

O DEVER DE NEGOCIAR: UMA VISÃO BRASIL / ESPANHA

HENRIQUE DAMIANO*

Resumo: A Emenda Constitucional nº 45/2004 traz à tona a discussão sobre o Poder Normativo da Justiça do Trabalho, com posicionamentos prós (Liberdade Sindical) e contra (Inafastabilidade da Jurisdição Estatal, Ubiquidade da Jurisdição, condição potestativa) ao comum acordo exigido para a propositura do dissídio coletivo.

Efetivamos uma breve análise jurídica sobre o dever de negociar, no Brasil, na Espanha e no Tratado da Constituição Européia.

Constatamos que a Constituição Brasileira reconhece as convenções e os acordos coletivos, mas não diretamente a negociação coletiva. Da mesma forma, a Constituição Espanhola (artigo 37) determina que a lei reconheça a negociação coletiva, sem reconhecê-la diretamente.

Considerando os direitos fundamentais, como os reconhecidos e positivados no mais alto nível normativo, concluímos que o dever de negociar, tanto no Brasil como na Espanha, não é um direito fundamental.

As violações ao dever de negociar pelo Direito Espanhol podem implicar na violação do direito fundamental à Liberdade Sindical consagrado no artigo 28.1 da Constituição Espanhola.

O texto refundido sobre infrações e sanções (Real Decreto Legislativo nº 5/2000) caracteriza em seus artigos 7º e 8º, como graves as infrações ao dever de negociar e os artigos 151 a 160 da Lei de Procedimentos Laborais estabelecem regras processuais para tornar eficaz o cumprimento do dever de negociar.

Palavras-chave: Negociação coletiva; dever de negociar; comum acordo na negociação coletiva; liberdade sindical; Espanha - Negociação coletiva.

Os conflitos nas diversas etapas da história foram solucionados por meios diferentes. Segundo os estudos de ALCALÁ-ZAMORA E CASTILLO¹, nas sociedades

primitivas prevaleceu a autotutela, imposição do mais forte ao mais fraco, influenciada pelos juízos de Deus. Os conflitos eram solucionados por duelos, combates, liças,

*Henrique Damiano é Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região e doutorando pela Universidade Castilla - La Mancha - Espanha

¹MASCARO NASCIMENTO, Amauri - *Compêndio de Direito Sindical*, Ed. LTr, 2ª edição, 2000.

ordálias, com a exposição física a toda sorte de atrocidades para que, se resistissem, tornarem-se vitoriosos, tendo na época aceitação social. O direito procurou afastar tais modalidades de solução dos conflitos. Em um segundo período passaram a ser resolvidos pelo processo, com o aperfeiçoamento das técnicas de solução jurídica e desenvolvimento do conceito de jurisdição. Desenvolveu-se com relevância a solução dos conflitos diretamente pelas partes, não pela imposição do mais forte ao mais fraco e sim pelo entendimento ou a negociação.

Com pequenas divergências, os doutrinadores concordam com a divisão da solução dos conflitos coletivos de trabalho em autocompositivas e heterocompositivas.

A observação da experiência européia evidencia que as relações entre sistema judicial e modos não jurisdicionais de composição dos conflitos coletivos jurídicos podem agrupar-se em dois grandes modelos teóricos ou tipos ideais. O elemento de diferenciação, entre um e outro, não decorre nem depende da maior ou menor centralidade institucional do sistema judicial, que em ambos se configura como o método dominante de satisfação dos conflitos de trabalho. A elaboração de referidos modelos está construída sobre a vinculação funcional dos meios não jurisdicionais, respeitando a tutela judicial.

A elaboração destes modelos baseia-se na observação do tipo de conexão funcional que os meios não jurisdicionais de solução de conflitos mantêm com o sistema judicial. O sistema judicial é a fonte matriz que serve, de um lado, para a definição dos modelos propostos e, de outro, para a atribuição ou filiação tendencial dos distintos ordenamentos a um ou outro.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT) os conflitos, em geral, são resolvidos com base em três grandes métodos baseados na intervenção de terceiros: 1 - o judicial, 2 - o que reúne conciliação e mediação e 3 - o da arbitragem².

A recomendação nº 92 da Organização Internacional do Trabalho, sobre conciliação e arbitragem voluntárias, datada de

29 de junho de 1951, dispõe em seu artigo 1º que:

Deverão ser estabelecidos organismos de conciliação voluntária, apropriados às condições nacionais, com o objetivo de contribuir para a prevenção e solução dos conflitos de trabalho entre empregadores e trabalhadores.

Por seu turno, a convenção nº 98 da mesma Organização em seu artigo 4º estabelece que:

Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o 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.

