de expressão, conforme será observado durante todo o curso das revoluções liberais burguesas, a partir da Americana.

No âmbito jurídico, refletindo as mudanças ideológicas que se processavam no interior da sociedade, surge a expressão “direitos fundamentais”, na França, por volta do século XVIII. Estes se restringem, nesta época, aos direitos individuais, o que nos permite a aproximação e o exame de seu histórico ainda que o ensejo desde trabalho seja os direitos da personalidade, que são tutelados na esfera privada. É preciso salientar, ademais, que a positivação desses direitos tem lugar em situações revolucionárias, donde a esfera pública de sua tutela precede a particular.

No âmbito internacional, cunhou-se na Idade Moderna a expressão “direitos humanos”, na qual estão incluídos todos aqueles inerentes à pessoa humana e que merecem, portanto, proteção no âmbito internacional. A teoria dos direitos humanos bebeu profundamente nos filósofos jusnaturalistas do século XVIII e se afirma em oposição aos costumes e privilégios que marcaram o abismo

intransponível entre nobres e desfavorecidos enquanto perdurou o regime feudal.

A dignidade da pessoa humana pressupõe o valor básico e fundamentador dos direitos humanos fundamentais, que objetiva explicitar e satisfazer as necessidades da pessoa. E segundo Pérez Luño (2003) daí decorre o princípio legitimador dos chamados direitos da personalidade, que tem uma relação direta com o próprio surgimento dos direitos humanos, haja vista que as principais Revoluções do século XVIII pautavam-se seus ideais na liberdade humana e na propriedade.

4.1.2 Os Direitos da Personalidade no Direito Brasileiro

As constituições brasileiras sempre consagraram, em maior ou menor escala, os direitos e garantias individuais. Atribui-se mesmo à nossa primeira Constituição, de 25 de março de 1824, a primazia mundial na subjetivação e positivação dos direitos do homem.

Tratando especificamente da Constituição Imperial, observa-se nos 35 incisos do artigo 179 uma série de “Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”. Da leitura do caput verifica-se que afastados estão os escravos e os estrangeiros residentes no País. Os direitos da personalidade aí consagrados são: liberdade (caput), inviolabilidade de domicílio (inciso VII), direitos autorais (inciso XXVI) e segredo epistolar (inciso XXVII). É interessante notar que a liberdade religiosa estava condicionada ao respeito à religião oficial do Império (“ninguém pode ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a Moral Pública”, inciso V).

A Constituição republicana de 24 de fevereiro de 1891 apresentava no seu Título IV, Seção II, uma “Declaração de Direitos”. Pela primeira vez os direitos e garantias individuais são estendidos aos estrangeiros residentes no País e, por força do artigo 78, o elenco de tais direitos deixa de ser exaustivo, regra esta que estará presente em todas as constituições subseqüentes. O caput do artigo 72 consagra a “inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade”. Os parágrafos deste artigo consagram

outros direitos, a saber: sigilo de correspondência (§ 18), inviolabilidade de domicílio (§ 11), direito à propriedade industrial (§ 25) e direito autoral (§ 26). A liberdade de culto está plenamente albergada no § 3º, princípio este que informa as demais constituições. Os artigos 73 a 77 contêm algumas disposições referentes a garantias funcionais e dos militares.

A Constituição de 16 de julho de 1934, apesar de sua vida curta, trouxe algumas inovações. A primeira delas foi a presença de um “título especial para a Declaração de Direitos, nele inscrevendo não só os direitos e garantias individuais, mas também os de nacionalidade e os políticos” (SILVA, 2002, p. 170). Essa metodologia foi seguida pelas demais constituições, com exceção da carta ditatorial de 1937. Outra importante novidade, na esteira das constituições do primeiro pós-guerra, foi a consagração de todo um Título (Título IV) à Ordem Econômica e Social. O artigo 113, ao elencar os direitos e garantias, apresenta uma novidade em seu caput pois fala em inviolabilidade do direito à subsistência, elevando esta à categoria de direito fundamental. Este direito não foi repetido em nenhuma outra Constituição, preferindo-se, ao contrário, falar em direito à vida. O caput do citado artigo consagra ainda o direito à liberdade, e seus incisos os seguintes direitos: sigilo de correspondência (inciso VIII), inviolabilidade de domicílio (inciso XVI), direito à propriedade intelectual, abrangendo o direito às marcas e patentes e direito autoral (incisos XVIII a XX). O artigo 114 afirma que o elenco não é exaustivo.

Veio então a Constituição de 10 de novembro de 1937, “ditatorial na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem, especialmente os concernentes às relações políticas” (SILVA, 2002, p. 170). O artigo 122 consagrava os direitos e garantias individuais nos termos seguintes: o caput faz referência ao direito à liberdade; o inciso IV fala da “inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções previstas em lei”; a liberdade de pensamento, prevista no inciso XV podia ser limitada pela lei e pela imprensa seria regulada por lei especial que poderia limitar enormemente seu poder. Ressalte-se ainda que a Constituição, ao contrário das outras, ampliou os casos em que se poderia aplicar a pena de morte, não se atendo,

unicamente, aos casos previstos na “legislação militar para o tempo de guerra” (inciso XIII). Esta ampliação seria estabelecida em lei especial.

Após o período ditatorial de 37, a normalidade democrática foi restabelecida com a Constituição de 18 de setembro de 1946. O Capítulo II do Título IV apresenta os direitos e garantias fundamentais da seguinte forma: o caput do artigo 141 garante a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade e seus parágrafos, o sigilo de correspondência (§ 6º), inviolabilidade de domicílio (§ 15), propriedade das marcas e patentes (§§ 17 e 18) e direito autoral (§ 19). Interessante observar que o parágrafo único do artigo 145 fala que “a todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social”. Assemelha-se, assim, à garantia do direito de subsistência, tratado unicamente pela constituição de 1934, e demonstra bem o compromisso social da presente Constituição.

A primeira Constituição do período militar instaurada em 1964 adotou técnica semelhante. Com efeito, a Carta de 24 de janeiro de 1967 tratou dos direitos e garantias individuais no artigo 150: seu caput faz menção ao direito à vida e à liberdade, o § 7º considera “invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas, a inviolabilidade de domicílio vem tratada no parágrafo seguinte, os §§ 24 e 25 tratam do direito às criações industriais e artísticas”.

A Emenda Constitucional número 1 (Constituição de 17 de outubro de 1969), que se seguiu à fase mais violenta do regime de exceção, veio restringir esses direitos, suprimindo alguns parágrafos, na forma seguinte: o artigo 153, caput, mantém os direitos à vida e à liberdade; os §§ 9º e 10 mantiveram o sigilo de correspondência e inviolabilidade de domicílio e os §§ 24 e 25 continuaram consagrando os direitos autorais e de patentes industriais. O aspecto mais marcante do regime instaurado veio, no entanto, consagrado no artigo seguinte artigo 154, que declara

Art. 154: o abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação

do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa

Seguiu-se, então, a constituição de 05 de outubro de 1988 que veio restabelecer a democracia e consagrar, em técnica mais moderna, uma série de direitos e garantias não previstos anteriormente.

O artigo 5º, do título II de Constituição Federal representa o coroamento de uma história de lutas do povo brasileiro contra a opressão. Em seu texto estão enunciadas normas que valem tanto em face do Estado quanto para todos os cidadãos em relação a um determinado indivíduo. Cumpre-se destacar a tutela ao direito à vida, à liberdade, à honra, ao sigilo, à intimidade, à imagem, à criação intelectual, dentre outros. O parágrafo 2º, deste mesmo dispositivo esclarece que a especificação desses direitos fundamentais não exclui outros, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Está, portanto, consagrada a tutela aberta dos direitos da personalidade, permitindo a preservação da pessoa humana em todo e qualquer aspecto.

Mister é destacar que os direitos de cada indivíduo sobre todas as projeções de sua personalidade estão já protegidos no artigo 1º II da Magna Carta, ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana. Viver dignamente implica ter como pressuposto o respeito a todos os aspectos físicos, psíquico e intelectual de cada ser humano.

Tais previsões constitucionais e legislativas são dispersas e casuísticas isso não implica numa proteção exaustiva à pessoa capaz de tutelar as irradiações da personalidade em todas as suas possíveis manifestações. Isso porque a evolução e a dinâmica dos fatos sociais dificultam um acompanhamento normativo momentâneo⁹⁰. E atipicidade dos direitos da personalidade é confirmada por Pietro Perlingieri

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela (2002, p. 155-156).

⁹⁰ Esta posição, porém não é pacífica considerando que a existência de direitos da personalidade são causas fechadas, conferir Pietro Perlingieri (2002, p. 154-156).

4.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Após percorrer o histórico dos direitos da personalidade, cumpre neste momento colocar como estes se apresentam nos dias de hoje, isto é, analisar os frutos obtidos a partir do histórico de sua evolução doutrinária.

