

DIREITOS COLETIVOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIÁLOGO DAS FONTES E A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO

Tereza Aparecida Asta Gemignani*

“Um direito *ex cathedra*, um direito reduzido a teorias abstractas, esquece que os problemas dos homens e da *polis* se situam no terreno da experiência humana e não nas alturas de um *saber sábio* do direito. Em síntese: procura-se um direito *bem pesado*, não dissolvido nem nas pressões utilitaristas de um *direito descartável* nem nas nebulosas abstractas das teorias que esquecem o lugar das coisas e o mundo dos homens.” (J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*)

1 – INTRODUÇÃO

No início de sua edificação o sistema brasileiro separava, com precisão cirúrgica, os critérios de justiça comutativa, aplicáveis às relações jurídicas entre indivíduos, e os referentes à justiça distributiva, destinados a reger as relações entre o Estado e o cidadão.

Entretanto, o Direito do Trabalho nunca os considerou em compartimentos estanques.

Talvez por ter nascido de movimentos coletivos desencadeados por aqueles que, irmanados pelas mesmas situações adversas, atuavam em solidariedade lutando por melhores condições de vida e trabalho.

Talvez por ter surgido para contribuir de maneira significativa com a consolidação do regime democrático no alvorecer da nossa república, combatendo a mentalidade que identificava o trabalhador com o escravo, quebrando o estigma que discriminava aqueles que necessitavam trabalhar para viver como cidadãos de segunda categoria, em permanente estado de sujeição.

* Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas – 15ª Região; doutora em Direito do Trabalho pela USP – Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo; membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho – Cadeira 70.

A verdade é que desde sua gênese o Direito do Trabalho imbricou critérios de justiça comutativa com os de justiça distributiva, o que causou muita perplexidade aos arautos do direito privado no Brasil, que sempre fizeram questão de lhe devotar certo ar de desdém e pouco caso pelo *pecado original* deste hibridismo, que priorizava a realidade fática e as peculiaridades do entorno social de cada conflito em detrimento de marcos teóricos, desafiando o conceito unívoco de um direito “puro e reto” de matriz kelseniana, que dominou o cenário jurídico no século passado.

2 – UM DEBATE REVISITADO

Explica o sociólogo Zygmunt Bauman¹ que na sociedade contemporânea “as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir (...) em que num piscar de olhos os ativos se transformam em passivos, e as capacidades em incapacidades. As condições de ação e as estratégias de reação envelhecem rapidamente e se tornam obsoletas, antes de os atores terem uma chance de aprendê-las efetivamente”, concluindo tratar-se de um viver em condições de incerteza constante, que exige frequente “negociação e conciliação de interesses” diferentes numa “realidade porosa”, em que nos sentimos “patinando sobre gelo fino”, situação que coloca nossa segurança na velocidade, pois reduzi-la “significa a ameaça real de afogar-se”.

O surgimento dessa sociedade complexa e instável vem demonstrar, de maneira cada vez mais assertiva, que a legitimidade do direito depende da permeabilidade da norma à realidade que visa regular, sendo que o mundo dos fatos não é puro, muito menos reto.

Assim sendo, o desafio consiste em saber como preservar o *enforcement* da norma, num ambiente ambíguo e difuso, paradoxal e caótico, no qual as relações sociais e trabalhistas se articulam/rearticulam em rede, trazendo para o centro do debate novos tangenciamentos dos critérios de justiça comutativa com os de justiça distributiva, notadamente quando se trata de analisar a constitucionalização dos direitos fundamentais, entre os quais foram expressamente incluídos os coletivos, ante a similitude das condições de vida nos novos modos de trabalhar, nos quais a mesa ou a bancada de serviços são transportadas na palma da mão, trazendo novos horizontes para o mundo do trabalho.

1 BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*, p. 7-8; *Modernidade líquida*, p. 177, 203 e 239.

3 – NOVOS HORIZONTES

Ao abrir as portas da justiça aos não proprietários, anteriormente excluídos do marco normativo civil, o direito do trabalho judicializou a questão social e a política que lhe era subjacente, transformando a força de trabalho em passaporte para a aquisição da cidadania.

