

**OS OBSTÁCULOS AO
DESENVOLVIMENTO
NA NEGOCIAÇÃO
COLETIVA**

AUTORIA

FELIPE PRATA MENDES



OS OBSTÁCULOS AO DESENVOLVIMENTO NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

2024



LTr Editora Ltda.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP — Brasil
Fone: (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Maio, 2024

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica: Peter Fritz Strotbek – The Best Page
Projeto de Capa: Danilo Rebello
Impressão: Meta Brasil

Versão impressa: LTr 6431.3 — ISBN 978-65-5883-273-7
Versão digital: LTr 9917.4 — ISBN 978-65-5883-274-4

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Mendes, Felipe Prata
Os obstáculos ao desenvolvimento da negociação coletiva [livro eletrônico] /
Felipe Prata Mendes. — São Paulo, SP : LTr Editora, 2024.
PDF

Bibliografia.
ISBN 978-65-5883-274-4

1. Direito do trabalho — Brasil 2. Justiça do trabalho 3. Relações trabalhistas
— Brasil I. Título.

23-178779

CDD-34:331.88(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito coletivo do trabalho
34:331.88(81)

Tábata Alves da Silva – Bibliotecária – CRB-8/9253

A Deus toda honra e toda glória.

À Livia e Elisa, as mulheres da minha vida.

*Para o meu professor, orientador e amigo
Pedro Paulo Teixeira Manus (in memoriam).*

Sumário

Apresentação	9
Introdução	11
Capítulo 1 — A Negociação Coletiva como Direito Humano e Fundamental	15
1.1. Direitos humanos e direitos fundamentais: um necessário esclarecimento terminológico	15
1.2. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.....	19
1.3. Negociação coletiva no plano internacional	26
1.3.1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	26
1.3.2. Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos.....	27
1.3.3. A consagração da negociação coletiva no âmbito da Organização Internacional do Trabalho — OIT.....	29
1.4. Negociação coletiva no plano nacional	36
1.5. A negociação coletiva na perspectiva da promoção dos direitos fundamentais.....	38
Capítulo 2 — A Essencialidade da Negociação Coletiva nas Relações Trabalhistas	41
2.1. A negociação coletiva como uma espécie de negociação	41
2.1.1. Negociação coletiva em sentido estrito.....	46
2.2. Vantagens da negociação coletiva	48
2.2.1. Melhor meio de resolução de conflitos.....	48
2.2.2. Fortalecimento dos sindicatos.....	52
2.2.3. Democratização nas relações trabalhistas.....	56
2.2.4. Adaptabilidade.....	65
2.2.5. Reconhecimento de direitos sem base heterônoma	68
2.2.6. Mecanismo de gerenciamento empresarial	70

Capítulo 3 — Fundamentos da Negociação Coletiva	74
3.1. Liberdade sindical	75
3.2. Autonomia privada coletiva	79
3.2.1. Autonomia privada e autonomia da vontade	80
3.2.2. A autonomia privada coletiva como decorrência do caráter insuficiente da autonomia individual.....	82
3.3. Plurinormativismo no Direito do Trabalho	86
3.3.1. Pluralismo de fontes e pluralismo jurídico.....	87
3.3.2. Natureza jurídica dos produtos da negociação coletiva em sentido estrito	91
3.4. A autonomia privada coletiva é poder originário ou derivado?	93
Capítulo 4 — A Reforma Trabalhista e a Integração da Negociação Coletiva no Ordenamento Brasileiro	103
4.1. A reforma trabalhista e as questões sensíveis à escolha do legislador.	104
4.2. A flexibilização como um fenômeno anterior à reforma trabalhista...	107
4.3. A (in)constitucionalidade e a (in) convencionalidade da prevalência do negociado sobre o legislado.....	113
4.4. Reforma trabalhista e responsabilidade dos sindicatos	127
Capítulo 5 — Os Obstáculos ao Desenvolvimento da Negociação Coletiva no Brasil	131
5.1. Ausência de liberdade sindical.....	131
5.2. Intervenção do Judiciário	144
5.3. Falta de oxigenação no conteúdo das negociações	158
5.4. Os desafios da contemporaneidade.....	166
Conclusão	174
Referências	181

Apresentação

Se há algo que a quarta revolução industrial, a Revolução Tecnológica, fez foi mostrar de forma ainda mais clara a profunda crise que vivem as entidades sindicais no mundo todo.

A terceira revolução já havia evidenciado que havia um grave problema, especialmente por conta da perda pelos sindicatos do “chão de fábrica”, mas, ainda assim as organizações sindicais resistiram. Agora, todavia, diante de um trabalhador cada vez menos vinculado a um espaço determinado, a um grupo específico, a uma situação que possa ser vista como aplicável a outros, essa crise atingiu um patamar jamais visto.

O Brasil não passou incólume a essa situação. Pelo contrário, aqui a situação é ainda mais difícil, pois, ao contrário da maioria das democracias, ainda vivemos presos a um modelo corporativista, fechado, monopolista, ultrapassado de organização sindical, e que não respeita o ideal da liberdade sindical.

Com sindicatos em crise, sua principal atividade, que é a busca de condições de trabalho adequadas aos sujeitos das relações de emprego, especialmente aos trabalhadores, e pela via da autocomposição, também sofre, sendo patente a perda de qualidade dos contratos coletivos de trabalho — convenções e acordos coletivos de trabalho — no país.

E isso, longe de ser somente parte de um problema, evidenciado com a crise sindical, finda por gerar outro. As negociações coletivas são a forma por excelência de solucionar conflitos coletivos de trabalho e de criar condições que possam efetivamente regular as múltiplas relações de trabalho que existem, e que guardam profundas diferenças, a depender dos setores econômicos e dos locais de um país grande e cheio de contradições como o Brasil.

Sem a negociação coletiva sobra uma legislação protetiva do trabalho humano que, a par de ser minuciosa, não é suficiente para dar conta das diferenças acima acentuadas. Isso é tarefa dos contratos coletivos de trabalho e, para que eles existam, é imperioso que exista uma negociação coletiva digna deste nome.

É nesse cenário que o autor constrói sua obra. Sua proposta é ousada: discutir os obstáculos ao desenvolvimento da negociação coletiva, e isso é feito de forma competente, em cinco capítulos. No primeiro o autor analisa a negociação

coletiva como direito humano e fundamental. Um capítulo propedêutico, necessário à compreensão da importância do instituto. Em seguida, no capítulo dois, trata de questão importante; a essencialidade da negociação coletiva nas relações trabalhistas, para, adiante, no capítulo três, tratar dos fundamentos da negociação coletiva. Caminhando para o necessário desfecho a que ele próprio se obrigou, o autor apresenta, no capítulo quatro, uma exposição a respeito da reforma trabalhista e da integração da negociação coletiva no ordenamento brasileiro.

Traçado todo o cenário necessário em termos conceituais e normativos, chega o autor, no capítulo cinco, ao seu objeto central: os obstáculos da negociação coletiva, e ele os discute em quatro itens: ausência de liberdade sindical, intervenção do Judiciário, falta de oxigenação no conteúdo das negociações, e os desafios da contemporaneidade.

Difícil encontrar cenário mais rico, que vem permitir uma conclusão segura, e que pode servir de base para os atores do mundo do trabalho repensarem sua conduta, tentando encontrar soluções que permitam uma revalorização da negociação coletiva, meio de solução a ser prestigiado como o principal, em caso de conflitos coletivos de trabalho.

A respeito do autor, Felipe Prata Mendes é, seguramente, um grande conhecedor do Direito Sindical e das relações coletivas de trabalho.

Professor da matéria e advogado especializado na temática que envolve o mundo do trabalho, pesquisou, no mestrado e no doutorado, dentro desse subsistema jurídico, como aliás prova este livro, que representa a transposição de sua pesquisa de doutoramento para um texto que permitirá, pela sua qualidade enquanto obra, mas também pela Editora escolhida, a LTr, uma difusão na proporção que a obra merece.

Acompanho há anos seus passos. Fui seu professor no Curso de Mestrado do CESUPA; fui seu examinador nas defesas de mestrado e de doutorado, neste último caso, na PUC/SP; e sou seu amigo/colega de magistério e nas pesquisas que desenvolvemos no Grupo de Pesquisa em Trabalho Decente, do PPGD CESUPA. Sei, então, que é o autor certo para discutir um tema tão relevante para as relações coletivas de trabalho.

Por tudo isso, além de registrar minha satisfação pelo convite para apresentar o livro, recomendo fortemente a sua leitura.

Belém – PA, maio de 2024

José Claudio Monteiro de Brito Filho

Doutor em Direito pela PUC-SP;

Pesquisa de Pós-Doutorado no UniCEUB;

Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e

Editor-Chefe da Revista Jurídica do CESUPA;

Titular da Cadeira n. 26 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

Introdução

Ao longo da história do Direito do Trabalho, a negociação coletiva foi reconhecida no plano internacional, tanto na perspectiva da Organização Internacional do Trabalho (OIT), quanto no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU).