A personalidade é a capacidade abstrata para possuir direitos e contrair obrigações na ordem civil. É indissociável da pessoa humana, ainda que os positivistas mais ortodoxos tenham querido vê-la como simples decorrência jurídico-normativa. É o que diz Kelsen (1995, p. 97-98).:

[...] a pessoa física (natural) como sujeito de deveres e direitos não é o ser humano cuja conduta é o conteúdo desses deveres ou desses direitos, mas que a pessoa física (natural) é apenas a personificação desses deveres e direitos. (...) a pessoa física é a personificação de um conjunto de normas jurídicas que, por constituir deveres e direitos contendo a conduta de um mesmo ser humano, regula a conduta deste ser.

Defende este posicionamento Gustavo Tepedino (2001, p. 39),

Os direitos do homem, para ter uma efetiva tutela jurídica, devem encontrar seu fundamento na norma positiva. O direito positivo é o único fundamento jurídico da tutela da personalidade; a ética, a religião, a história, a política, a ideologia, são apenas aspectos de uma idêntica realidade (...) a norma é, também ela, noção histórica.

Já a segunda linha de pensamento, sendo a mais adequada no entendimento deste trabalho, destaca a visão jusnaturalista de que tais direitos são atinentes à própria natureza humana, ocupando posição supra-estatal sendo que a positivação vem apenas a garanti-los, dotando-os de coercitividade. Afirma o jurista Caio Mário Pereira da Silva “o princípio constitucional da igualdade perante a lei é a definição do conceito geral da personalidade como atributo natural da pessoa humana (...)” (1994, p. 153). Tal visão é influenciada por Carlos Alberto Bittar (1999, p. 7) ao tratar do direito da personalidade direitos inatos, cabendo

Ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária -, dotando-se de proteção própria, conforme o

tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares.

E continua o mesmo jurista afirmando que tais direitos são

direitos interiores, de que o sujeito de direito necessita para preservar a sua integridade física, intelectual e moral. São direitos destinados à defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.[...] os direitos da personalidade devem ser compreendidos como: a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por natureza, como ente humano, como o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade) (1994, p. 201 e 207).

Na mais abalizada opinião de Orlando Gomes (1996, p. 152) os direitos da personalidade constituem categoria à parte do Direito Privado, não sendo possível sua classificação entre os direitos pessoais ou reais.

Com isso a personalidade, relativamente às pessoas físicas ou naturais, é a aptidão para ter direitos e contrair obrigações na ordem civil sendo adquirida com vida, aferido pela respiração e extinguindo com a morte, natural ou presumida (i.e., a ausência), cuja individualização se faz mediante a constatação de seu nome, estado e domicílio.

Segundo Rubens Limongi França (1994, p. 1037), direitos da personalidade são aqueles que recaem em certos atributos físicos, intelectuais ou morais do homem, com a finalidade de resguardar a dignidade e integridade da pessoa humana.

Acompanha o mesmo raciocínio Pontes de Miranda (2000, p.211) ao conceituar direitos da personalidade como “direitos irradiados dele (homem), os de vida, liberdade, saúde (integridade física ou psíquica), honra e igualdade. Estes direitos são irrenunciáveis, invioláveis, irrestringíveis”.

Pablo Stolze Gagliano e Rdolpho Pamplona Filho (2003, p. 144) também adotando a corrente jusnaturalista conceituam os direitos da personalidade como “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”.

Com base nestes argumentos apresentados pela doutrina conceituam-se os direitos da personalidade como direitos exercitáveis *erga omnes*, cuja titularidade ativa pertence ao indivíduo, biologicamente considerado, que recaem sobre bens interiores, encontráveis somente dentro da pessoa, sendo impenhoráveis, imprescritíveis, indisponíveis (intransmissíveis e irrenunciáveis), extrapatrimoniais, vitalícios, necessários e ilimitados.

O caráter absoluto dos direitos da personalidade se materializa na sua oponibilidade *erga omnes*, irradiando efeitos em todas as relações jurídicas priva e pública, impondo à coletividade o dever de respeitá-lo.

Incidindo sobre atributos ou valores inerentes ao ser humano os direitos da personalidade são direitos subjetivos privados e públicos, portanto, respectivamente, oponíveis contra os particulares nas relações de direito privado e inclusive contra o Estado.

Os direitos personalíssimos são impenhoráveis e imprescritíveis, pois os bens não são corpóreos, encontram-se dentro da própria pessoa sendo-lhe inatos e aderem à personalidade, “não se extinguem, quer pelo não uso, quer pela inércia na sua defesa” (GOMES, 1996, p. 153).

Os direitos da personalidade são indisponíveis o que significa que “nem por vontade própria do indivíduo o direito pode mudar de titular” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2003, p. 154). E desta característica abarca a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, respectivamente, significam a impossibilidade de modificação subjetiva, gratuita ou onerosa, embora gozem de proteção depois da morte do titular e impossibilidade de serem abdicados.

Os direitos personalíssimos são não-pecuniários, ou seja, são extrapatrimoniais porque não são suscetíveis, de avaliação econômica, “sendo o ingresso de valores equivalentes, no patrimônio, um efeito casual”, segundo Alexandre Angra Belmonte (2004, p. 77).

A vitaliciedade e a necessidade são caracteres que denotam seus traços distintivos, isso porque, pelo primeiro, enquanto viver o seu titular não os perde,

e são necessários, no sentido, “de que não podem faltar, o que não ocorre com qualquer dos outros direitos” (GOMES, 1996, p. 153).

E, por fim, são ilimitados, isto é, não há um rol taxativo de quais são os direitos da personalidade.

Segundo Rubens Limongi França (1994, p.1039-140) os direitos da personalidade apresentam a seguinte divisão: a) direito à integridade física; b) direito à integridade intelectual e c) direito à integridade moral. Esses direitos são protegidos pela Constituição Federal de 1988 e pelas leis infraconstitucionais, desta maneira, há uma preocupação normativa de resguardar tais direitos como meio de consumir a utilização efetiva dos diversos pactos e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário, como foi visto no capítulo deste trabalho.

Assim, sem pretender esgotá-los, classificam-se os direitos humanos fundamentais da personalidade da seguinte maneira. O direito à integridade física consiste no direito à vida, ao corpo vivo, ao corpo morto, à liberdade, à subsistência digna, à saúde. O direito à integridade intelectual consiste no direito à liberdade de pensamento, de autoria, de inventor, de esportista, inclusive de espetáculos públicos. E o direito à integridade moral consiste no direito à liberdade civil, política e religioso, à segurança moral, à honra, à intimidade, à imagem, ao aspecto moral da estética humana, ao segredo pessoal, doméstico, profissional, político e religioso, à identidade pessoal, familiar e social, à identidade sexual, ao nome, ao título, ao pseudônimo. Em fim, são ilimitados os direitos da personalidade, o que a Carta Magna de 1988, principalmente, no artigo 5º e incisos, e o Código Civil, nos seus artigos 12 e seguintes, fazem é apenas apresentar um rol exemplificativo de tais direitos, permitindo aos intérpretes ampliá-lo.

4.3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA RELAÇÃO DE EMPREGO

O empregado e o empregador são detentores dos direitos da personalidade. No entanto, este presente trabalho se debruçará, apenas, quanto à figura do empregado no âmbito de atuação da negociação coletiva de trabalho.

A abordagem nos parágrafos seguintes não esgotará o estudo sobre o tema. Na verdade, uma visão panorâmica será realizada diante do contexto dos chamados direitos da personalidade.

A construção dos direitos da personalidade deve-se ao cristianismo, que exalta a dignidade humana; ao jusnaturalismo, que afirmou a noção de direitos naturais ou inatos; aos filósofos do iluminismo, que valorizavam o homem diante do Estado.

A classificação, acima exposta, quanto aos direitos da personalidade é oponível contra o empregador, o que quer dizer que o trabalhador assalariado tem direito a um tratamento digno no cumprimento das prestações de serviços no contrato de emprego.

O primeiro dos direitos da personalidade é o direito à vida do trabalhador assalariado, ou seja, a integridade física desse empregado é anterior e superior ao próprio Estado e à sociedade. Dessa forma, a ordem jurídica constitucional, observando os fundamentos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966⁹¹, reconhece ao empregado o direito à indenização por dano moral e/ou físico na hipótese de acidente de trabalho ou doença profissional, uma vez comprovada que a conduta, doloso ou culposa, do empregador violou a integridade física do trabalhador assalariado (artigo 7º, inciso XXVIII, CF/88). Esse comportamento patronal põe em risco a integridade física e a vida do trabalhador, o que implica o reconhecimento estatal e sindical da legitimidade do combate individual e coletivo a todas as ameaças à sadia qualidade de vida.

⁹¹ O art. 6º, III dispõe: “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei, e ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”.

O direito à integridade intelectual consiste no direito à liberdade de pensamento, de autoria, do esportista e de espetáculos públicos. Esse direito personalíssimo reflete também numa relação de emprego, entre empregado e empregador, como bem afirma Alice Monteiro Barros (2005, p. 591) que

a existência da relação de emprego [...] não afeta, em princípio, a natureza da criação intelectual, uma vez que os direitos autorais e conexos⁹² compõem os chamados direitos da personalidade, oponíveis também contra o empregador, ainda que o trabalhador execute suas atividades sob o comando empresarial.