Reafirmando a passagem da Declaração de Filadélfia, na qual se reconhece a obrigação solene da Organização Internacional do Trabalho de estimular, entre todas as nações do mundo, programas que permitam alcançar o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva e, levando em consideração que tal princípio é plenamente aplicável a todos os povos, determina a convenção nº 154 que deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva.

IVES GANDRA MARTINS FILHO, em monografia, alinha os países que adotam a arbitragem obrigatória e aqueles que adotam formas voluntárias de solução dos conflitos trabalhistas. Relaciona países que adotam as formas voluntárias e a arbitragem facultativa: Argentina, Grã-Bretanha (tem, desde 1964, uma Justiça Especializada do Trabalho e, a partir de 1968 e 1971, leis específicas sobre as relações de trabalho), Estados Unidos (não tem Justiça Trabalhista especializada; os conflitos de interesses são resolvidos na esfera administrativa), Japão (não existe Justiça do Trabalho, os conflitos coletivos, que não supõem confronto, são solucionados através da

²Conciliación Y Arbitraje en los Conflictos de Trabajo: Estudio Comparativo. Primera Edición, segunda impresión. Ginebra - Suiza: Oficina Internacional del Trabajo, 1987, p. 3.

negociação coletiva, dentro das empresas, firmando-se convenções coletivas de trabalho), Panamá (existe tribunal laboral, sem poder normativo; as partes firmam acordos ou recorrem à arbitragem); países que admitem a arbitragem obrigatória como medida de exceção: Chile (conciliação obrigatória, arbitragem facultativa e, em circunstâncias extremas, obrigatória); Espanha (conciliação e arbitragem facultativas, e no caso de greve que produza prejuízo grave à economia nacional, arbitragem obrigatória), República Dominicana, Colômbia, Egito, Itália, Malásia, Paquistão, Senegal, Venezuela; e países que contemplam as formas impositivas em caráter geral: Austrália (possui Cortes Laborais com Poder Normativo para dirimir conflitos coletivos de trabalho), México (Juntas de Conciliação e Arbitragem, instância única para dirimir conflitos trabalhistas, com poder normativo), Peru (o Ministério do Trabalho tem o monopólio da solução de conflitos coletivos de trabalho)³.

O Dissídio Coletivo, como processo, foi adotado inicialmente na "Carta del Lavoro", na Itália fascista, a qual conferiu à magistratura do Trabalho o poder de dirimir os conflitos de trabalho, mediante fixação de regras gerais, abstratas e obrigatórias para a categoria.

No Brasil, o Decreto-Lei 1.237, de 02 de maio de 1939, instituiu o Dissídio Coletivo, sendo competente para conciliação e julgamento a Justiça do Trabalho, que, na época, pertencia à estrutura administrativa do Poder Executivo na esfera do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

Surgiu também o chamado Poder Normativo da Justiça do Trabalho, um instituto originado no Estado Novo, durante o governo de Getúlio Vargas, assim como nossa Consolidação das Leis do Trabalho, a

qual, principalmente em matéria coletiva, deixa sensíveis rastros do pensamento político de Getúlio e do fascismo consagrado por Mussolini.

Trata-se de competência conferida à Justiça do Trabalho para decidir, interpretar, criar e modificar normas, em matéria de dissídios coletivos.

As decisões coletivas em dissídios de natureza econômica e declaratória em dissídios coletivos de natureza jurídica, têm natureza jurídica constitutiva.

O poder normativo da Justiça do Trabalho é considerado atípico, tanto que só existe no Brasil e, de forma análoga, na Austrália, Nova Zelândia, Peru e México⁴.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO enumera as desvantagens do poder normativo sob os seguintes argumentos: enfraquecimento da liberdade negocial; desconhecimento real das condições do setor; demora nas decisões; generalização das condições de trabalho; incompatibilidade com a democracia pluralista e representativa; e maior índice de descumprimento da norma coletiva. Ressalta como vantagens a ausência de um

sindicalismo forte no Brasil e a necessidade social de superar o impasse na ausência de autocomposição⁵.

A competência da Justiça do Trabalho, prevista no artigo 114 da Constituição Federal, no que se refere aos dissídios coletivos, foi objeto de alteração introduzida, especificamente, em seus §§ 2º e 4º, através do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº 96-E, atualmente Emenda Constitucional nº 45/2004.

A grande inovação do § 2º do art. 114, introduzida pela Emenda Constitucional

"A grande inovação do § 2º do art. 114, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, foi a inclusão da expressão de comum acordo no texto constitucional, como condição de ajustamento da ação de dissídio coletivo."

³apud Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, in artigo publicado na Revista de Direito do Trabalho, RT-99, p. 87 a 96.

⁴MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Processo Coletivo do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 1996, p. 33-34.