No plano nacional, esse reconhecimento encontra o ápice na Constituição Federal de 1988, que consagra a força dos acordos e convenções coletivas (resultantes do processo de negociação) e impõe a participação obrigatória dos sindicatos nas negociações coletivas.

Embora a consagração da negociação coletiva nos planos nacional e internacional seja uma conquista, existe um caminho longo a percorrer para que ela seja um instrumento efetivo de aprimoramento das condições de trabalho, sendo o reconhecimento normativo apenas o primeiro passo para que a negociação coletiva cumpra, na prática, os seus objetivos.

Prova concreta dessa afirmação reside na Lei n. 13.467/2017, denominada de Reforma Trabalhista, que promoveu alterações significativas no Direito Individual e no Direito Coletivo do Trabalho. No âmbito coletivo, havia uma promessa de desenvolvimento da negociação coletiva, traduzida pela chamada “prevalência do negociado sobre o legislado”.

É necessário investigar se uma alteração legislativa, isoladamente, é capaz de promover uma efetiva modificação na dinâmica das negociações coletivas. O pressuposto da reforma é a existência de sindicatos realmente representativos, que negociem condições de trabalho aplicáveis aos seus representados com firmeza e independência, de modo que é imprescindível perquirir se este é o cenário predominante no Brasil, atualmente.

Os desafios enfrentados pelo sindicalismo se multiplicam quando observados a partir dos fatos sociais contemporâneos. A dinâmica dos fatos sociais e a velocidade dos avanços tecnológicos, na hodierna era digital, exigem, dos sindicatos, o desenvolvimento de competências e habilidades antes desconhecidas. Nesse sentido, multiplicaram-se os fatores de atenção no que concerne às negociações coletivas, diante da exigência de adaptações que permitam um enfrentamento dos desafios da contemporaneidade.

A partir dessa apresentação contextual, surge o seguinte problema de pesquisa: quais são os obstáculos que impedem o efetivo desenvolvimento da negociação coletiva no Brasil?

O objetivo central do presente trabalho é analisar os fatores que obstaculizam o pleno desenvolvimento da negociação coletiva no país, bem como apontar caminhos de solução para o enfrentamento de cada um deles. Apontar os obstáculos, por si só, não é suficiente, uma vez que se faz necessária a apresentação de propostas para que os entraves sejam superados.

Os objetivos específicos são os seguintes: investigar se a negociação coletiva pode ser reconhecida como direito humano e fundamental; analisar a importância da negociação coletiva nas relações trabalhistas; identificar os fundamentos da negociação coletiva; analisar o fenômeno da flexibilização à luz da Lei n. 13.467/2017; investigar a inconstitucionalidade e a inconveniência das modificações implementadas pela Reforma Trabalhista no que toca à negociação coletiva; verificar o papel dos sindicatos diante das complexas exigências da contemporaneidade.

A hipótese de trabalho é a de que, por mais que as disposições normativas sejam importantes para o estímulo da negociação coletiva, existem outros elementos a serem enfrentados, que dificultam o desenvolvimento do instituto, com destaque para os problemas relacionados à organização sindical.

Para destrinchar os aspectos que envolvem o problema proposto, a estrutura do trabalho contempla, no primeiro capítulo, a análise da consagração da negociação coletiva nos âmbitos internacional e nacional, que fizeram com que fosse alçada à condição de direito humano e fundamental.

No segundo capítulo, analisa-se a essencialidade da negociação coletiva, a partir da apresentação dos benefícios por ela proporcionados nas relações laborais. No capítulo seguinte, são explorados os fundamentos da negociação, quais sejam: a autonomia privada coletiva e a liberdade sindical, investigação que se mostra essencial para a visualização da relação existente entre o processo negocial coletivo e a forma como os sindicatos estão organizados no Brasil.

Apresentados os aspectos instrumentais para a compreensão do ponto central da discussão, realiza-se, no quarto capítulo, a análise das inovações promovidas pela Reforma Trabalhista no que tange à negociação coletiva, com destaque para a perquirição de sua constitucionalidade e convencionalidade. Utiliza-se, neste capítulo, Dworkin⁽¹⁾ como referencial teórico, mais precisamente na distinção entre as questões sensíveis e insensíveis à escolha do

(1) DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007; DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Legislativo, o que subsidia a análise acerca da separação entre as críticas ao legislador reformista e a sustentação de que as normas modificadas devem ser afastadas do ordenamento jurídico.

No último capítulo, enfrentam-se os entraves ao desenvolvimento da negociação coletiva no país, ao mesmo tempo em que se apontam caminhos para o seu desenvolvimento.

Metodologicamente, trata-se de uma análise teórico-normativa, que se pauta não apenas em livros acerca do tema proposto, mas também em artigos científicos publicados em periódicos reconhecidos, nacionais e internacionais, inclusive alguns oriundos de pesquisas desenvolvidas pelo autor do presente trabalho no período do doutorado.

Um tema como o da negociação coletiva não pode ser explorado sem que se enfrente o Direito vivido nas relações cotidianas. Eis a razão pela qual realiza-se, ainda, uma análise de julgados do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região a respeito do tema, uma vez que o Poder Judiciário é um importante ator no incentivo ou desincentivo à negociação no país.

Seguindo a mesma linha, de levar a discussão acerca da negociação coletiva para as relações cotidianas, faz-se uma análise de convenções coletivas registradas no Sistema Mediador, do Ministério do Trabalho e Emprego, que permitem uma investigação mais profunda sobre o conteúdo das fontes do Direito do Trabalho oriundas do processo de negociação.

Uma análise adequada do tema proposto não pode se limitar a aspectos dogmático-jurídicos, haja vista que os fundamentos devem ser analisados também sob uma perspectiva política e econômica. O estudo da ciência do Direito não pode ter como base apenas seu contexto, devendo se voltar para a necessidade de buscar substrato em outros ramos do conhecimento. É preciso verificar os fatos e a valoração dada a eles pela sociedade, pois assim é possível entender a gênese da norma. Evidencia-se, assim, a obrigatoriedade de uma análise interdisciplinar, não só para entender as origens do problema, mas também para buscar as soluções adequadas.

O estudo justifica-se pelo fato de que as relações coletivas vêm ganhando um destaque cada vez maior no Direito do Trabalho. As pautas vinculadas às possibilidades e limites da negociação coletiva têm sido frequentemente observadas nos casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal, inclusive com repercussão geral reconhecida.

Do ponto de vista normativo, a reforma trabalhista apresentou, como um dos seus principais objetivos, a consagração da prevalência das negociações coletivas sobre as leis. Não há, porém, como tratar do tema, sem que se

promova uma reflexão sobre o papel dos sindicatos. Com efeito, o pressuposto da Reforma é a existência de sindicatos realmente representativos das categorias profissionais, que negociem, com firmeza e independência, o que, sem qualquer dúvida, precisa ser garantido, de modo que discutir os caminhos para o desenvolvimento da negociação coletiva significa, ao mesmo tempo, vislumbrar saídas para a evolução do sindicalismo no país.

Entretanto, os atos das autoridades públicas não são capazes de acompanhar a dinâmica das relações trabalhistas, que estão em constante modificação. Já por isso, é notória a relevância do estudo da negociação coletiva, que possui notável adaptabilidade e potencial para fazer frente aos complexos desafios que se impõem, especialmente pelas inovações tecnológicas no cotidiano laboral.

A Negociação Coletiva como Direito Humano e Fundamental

As discussões referentes à liberdade sindical e à negociação coletiva (que se inserem no âmbito das dimensões da liberdade sindical, como será analisado adiante), em geral, são desenvolvidas fora do arcabouço dos direitos humanos e fundamentais.

Martinez⁽²⁾ salienta que, apesar de sua importância teórica e prática, “a liberdade sindical não tem merecido a devida atenção dos constitucionalistas brasileiros”. Em alguns casos, é ignorada nos estudos sobre direitos fundamentais. Em outros, recebe um tratamento raso e superficial, como se pudesse ser resumida a uma vertente da liberdade de associação.

A colocação de um tema tão importante em um plano secundário não se justifica, uma vez que o constituinte brasileiro atribui *status* constitucional à liberdade sindical⁽³⁾, no caput do art. 8º da Constituição⁽⁴⁾, posicionado no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais.

1.1. Direitos humanos e direitos fundamentais: um necessário esclarecimento terminológico

Não é incomum a utilização das expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimas. Sarlet⁽⁵⁾ assevera que, não raro, as denominações são adotadas de forma indistinta. Há, ainda, autores que adotam a expressão “direitos humanos fundamentais”⁽⁶⁾.

(2) MARTINEZ, Luciano. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, n. 64, jan./fev. 2015, p. 46.

(3) A projeção da liberdade sindical em sede constitucional não significa que a Constituição de 1988 tenha adotado um modelo de organização compatível com tal direito fundamental. A crítica ao modelo de organização será desenvolvida no presente trabalho.

(4) Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte.

(5) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 29.