Continuando na questão do direito a integridade intelectual, o direito autoral por parte do empregado não encontra regulamentação específica, o que leva a concluir a aplicação por analogia da atual lei de direitos autorais, número 9.609, de fevereiro de 1998. Esta referida Lei apenas preceitua, no art. 4º, que os direitos relativos aos programas de computador desenvolvidos e elaborados durante a vigência do contrato de emprego pertencerão exclusivamente ao empregador, salvo estipulação em contrário. O que caracteriza, uma verdadeira afronta ao direito personalíssimo de criação.

Ainda no âmbito do direito da integridade intelectual tratamento interessante se dá com as invenções do empregado. Há um tratamento constitucional para esta questão, que está previsto no artigo 5º, inciso XXIX da CF/88, e que está regulamentado pela Lei n. 9279, de 1996.

Na concepção de Pontes de Miranda (2000, p. 343) a invenção é um ato de criação oriundo da intelectualidade ou da engenhosidade de alguém, que “dá ao mundo um novo objeto utilizável ou novas aplicações úteis”. As invenções são disciplinadas por esta lei, sendo classificadas em: a) invenções de serviço, que são objetos do contrato de trabalho, pois o empregado foi contratado para inventar objetos, sendo a retribuição pela invenção o próprio salário; b) invenções livres, que são invenções realizadas pelo empregado, durante a relação de emprego, mas, que não guardam qualquer relação com o serviço

⁹² Direito autoral é “[...] ramo do Direito privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais, estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências” (ASCARELLI apud BARROS, 2005, p. 587). Os direitos conexos são reconhecidos aos que auxiliam na criação, produção ou difusão de obra intelectual, entre os quais se situam os músicos, conforme prescreve o artigo 3º, “a”, da Convenção de Roma, de 1961, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 57.125, de 19/07/1965.

prestado para o empregador e não decorrente da utilização de recursos e materiais do mesmo, nesse caso, a invenção pertencerá exclusivamente ao empregado; c) invenções casuais ocorrem quando a invenção for fruto de contribuição pessoal do empregado e de recursos e materiais do empregador, a propriedade será comum, em partes iguais; d) invenções de estabelecimento, “decorrentes do acervo científico e tecnológico montado pelo empregador, por meio de experimentações prévias” (BARROS, 2005, p.595), a legislação brasileira é omissa quanto à repartição dos lucros, sugerindo a Alice Monteiro Barros que sejam divididos em partes iguais (2005, p.595-596).

Ocorre violação ao direito da personalidade quando o empregador desrespeita o direito à liberdade de ir e vir, de pensamento, de crença religiosa, de convicção filosófica, política ou sindical assegurada no art. 5º, inciso IV, VI, VIII e XVII, e no art. 8º da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, uma vez ocorrendo discriminação ou dispensa por tais motivos o empregado deverá ser indenizado moralmente ou reintegrado ao emprego, uma vez postulado.

O direito à integridade moral, à honra e à intimidade são direitos personalíssimos amplamente difundidos no âmbito das relações empregatícias.

A honra é o sentimento de dignidade que a pessoa tem em relação a si mesma e que se reflete na compreensão dos outros, nesse sentido, encontra-se na honra o seu aspecto objetivo, que “consiste na valoração de nossa personalidade feita pelos membros da sociedade”, e o aspecto subjetivo, que “é o sentimento de dignidade pela própria pessoa” (BARROS, 2005, p. 596-597).

Quando a honra do empregado é afrontada por acusações infundadas do empregador, como: o acusa de ato de improbidade lesiva ao seu nome, dá informações inverídicas a outro empregador que pretende contratá-lo, insere o nome do empregado em lista negra, a fim de prejudicar na obtenção de créditos ou outras operações, lança na carteira de trabalho do empregado anotações desabonadoras à conduta do empregado, denigre a imagem física do empregado, coloca o trabalhador em situação vexatória quando ele não

atinge, por exemplo, uma meta de venda. Tudo isso garante a este operário o direito de ser indenizado moralmente (BARROS, 2005, p. 579-598).

O direito à intimidade não se confunde com o direito à honra, uma vez que, “as normas sobre intimidade proíbem qualquer descrição de fatos que entrem na esfera íntima da pessoa” (BARROS, 2005, p. 600). Este direito, da mesma forma que os outros, é direito humano fundamental que está diretamente relacionado à questão da personalidade do trabalhador. Nos próximos parágrafos ênfase maior será dada a este direito, tendo em vista, a sua relação direta com o próximo capítulo.

A concepção sobre o direito à intimidade aponta para dois vetores, que caminham lado a lado. O primeiro decorre da própria origem histórica da intimidade, ou seja, ela está diretamente ligada ao nascimento da burguesia (PÉREZ LUÑO, 2003, p. 318-321). Isso porque, no período medieval o conhecimento filosófico-cultural era privilégio, apenas, das mais altas castas sociais (nobreza e clero). Todavia, com o desenvolvimento dos núcleos urbanos as condições sociais e econômicas passaram por um processo de transformações, haja vista que, apareceram formas de divisão do trabalho (mestre-artesão e aprendizes) que marcaram uma clara diferença entre o lugar em que se vive (casa privada) e o lugar em que se trabalha (estabelecimento).

Nesse sentido, para Pérez Luño (2003, p.318-319) a intimidade se configura como uma aspiração da burguesia de alcançar o que antes tinha sido privilégio de alguns poucos, aspirações que vinham sendo potencializadas pelas novas condições de vida. E finaliza afirmando que a idéia moderna da intimidade está diretamente vinculada às necessidades e à própria ideologia da classe social que a reclama. Isso explica sua característica individualista.

O segundo vetor, que paralelamente se desenvolveu, estava nas raízes teóricas segundo as quais o foro interno que cada pessoa estava à margem da ingerência estatal e da vida em sociedade. “É o homem burguês ‘encastelado’ na sua reclusão o protótipo de sujeito ativo deste direito” (PÉREZ LUÑO, 2003, p. 322).

A partir desta contextualização, o direito à intimidade é elevado à categoria de norma constitucional. Num primeiro momento, este direito tinha um caráter, exclusivamente, individual e privado, mas progressivamente passa assumir um significado público e coletivo, na medida em que, além dos indivíduos, individualmente, considerados, os grupos sociais (como os sindicatos) também são respaldados pelo direito à intimidade. Esta interpretação é viável a partir das concepções contemporâneas sobre os direitos humanos fundamentais, ao considerar que tais direitos são

[...] como respostas aos interesses e exigências que em cada momento histórico se reputam socialmente necessárias para o desenvolvimento pleno da pessoa humana, e que devem ser captadas através de uma interpretação evolutiva da Constituição (PERÉZ LUÑO, 2003, p. 325, tradução nossa)⁹³.

O direito à intimidade protege a pessoa contra a ingerência de terceiros, inclusive seus familiares, sendo consagrado no artigo 5º, X da CF/88. É inquestionável que o poder diretivo do empregador de uma certa forma atua sobre o direito à intimidade do empregado, isso porque, o empregador assume os riscos do empreendimento, devendo controlar as atividades exercidas pelos seus empregados. Contudo, não se admite que este poder de direção ultrapasse e fira a dignidade da pessoa humana do empregado, este poder do empregador não pode ser um limitador do exercício dos direitos fundamentais assegurado ao empregado como cidadão. Para Carlos Ruiz Miguel apud BARROS (2005, p.602)

Os direitos fundamentais não deverão ser afetados quando o empregado se insere no organismo empresarial, admitindo-se, apenas, que sejam modulados na medida imprescindível do correto desenvolvimento da atividade produtiva.

O presente capítulo se propôs a fazer uma evolução jurídica dos direitos da personalidade. Identificou-se que no Direito Romano, num primeiro momento, não existia um termo adequado para explicar direito da personalidade. Com o advento do Cristianismo inicia um processo de valorização do ser humano, até então inexistente. A partir daí toda uma construção teórica veio sendo

⁹³ [...] como la respuesta a los intereses y exigencias que em cada momento histórico se reputan socialmente necesarias para el desarrollo de la persona humana, y que deben ser captadas a través de una interpretación evolutiva de la Constitución.”(PÉREZ LUÑO, 2003, p. 325)

desenvolvida, e na Idade Média chega-se ao consenso do significado de pessoa, que é um ser completo, independente e intransferível. Esta ideologia sustentou as principais Revoluções (renascentista, burguesa, industrial) entre os séculos XVI e XVIII. A constitucionalização do direito da personalidade foi um outro momento decisivo na concretização deste direito. O ordenamento jurídico brasileiro, constitucional e infraconstitucional, acompanhou e vem acompanhando esta trajetória. Este capítulo apontou os diversos conceitos e as características dos direitos da personalidade. E por fim, delineou a dimensão dos direitos da personalidade com a relação de emprego.