Mas não é só.

A Carta de 1988 deu um passo além ao constitucionalizar a interlocução entre justiça comutativa e justiça distributiva, quando elevou o direito coletivo ao patamar de fundamental, notadamente em seus arts. 7º, 8º e 9º.

Esse novo horizonte veio demonstrar que não bastava apenas o reconhecimento jurídico formal do direito, sendo imprescindível a sua real concreção substantiva, o que exige a superação da visão meramente contratualista.

Essa diretriz está escorada também na melhor doutrina, como enfatiza o constitucionalista Zagrebelsky², ao ressaltar que o direito deixa de ser estático e se torna dinâmico, voltado para a realidade efetiva, de modo que as consequências práticas “não são de modo algum um aspecto posterior, independente e carente de influência sobre o próprio direito, mas um de seus elementos qualificativos. Não se trata de conferir ao fático uma prioridade sobre o normativo, mas de manter uma concepção do direito que permita que esses dois elementos não sejam considerados irrelevantes um para o outro” como anteriormente ocorria. Assim, não basta considerar apenas o *direito dos livros*, mas sim o ter em conta o *direito em ação*, não basta uma *realidade lógica*, sendo também necessária uma validade prática para que o direito possa oferecer respostas ao eterno dilema que contrapõe liberdade e segurança.

Como bem destaca Lenio Luiz Streck³ no caso específico do Brasil, “a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional”.

4 – LIBERDADE X SEGURANÇA: A FUNÇÃO PROMICIONAL DO DIREITO

O desafio do direito, desde seus primórdios, consistiu em traçar caminhos para o difícil equacionamento do eterno embate entre liberdade e segurança,

2 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil*, p. 122.

3 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*, p. 21 e seguintes.

tanto no que se refere aos critérios de justiça comutativa quanto de justiça distributiva, cujo entrelaçamento, em matéria trabalhista, se dá preponderantemente na arena dos direitos coletivos que, constitucionalizados como fundamentais, vêm exigindo a passagem da perspectiva estrutural para a visão promocional do Direito.

Nesse sentido as observações de Norberto Bobbio⁴, ao ressaltar que o modelo estrutural baseado apenas na imposição de sanção se revelou insuficiente para oferecer respostas às novas questões sociais, pautadas por uma intensa mobilidade de desafios e interesses, que demandam uma atuação mais propositiva, mediante a implementação da função promocional do direito. Destarte, ao invés de mirar apenas na estrutura (como o direito é feito) é preciso focar principalmente na função (para que o direito serve). Por consequência, o direito deixa de atuar apenas *a posteriori* para dirimir um conflito já instalado, e passa a funcionar também de forma preventiva, como indutor de comportamentos que possam evitar a eclosão de litígios.

Ademais, as questões afetas aos direitos trabalhistas que abarcam interesses coletivos produzem impacto nas discussões acerca do desenvolvimento nacional, num momento em que o Brasil se apresenta em posição relevante no cenário mundial.

Amartya Sen⁵, ganhador do Prêmio Nobel de economia, um dos idealizadores do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) adotado pela ONU para avaliar as condições de vida da população, ressalta que o “desempenho econômico, a oportunidade social, a voz política e a argumentação racional pública estão profundamente inter-relacionados”, porque o desenvolvimento de um país não pode ser medido apenas pelo crescimento do PIB, ou aumento da renda pessoal, constituindo-se num “processo de expansão das liberdades reais”, que possam ser efetivamente traduzidas em melhor qualidade de vida, conceito cuja formatação passa pelo direito trabalhista, pois implica em assegurar condições de trabalho decente.

Pondera Luiz Werneck Vianna⁶, como o princípio da justiça social foi inserido no ordenamento jurídico nacional pelo direito do trabalho, as “relações sociais passam a ser mediadas por instituições políticas democráticas, em vez de permanecerem dependentes da esfera privada” de modo que as “duas democracias da Constituição – a da representação e da participação, mesmo

4 BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, p. 53-73, 100, 270.

5 SEN, Amartya. *A ideia de justiça*, p. 385.

6 VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 17 e 44.

que esta última esteja ali como dependente da mediação do direito – não estão em oposição, nem formal nem substantivamente”.