(6) A título de exemplo, menciona-se o autor Enoque Ribeiro dos Santos, que insere a denominação “direitos humanos fundamentais”. (SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2004. p. 42).

As denominações, entretanto, possuem significados diversos, de modo que a diferenciação é essencial para o entendimento de que não há uma coincidência automática entre direitos humanos e direitos fundamentais. A relevância da distinção não se justifica apenas sob o ponto de vista teórico, mas sobretudo pela relevância prática da matéria⁽⁷⁾.

Na definição de Marmelstein⁽⁸⁾:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

O autor destaca que, para além do conteúdo ético dos direitos fundamentais⁽⁹⁾, existe um inegável aspecto jurídico. Isso porque não é qualquer direito que recebe o *status* de fundamental, e sim aqueles que o poder constituinte elegeu como merecedores de uma proteção normativa diferenciada. Do ponto de vista jurídico-normativo, são direitos fundamentais aqueles valores que foram agregados pelo ordenamento constitucional de um determinado país⁽¹⁰⁾.

Na mesma linha de raciocínio, Scaff⁽¹¹⁾ entende por direitos fundamentais aqueles “que foram positivados em determinado ordenamento jurídico, o que pode variar consoante o tempo e o lugar em que foram inseridos no sistema de direito positivo de cada país”.

(7) Marmelstein destaca que a caracterização de um determinado direito como fundamental possui grande importância prática, pois tais direitos possuem algumas características que propiciam a sua proteção e efetivação judicial, com destaque para a aplicação imediata (art. 5º, § 1º da CF/88); o fato de serem cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inc. IV/CF); e a hierarquia constitucional, uma vez que qualquer das leis que contrariarem seu conteúdo podem ter a aplicação afastada. (MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 16).

(8) *Ibidem*, p. 18.

(9) Marmelstein relaciona o conteúdo ético dos direitos fundamentais ao fato de que estes representam os valores básicos para o alcance de uma vida digna em sociedade, estando intimamente vinculados à ideia de dignidade da pessoa humana. (*Ibidem*, p. 16).

(10) A partir da concepção apresentada, Marmelstein afirma que não há direitos fundamentais decorrentes de lei infraconstitucional, que poderá disciplinar o exercício do direito fundamental garantido pelo texto constitucional. (*Ibidem*, p. 18).

(11) SCAFF, Fernando Facury. Notas sobre Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos Sociais. In: GOES, Gisele Fernandes; MARANHÃO, Ney; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Coords.). *Direitos humanos e relações trabalhistas: estudos em homenagem à professora Rosita de Nazaré Sidrim Nassar*. São Paulo: LTr, 2021. p. 51.

Sarlet⁽¹²⁾ aponta como o caminho correto para a distinção o enquadramento dos direitos fundamentais como os direitos do ser humano reconhecidos e positivados no direito constitucional positivo de uma nação, enquanto a ideia de direitos humanos se relaciona com os documentos de direito internacional, que reconhecem determinados direitos ao indivíduo, independentemente de sua vinculação com uma ordem constitucional específica. Percebe-se, nesse ponto, uma nítida aspiração de validade universal dos direitos humanos.

O conteúdo jurídico dos direitos fundamentais, nesse sentido, assume um caráter específico, pois sua caracterização depende do reconhecimento constitucional por uma determinada nação. Aí reside o ponto importante de distinção em relação aos direitos humanos.

Marmelstein⁽¹³⁾ destaca a frequente confusão conceitual entre direitos fundamentais e direitos humanos⁽¹⁴⁾, já mencionada em outra passagem. O autor concebe estes como os valores positivados na esfera internacional. Não é tecnicamente correto, por exemplo, falar em tratado internacional de direitos fundamentais, tampouco em direitos humanos positivados na Constituição⁽¹⁵⁾.

Os direitos fundamentais, nas palavras de Sarlet⁽¹⁶⁾, são aqueles assegurados às pessoas, individual e/ou coletivamente, considerados por uma ordem jurídica constitucional. Tendo em vista a grande quantidade de direitos fundamentais expressa e implicitamente positivados, não há uma coincidência automática com o rol de direitos humanos. Nesse sentido, nem todos os direitos

(12) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 29.

(13) MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 25.

(14) Sobre a frequente utilização das expressões como sinônimas, ver também SCAFF, Fernando Facury. Notas sobre Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos Sociais. In: GOES, Gisele Fernandes; MARANHÃO, Ney; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Coords.). *Direitos humanos e relações trabalhistas: estudos em homenagem à professora Rosita de Nazaré Sidrim Nassar*. São Paulo: LTr, 2021. p. 51.

(15) O texto constitucional observa a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais com precisão técnica, a exemplo do art. 5º, § 3º, que utiliza a expressão “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos”. Quando, por outro lado, o texto constitucional trata dos direitos por ele reconhecidos, adota a expressão “direitos fundamentais”.

(16) A condição de direito fundamental decorre de uma escolha do constituinte, pelo menos em relação àqueles expressamente dispostos no texto constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

fundamentais são direitos humanos⁽¹⁷⁾, mas todos os direitos humanos, pelo menos em tese, devem ser dignos de proteção pelos Estados.

Santos⁽¹⁸⁾, ao dissertar sobre os direitos fundamentais, utiliza a expressão “direitos humanos fundamentais”, a qual entendemos incorreta, pois nem todos os direitos fundamentais são direitos humanos. A indistinção terminológica fica latente, em outra passagem, quando o autor⁽¹⁹⁾ afirma que a Constituição Federal realça os direitos humanos quando, em verdade, o mais consentâneo com a distinção terminológica apresentada no presente trabalho seria utilizar a expressão “direitos fundamentais”.

Mais adiante, quando for abordada a colocação da negociação coletiva no âmbito internacional, estar-se-á tratando de seu reconhecimento como um direito humano. No plano da Constituição brasileira de 1988, consagra-se o seu reconhecimento enquanto direito fundamental.

É importante a ressalva feita por Marmelstein⁽²⁰⁾, no sentido de que os direitos humanos não podem ser confundidos com os direitos do homem, que são “valores ético-políticos ainda não positivados”. O conteúdo dos direitos do homem se aproxima do direito natural, que, além de serem anteriores, servem como fundamento para os direitos humanos e para os direitos fundamentais⁽²¹⁾.

Santos⁽²²⁾, ao tratar da universalidade dos direitos humanos, coloca este conceito no mesmo plano do direito natural, pois sustenta que os direitos humanos são aqueles que o homem possui pelo simples fato de ser

(17) Quando Sarlet afirma que, de certa forma, os direitos fundamentais são direitos humanos, não está tratando os conceitos como sinônimos e sim afirmando que os direitos fundamentais são direitos humanos quando analisados sob o prisma de que o titular sempre será um ser humano, ainda que representado por entes coletivos. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 29).

(18) SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2004. p. 42.

(19) *Ibidem*, p. 60.

(20) MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 24.

(21) Scaff promove uma aproximação entre direitos humanos e direito natural, afirmando que os direitos humanos são aqueles válidos para todos os homens e em todos os tempos, independentemente da positivação na esfera internacional. (SCAFF, Fernando Facury. Notas sobre Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos Sociais. In: GOES, Gisele Fernandes; MARANHÃO, Ney; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Coords.). *Direitos humanos e relações trabalhistas: estudos em homenagem à professora Rosita de Nazaré Sidrim Nassar*. São Paulo: LTr, 2021. p. 51).

(22) SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2004. p. 33.

homem⁽²³⁾. O mesmo caminho é adotado por Guerra Filho⁽²⁴⁾, que realça os direitos humanos enquanto pautas ético-políticas, colocadas em uma dimensão suprapositiva, diferentemente dos direitos fundamentais, que são autênticas manifestações positivas.

Entende-se como mais pertinente a posição de Sarlet⁽²⁵⁾, que sustenta que a consideração de que as expressões “direitos humanos” e “direitos naturais” podem ser equiparadas não parece adequada, pois, a partir do momento em que há a positivação em normas internacionais, ocorre o desprendimento dos direitos humanos da noção de direito natural.

Isso posto, para sintetizar a distinção terminológica, demarca-se que os direitos fundamentais são os direitos do homem ou os direitos humanos incorporados ao sistema constitucional de determinado país; os direitos humanos são positivados em documentos internacionais; os direitos naturais são direitos não (ou ainda não) positivados. De todo modo, é preciso reconhecer a forte relação entre essas classes de direitos, que possuem uma enorme importância jurídica, política e social.

1.2. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e dos direitos humanos

Em um primeiro momento, é necessário distinguir as noções de vigência e eficácia, que se situam em posições diferenciadas. Para Sarlet⁽²⁶⁾, vigência é a qualidade da norma que promove a sua existência jurídica, sendo dotada, a partir daí, de um caráter obrigatório. É, desta maneira, pressuposto para a eficácia, que consiste na geração de efeitos jurídicos, vislumbrada a partir da aplicação da norma aos casos concretos⁽²⁷⁾.