É certo que o empregador não pode ferir os direitos personalíssimos dos empregados durante o cumprimento do contrato de emprego. Porém, a negociação coletiva, como tem uma força vinculante muito maior do que o contrato individual do trabalho, pode dispor de maneira válida e eficaz dos direitos da personalidade do trabalhador assalariado? Esta análise vai ficar a cargo do próximo capítulo, no qual se relacionará o princípio da autonomia privada coletiva com o direito da personalidade.

5 A AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA E A INTANGIBILIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR ASSALARIADO: O PROBLEMA DA EXIGÊNCIA DA COMUNICAÇÃO DA GRAVIDEZ AO EMPREGADOR

Este capítulo se propõe, não de maneira exaustiva, analisar e relacionar o princípio da autonomia privada coletiva e a intangibilidade dos direitos da personalidade do trabalhador assalariado, sob a perspectiva da estabilidade da empregada gestante e a exigência da comunicação do estado de gravidez ao empregador decorrente de norma coletiva. Utilizar-se-á jurisprudências sobre o tema para confirmar ou não o princípio geral do qual parte - a negociação coletiva e a intangibilidade dos direitos da personalidade.

A Constituição Federal de 1988, no art. 10, II, b do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, assegura a garantia provisória no emprego à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. A expressão “desde a confirmação da gravidez” suscitou discussão jurisprudencial e ainda tem suscitado discussão doutrinária. Duas teorias se apresentam para identificar o significado desta expressão.

A teoria da responsabilidade subjetiva exige da empregada gestante que avise formalmente ao seu empregador o seu estado de gravidez, ou seja, a empregada precisa dar ciência ao empregador de que está grávida pela da apresentação do atestado médico ou exame laboratorial. Somente a partir dessa ciência pelo empregador é que a empregada estará protegida pela estabilidade (MARTINS, 2006, p. 143; LEITE, 2003, p. 228-229).

Desconhecendo a empregada a sua gravidez quando da dispensa, menos ainda tenha condições do empregador de saber. O empregador não tem como ser, portanto, responsabilizado se a empregada não lhe avisa que está grávida. Logo não houve dispensa arbitrária com o objetivo de obstar o direito à garantia de emprego à gestante (JORGE NETO e CAVALCANTE, 2004, p. 943).

Segundo a teoria da responsabilidade objetiva a confirmação da gravidez ocorre no momento em que a trabalhadora descobre da sua condição de grávida, ou seja, o importante é confirmar a gravidez para a própria empregada e não para o empregador. A garantia de emprego está diretamente relacionada à confirmação do estado de gravidez para a empregada, e não o ato formal de comprovação para o empregador (MARTINS, 2006, p. 143; LEITE, 2003, p. 229-230).

A teoria objetiva é a mais adequada quando a relaciono com o princípio da dignidade da pessoa humana, porque o espírito de todo o sistema constitucional brasileiro após 1988

[...] é o de colocar a empregada gestante a salvo de toda e qualquer discriminação pelo simples fato de encontrar-se em estado gestacional, mesmo porque, é justamente nesse período que a mulher mais necessita de uma maior segurança nas relações jurídicas em que seja parte, o que constitui, em última análise, dever do Estado, da família e de toda a sociedade para essas relações sejam mantidas (LEITE, 2003, p. 231-232).

O Tribunal Superior do Trabalho seguindo a teoria objetiva⁹⁴ editou a Orientação Jurisprudencial n. 88 da Seção de Dissídio Individual 1 (SDI-1/TST):

Gestante. Estabilidade provisória. (28/04/97) O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, b, ADCT) * A ausência de cumprimento da obrigação de comunicar à empregadora o estado gravídico, em determinado prazo após a rescisão, conforme previsto em norma coletiva que condiciona a estabilidade a esta comunicação, afasta o direito à indenização decorrente da estabilidade.

A partir deste marco jurisprudencial verificar-se-á quais eram os paradigmas dos tribunais trabalhistas quanto à obrigatoriedade de comunicação da empregada gestante ao empregador do seu estado físico, em virtude da determinação de norma coletiva (convenção ou acordo coletivo), sob pena de perder o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. E

⁹⁴ Apesar de não constar expressamente da ementa desta jurisprudência a teoria objetiva, vários julgados serviram de paradigmas para se chegar a este entendimento: E-RR 207124/1995, Ac 3630/97 Min. Vantuil Abdala, DJ 29.08.97, decisão unânime; E-RR 174892/1995, Ac 0759/97, Min Moura França, DJ 18.04.7, decisão por maioria; E-RR 127533/1994, Ac. 3828/96, Min. Vantuil Abdala, DJ 07.03.97, decisão por maioria; E-RR 804401993, Ac.3445/96, Min. Armando de Brito, DJ 09.08.96, decisão unânime.

quais foram os paradigmas teóricos que cancelaram esta decisão incorporando-a à Súmula 244 do TST.

O princípio da autonomia privada coletiva significa a possibilidade dos entes coletivos, sindicatos dos trabalhadores e dos empregadores, ou o empregador, individualmente considerado, de criar por vontade própria as suas regras, ou seja, é o chamado auto-regramento. Nesse sentido, a construção das normas trabalhistas é fruto da formação espontânea entre os interlocutores sociais coletivos, o que viabiliza a efetivação da livre negociação coletiva.

A ordem constitucional brasileira contemporânea acompanha neste mesmo sentido, isto é, o reconhecimento das convenções coletivas e dos acordos coletivos (art. 7º, inciso XXVI, CF/88) concretiza a autonomia privada coletiva nas relações de trabalho.

O reconhecimento por parte do ordenamento jurídico da negociação coletiva como direito humano fundamental do trabalho abre um leque de interpretação quanto aos limites materiais deste instrumento coletivo.

Esta situação criou condições favoráveis para que as normas coletivas dispusessem sobre o direito da estabilidade provisória da gestante. Este raciocínio decorre principalmente da ex-Orientação Jurisprudencial n. 88 da Seção de Dissídio Individual I, do Tribunal Superior do Trabalho, que apresentava a seguinte redação:

Gestante. Estabilidade provisória. (28/04/97) O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, ***salvo previsão contrária em norma coletiva**, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, b, ADCT) * A ausência de cumprimento da obrigação de comunicar à empregadora o estado gravídico, em determinado prazo após a rescisão, conforme previsto em norma coletiva que condiciona a estabilidade a esta comunicação, afasta o direito à indenização decorrente da estabilidade. (grifo nosso).

Com base nesta decisão, a convenção coletiva ou o acordo coletivo, ambos decorrentes da negociação coletiva, tinham suporte jurisprudencial para restringir o direito à estabilidade provisória da empregada gestante. Tudo isso baseado nos fundamentos do princípio da autonomia privada coletiva.

Várias decisões jurisprudenciais⁹⁵ confirmavam a possibilidade de a norma coletiva dispor sobre direito à estabilidade provisória da empregada gestante, previsto no art. 10, II, b da ADCT. Sustentavam que o ajuizamento da ação depois de esgotado o período da estabilidade provisória implica abuso de direito por parte da empregada gestante e violação do artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal de 1988. Insistiam ainda que, prevendo na norma coletiva da categoria dos trabalhadores a necessidade das empregadas informarem seu estado gravídico no período estabelecido pela convenção ou acordo coletivo, a fim de garantir a estabilidade provisória:

[...] O instrumento normativo de fls. 50/87, em sua cláusula 34, estabelece que a empregada deve avisar "o empregador de seu estado de gestação, com comprovação, no prazo de 60 dias, a partir da notificação da dispensa. A r. decisão de primeiro grau encontra-se, portanto, de acordo com a Orientação Jurisprudencial 88 da SBDI-1 do C. TST. Inviável reintegração ou indenização correspondente ao período de estabilidade ou, ainda, ao salário-maternidade." (fl. 155) Contra este acórdão regional que negou provimento ao Recurso Ordinário da reclamante, esta intentou com os Embargos Declaratórios de fls. 158/159, que foram conhecidos e rejeitados pela decisão de fls. 161/162, impulsionando o aviamento do Recurso de Revista de fls. 166/171, cujo seguimento restou denegado. A partir da fundamentação supra, se extrai que o indeferimento da estabilidade gestante e indeferimento da indenização pelo salário maternidade restou denegado frente ao descumprimento, pela obreira, da cláusula 34ª da norma convencional a qual se encontrava adstrita, onde se previu a necessidade de comunicação do empregador, do estado gestacional, no prazo de 60 dias, a partir da comunicação da dispensa. Nestes termos, encontra-se devidamente fundamentado o decisum, não incorrendo na ausência de prestação jurisdicional aventada em malferimento ao art. 93, IX/CF. Com efeito, no que tange à estabilidade gestacional, a decisão denegatória do apelo extraordinário, encontra-se em consonância com a OJ 88-SDBI-1/TST, que assenta que "o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, *salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, "b", ADCT). Ante o exposto, e na forma que possibilita o art. 896, § 5º, da CLT, NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento. Publique-se. Brasília, 02 de dezembro de 2003. Juiz Convocado JOÃO CARLOS RIBEIRO DE SOUZA Relator.