Tais questionamentos se intensificam quando o Brasil passa a sediar a Conferência das Nações Unidas sobre desenvolvimento sustentável – Rio+20 – que, por ter o escopo de discutir novos parâmetros para uma *economia verde*, não pode deixar de inserir, na divulgada proposta de criação de um *piso de proteção socioambiental*, as condições referentes ao meio ambiente de trabalho, no qual as pessoas passam a maior parte de sua vida produtiva, o que se reveste de importância significativa no presente momento de intensificação do ritmo das obras exigidas pela Copa do Mundo de 2014.

Conforme ressaltai em artigo sobre o tema⁷, a garantia de redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, conforme estabelecido no inciso XXII do art. 7º da CF/88, alberga também direitos coletivos fundamentais, provocando consequências que ultrapassam a relação contratual individual trabalhista. Com efeito, por acarretar a concessão de uma massa significativa de benefícios previdenciários, gera passivo econômico a ser suportado por toda nação (na sempre recorrente equação de privatizar lucros e socializar prejuízos), além de trazer elevado custo social por abreviar a vida produtiva e comprometer a empregabilidade de muitos cidadãos, vitimados pelo infortúnio dos acidentes e doenças profissionais, trazendo para a seara jurídica trabalhista discussões acerca da função social do contrato, função social da propriedade e adoção dos programas de *compliance*, que valorizam a cultura empresarial baseada na ética.

Ao alçar os direitos coletivos ao patamar de fundamentais, a Constituição Federal de 1988 torna imperiosa a passagem da estrutura para a função, trazendo novos elementos para compor o conceito do jurídico e, assim, integrar o processo decisório, abrindo caminhos para o diálogo das fontes.

5 – DIÁLOGO DAS FONTES

Em matéria trabalhista, o imbricamento dos critérios de justiça comutativa com os de justiça distributiva se faz preponderantemente na arena dos direitos coletivos, agora tidos como fundamentais. Por isso, questões afetas à representação sindical, exercício do direito de greve e negociação/contratação

7 GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. *Meio ambiente de trabalho. Prevenção e prevenção*.

coletiva devem ser analisadas sob a perspectiva da função promocional do direito, mediante o estímulo ao diálogo entre as fontes normativas.

Portanto, questões afetas à representação e atuação dos sindicatos, extensão e limites dentre os quais se dá a liberdade sindical (e o arrastado debate acerca da ratificação da Convenção 87 da OIT) só serão equacionadas quando analisadas sob esta nova perspectiva, que deixa de focar apenas a estrutura (como é organizado) para considerar também a função (para o que serve). Não se pode perder de vista que os incisos I e II do art. 8º da CF/88 retratam com fidelidade a ambiguidade existente em nossa realidade fática, em decorrência das peculiaridades culturais do Brasil. É ingenuidade acreditar que essa ambiguidade possa ser superada por uma “penada teórica”, pois tal escopo só pode ser obtido mediante um processo de maturação dos pontos de consenso, costurados pela atuação da função promocional do direito, que vai possibilitar o exercício da liberdade na sua conotação substantiva, ou seja, permeada pela garantia da segurança jurídica, tarefa para a qual a jurisprudência pode dar contribuição significativa.

O mesmo movimento ocorre em relação ao equacionamento das dimensões do direito de greve previsto no art. 9º da CF/88, notadamente quando o marco teórico se apresenta descolado do mundo dos fatos, que demonstram a extrapolação do limite meramente contratual e o espraiamento de efeitos em relação a terceiros, evidenciando a insuficiência dos critérios postos pela justiça comutativa e a necessidade de sua articulação com os critérios norteadores da justiça distributiva.

Importante registrar também que a expressa referência à negociação/contratação coletiva lhe confere papel de destaque entre as fontes normativas do direito trabalhista. Ao fixar a irredutibilidade do salário, “salvo o disposto em convenção e acordo coletivo”, a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, “salvo negociação coletiva”, e a duração da jornada, facultando a compensação “mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho” os incisos VI, XIII e XIV do art. 7º concretizam o projeto constitucional de “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” como direito fundamental fixado no inciso XXVI do mesmo artigo, assim fixando parâmetros para a operacionalização do diálogo das fontes.