(23) Santos defende que os direitos humanos pertencem à natureza intrínseca da pessoa humana, que não estão suscetíveis às modificações circunstanciais. São “eternos, inalienáveis, imprescritíveis que se agregam à natureza da pessoa humana, pelo simples fato de ela existir no mundo do direito”. (SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2004. p. 38).

(24) GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 12.

(25) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 29.

(26) *Ibidem*, p. 244.

(27) Sarlet distingue a eficácia jurídica e a social. Eficácia jurídica corresponde ao potencial da norma para que seja aplicada às situações concretas. A eficácia social está relacionada à efetividade da norma, ou seja, investiga se aquela norma, de fato, produzirá efeitos na sociedade. A aptidão para a produção de efeitos é diferente da produção de efeitos concretos. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 245-246).

A eficácia, portanto, é a aptidão para a produção de efeitos de uma norma juridicamente existente aos casos concretos. Nesse particular, considerando que a negociação coletiva, frequentemente, insere-se no âmbito das relações privadas, é preciso perquirir se os direitos fundamentais possuem eficácia nessas conexões entre particulares⁽²⁸⁾.

A aceitação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pressupõe, nos ensinamentos de Bilbao Ubillos⁽²⁹⁾, a negação da concepção tradicional desses direitos como oponíveis unicamente ao Estado.

Em um primeiro momento, no contexto da concepção do indivíduo como um ser isolado do campo político e social, Estado e sociedade eram tratados como universos separados, cada um regido por diretrizes próprias. Não por outro motivo, os direitos fundamentais eram invocados tão somente pelos cidadãos contra o Estado⁽³⁰⁾.

Antes de justificar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, é necessário distanciar esse nocivo afastamento entre a “política” e as relações privadas.

Quando se fala em caráter político da democracia, não há uma referência ao sentido restrito das questões situadas no âmbito dos partidos e do Estado. Laclau e Mouffe⁽³¹⁾ afirmam que “a política é uma prática de criação, reprodução e transformação das relações sociais”, não podendo ser situada em um nível determinado do social. O problema político é um problema de definição das relações sociais, em um ambiente marcado por antagonismos.

O político, portanto, não se manifesta apenas na figura do Estado. Ele está presente em todo lugar em que se constrói uma ordem de coisas, um conjunto de práticas.

A política já não pode ser pensada somente dentro dos espaços tradicionais, não podendo a sociedade desaparecer como referencial válido de análise. O social é politicamente construído. Nesse sentido, o político adquire

(28) Sarlet é enfático ao afirmar que a discussão sobre a vinculação dos poderes públicos e dos particulares aos direitos fundamentais é uma problemática intimamente relacionada à questão da eficácia. (*Ibidem*, p. 384).

(29) BILBAO UBILLOS, Juan María ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301.

(30) VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 274.

(31) LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista: por uma política democrática radical*. São Paulo: Intermeios, 2015. p. 236.

centralidade, pois indica a instituição de uma nova lógica social. Segundo Lopes, Mendonça e Burity⁽³²⁾:

O político aqui não possui um caráter regional apartado, por exemplo, das dimensões social e econômica. Antes, o político assume uma dimensão ontológica geral, a da instituição de toda e qualquer ordem, seja econômica, social, ou cultural, seja a ordem em escala micro, como orientação (pre) dominante na dinâmica interna e relacional das organizações sociais (quer sejam empresas, escolas, igrejas, ONGs etc.). Neste sentido, toda ordem, todo regime, é resultado de decisões *políticas*, tomadas num terreno indecível, o que significa que outras decisões poderiam ter tido lugar, mas a contingência histórica configurou-se de uma determinada forma, com a exclusão de outras possibilidades.

O cerne do pensamento de Mouffe⁽³³⁾ reside na distinção entre a “política” e o “político”. A política refere-se ao nível “ôntico”, enquanto o “político” está relacionado ao nível “ontológico”. O ôntico representa as variadas práticas políticas, e o ontológico se relaciona com a maneira como a sociedade é construída.

A política tem como referencial o campo empírico, os fatos da atuação política, que remonta ao conjunto de práticas e de instituições por intermédio das quais uma ordem é criada, organizando as relações humanas em um contexto conflituoso⁽³⁴⁾.

Esse contexto conflituoso é produzido pelo que a autora chama de “político”, que representa a própria formação da sociedade. Está relacionado a um espaço de poder, conflito e antagonismo. Afirmo Mouffe⁽³⁵⁾:

Mais precisamente, é assim que diferencio “o político” da política: entendo por “o político” a dimensão de antagonismo que considero constitutiva das sociedades humanas, enquanto entendo por “política” o conjunto de práticas e instituições por meio das quais uma ordem é criada, organizando a coexistência humana no contexto conflituoso produzido pelo político.

(32) LOPES, Alice Casimiro; MENDONÇA, Daniel de; BURITY, Joanildo A. A contribuição de hegemonia e estratégia socialista para as ciências humanas e sociais. In: LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista: por uma política democrática radical*. São Paulo: Intermeios, 2015. p. 21-22.

(33) MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

(34) *Ibidem*, p. 8.

(35) *Idem*.

É necessária a existência de uma preocupação com as práticas da política democrática. Mas essa preocupação engloba, indispensavelmente, a análise do político, que representa a faceta real da democracia, marcada pela existência de espaços de poder. São graves as consequências para a política democrática se negarmos essa acepção do “político”.

Deve ser afirmado o caráter público de relações e instituições consideradas privadas. A questão salarial, por exemplo, muito cara ao Direito do Trabalho, não representa somente uma relação entre um empregador e um empregado, ligados por um contrato de trabalho. É uma questão pública, que depende de uma sólida ação coletiva.

Rancière⁽³⁶⁾ sustenta que a dominação se exerce na lógica da distribuição de esferas, por intermédio da separação entre a coisa pública e os interesses privados. Distingue-se o público, que é de titularidade de todos, do privado, em que reina a “liberdade” de cada um. Mas essa “liberdade”, em verdade, é o sustentáculo para a hegemonia dos detentores do poder.

A esfera pública apartada dos interesses privados é pobre, limitada, deixando as instituições relegadas aos jogos de poder, protagonizados por aqueles que as comandam. A democracia, que deve afirmar essa “impureza” da política, tem o papel de ampliar a dignidade do cidadão público para outros espaços da vida. O trabalhador é também um sujeito político, não podendo viver isolado, sob o argumento de que pertence à esfera privada. Os variados espaços onde o poder se manifesta não podem ser despolitizados. Do mesmo modo, os direitos fundamentais são aplicáveis às relações entre particulares.

Fachin e Ruzyk⁽³⁷⁾ observam que, embora o estudo dos direitos fundamentais tenha se originado na garantia das liberdades individuais diante do Estado (eficácia vertical), ao longo da história, esse espectro se alargou, de modo que passou a ser cada vez mais comum a investigação de sua aplicação às relações entre sujeitos privados.

Diferentemente de outras Constituições, como a portuguesa⁽³⁸⁾, o texto constitucional brasileiro não prevê, expressamente, a vinculação das entidades

(36) RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 74.

(37) FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 90.

(38) Art. 18. 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 21 set. 2021.

privadas aos direitos fundamentais, limitando-se a anunciar a sua aplicabilidade imediata⁽³⁹⁾. Entretanto, a ausência de disposição expressa, de nenhum modo, pode significar que os direitos fundamentais não se aplicam às relações privadas, de acordo com Sarlet⁽⁴⁰⁾.

Sarlet⁽⁴¹⁾ é peremptório ao introduzir a noção de que os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante na esfera privada, ou seja, no âmbito da vinculação entre sujeitos privados, posição esta que recebe o nome de eficácia privada ou horizontal dos direitos fundamentais.

Sarmiento e Gomes⁽⁴²⁾ apontam a ubiquidade como uma das principais características dos direitos fundamentais, uma vez que são invocados em diversos cenários e contextos. Qualquer concepção que restrinja tais direitos às relações nas quais o Estado se faz presente não condiz com a complexidade do fenômeno dos direitos fundamentais⁽⁴³⁾.

A sua aplicação às vinculações entre particulares⁽⁴⁴⁾, nesse sentido, torna-se imperiosa. Em sua concepção objetiva⁽⁴⁵⁾, os direitos fundamentais, consoante Gomes⁽⁴⁶⁾, “irradiam para o ordenamento jurídico um conteúdo valorativo vinculante para as entidades privadas”.

(39) Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

(40) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 284.

(41) *Ibidem*, p. 393.

(42) SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *Rev. TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out./dez. 2011, p. 60.

(43) Sarmiento e Gomes remontam à teoria liberal clássica, que limitava o alcance dos direitos fundamentais ao espaço público, aplicando-se somente nas situações nas quais o Estado aparece em um dos polos. Nos Estados Unidos da América, ainda prevalece a visão no sentido de que, em regra, os direitos fundamentais não alcançam as relações privadas. Tal concepção é denominada de teoria da *state action*. (SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *Rev. TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out./dez. 2011, p. 60-63).