Entre os acórdãos mencionados, mais um merece destaque, de cuja ementa se extrai:

⁹⁵ Inúmeros precedentes do Tribunal Superior do Trabalho sufragam a apontada orientação. Eis alguns: E-RR 132.681/94; E-RR 118.616/94; E-RR 174.892/95; E-RR 183.244/95; E-RR 127.533/94; E-RR 125.407/94; AIRR n. 291/2001-014-15-00; RR n. 804141/2001, E-RR 350363/1997.

ESTABILIDADE – GESTANTE – Gestante. Estabilidade provisória. Condição imposta em cláusula de acordo coletivo: 1) o art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal reconhece a validade de eficácia das convenções, de acordos coletivos durante a sua vigência. Assim, os termos livremente negociados e obtidos mediante muitas concessões, prevalecem enquanto não desconstituídos pelo procedimento específico previsto legalmente; 2) o art. 10, inciso II, alínea “b”, da ADCT traça linhas gerais sobre a estabilidade da gestante. A cláusula convencionada que condiciona a estabilidade provisória do estado da gestante à comunicação ao empregador do estado gravídico até sessenta dias contados da data da dispensa, não restringe ao benefício, sendo, portanto, constitucional. Assim, **a não obediência dos termos pactuados com inobservância do prazo para a ciência do empregador da gravidez da empregada demitida implica perda da garantia de emprego**. 2. Embargos conhecidos, porém, desprovidos (TST – ERR 132681/94, Ac. SBDI1 – 1029/97, Rel. Min. Nelson Daiha, DJ, 30.05.97) (grifo nosso).

Infere-se das jurisprudências supratranscritas que o fundamento da validade das cláusulas que obriga a empregada gestante comunicar a sua gravidez ao empregador decorre do reconhecimento da negociação coletiva, materializada pelo acordo e convenção coletiva (art. 7º, XXVI CF/88).

Questionam-se, entretanto, estes posicionamentos jurisprudenciais frente aos chamados direitos da personalidade. Teve o constituinte, a preocupação de preservar direitos humanos fundamentais, que são cláusulas imodificáveis do texto constitucional, até mesmo por emenda à constituição, as chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV), e que formam um leque de garantias a ser instrumentalizados pela legislação infraconstitucional e pela negociação coletiva. Conforme assegura Ives Granda da Silva Martins (2003, p. 54-69), os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea, não são apenas os que estão no artigo 5º, mas, também outros que estão espalhados pela Constituição e que decorrem de uma implicitude inequívoca.

Neste particular, o constituinte optou pela valorização do indivíduo e da sua personalidade, nesta mesma dimensão segue o Código Civil, que pelo art. 11 prescreve: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Nem a lei e nem a negociação coletiva podem alterar, ao bel-prazer, os direitos da personalidade.

A empregada gestante e a criança, que ainda se encontra no ventre da genitora, têm o direito à inviolabilidade da intimidade (artigo 5º, inciso X,

CF/88). Celso Bastos (2001, p. 71) ao comentar este inciso do artigo 5º, lembra:

O inciso oferece guarida ao direito à reserva da intimidade, assim como ao da vida privada. Consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informação sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre essa área da manifestação existencial do ser humano.

Voltando ao ponto inicial, deste capítulo, os sindicatos, do trabalhador e do empregador, em nome da autonomia privada coletiva e da liberdade de negociação vinham acordando em normas coletivas restrições ao direito de estabilidade provisória garantido às empregadas gestantes. Neste mesmo sentido, as sentenças normativas originárias dos dissídios coletivos também confirmavam este mesmo posicionamento, homologando cláusula, que prevê estabilidade provisória à gestante, condicionada, na hipótese de rescisão contratual, à comprovação do estado gestacional perante o empregador, no prazo estabelecido pelos sujeitos do dissídio coletivo. Prevendo ainda, em algumas situações a possibilidade de transação em relação ao período estável.

O Ministério Público do Trabalho inconformado com o posicionamento dessas sentenças normativas passou a questionar, no Tribunal Superior do Trabalho, a constitucionalidade dessas decisões. Estes precedentes jurisprudenciais⁹⁶ impulsionaram este tribunal na formulação da Orientação Jurisprudencial n. 30 da Seção de Dissídio Coletivo:

ESTABILIDADE DA GESTANTE. RENÚNCIA OU TRANSAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. Nos termos do art. 10, II, "a", do ADCT, a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do artigo 9º da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias

96 RODC 424228/98 Min. Moacyr R. Tesch DJ 29.05.98; RODC 421582/98 Min. José L. Vasconcellos DJ 22.05.98; ROAR 287715/96, Ac.1505/97 Min. José Z. Calasãs DJ 27.03.98; RODC 340610/97, Ac.865/97 Min. Candeia de Souza DJ 20.02.98; RODC 384213/97, Ac.1626/97 Min. Armando de Brito DJ 13.02.98; RODC 373233/97 Min. Ursulino Santos DJ 21.11.97; RODC 347236/97, Ac.1013/97 Min. Ursulino Santos DJ 19.09.97; RODC 350494/97, Ac.897/97 Juiz Convoc.Fernando E.Ono DJ 05.09.97.

referentes à manutenção do emprego e salário. Inserido em 19.08.1998

Cumpra esclarecer que as normas que regem a matéria são de ordem pública, de natureza cogente, buscando não só a proteção da trabalhadora, mas a da criança. Desta forma, a responsabilidade será sempre objetiva, posto que os termos da alínea b, do artigo 10 do ADCT não exigem qualquer comprovação prévia por parte da gestante. Por conseguinte, a norma coletiva não pode criar formas de decadência não previstas em sede constitucional, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade e da livre associação sindical, além de facultar a transação de direito irrenunciável. Aponta a vulneração dos arts. 5º, caput, II, 7º, V, XVIII e XXX, 8º, IV, 149 e 170, VIII, da Constituição da República e do art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou sobre o assunto em sentido contrário à negociação coletiva que disponha sobre o direito à estabilidade provisória da empregada gestante ficar condicionada à prévia comunicação ao empregador: “A empregada gestante possui direito subjetivo à estabilidade provisória e tal garantia independe da prévia comunicação do estado de gravidez ao empregador” (AI 448572, Min. Celso de Mello, DJ 22-03-2004)⁹⁷.

O Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do RE 234.186, de que foi relator (1ª Turma, DJ 31.08.2001), ao comentar o dispositivo transitório ora invocado afirmou:

Trata-se de direito irrenunciável da empregada, que não pode ser afastado ou neutralizado por simples convenção. Aos acordos e convenções coletivos de trabalho, assim como às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a direito constitucional dos trabalhadores, o que nem à lei é permitido. As cláusulas deles resultantes têm seu âmbito circunscrito às categorias profissionais envolvidas, cujos integrantes não podem ter reduzidos ou eliminados os direitos constitucionais, assegurados a todos os brasileiros em igual situação.

No mesmo sentido o Ministro Celso Mello decidiu:

⁹⁷ Agravo de Instrumento Nr. 448572, DJ 22/03/2004; Recurso Extraordinário Nr. 259318, DJ 21/06/2002 ; Agravo de Instrumento Nr. 422076, DJ 25/10/2004; Recurso Extraordinário Nr. 339713 AgR / SP, DJ 02-08-2002.

O legislador constituinte, consciente das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional (Convenção OIT nº 103, de 1952, promulgada pelo Decreto nº 58.821/66, Artigo VI) e tendo presente a necessidade de dispensar efetiva proteção à maternidade e ao nascituro (FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA, Comentários aos Enunciados do TST, p. 614, 4ª ed., 1997, RT), veio a estabelecer, em favor da empregada gestante, expressiva garantia de caráter social, consistente na outorga, a essa trabalhadora, de estabilidade provisória, nos termos previstos no art. 10, II, b, do ADCT. O valor jurídico-social dessa inderrogável garantia de índole constitucional, que busca dar efetividade à proclamação constante do art. 6º da Lei Fundamental da República, teve a sua importância reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já deixou assentado, a propósito desse tema, que o acesso à estabilidade provisória depende da confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez da empregada, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao empregador, revelando-se írrita, de outro lado e sob tal aspecto, a exigência de notificação à empresa, mesmo quando pactuada em sede de negociação coletiva, consoante esta Suprema Corte teve o ensejo de decidir [...] (Agravo de Instrumento Nr. 448572 DJ 22/03/2004).

A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal retrata, de maneira fiel, o compromisso jurídico-social que a República Federativa do Brasil vem assumindo diante dos organismos internacionais (OIT, ONU, etc.) e das empregadas que prestam serviços no territorial nacional. O direito de estar grávida e direito de proteger o nascituro constituem, inegavelmente, normas de ordem pública, ou seja, são normas dotadas de interatividade absoluta, que ordenam ou proíbem alguma coisa sem admitir qualquer alternativa para o destinatário. E esta imperatividade absoluta decorre do fato de que algumas situações ou estados da vida social não podem ser deixados ao arbítrio individual, podendo acarretar prejuízos para a sociedade (DINIZ, 1997, p.376).