O diálogo das fontes confere ao sistema a maleabilidade necessária para a busca de soluções nos casos de maior complexidade. Assim, se antes o labor em jornada extraordinária só ensejava o pagamento como forma de contraprestação, passa a ser sustentável a estipulação negociada no sentido de que a contraprestação possa se dar de outras formas, como a concessão de mais folgas ao invés de pagamento, quando determinada categoria considera que o gozo de maiores períodos de descanso atende melhor aos seus interesses naquele dado momento social e econômico.

Em relação aos salários, quando há crise econômica é possível priorizar a manutenção do emprego em proveito de todos, em detrimento do aumento salarial em benefício de alguns.

Nesse contexto, os acalorados debates pautados pela mentalidade de exclusão, no sentido de ter que escolher se deveria prevalecer “o acordado ou o legislado”, apontam para um foco equivocado, pois não se trata de optar por um em detrimento de outro, mas de construir um processo de coexistência de ambos para que possa ser implementado o legislado *e também* o acordado, mediante um permanente diálogo das fontes normativas, que deve ocorrer de forma dinâmica e não estática. Com efeito, depende da ponderação das variáveis fáticas e jurídicas de cada caso concreto, a fim de garantir a consonância entre o marco normativo e a realidade, para que o direito atue na superação da insegurança jurídica, que precariza o exercício da liberdade.

Trata-se de um processo complexo e delicado destinado a preservar a eficácia do ordenamento jurídico como marco regulatório, mantendo sua legitimidade, tarefa para a qual a atuação da jurisprudência se reveste de relevância.

Explica Cláudia Lima Marques⁸ que o diálogo das fontes “significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das fontes normativas (...), seja complementarmente, seja subsidiariamente”, possibilitando a busca de uma solução “flexível e aberta, de interpenetração, ou a solução mais favorável ao mais fraco da relação”.

Com efeito, consiste num “método de interpretação sistemático (...) aberto à influência dos fatos e de suas circunstâncias”, de modo que “a conformidade à Constituição e ao seu sistema de direitos e garantias fundamentais não se obtém pela interpretação de um determinado sentido da norma em abstrato”, mas por sua aplicação a um caso concreto, para que a solução represente “dentre as interpretações possíveis, a que melhor realize dado projeto constitucional”, esclarece Bruno Miragem⁹.

Tal se dá porque uma “das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento de sua eficácia irradiante”, que tem na interpretação, conforme a constituição, “um de seus mais férteis instrumentos”, de modo que toda legislação infraconstitucional, mesmo quando “editada em contexto axiológico diverso”, deverá ser submetida a uma

8 MARQUES, Cláudia Lima. *O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito*: um tributo a Erik Jayme, p. 19.

9 MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*, p. 79-82.

“filtragem constitucional”, ou seja, revisitada “a partir de uma nova perspectiva, centrada na Constituição e, em especial, nos direitos fundamentais que esta consagra”, explica Daniel Sarmiento¹⁰.

6 – A ATUAÇÃO DO DIREITO COMO MARCO DE CONDUTA

Gestado no ventre do conflito coletivo, o direito do trabalho sente com maior contundência a premência dessas questões, que exigem a implementação da mudança de perspectivas, caminho que não pode ser traçado por teóricas elucubrações cerebrinas, mas por possibilidades concretas dadas pelo próprio sistema, mediante o diálogo das fontes.

Nesse espeque, Luigi Ferrajoli¹¹ destaca a importância dos direitos fundamentais como resultantes de lutas e revoluções que, num determinado momento, romperam a normalidade artificial que camuflava situações de opressão e discriminação, ressaltando a conexão cada vez mais forte entre democracia e Direito. Explica¹² que se trata de alternativa posta pelo ordenamento para preservar o conteúdo substancial do direito e evitar o perecimento de sua capacidade regulatória para disciplinar as novas dimensões que os fatos adquirem numa sociedade globalizada.