(44) Gediel afirma que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não é uma opção e sim uma exigência do projeto político e da normatividade constitucional assumidos pelo Brasil em 1988. (GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos de personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 157).

(45) Gomes faz uma distinção entre os significados objetivo e subjetivo dos direitos fundamentais. O objetivo representa o potencial dos direitos fundamentais de expressar valores que transcendem à esfera individual e subjetiva, alcançando uma realidade que a norma jurídica não consegue atender. Do ponto de vista subjetivo, comportam diversas posições, possibilitando, aos seus titulares, a oposição perante o destinatário ou obrigado. (GOMES, Miriam Cipriani. *Violação de direitos fundamentais na negociação coletiva de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 81-82).

(46) *Ibidem*, p. 81.

Nas relações trabalhistas, tanto individuais quanto coletivas, a violação a direitos fundamentais é plenamente possível, de modo que tal ramo de estudo jurídico, mesmo que se baseie em uma relação entre sujeitos privados, não pode se esquivar da incidência dos direitos fundamentais.

Martinez⁽⁴⁷⁾, promovendo uma conexão com a liberdade sindical, aponta que tal direito é um exemplo vivo da aplicação das normas de direitos fundamentais entre os sujeitos privados.

Os direitos humanos, na mesma linha do que se verifica em relação aos direitos fundamentais e pelos mesmos fundamentos, inegavelmente produzem eficácia nas relações entre particulares. Courtis⁽⁴⁸⁾ afirma “que a ideia que refuta a invocação dos direitos humanos nos vínculos privados é equivocada”.

Os documentos históricos que consagram os direitos humanos, especialmente a Declaração Universal de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, vinculam não só ao Estado, mas também aos particulares, como se percebe pelos direitos trabalhistas previstos nos documentos, que obrigam os empregadores⁽⁴⁹⁾.

Reconhecida a aplicação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos às relações privadas, é necessário perquirir se a vinculação ocorre de forma imediata.

Sarmiento e Gomes⁽⁵⁰⁾ apresentam a teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta, desenvolvida no direito alemão, que, ao mesmo tempo em que não nega o alcance dos direitos fundamentais aos vínculos entre particulares, não admite a sua incidência direta no referido âmbito, uma vez que não se inserem no contexto privado como direitos subjetivos, que podem ser suscitados a partir da Constituição⁽⁵¹⁾. Segundo essa concepção, não é possível que os direitos fundamentais se insiram na esfera privada automaticamente a partir do texto constitucional.

(47) MARTINEZ, Luciano. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, n. 64, jan./fev. 2015, p. 48.

(48) COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 406.

(49) Courtis enumera uma série de tratados Internacionais que consagram direitos humanos aplicáveis às relações entre particulares, não se limitando às situações em que estão em jogo os direitos individuais perante o Estado. (*Ibidem*, p. 416).

(50) SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *Rev. TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out./dez. 2011, p. 66.

(51) Os defensores desta teoria acreditam que a Constituição, por si só, não é capaz de fundamentar a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, havendo uma dependência do tratamento do tema pela via infraconstitucional.

Sarlet⁽⁵²⁾ salienta que, para essa corrente, os direitos fundamentais só podem ser aplicados no âmbito privado após um processo de transmutação, consubstanciado na recepção das normas de direitos fundamentais pelo direito privado⁽⁵³⁾.

Por outro lado, a corrente que defende a eficácia imediata advoga a tese de que os direitos fundamentais se vinculam diretamente aos particulares, uma vez que constituem normas de valor aplicáveis a toda a ordem jurídica, independentemente de um processo de interpretação e aplicação pelo direito privado⁽⁵⁴⁾.

É imperioso ressaltar que tal concepção não nega a possibilidade de o legislador atribuir concretude aos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Ocorre que, quando a mediação não existe, segundo Bilbao Ubillos⁽⁵⁵⁾ “as normas constitucionais têm o condão de serem diretamente aplicadas”.

Sarmiento e Gomes⁽⁵⁶⁾ identificam que, na doutrina brasileira, é amplamente majoritária a doutrina que refuta a teoria da eficácia indireta, visto que prevalece a posição que defende a vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais. É impossível caminhar em outra direção, tendo em vista o arquetipo constitucional brasileiro⁽⁵⁷⁾.

Com efeito, no caso dos direitos de natureza trabalhista, não é difícil a identificação da eficácia direta dos direitos fundamentais, em virtude do fato

(52) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 398.

(53) Vieira de Andrade afirma que aqueles que aceitavam a relevância indireta dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados entendiam que a eficácia era adstrita à regulação legislativa do direito privado. (VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 277).

(54) SARLET, Ingo Wolfgang, 2018, *op. cit.*, p. 398.

(55) BILBAO UBILLOS, Juan María ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 319.

(56) SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *Rev. TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out./dez. 2011, p. 70.

(57) Na doutrina alemã, segundo Sarlet, verifica-se uma forte tendência direcionada para a defesa da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais às relações privadas. As contribuições da doutrina estrangeira são valiosas, mas não se pode deixar de observar as peculiaridades do texto constitucional brasileiro que, claramente, aponta para a aplicação direta dos direitos fundamentais aos vínculos entre sujeitos privados. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 401).

de que a Constituição se dirige, diretamente, aos particulares, que devem observar tais direitos⁽⁵⁸⁾.

O art. 7º da Constituição Federal é emblemático, no sentido de demonstrar a inevitabilidade da defesa da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A observância dos direitos trabalhistas consagrados no texto constitucional vincula diretamente os empregadores, sem a dependência de mediação por institutos típicos do direito privado.

É impossível, conforme lecionam Sarmento e Gomes⁽⁵⁹⁾, que algum ramo do Direito sobreviva ao arrepio da normatividade constitucional, de modo que é irrefreável a perspectiva da constitucionalização do direito privado⁽⁶⁰⁾. A Constituição é o centro não só do direito público, mas também do direito privado.

Com o Direito do Trabalho, não poderia ser diferente. No âmbito individual, os direitos fundamentais funcionam como limitadores do poder do empregador, que deve observar algumas garantias inarredáveis destinadas ao obreiro. Do ponto de vista coletivo, os direitos fundamentais impõem barreiras que não podem ser ultrapassadas pela negociação coletiva que, por si só, apresenta-se como um direito humano e fundamental.

1.3. Negociação coletiva no plano internacional

A preocupação com a proteção e a promoção da negociação coletiva é uma tônica na história do Direito Internacional do Trabalho, não só no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), mas também sob a perspectiva dos documentos históricos da Organização das Nações Unidas (ONU).

Ressalta-se que tal preocupação não ficou esquecida em um passado distante, uma vez que os organismos internacionais têm reiterado a importância da negociação coletiva em documentos recentes, como será analisado a seguir.

1.3.1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, foi elaborada no contexto das violações cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. Era necessário o estabelecimento de diretrizes básicas, no sentido de proteger a dignidade de todos os seres humanos, independentemente de fatores como nacionalidade, cor, religião.

(58) *Ibidem*, p. 395.

(59) SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues, 2011, *op. cit.*, p. 87.

(60) A constitucionalização do Direito Privado no Brasil, segundo Sarmento e Gomes, não é uma escolha do intérprete e sim uma diretriz que se extrai do próprio texto constitucional. (*Ibidem*, p. 87).

Não é incomum a afirmação de que a Declaração não tem força vinculante, tendo em vista que não é ratificada pelos países, como ocorre com os tratados e convenções internacionais. Tal ideia, porém, não pode prosperar, visto que não faz sentido atribuir, a um dos documentos mais importantes para a afirmação dos direitos humanos, o *status* de mera recomendação.

Na mesma linha de pensamento, Comparato⁽⁶¹⁾ identifica um excesso de formalismo naqueles que acreditam que a Declaração Universal dos Direitos Humanos não possui força vinculante. O reconhecimento dos direitos humanos independe de disposição formal em textos constitucionais e internacionais.

De mais a mais, não pode ser ignorada a distinção apresentada na seção 1.1, que não trata como sinônimos os direitos humanos e os direitos fundamentais, pois os últimos são aqueles reconhecidos no âmbito das constituições dos Estados nacionais.

Os direitos humanos, por outro lado, são reconhecidos no plano internacional, independentemente do ingresso formal no ordenamento jurídico dos respectivos países. A Declaração de 1948, portanto, carrega em seu conteúdo um rol importante de direitos humanos.

Dentre estes direitos, está a liberdade sindical. O art. 23, 4, estabelece que “todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses”. Ao reconhecer a liberdade sindical como direito humano, a mesma conclusão deve ser adotada para o instituto da negociação coletiva, que se insere dentro das dimensões da liberdade sindical, como será analisado na seção 3.1. Afinal, a negociação coletiva revela-se como o principal instrumento da ação sindical, de modo que não há como promover a liberdade sindical sem propiciar as condições adequadas para que a negociação floresça.