Isso porque, à luz dos princípios que regem a hierarquia das fontes de Direito do Trabalho, as normas coletivas, salvo os casos constitucionalmente previstos, não podem dispor de forma contrária às garantias mínimas de proteção ao trabalhador asseguradas na legislação. E, principalmente, pela própria Constituição Federal, que funciona como um elemento limitador da autonomia da vontade das partes no âmbito da negociação coletiva. Desta forma, a negociação coletiva encontra limites nos direitos indisponíveis do trabalhador, assegurados na Carta Magna, como é o caso do direito personalíssimo da intimidade e privacidade.

O Tribunal Superior do Trabalho acompanhando a posição da Corte Suprema reformulou a sua posição quanto à questão em estudo, dando nova redação à Súmula n. 244 do TST: “Gestante. Estabilidade provisória. I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, b, do ADCT) [...]”. Abandonou, assim, a concepção de que a negociação coletiva, por meio da convenção ou do acordo coletivo, pode dispor sobre o direito à intimidade e à privacidade da empregada gestante, obrigando-a comunicar seu estado gravídico ao empregador a fim de obter a estabilidade provisória. A autonomia coletiva não pode dispor sobre o mínimo inderrogável que todo trabalhador tem direito, em virtude da sua condição inata de ser humano.

Pode-se afirmar que a tutela dos direitos humanos fundamentais na atividade econômica se consolida na interpretação dos espaços público e privado, na medida em que a globalização, inclusive no mercado de trabalho, tendem a “despersonalizar” o indivíduo, aniquilando as conquistas sociais e fomentando o predomínio da lógica econômica.

Diante disso, é imprescindível que

[...] a absorção dos tratados de proteção aos direitos humanos não seja levada a cabo à luz de parâmetros econômicos ou meramente mercadológicos; e que, na compatibilização das fontes normativas, possa ser preservada a tábua de valores culturais, jurídicos e éticos nacionais, consagrada nos textos constitucionais e na história jurisprudencial de cada país (TEPEDINO, 2001, p. 70-71).

Impõe-se, finalmente, uma nítida limitação de atuação da negociação coletiva frente aos chamados direitos personalíssimos, os sujeitos coletivos, na negociação coletiva, devem ter os pontos de partida e de chegada à figura do trabalhador.

6 CONCLUSÃO

Como síntese deste trabalho, apresentam-se as principais conclusões lançadas ao longo de seu desenvolvimento.

Identificou-se que no plano filosófico, a concepção sobre o indivíduo teve impulso no período axial, a partir do qual o homem é considerado em igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão. Esta idéia serviu como um embrião para o surgimento dos direitos humanos, já que a igualdade entre os seres humanos é a essência da justiça.

São três as concepções que sustentam a tese de igualdade entre os seres humanos. A primeira é a do jusnaturalismo, para os quais os direitos humanos são direitos naturais do indivíduo que são originários e inalienáveis. O juspositivismo é a segunda concepção, segundo o qual os direitos humanos na verdade só existem na medida em que são positivados, que é um ato de criação do direito, e portanto, constitutivo, e não declaratório como se concebe no jusnaturalismo. A terceira concepção é a do jusrealismo, para o qual não basta apenas declarar que os direitos humanos são inatos e inalienáveis ou que a positivação desses direitos humanos é suficiente, muito pelo contrário. Para os realistas, as condições sociais, econômicas e culturais determinam o real sentido dos direitos e das liberdades, assim, a preocupação desta concepção é identificar a forma pela qual os direitos humanos serão cumpridos.

Essa concepção contemporânea dos direitos fundamentais da pessoa humana pressupõe: a liberdade dos direitos civis e políticos, como direitos de primeira dimensão; os direitos sociais, econômicos, culturais como direitos de segunda dimensão; a solidariedade como direito de terceira dimensão; direito à democracia, à informação e ao pluralismo são os direitos de quarta dimensão; e, ainda, há os direitos de quinta dimensão referentes aos direitos de comunicação eletrônica em massa.

Todas estas dimensões de direitos são indissociáveis e têm como características elementares a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência, a imprescritibilidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade,

a transnacionalidade, a inviolabilidade e a complementaridade que esses direitos assumem no âmbito das democracias sociais e do constitucionalismo contemporâneo.

A inclusão dos direitos sociais, mais especificamente dos direitos trabalhistas, no elenco dos direitos humanos fundamentais depende da concessão de cada ordenamento constitucional, isso porque em nível internacional diversas são as declarações, pactos e convenções que vêm ampliando o rol dos direitos e garantias fundamentais numa perspectiva dos direitos dos trabalhadores.

Os direitos sociais trabalhistas são classificados como individuais ou coletivos. A evolução desses direitos e dessas classificações decorreu da superação dos direitos civis e políticos, nos Estados Liberais. Isso foi possível em virtude das diversas revoluções que eclodiram no século XVIII principalmente. No entanto, foi com a Revolução Industrial que a relação de trabalho passou por um profundo processo de mutação, proporcionando o surgimento de uma nova relação entre o proletariado e o capitalista, cujas bases teóricas são o liberalismo estatal, o individualismo e a liberdade e da igualdade inatas do homem.

Diante desse contexto, os únicos direitos humanos dos proletariados eram a liberdade de exercer uma profissão e a igualdade formal de contratação. Entretanto, entre os sujeitos dessa relação de trabalho existia uma profunda desigualdade econômica o que proporcionou e incentivou a criação de associações de trabalhadores para, coletivamente, buscarem melhores condições de vida e de trabalho.

Este movimento coletivo impulsionou o surgimento do Direito Coletivo de Trabalho, isto é, por meio das associações de trabalhadores, ou seja, dos sindicatos, os conflitos trabalhistas passaram a ser solucionados pelos sujeitos coletivos, e não mais pelo sujeito individual (trabalhador assalariado) e sujeito coletivo (empregador).

E a solução de conflitos coletivos se deu pelo reconhecimento da negociação coletiva, que se efetivou na mesma proporção da liberdade de associação

sindical. E este processo de mútuo reconhecimento foi possível devido às transformações ocorridas na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, no qual o Estado se propôs na defesa das liberdades tradicionais, de marca individual, e na implementação da justiça social.

O processo de internacionalização e constitucionalização do reconhecimento da negociação coletiva se deu com o surgimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, com as Constituição de Weimar, de 1919, e do México, de 1917. E o ápice deste processo ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em que se concretiza, internacionalmente, no âmbito das relações coletivas de trabalho o direito à livre sindicalização dos trabalhadores o que está diretamente relacionado com o direito de negociação coletiva (art. XXIII, 4). Continuando com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, cujo objetivo é a criação de políticas públicas, para a efetivação dos direitos humanos de cunho econômico, social e cultural; e a Declaração de Direitos Fundamentais do Trabalhador da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1998, propugnando como direito fundamental o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva.

A concepção pós-moderna sobre a relação de trabalho é no sentido de ser imprescindível a atuação do sindicato por meio da negociação coletiva para sustentar este paradigma pós-moderno das relações de trabalho, porque se trata de direito humano básico e porque é um importante instrumento de adaptação dos direitos e das relações laborais às necessidades das empresas e dos trabalhadores.

A Constituição Federal de 1988 caracteriza-se pela redemocratização dos institutos do direito coletivo de trabalho, reconhecendo expressamente o processo negocial coletivo autônomo (art. 7º, XVI e art. 8º, inc. VI), no seio da sociedade civil organizada, cuja titularidade pertence aos sindicatos (art.8º, III).

A consolidação, pelo Brasil, de um Estado Democrático de Direito e Social requer a dialeticidade constante entre o trabalhador e o cidadão e vice-versa, ou seja, os sindicatos devem estar no mesmo nível de reconhecimento e

participação no cenário de tomada de decisões para defender os interesses dos membros de sua categoria. E neste mesmo sentido que a Organização Internacional do Trabalho vem atuando, como por exemplo, com a Convenção n. 154, valorizando a ampla negociação coletiva.

Nesse contexto, é de fundamental importância para o desenvolvimento das instituições democráticas que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) atue como vetor preponderante, no ordenamento jurídico brasileiro, exercendo um papel axiológico na orientação, na compreensão e na hermenêutica do sistema constitucional, inclusive em relação aos direitos humanos coletivos, como é a negociação coletiva.

A negociação coletiva do século XXI é um direito humano fundamental, pois ela é fruto de um processo dialético entre a liberdade inata do trabalhador, enquanto ser humano, a liberdade de associação e o respeito à dignidade da pessoa do trabalhador, devendo ser a negociação coletiva um meio pelo qual as relações entre capital e trabalho alcancem o pressuposto básico dos direitos humanos, que é a dignidade da pessoa humana, de forma, a garantir o desenvolvimento social, cultural, político e econômico do trabalhador assalariado.

Depreende-se dessas considerações, que a negociação coletiva pressupõe a autonomia coletiva privada, isto quer dizer que o Estado, pelos menos parcialmente, deve abdicar da normatização de normas jurídicas, deixando para os sindicatos a liberdade de auto-regramento de seus próprios interesses, favorecendo o direito à livre negociação coletiva.