⁵MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Ob. Cit., p. 35-39.

n. 45, de 8 de dezembro de 2004, foi a inclusão da expressão de comum acordo no texto constitucional, como condição de ajuizamento da ação de dissídio coletivo. Isto é, o dissídio coletivo somente poderá ser instaurado se todas as partes envolvidas estiverem de comum acordo.

Em decorrência desta exigência constitucional, diversos princípios foram invocados, prós e contra a exigência de comum acordo, para o ingresso com a ação de dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho Brasileira.

Assim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal estaria previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 ao dispor que "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Por força do referido princípio, impede-se a pretendida terceirização da atividade estatal concernente à solução dos litígios, ressalvada a hipótese dos conflitos coletivos laborais e julgamento pelo Senado Federal do Presidente da República, Vice-Presidente, Ministros de Estado e comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica nos crimes de responsabilidade, por haver menção expressa no mesmo diploma (artigos 114, § 1º e 52, I da Constituição Federal, respectivamente). Seria cláusula pétrea, pois, na forma do artigo 60, § 4º, IV, vedada a deliberação da proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Por via de consequência, impossível que a lei ordinária afronte tais normas constitucionais.

O princípio constitucional da ubiqüidade da jurisdição, significa que lei alguma poderá auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto a sua constitucionalidade nem poderá dizer que ela seja invocável pelos interessados perante o

Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação⁶.

Como condição potestativa, partindo da definição inserta no art. 121 do Código Civil brasileiro de 2002, considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. Pelo art. 122, primeira parte, do mesmo código, são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes. No entanto, consoante os subseqüentes arts. 123 e 124, o negócio jurídico (verbete que substitui a anterior figura de ato jurídico) resulta inválido,

quando estiver subordinado a condições suspensivas física ou juridicamente, e inexistente quando sujeito a condições impossíveis resolutivas. A segunda parte do mencionado art. 122 inclui entre as condições defesas, aquelas identificadas como potestativas, ou seja, as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

Logo, há de ser tida como inexistente a condição (da ação) que obriga ao impossível (e contraria o antigo e consagrado brocardo segundo o qual *ad*

impossibilia nemo tenetur), entendendo-se como impossível, na hipótese, o utópico assentimento explícito do poder econômico, que as partes submetam voluntariamente ao crivo do Judiciário Trabalhista, as novas pretensões da categoria profissional que impliquem conquistas para a classe trabalhadora ou as rotineiras reivindicações de reajuste salarial, englobando a recomposição das perdas e um ganho como produtividade. Ainda que assim não fosse, a distribuição, entre as partes litigantes, de um requisito de admissibilidade que, se não satisfeito, prejudicará apenas uma delas, e precisamente

"Em decorrência desta exigência constitucional, diversos princípios foram invocados, prós e contra a exigência de comum acordo, para o ingresso com a ação de dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho Brasileira."

⁶BASTOS, Celso e GANDRA MARTINS, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. II, p. 171.

aquela que fica submetida ao exclusivo arbítrio da outra, tipifica a condição potestativa.

Como cláusula potestativa, o Tribunal do Trabalho poderá, desde que visualizada má-fé, abuso de direito ou ilicitude por parte da categoria econômica, outorgar o suprimento judicial suplicado, quando sua decisão terá a mesma eficácia jurídica do consentimento denegado, possibilitando assim a tramitação normal do dissídio coletivo de natureza econômica, até seu final julgamento. Neste contexto poderiam ser aplicadas regras tanto de direito civil, que regulam o suprimento judicial nos casos que especifica, como também regras processuais próprias da execução de obrigação de fazer, sendo que neste aspecto o artigo 641 do CPC, enfatiza que condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida. No caso do dissídio coletivo de natureza econômica, como a recusa de declaração de vontade (outorga de consentimento da categoria econômica) pode ser fruto de má-fé ou de ilicitude, a simples decisão incidental dessa circunstância produziria desde logo todos os efeitos da declaração não emitida, ficando atendida assim a condição de procedibilidade do dissídio coletivo de natureza econômica, tal como exigida no parágrafo segundo do artigo 114 da Magna Carta, com a nova redação impressa pela EC n. 45/04, quando o Tribunal, frustrada que seja qualquer negociação, instruirá normalmente o dissídio coletivo.

Em sentido oposto, posicionando-se pela constitucionalidade da exigência do comum acordo, já que não se extinguiu a fascista instituição, afirmam que o legislador constitucional buscou uma conciliação: o Estado só intervirá na liberdade sindical - que também é um bem constitucional -, art. 8º, *caput*, da Constituição Federal, se as partes de comum acordo quiserem. Neste caso, a violência deixa de existir, pelo menos em sua força originária, porque a intervenção se deu a pedido e não por iniciativa do Tribunal. Demonstra-se a intenção do legislador constitucional em compatibilizar o dissídio coletivo com a liberdade sindical.