1.3.2. Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos

Como forma de detalhar os preceitos introduzidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas editou, em 1966, dois pactos internacionais de direitos humanos: o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Comparato⁽⁶²⁾, sobre a elaboração de dois documentos diferentes, assevera que as razões para a não compilação em um único instrumento são

(61) COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

(62) *Idem*.

de origem diplomática. É cediço que as potências ocidentais priorizavam o reconhecimento das liberdades individuais, que tutelam os indivíduos contra as interferências indevidas dos órgãos estatais. Os países pertencentes ao bloco comunista, de outra banda, demonstravam maior preocupação com a garantia dos direitos sociais e econômicos, visando ao suporte das classes mais desfavorecidas.

Conquanto exista a divisão em documentos distintos, inúmeros direitos estão elencados em ambos os pactos. É o que ocorre com o direito de sindicalização, previsto no art. 22 do Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos⁽⁶³⁾ e no art. 8º do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁽⁶⁴⁾. Não se olvide que os direitos humanos, conforme destaca Comparato⁽⁶⁵⁾, formam um sistema indivisível, que independe da forma de organização dos documentos internacionais.

(63) Art. 22. 1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de construir sindicatos e de a eles filiar-se, para a proteção de seus interesses.

2. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desse direito por membros das forças armadas e da polícia.

3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que Estados Partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam ou aplicar a lei de maneira a restringir as garantias previstas na referida Convenção.

(64) Art. 8º. 1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir:

a) O direito de toda pessoa de fundar com outras, sindicatos e de filiar-se ao sindicato de escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias;

b) O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas.

c) O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas:

d) O direito de greve, exercido de conformidade com as leis de cada país.

2. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da política ou da administração pública.

3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados Partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam – ou a aplicar a lei de maneira a restringir as garantias previstas na referida Convenção.

(65) COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Dado o fato de que o Direito do Trabalho é um direito social, é natural que o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais discipline direitos trabalhistas de uma forma mais detalhada, em comparação com o Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos. Isto porque o direito ao trabalho constitui uma das principais bases da construção de uma legítima sociedade democrática.

À liberdade sindical, conquanto abordada por ambos os documentos, é conferida maior atenção no Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tendo em vista que o documento dispõe, expressamente, sobre o livre exercício das atividades sindicais, que têm, como principal expoente, a negociação coletiva. O art. 8º, 1, “c”, consagra o comprometimento dos Estados-Partes em garantir o direito de exercício das atividades do sindicato, bem como em não interferir indevidamente neste direito humano e fundamental.

Não é à toa que a liberdade sindical e a negociação coletiva recebem atenção especial nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, que não têm o condão de dispor, exclusivamente, sobre temas eminentemente trabalhistas. A constituição de sindicatos fortes e atuantes possui uma importância histórica na afirmação dos direitos humanos.

1.3.3. A consagração da negociação coletiva no âmbito da Organização Internacional do Trabalho — OIT

Se a negociação coletiva recebera atenção nos documentos de direitos humanos que não tratam, exclusivamente, de questões trabalhistas, era de se esperar um aprofundamento do tema no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Nesse particular, as expectativas foram confirmadas.

Desde a sua Constituição, de 1919⁽⁶⁶⁾, que tem como anexo a Declaração da Filadélfia, de 1944, a Organização Internacional do Trabalho demonstrou uma grande preocupação com a liberdade sindical e a promoção da negociação coletiva. No preâmbulo, a Constituição realça a liberdade sindical como princípio fundamental⁽⁶⁷⁾.

(66) O texto em vigor da Constituição da Organização Internacional do Trabalho foi aprovado na 29ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Montreal, no ano de 1946, substituindo o texto original, de 1919, que fora emendado em 1922, 1934 e 1945. Tais informações podem ser consultadas no *site* internacional da OIT. CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) E SEU ANEXO (Declaração de Filadélfia). Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilobrasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

(67) “Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão de obra, à luta contra o

A versão atual da Constituição da Organização Internacional do Trabalho foi aprovada, no Brasil, por meio do Decreto Legislativo n. 5, de 26 de agosto de 1947, e promulgada por intermédio do Decreto n. 25.696 de 20 de outubro de 1948⁽⁶⁸⁾.

A Declaração de Filadélfia, que consagra os fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho, além de reforçar a importância do respeito à liberdade sindical, no item I, b, confere especial destaque à negociação coletiva (que se insere nas dimensões da liberdade sindical), ao reconhecer como obrigação solene da Organização o reconhecimento, entre as nações do mundo, “do direito de negociação coletiva e da cooperação entre empregadores e os trabalhadores para a melhoria contínua da organização e da produção”⁽⁶⁹⁾.

Em consonância com a preocupação com o tema da negociação coletiva, a Organização Internacional do Trabalho editou Convenções específicas sobre a matéria. A Convenção n. 98 trata do direito de sindicalização e negociação coletiva, demonstrando, cabalmente, que os temas estão intrinsecamente relacionados.

O art. 4⁽⁷⁰⁾ prevê que os países devem adotar as medidas necessárias para estimular e promover o pleno desenvolvimento da negociação coletiva. Tal objetivo, todavia, não pode ser atingido sem que se protejam as outras dimensões da liberdade sindical (que serão analisadas no capítulo 3), motivo pelo qual se justifica a abordagem mais abrangente contida na Convenção n. 98.

desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio “para igual trabalho, mesmo salário”, à **afirmação do princípio de liberdade sindical**, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas; (grifos nossos)”. O texto completo pode ser consultado no *site* internacional da OIT. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilobrasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

(68) RODRIGUES JR., Edson Beas (Org.). *Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 215.

(69) *Ibidem*, p. 220.

(70) Art. 4 – Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego. OIT. C098 – Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235188/lang--pt/index.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

O referido texto convencional foi aprovado, no Brasil, pelo Decreto Legislativo n. 49, de 1952 e promulgado por meio do Decreto n. 33.196, de 1953⁽⁷¹⁾.

Em 1981, foi editada a Convenção n. 154, que, diferentemente da Convenção n. 98, dedicou-se exclusivamente à questão da negociação coletiva, não tratando de outros aspectos referentes à liberdade sindical. Todavia, mesmo no âmbito da Convenção n. 154, é possível visualizar a ligação umbilical existente entre negociação coletiva e liberdade sindical, a partir da previsão do art. 8º⁽⁷²⁾, que estabelece que o estímulo à negociação coletiva deve ser promovido em um cenário de plena liberdade.

O art. 2º⁽⁷³⁾ da Convenção dedica-se a conceituar a expressão negociação coletiva, questão que será abordada no capítulo seguinte. O dispositivo destaca a importância da negociação na fixação das condições de trabalho, na regulação das relações entre trabalhadores e empregadores, bem como dos vínculos nos quais estejam inseridas as organizações profissionais.

O art. 5º⁽⁷⁴⁾, na mesma linha do art. 4º da Convenção n. 98, consagra a obrigação dos países no sentido de adotar medidas que estimulem o

(71) RODRIGUES JR., Edson Beas (Org.). *Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 258.

(72) Art. 8 – As medidas previstas com o fito de estimular a negociação coletiva não deverão ser concebidas ou aplicadas de modo a obstruir a liberdade de negociação coletiva. *Idem*.

(73) Art. 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 fim de:

a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou

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 OIT. C154 – Fomento à Negociação Coletiva. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236162/lang--pt/index.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

(74) Art. 5 – 1. Deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva.

2. As medidas a que se refere o parágrafo 1 deste artigo devem prover que:

a) a negociação coletiva seja possibilitada a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores dos ramos de atividade a que aplique a presente Convenção;

b) a negociação coletiva seja progressivamente estendida a todas as matérias a que se referem os anexos a, b e c do art. 2 da presente Convenção;

c) seja estimulado o estabelecimento de normas de procedimentos acordadas entre as organizações de empregadores e as organizações de trabalhadores;

d) a negociação coletiva não seja impedida devido à inexistência ou ao caráter impróprio de tais normas;

e) os órgãos e procedimentos de resolução dos conflitos trabalhistas sejam concedidos de tal maneira que possam contribuir para o estímulo à negociação coletiva. (*Idem*).

desenvolvimento da negociação coletiva. A diferença é que, nesse ponto, a Convenção n. 154 aprofunda mais a questão, ao exemplificar algumas ações específicas, quais sejam: possibilitar a negociação coletiva a todos os empregadores e todas as categorias de trabalhadores, independentemente do ramo de atividade econômica; estender, progressivamente, a negociação coletiva a uma diversidade de matérias; estimular o estabelecimento de normas de procedimentos que guiem as relações entre as organizações de trabalhadores e empregadores; evitar que a negociação coletiva seja impedida pela ausência de normas de procedimento; criar as condições para que os órgãos e procedimentos de resolução de conflitos trabalhistas contribuam para o estímulo à negociação coletiva.

Como se vê, não há como desenvolver a negociação coletiva fora de um ambiente institucional que propicie o seu amadurecimento. Será analisado, ao longo do presente trabalho, como os órgãos e instituições prejudicam a evolução da negociação coletiva no Brasil. Trata-se, sem dúvidas, de um problema multicêntrico.