A natureza jurídica da negociação coletiva é aquela que considera seu instrumento de concretização (convenção e acordo coletivo) ao mesmo tempo um contrato e uma norma. Contratual, pela livre manifestação de vontades das partes, e normativo, na medida em que as cláusulas inseridas naquele contrato fazem lei entre as partes, sendo aplicadas, portanto, a toda categoria.

Neste processo dialético entre os sujeitos coletivos de trabalho se verifica que os princípios exercem papel fundamental no desenvolvimento e na

concretização da negociação coletiva, desta forma, a negociação coletiva deve pautar sua atuação nos princípios da boa-fé, da paz social, da igualdade, da razoabilidade, da colaboração, da compulsoriedade negocial, do não retrocesso social, da irrenunciabilidade, dignidade da pessoa humana e da adequação setorial negociada.

Com base nestes princípios a negociação coletiva exerce várias funções a fim de obter melhores condições de trabalho, tais como: jurídica, política, econômica, ambiental, pedagógica, social.

Toda negociação coletiva se encerra com o instrumento de seus resultados, que será a vontade determinada a ser cumprida pelos que a ela estarão submetidos. Desse modo, sua cristalização documental se dá pela convenção ou acordo coletivos, principais instrumentos constitucionais coletivos, e também pela convenção, pacto social, contrato coletivo, regulamento de empresa, de modo a habilitar com segurança a aplicação concreta das normas criadas às relações de trabalho subordinado.

Uma vez identificado os principais aspectos da negociação coletiva, uma diferente abordagem foi desenvolvida, pelo o direito da personalidade foi apresentado na perspectiva de direito humano fundamental, relacionando-o com a negociação coletiva, outro direito humano fundamental.

Os direitos da personalidade são direitos exercitáveis *erga omnes*, cuja titularidade ativa pertence ao indivíduo, biologicamente considerado, que recaem sobre bens interiores, encontráveis somente dentro da pessoa, sendo impenhoráveis, imprescritíveis, intransmissíveis, extrapatrimoniais, vitalícios, necessários e ilimitados.

Este conceito que sustenta a idéia de surgimento dos direitos da personalidade deve-se ao cristianismo, que exalta a dignidade humana, ao jusnaturalismo, que afirmou a noção de direitos naturais ou inatos e aos filósofos do iluminismo, que valorizavam o homem diante do Estado. Nessa medida, os trabalhadores assalariados durante o cumprimento do contrato de emprego

também devem ter seus direitos respeitados pelo empregador, pois o fundamento está no princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da autonomia privada coletiva está diretamente relacionado com a liberdade de negociação coletiva, pois os entes coletivos podem criar por vontade própria as suas regras. A ordem constitucional brasileira contemporânea reconhece esta liberdade quando adota as convenções coletivas e os acordos coletivos como sendo direito constitucional trabalhista, de segunda dimensão (art. 7º, inciso XXVI, CF/88).

Na mesma dimensão constitucional reconhece o ordenamento jurídico brasileiro que os direitos da personalidade, como o direito à integridade física, à intelectual e à moral, da mesma forma que as negociações coletivas, são direitos humanos fundamentais de primeira dimensão.

Neste sentido, esta dissertação analisou e relacionou se a negociação coletiva, como base no princípio da autonomia privada coletiva, pode, validamente e eficazmente, dispor sobre os direitos da personalidade do empregado durante as relações empregatícias. Enfatizando, este questionamento diante do direito à privacidade e à intimidade da empregada gestante, exigindo dela a comunicação ao empregador do seu estado gravídico para ter direito à estabilidade provisória, durante a sua gravidez e após o parto.

Quanto à validade, conclui-se que a negociação coletiva é válida quando ela observa a legitimidade dos sujeitos coletivos para expedir as convenções e acordos coletivos; quando esses mesmos sujeitos têm competência em razão das matérias, quais sejam: criação de normas trabalhistas a fim de proporcionar alterações, positivas ou negativas, nas condições de trabalho; quando as convenções ou acordos coletivo, frutos de processo negocial, não foram revogados expressamente por outras normas, quando é observado o processo negocial e quando as convenções ou acordos coletivo não são incompatíveis com outras normas do sistema. Entretanto, para esta problemática a negociação não pode validamente dispor sobre os direitos da personalidade da empregada gestante, pois as convenções ou acordos

coletivos são incompatíveis com as outras normas do sistema, quais sejam o direito à intimidade e à privacidade do seu estado gravídico.

Quanto à eficácia da negociação coletiva, esta deve seguir os argumentos da matriz jurídico-constitucional: o princípio da dignidade da pessoa humana, que exige prestações positivas a fim de garantir uma existência condigna para os trabalhadores; o princípio do Estado democrático-social de Direito, que impõem um patamar mínimo de segurança jurídica; o princípio da proteção da confiança, que exige do poder público e das relações entre os particulares a boa-fé; e a negociação coletiva deve pautar-se no princípio da proibição do retrocesso social, ou seja, significa admitir que a negociação coletiva está vinculada, obrigatoriamente, aos direitos humanos fundamentais e às normas constitucionais em geral, de maneira que as convenções e acordos coletivos não podem dispor de maneira eficaz dos direitos da personalidade da empregada gestante.

Isso porque, à luz dos princípios que regem a hierarquia das fontes de Direito do Trabalho, as normas coletivas, salvo os casos constitucionalmente previstos, não podem dispor de forma contrária às garantias mínimas de proteção ao trabalhador asseguradas na legislação, e, principalmente, pela própria Constituição Federal, que funcionam como um elemento limitador da autonomia da vontade das partes no âmbito da negociação coletiva. Desta forma, a negociação coletiva encontra limites nos direitos indisponíveis do trabalhador, assegurados na Carta Magna, como é o caso do direito personalíssimo da intimidade e da privacidade que a empregada gestante tem pelo simples fato de estar grávida.

O princípio da autonomia privada coletiva não é irrestrito a sua atuação, na verdade, a utilização deste princípio por meio da negociação coletiva deve, obrigatoriamente, observar e respeitar àqueles direitos humanos que têm ampla proteção constitucional e, também, internacional. Tornando-se inconstitucional qualquer norma coletiva que limite o princípio da dignidade da pessoa do trabalhador assalariado.

Desta forma, a personalidade é um atributo inato do ser humano, a partir da qual todo o desenvolvimento teórico-jurídico tem que fluir, sendo a dignidade da pessoa humana pressuposto básico e fundamentador dos direitos humanos fundamentais, tornando-se princípio legitimador dos chamados direitos da personalidade.

7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. 212p.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 368 p.

ARISTÓTELES. **A política**. Bauru: Edipro, 1995. 311 p.

AROUCA, José Carlos. **Repensando o sindicato**. São Paulo: LTr, 1998. 615 p.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. 1318 p.

BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. 429 p.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 1999. 320 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05.10.88**. São Paulo: Saraiva, 1989. 620 p. v. 2.

BELMONTE, Alexandre Angra. **Instituições civis no direito do trabalho: Curso de Direito Civil aplicado ao Direito do Trabalho**. 3.ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil e aumentada. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2004. Cap. 3, p. 69-102: Sujeito do direito.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002. 559 p.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, 201 p. v.1.

_____. **Os direitos da personalidade**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. 164 p.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução das Línguas Originais por João Ferreira de Almeida. Edição Contemporânea de Almeida. Rio de Janeiro: Alfalit Brasil, 1996.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Campus, 2004. 232 p.

_____. **Teoría general del derecho**. México: Parrúa. 2.ed. 1999. 171 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. Cap. 16, p. 560- 578: A teoria dos direitos fundamentais.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro. 1981. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2006.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Senado. 1981. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2006.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Senado. 1934. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em: 04 jan. 2006.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Senado. 1937. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 05 jan 2006.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Senado. 1946. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 05 jan. 2006.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado. 1967. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 05 jan. 2006.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Decreto n. 57.125, de 19 de julho de 1965. Ratifica a Convenção de Roma, de 1961, sobre proteção aos direitos conexos. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 28 out. 1965 RET 12/1965**. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/legislacao/decretos/index.php?p=48&more=1&c=1&tb=1&pb=1>> . Acesso em: 12 mar. 2006.

BRASIL. Decreto-lei nº5.452, de 1 de maio de 1943. **Consolidação das leis do trabalho**. 4.ed. aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006. 748.p.

BRASIL. Lei. nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil**. 18.ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

BRASIL. Decreto nº 979, de 06 de janeiro de 1903. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 6 jan. 1903. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/decreto/Antigos/D0979.htm>>. Acesso em: 5 jan 2006.

BRASIL .Decreto nº 21.761, de 23 de agosto de 1932. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 23 de Agosto de 1932. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/Menu/Ministerio/Museu/Conteudo/Decreto21761_txt.asp>. Acesso em: 5 jan. 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 1414 p.

CARTA Encíclica Rerum Novarum do Papa Leão XIII sobre a condição dos operários. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 21 jan. 2006..

CAVALLI, Cássio Machado. A compreensão jurídica do dever de razoabilidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**: cadernos de direito constitucional e ciência política, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 50, p. 220-243, Jan/Mar, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3.ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003. 577 p.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 687 p.

DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2005. 1471 p.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. Cap. 5, p. 500-535: Relação jurídica.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Cap. 1, p. 49 – 65: Princípios jurídicos e Constituição: conceitos operacionais.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001. Cap. 4, p.193-199: Dogmática analítica ou a ciência do direito como teoria da norma.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2.ed. revista e aumentada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. 1838 p.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/nav_historia/htm/anos37-45/ev_poladm001.htm>. Acesso em: 04 jan. 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 1048 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: abrangendo o código de 1916 e o novo código civil. 4 ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003. 1524 p. v. 1.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 12.ed. atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Cap. 11, p. 141-164: Personalidades e direitos da personalidade.

GUGEL, Maria Aparecida. **Abordagem de alguns aspectos do sistema legal trabalhista dos Estados Unidos da América do Norte função do National Labor Relations Board**. Disponível em: <<http://www.anpt.org.br/biblio/publ/revmpt/download/Revista-MPT-08.PDF>>. Acesso em: 01 jan. 2006.

HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos direitos humanos**: história dos direitos humanos no Brasil. [20--]. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro1/dhbrasil/br9.html>>. Acesso em: 10 jan. 2006.

HOBBS, Thomas. **Os elementos da lei natural e política**: tratado da lei da natureza humana e tratado do corpo político. Tradução de Fernanda Dias Andrade. São Paulo: Editora Ícone, 2003. 216 p.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3.ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Cap. 3, p. 213-233: Constituição e direitos individuais.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. **Manual de direito do trabalho**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. 822 p. tomo 1. 1698 p. tomo 2.

KANT, Immanuel. **Os pensadores**: textos selecionados. Traduções de Tânia Maria Bernkopf, Paulo Quintela e Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural. 1980, 295 p.

_____. **Doutrina do direito**. 2.ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone. 1993, 224 p.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995. Cap. 9, p. 97-100: A pessoa.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 406 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**: nova jurisdição trabalhista metaindividual e legitimação do Ministério Público do Trabalho. São Paulo: LTr, 2001. 248 p.

_____. **Direito e processo do trabalho**: na perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 314 p.

_____. **Curso de direito processual do trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2005. 954 p.

_____. Justiça, Validade e Eficácia das Normas Jurídicas. In: LOTUFO, Renan (Org). **A validade e a eficácia das normas jurídicas**. Barueri: Manole, 2005. Cap.1, p.1-61: Justiça, validade e eficácia das normas jurídicas.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos humanos de 4ª Geração**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/geracaodh/4_geracao.html>. Acesso em: 21 nov. 2005.

LOCKE, John. **Os pensadores**: carta acerca da tolerância; segundo tratado sobre o governo; ensaio acerca do entendimento humano. Traduções de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. 344 p.

LOGUERCIO, José Eymard. **Pluralidade sindical**: da legalidade à legitimidade no sistema sindical brasileiro. São Paulo: LTr, 2000. 272 p.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Negociação coletiva de contrato individual de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001. 138 p.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittengstein. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. 289 p.

MARTINS, Ives Granda da Silva. Os Direitos da Personalidade. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva (Coord). **Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003. p.54 -69.

MARTINS, Milton. **Sindicalismo e relação trabalhista**. 4.ed. revista e ampliada. São Paulo: LTr, 1995. 376 p.

MARTINS, Sérgio Pinto. **O pluralismo do direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001. 187 p.

_____. **Direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 895 p.

_____. **Comentários às súmulas do TST**. 2ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.142-144.

MAZZONNI, Giuliano. **Relações coletivas de trabalho**. Tradução de Antonio Lamarca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. 305p.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12.ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 865p. v.1.

_____. **Curso de direito internacional público**. 15.ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Cap. 30, p. 943-960: Proteção da pessoa humana. v.2.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15.ed. refundida, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 39, de 19.12.2202. São Paulo: Malheiros, 2003. 936 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 6. ed. revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. 435 p. tomo.1 e 563 p. v.4.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2.ed. atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Rio de Janeiro: Bookseller, 2000. 672 p. v.1 e v.16.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000. 320 p.

MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 549 p.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2000, 366 p.

_____. **Iniciação ao direito do trabalho**. 32.ed. São Paulo: LTr, 2006. Cap. 18, p. 269-281: Contratos coletivos.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Negociações coletivas**. São Paulo: LTr, 1994.160.p.

_____. **Convenção sobre o incentivo à negociação coletiva n. 98**. Disponível em: <<http://www.institutoamp.com.br/oit154.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2006.

_____. **Convenção sobre o incentivo à negociação coletiva n. 154**. Disponível em: <<http://www.institutoamp.com.br/oit154.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2006.

_____. **Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998)**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/info/download/declarac_port.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2006.

_____. **Declaração de Filadélfia 1944.** Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/filadelfia.htm>>. Acesso em: 16 mai. 2006.

_____. **Recomendação n. 91 da Organização Internacional do Trabalho.** Disponível em: < <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp2.htm>> . Acesso em: 25 nov. 2006.

_____. **Recomendação n° 163 da Organização Internacional do Trabalho.** Disponível em: < <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp2.htm>> . Acesso em: 25 nov. 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).** Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 16 jan 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Cap. 9, p. 141-161: personalidade e direitos da personalidade. v.1.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS DE 1966. Disponível em: <www.onuportugal.pt/Pactocp.pdf> Acesso em: 15 mar. 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional.** Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 369 p.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales.** Madrid: Tecnos, 1998. 231 p.

_____. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion.** 8.ed. Madrid: Tecnos, 2003. 639 p.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito sindical e coletivo do trabalho.** São Paulo: LTr, 1998. 421 p.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Max Limonad, 1998. 241 p.

_____. Proteção internacional dos direitos humanos: desafios e perspectivas. **Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC**, Ilhéus, n. 5, v. 5, p. 93-111, Ano V, Anual, 2003.

_____. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: Porto Alegre, n. 2, v. 1, p. 79-101, 2004.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do direito do trabalho.** 3.ed. atua. São Paulo: LTr, 2002. 453 p.

PRONER, Carol. **Os direitos humanos e seus paradoxos**: análise do sistema americano de proteção. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. 247 p.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 749 p.

_____. **Fundamentos do direito**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 323 p.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 161 p.

_____. **Lições preliminares do direito**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 393 p.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 189 p.

ROVIGHI, Sofia Vanni. **História da filosofia moderna**: da revolução científica a Hegel. Tradução de Marcos Bagno e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 1999. 756 p.

_____. **História da filosofia contemporânea**: do século XX a neoescolástica. Tradução de Marcos Bagno e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 1999. Cap.3, p. 77-92:Karl Marx.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 298 p.

_____. **Política & Trabalho**. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Serie E. VARIOS, Núm. 13. LIBRO EN HOMENAJE AL MAESTRO MARIO DE LA CUEVA. Elaboración de PDF: Claudia González. Primera edición: 1981 DR © 1981. Universidad Nacional Autónoma de México DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES. Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F. ISBN 968-58-0239-4. Disponível em <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=683>>. Acesso em: 20 de jan. 2006.

SÁ, Maria Cristina Haddad de. **Negociação coletiva de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2002. 103 p.

SANTOS, Enoque Ribeiros dos. **Direitos humanos na negociação coletiva**: teoria e prática jurisprudencial. São Paulo: LTr, 2004. 168 p.

SANTOS, Fernanda Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Fortaleza: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. 119 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. 453 p.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2.ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002. 157 p.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial. 1996. 377 p.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. Cap. 1, p. 63-87: Normas constitucionais quanto á eficácia.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 20.ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002. 878 p.

SILVA, Raimundo Avelino e. **A cartilha do FMI**. Disponível em: <<http://www.noolhar.com/opovo/opiniaio/416362.html>>. Acesso em: 24 nov. 2005.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; CALIXTO, Marcelo; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro **Os direitos da personalidade – Breve Análise de sua Origem Histórica**. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/direito/pet_jur/cafpatdp.html>. Acesso em: 07 mar. 2006.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. 740 p. v.1. 1573 p. v.2.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renova, 2004. 532 p.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002. 936 p.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovas, 2001. 529 p.

TOSI, Giuseppe. **Direitos humanos, direitos "humanizantes"**. [20--?] Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/artigo1.htm>>. Acesso em: 01 dez. 2005

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas**. 2.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. 214 p.

URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002. 64 p.

_____. **Globalización y relaciones laborales.** Instituto del Mundo del Trabajo. Revista Pistas Nº 3, Febrero 2001. Disponível em: <<http://www.mundodeltrabajo.org.ar/Pistas/p003/ermidafeb01.htm>>. Acesso em: 01 dez. 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003. 636p. v.2. 662 p. v.3.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos.** São Paulo: Malheiros, 1999. 149 p.

WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos Humanos: Novas Dimensões e Novas Fundamentações. **Revista Direito em Debate: Em Busca de Alternativas,** Porto Alegre, Ano X, nº 16/17- Janeiro-Junho de 2002, p. 9-29, 2002.