Desse modo, ao incluir expressamente os direitos coletivos trabalhistas no núcleo dos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 erigiu-os em elementos constitutivos “da própria ordem constitucional global e em instrumento privilegiado de realização do princípio da democracia econômica e social”, esclarece Canotilho¹³.

Daí a importância de implementação da função promocional, estimulando condutas que, pautadas pela boa-fé objetiva, levem à adoção de comportamentos que possam evitar a própria eclosão de conflitos, ao invés de restringir-se apenas à reparação da lesão já ocorrida. Também importante sua atuação direcionada à formação de consensos, que oferecem alternativas eficazes de solução, notadamente em situações limite, que demandam a superação de contradições.

O desafio é obter a edificação de um modelo próprio, brasileiro, consonante com nossas especificidades culturais e institucionais, num momento

10 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 124-125.

11 FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 363-380.

12 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*, p. 15-26.

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 345.

em que o rito de passagem de uma perspectiva para outra se revela inevitável, porque está chegando ao fim um longo processo de maturação das dubiedades que, num lance de risco calculado, a Constituição Federal optou por exibir como fratura exposta, a fim de provocar a construção de pontes entre situações antagônicas em relação às quais não fora possível obter o consenso em 1988.

Trata-se de um processo complexo, destinado a preservar a eficácia do ordenamento jurídico como marco regulatório, mantendo sua legitimidade. Conforme preleciona Canotilho¹⁴, a interpretação das normas constitucionais deve ser pautada pela busca de “soluções pluralisticamente integradoras” (princípio do efeito integrador), mediante a “coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito”, a fim de evitar o perecimento de uns em relação aos outros, impondo o “estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos” de forma a conseguir uma harmonização pela ponderação dos interesses em conflito (princípio da concordância prática). Assim é, porque agora não¹⁵ “se trata, como aconteceu no positivismo estadual, de reduzir os direitos a simples autovinculações jurídicas, mas de marcar a indissociabilidade dos direitos fundamentais e da moralidade republicana”, a fim de evitar a disfuncionalidade do ordenamento jurídico.

Como já pontuei em minha tese de doutorado¹⁶, o arcabouço protetor do direito trabalhista tem que ser usado para impulsionar o desenvolvimento que vai promover a libertação do trabalhador de sua situação de hipossuficiência e não para perpetuá-la, reduzindo-o a massa de manobra e presa fácil de outros interesses.

Daí a importância do diálogo das fontes para construir soluções, nas situações de conflito que envolvem direitos coletivos fundamentais, para cuja implementação a jurisprudência pode contribuir de maneira significativa, considerando que houve a passagem de um ser humano isolado para um ser humano situado num determinado contexto social, econômico e político, a fim de garantir que a concretização do modelo constitucional possa debelar a atual crise de legitimidade, que abala os alicerces da legalidade.

7 – CONCLUSÃO

O eterno conflito entre segurança jurídica e liberdade está na raiz de todo sistema jurídico, porém se apresenta de forma mais aguda quando trata

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem*, p. 1.208 e seguintes.

15 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*, p. 34.

16 GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. *A contratação coletiva de trabalho no Brasil*, p. 540-541.

da interconexão entre direito coletivo e direitos fundamentais trabalhistas, por operar numa zona de confluência dos critérios de justiça comutativa e justiça distributiva, que foram alçados ao patamar constitucional. Nesse contexto, imperiosa a passagem de perspectiva da estrutura à função promocional, mediante um processo dinâmico de diálogo entre as fontes, visando garantir a concreção substantiva do direito, o que vem sendo construído com a contribuição significativa da jurisprudência.

8 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- _____. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- _____. *Vida líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, s.d.
- _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- _____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. *A contratação coletiva de trabalho no Brasil: delineamentos de um novo perfil*. (Tese de doutorado). Universidade de São Paulo, 2003.
- _____; GEMIGNANI, Daniel. *Meio ambiente de trabalho. Prevenção e prevenção: princípios norteadores de um novo padrão normativo*. (Aguardando publicação)
- MARQUES, Claudia Lima. “O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”. In: *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.
- MIRAGEM, Bruno. “Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro”. In: *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.