Assim como a Convenção n. 98, a Convenção n. 154 também está formalmente inserida no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 22, de 1992, e promulgada pelo Decreto n. 1256, de 1994⁽⁷⁵⁾.

Gomes⁽⁷⁶⁾ ressalta que a Convenção n. 98 da Organização Internacional do Trabalho integra o “bloco de constitucionalidade”, de forma que complementa o elenco de direitos fundamentais consagrados no texto constitucional. Acresce-se a isso que a Convenção n. 154, igualmente, integra o bloco de constitucionalidade, pois, além de ter sido formalmente aprovada pelo Brasil, aborda um direito que possui *status* de direito humano e fundamental. Ambas as Convenções se enquadram como tratados internacionais de direitos humanos.

Consoante observam Franco Filho e Mazzuoli⁽⁷⁷⁾, não há, no Brasil, entendimento pacífico sobre a posição dos tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento brasileiro, dentre os quais estão inseridas as convenções da Organização Internacional do Trabalho.

(75) RODRIGUES JR., Edson Beas (Org.). *Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 325.

(76) GOMES, Miriam Cipriani. *Violação de direitos fundamentais na negociação coletiva de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 96.

(77) FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa Franco; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs.). *Direito internacional do trabalho: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil*. São Paulo: LTr, 2016. p. 15.

No julgamento do RE n. 466.343-1/SP⁽⁷⁸⁾, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os tratados de direitos humanos não aprovados no quórum do § 3º do art. 5º da Constituição Federal/88 possuem natureza supralegal.

Todavia, no caso dos tratados internacionais de direitos humanos, sequer é preciso invocar a natureza supralegal para que seja reconhecida uma posição privilegiada a eles no ordenamento jurídico, uma vez que o art. 5º, § 2º⁽⁷⁹⁾, da Constituição Federal/88, considera como materialmente constitucionais os direitos decorrentes dos tratados dos quais o Brasil faz parte.

Se as convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho forem aprovadas pelo quórum previsto no art. 5º, § 3º⁽⁸⁰⁾, da Carta Magna, serão consideradas como normas constitucionais do ponto de vista formal. Mas, como ensinam Franco Filho e Mazzuoli⁽⁸¹⁾, mesmo que não sejam formalmente aprovadas no quórum das emendas constitucionais, serão materialmente constitucionais, pois as convenções da Organização Internacional do Trabalho são tratados de Direitos Humanos, compatíveis com os princípios adotados pelo texto constitucional⁽⁸²⁾.

(78) PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n. 349.703 e dos HCs n. 87.585 e n. 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF – RE: 466343 SP, relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03.12.2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: *DJe-104* DIVULG 04.06.2009 PUBLIC 05.06.2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165).

(79) Art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

(80) Art. 5º, § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

(81) FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa Franco; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs.). *Direito internacional do trabalho: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil*. São Paulo: LTr, 2016. p. 17.

(82) Sarlet ensina que a concepção de direitos fundamentais adotada pela Constituição brasileira segue a tradição que foi inaugurada na Alemanha, no sentido de que direitos fundamentais adquirem essa condição, para além de seu conteúdo, pelo fato de terem sido contemplados com um regime constitucional reforçado, dotados de eficácia e proteção. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015).

Franco Filho e Mazzuoli⁽⁸³⁾ chegam a afirmar que sequer era necessária a alteração da Constituição, promovida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu o § 3º do art. 5º, pois o simples fato de os tratados de direitos humanos versarem sobre temas de direitos humanos é suficiente para que sejam considerados materialmente constitucionais. Não se pode olvidar que o art. 4º, II, da Constituição Federal/88, dispõe que, no cenário internacional, o Brasil se pauta pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

A preocupação da Organização Internacional do Trabalho com a negociação coletiva não remonta somente a um passado distante. Trata-se de uma constante, que pode ser verificada em documentos importantes, elaborados nos últimos vinte anos.

Em junho de 1998, por ocasião da 86ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, a Organização Internacional do Trabalho sintetizou, por meio da Declaração sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho, o seu compromisso com o trabalho decente⁽⁸⁴⁾.

O objetivo é a reafirmação dos compromissos firmados desde a Constituição da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração de Filadélfia, que consagraram os objetivos gerais da Organização.

O item 2⁽⁸⁵⁾ da Declaração, insere, dentro do rol que integra o conceito de trabalho decente, a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva. Mais uma vez, percebe-se a inafastável conexão entre a liberdade sindical e a negociação coletiva que, além de fazer parte da definição de trabalho decente, é um importante instrumento para que os outros pilares sejam observados, quais sejam: a liberdade no trabalho, especialmente com a eliminação do trabalho forçado; a igualdade no trabalho, por

(83) FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa Franco; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs.). *Direito internacional do trabalho: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil*. São Paulo: LTr, 2016. p. 18.

(84) RODRIGUES JR., Edson Beas (Org.). *Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 223

(85) 2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

intermédio da eliminação de todas as formas de discriminação no emprego; e a abolição do trabalho infantil⁽⁸⁶⁾.

Destaca-se que, no dia 10 de junho de 2022, durante a 110ª Conferência da Organização Internacional do Trabalho, foi aprovada a inclusão da segurança e da saúde no ambiente de trabalho no rol dos princípios fundamentais, consagrados na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho de 1998⁽⁸⁷⁾.

Aquilo que se convencionou denominar de trabalho decente não representa uma série de recomendações que podem ou não ser seguidas pelos países, mas sim um rol de princípios e direitos que assumem um caráter cogente, mesmo para os países que não ratificaram as Convenções que tratam dos respectivos temas.

No ano de 2019, a Organização Internacional do Trabalho, por ocasião de seu centenário, editou, em mais uma Conferência Internacional do Trabalho realizada em Genebra, a Declaração do Centenário da Organização Internacional do Trabalho para o Futuro do Trabalho⁽⁸⁸⁾.

Em um contexto de severa transformação no mundo do trabalho, impulsionada, especialmente, pela inserção das novas tecnologias, a Organização Internacional do Trabalho buscou reafirmar os seus ditames de justiça social e a promoção do trabalho decente. Conforme salientam Maranhão e Savino⁽⁸⁹⁾, a proposta é promover uma “agenda centrada no ser humano”, por meio da qual os diferentes atores inseridos no contexto laboral, pautados pelo diálogo social, assumam a responsabilidade conjunta pela construção de um futuro do trabalho justo, digno e equitativo.

Nesse particular, mais uma vez, a negociação coletiva aparece como protagonista, pois representa uma das formas mais democráticas de promoção do “diálogo social”, expressão inúmeras vezes utilizadas na Declaração

(86) A concepção defendida no presente trabalho caminha no sentido de que o rol elencado pela OIT na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho é meramente exemplificativo, conforme será analisado adiante. Temas como a justa remuneração, a limitação da jornada de trabalho e a proteção da saúde e da segurança do trabalhador não podem estar apartados da ideia de trabalho decente.

(87) Sobre a inclusão, *vide*: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/noticias-e-conteudo/trabalho/2022/junho/seguranca-e-saude-no-trabalho-passa-a-figurar-como-o-quinto-direito-de-todos-os-trabalhadores>. Acesso em: 18 jun. 2022.

(88) RODRIGUES JR., Edson Beas (Org.). *Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2019- p. 17.

(89) MARANHÃO, Ney; SAVINO, Thiago Amaral Costa. O futuro do trabalho sob o olhar da OIT: análise do relatório “Trabalhar para um futuro melhor” (março/2019). *Revista de Direito do Trabalho*, v. 203/2019, p. 213-230, jul. 2019, p. 214.

de 2019. Segundo a Organização Internacional do Trabalho, o progresso tecnológico deve ser aproveitado para a promoção do trabalho decente e do desenvolvimento sustentável, por meio do diálogo social.

O item II, A, vi, da Declaração, estabelece que a Organização Internacional do Trabalho deve enveredar esforços para promover os direitos dos trabalhadores como elemento central para alcançar um crescimento inclusivo e sustentável, com especial atenção para a liberdade sindical e para o reconhecimento efetivo da negociação coletiva, que aparece como elemento indispensável para a promoção do diálogo social.

A Organização Internacional do Trabalho consagra, nesse diapasão, a perspectiva institucional do conceito de trabalho decente, que não pode ser alcançado sem o fortalecimento das instituições, com destaque especial para os sindicatos. Os mecanismos de diálogo social só podem ser aprimorados em um cenário composto por organizações fortes e representativas.

O trabalho decente, na perspectiva que se pode chamar de institucional, deve ser compreendido como um conjunto de normas e ações que propiciem àqueles que vivem do trabalho encontrar meios que garantam a sua subsistência, prestando o trabalho de forma que preserve a sua dignidade. Na perspectiva pessoal, deve ser um trabalho digno, ou seja, livre, igual, e em que direitos mínimos sejam garantidos. O caminho para o trabalho decente, assim como, de forma mais ampla, para que se tenha uma sociedade mais justa, é o fortalecimento das instituições sociais⁽⁹⁰⁾.

O futuro do trabalho que se deseja é aquele no qual todos tenham a garantia de um trabalho decente.

Para que isso ocorra, a negociação coletiva é indispensável. Maranhão e Savino⁽⁹¹⁾ destacam que o alcance do diálogo social preconizado pela Organização Internacional do Trabalho perpassa pelo estabelecimento de um sistema efetivo de negociação, bem como pelo reconhecimento da negociação coletiva enquanto direito fundamental, tema este que será analisado na próxima seção.

1.4. Negociação coletiva no plano nacional

Não se olvide que os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos como tal pela ordem constitucional de determinado país. Conforme salientado

(90) BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2018.

(91) MARANHÃO, Ney; SAVINO, Thiago Amaral Costa. O futuro do trabalho sob o olhar da OIT: análise do relatório "Trabalhar para um futuro melhor" (março/2019). *Revista de Direito do Trabalho*, v. 203/2019, p. 213-230, jul. 2019, p. 217.

em seções anteriores, por mais que se reconheça a diferença entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, não se ignora a íntima relação entre eles. Muitos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional brasileiro encontraram inspiração em documentos internacionais históricos, especialmente, como salienta Sarlet⁽⁹²⁾, a Declaração Universal de 1948.

Com a negociação coletiva que, no Brasil, representa um direito fundamental sob os prismas formal e material, não é diferente.

Formalmente, verifica-se que o art. 7º, XXVI e o art. 8º, VI estão inseridos no Título II do Texto Constitucional – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. O art. 7º, XXVI, reconhece os acordos e convenções coletivas, que constituem o resultado originado da negociação coletiva de trabalho; o art. 8º, VI, por sua vez, consagra a participação obrigatória dos sindicatos nas negociações coletivas.

Stürmer⁽⁹³⁾ pontua a importância do dimensionamento da real importância da negociação coletiva de trabalho, que é, indiscutivelmente, um direito fundamental.

Materialmente, a negociação coletiva adquire a condição de direito fundamental por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, uma vez que foi consagrada, como visto, em tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, bem como decorre dos princípios adotados no texto constitucional. Nesse ponto, é válido trazer à baila os ensinamentos de Sarlet⁽⁹⁴⁾, que define os direitos fundamentais em sentido material como aqueles que, por seu conteúdo e sua importância, devem ser equiparados aos direitos formalmente constitucionais.

Conectando a afirmação da liberdade sindical como direito fundamental com a questão da sua eficácia as relações privadas, questão já abordada no presente trabalho, Martinez⁽⁹⁵⁾ afirma:

Vê-se na liberdade sindical um rico exemplo de direito fundamental, cuja eficácia horizontal é indiscutível. O comando nele inserido extrapola os limites da exigência de abstencionismo do Estado para alcançar também os comportamentos dos particulares. Não há como negar que a sociedade pode exigir não apenas do Estado, mas dos

(92) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 32.

(93) STÜRMER, Gilberto. Negociação coletiva de trabalho como Direito Fundamental. *Revista Justiça do Direito*, v. 31, n. 2, p. 409-431, maio/ago. 2017, p. 418.

(94) SARLET, Ingo Wolfgang, 2018, *op. cit.*, p. 81.

(95) MARTINEZ, Luciano. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, n. 64, jan./fev. 2015, p. 48.

agentes privados de um modo geral, o dever de respeito à liberdade sindical em seus âmbitos individual ou coletivo. O Estado, afinal, não é o único inimigo das liberdades.

O posicionamento da liberdade sindical e da negociação coletiva enquanto direitos fundamentais apresenta uma considerável relevância prática, tendo em vista o aumento de sua eficácia jurídica e social. Sarlet⁽⁹⁶⁾ recorda que os direitos humanos que não se manifestam como direitos fundamentais nos respectivos países dependem, para que possuam um caráter cogente, de mecanismos internos para que possam ser recepcionados juridicamente. Por mais que se reconheça a inequívoca evolução dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos, ainda há um peso relevante do reconhecimento de sua eficácia pelas nações.

A negociação coletiva, gozando desta consagração nos planos nacional e internacional, reúne as condições para que produza efeitos nos âmbitos jurídico e social.

1.5. A negociação coletiva na perspectiva da promoção dos direitos fundamentais

Uma objeção frequente à concepção que sustenta a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas reside no fato de que esta coloca em risco a autonomia da vontade.

Sarmiento e Gomes⁽⁹⁷⁾ ressaltam que a defesa da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não elimina a necessidade de observar a autonomia privada dos sujeitos envolvidos na situação concreta. O problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, nos ensinamentos de Sarlet⁽⁹⁸⁾, apresenta uma necessidade de enfrentamento da questão da conciliação dos direitos fundamentais com os princípios fundantes do direito privado.

Outrossim, não se questiona o fato de que ao legislador infraconstitucional é reservado um espaço para que possa valorizar a autonomia privada, ponderando-a com os direitos fundamentais⁽⁹⁹⁾.

(96) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 34.

(97) SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *Rev. TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out./dez. 2011, p. 72.

(98) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 399.

(99) SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues, 2011, *op. cit.*, p. 85.

A autonomia privada coletiva deve ser enxergada não como um potencial espaço de violação de direitos fundamentais (por mais que não se negue que este cenário pode se manifestar), mas como um terreno de expressão destes, tendo em vista que se manifesta como o fundamento central do exercício da negociação coletiva, que é um direito humano e fundamental.

Não se olvide que a autonomia privada coletiva, conforme destaca Gediel⁽¹⁰⁰⁾, é princípio tutelado constitucionalmente, na condição de direito fundamental, como se observa pelo art. 7º, XXVI, da Constituição Federal.

Nesse sentido, devem ser realçadas duas características importantes dos direitos fundamentais: a interdependência e a complementaridade.

A interdependência aponta para as intersecções entre os direitos fundamentais, que, frequentemente, estão intimamente vinculados. A complementaridade, por sua vez, aponta para a ideia de que os direitos fundamentais não podem interpretados isoladamente, tendo como pano de fundo os objetivos previstos pelo constituinte⁽¹⁰¹⁾.

De mais a mais, a negociação coletiva, que é, inequivocamente, um direito fundamental, deve ser analisada em conexão com outros direitos fundamentais, não só os de natureza trabalhista, mas outros que são imprescindíveis para o exercício da ação sindical, como a liberdade de expressão e de associação. A liberdade sindical não pode ser exercida sem a observância das liberdades civis.

Scaff⁽¹⁰²⁾, remontando aos ensinamentos de Abramovich e Courtis, aponta que os direitos fundamentais atraem diferentes níveis de obrigações por parte do Estado e dos particulares, quais sejam: respeitar, proteger, garantir e promover.

As obrigações de respeitar objetivam evitar que o Estado impeça o acesso ou o gozo dos direitos fundamentais. As de proteger almejam impedir que terceiros dificultem o gozo a esses direitos. As de garantir asseguram, ao titular do direito, que tenha acesso ao bem. Por fim, as de promover consistem

(100) GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos de personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 158.

(101) SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2004. p. 43.

(102) SCAFF, Fernando Facury. Notas sobre Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos Sociais. In: GOES, Gisele Fernandes; MARANHÃO, Ney; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Coords.). *Direitos humanos e relações trabalhistas: estudos em homenagem à professora Rosita de Nazaré Sidrim Nassar*. São Paulo: LTr, 2021. p. 54.

na implementação de condições para que os titulares gozem plenamente dos seus direitos⁽¹⁰³⁾.

Costa⁽¹⁰⁴⁾ ressalta que os direitos fundamentais podem apresentar-se como direitos defensivos, protegendo o indivíduo contra a ação do Poder Público, mas também sob um viés positivo, como deveres de proteção ou de promoção.

A negociação coletiva, na condição de autêntico direito fundamental, precisa ser respeitada, protegida, garantida e promovida. Nesse diapasão, Martinez⁽¹⁰⁵⁾ afirma que a liberdade sindical impõe ao Estado uma série de deveres: um dever de não interferência na criação, organização e no exercício da atividade sindical; um dever prestacional de proteção, como forma de evitar violações advindas de terceiro; e um dever de promoção, no sentido de estimular o diálogo e o entendimento sociais.

Em geral, no âmbito da negociação coletiva, que é uma das manifestações mais importantes da liberdade sindical, tais deveres são frequentemente esquecidos, tanto pelo Estado quanto pelos particulares.

Constatada a posição da negociação coletiva como direito humano e fundamental, é necessário avançar para a análise de seus aspectos conceituais e sua importância prática, a fim de que se compreenda a necessidade da construção do aparato necessário para o funcionamento dos sindicatos e, conseqüentemente, para o desenvolvimento da negociação coletiva.

(103) *Ibidem*, p. 55.

(104) COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção multiculturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 72

(105) MARTINEZ, Luciano. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, n. 64, jan./fev. 2015, p. 49.