Por este posicionamento, não se pode comparar o acesso ao Judiciário, previsto no

art. 5º, XXXV, da CF com a restrição do § 2º do art. 114. No primeiro caso, trata-se de princípio genérico, dirigido a todo cidadão que tenha um direito lesado ou ameaçado.

Esse dispositivo tem duas dimensões. A primeira é de direito material. Quando se fala em "direito", no sentido subjetivo que foi o empregado pelo texto, pergunta-se também pela lei que o criou, gerando um dever ao obrigado que o violou.

O segundo sentido é de ordem formal. Se houve violação ou ameaça a direito, a parte pode procurar o remédio, ou seja, o acesso ao Judiciário. Como este acesso presume o processo, a proteção dar-se-á na forma prevista na lei processual.

O Processo Civil, enquanto ciência, tem regras formais, pelas quais regula o fluxo da composição do conflito: a inicial, a defesa, a produção de prova, o recurso aos tribunais superiores. Tudo se faz segundo regras que, não satisfeitas, impedem o acesso ou o prosseguimento da relação processual.

Portanto, o princípio do acesso ao Judiciário não é absoluto. Tem restrições na prática cotidiana, aliás, como todo princípio. Nunca houve princípio, jurídico ou não, que dividisse o mundo sem deixar resto. Isso vale, evidentemente, para o acesso ao Judiciário, que se verifica mediante normas e prescrições estabelecidas pela lei processual.

Se a parte não escolher a jurisdição correta e não obedecer às regras de competência, não terá acesso ao Judiciário. Se não houver possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e interesse, a petição não satisfará aos requisitos da lei. Será, então, indeferida, e este acesso será barrado no início. Para recorrer, a parte tem de pagar as custas, obedecer aos prazos, depositar um valor calculado sobre a condenação e usar o recurso próprio. Se assim não agir, não terá acesso à instância superior.

Para chegar aos tribunais superiores, tem de suscitar questão de direito, fora da matéria de fato discutida nos autos. Caso contrário, ficará impedida de ascender aos tribunais de cúpula.

Há, e sempre houve, condições para a ação em todos os sistemas processuais, cujas normas têm por finalidade exatamente

regular o acesso ao Judiciário e o desenvolvimento do processo, dentro dele. Conforme salienta o processualista português Miguel Teixeira de Souza:

*A garantia de acesso aos tribunais não é incompatível com certas restrições, desde que estas não sejam arbitrárias ou injustificadamente discriminatórias*⁷.

No caso do dissídio coletivo, foi exatamente o que se deu. O legislador constitucional impôs condição para o acesso ao Judiciário, que não limitou o direito da parte. Apenas exigiu que houvesse acordo para a proposição, em razão da natureza especialíssima deste tipo de ação no sistema processual.

O novo texto não impediu nem restringiu o exercício do direito constitucional de ação, como vem sendo alegado por alguns autores. Os sindicatos poderão continuar a servir-se do processo para estabelecerem normas e condições de trabalho. Apenas o adaptou às finalidades do instituto de que a ação é instrumento.

Impedir é uma coisa, limitar e condicionar é outra.

Na ação coletiva para fixar normas e condições de trabalho, a legitimidade e o interesse não se medem apenas em função do autor e do réu, porque não se trata de reivindicação ou de contestação de um direito subjetivo, mas da criação de normas, em que predomina o interesse de toda uma categoria profissional.

São, pois, absolutamente diferentes os objetivos pretendidos em ambas as ações:

a) pela ação civil comum, pleiteia-se um direito subjetivo, derivado de lei. Pela ação coletiva, pretende-se a criação de normas;

b) pela ação civil comum, o interesse defendido é individual e, mesmo quando cole-

tivo ou difuso, por ela não se criam normas e condições;

c) na ação civil, há o reconhecimento de um direito, mesmo que transindividual. Na ação de dissídio coletivo, há a criação de um direito por atividade anômala do Judiciário, com grave intervenção e restrição à liberdade sindical.

Atendendo a essas peculiaridades, já que o interesse coletivo transcende o interesse das partes (ou seja, dos sindicatos em disputa), porque envolve interesse de toda a categoria (profissional e econômica), o legislador exigiu que a via judiciária só fosse acionada por comum acordo das partes.

A intenção é evidente: resguardar a liberdade sindical, bem jurídico constitucionalmente reconhecido e defendido - art. 8º da Constituição Federal.

Aqui, se o legislador reconhecesse as condições da ação apenas em função do autor, romperia com o equilíbrio da disputa coletiva, porque submeteria a outra parte, contra sua vontade, a renunciar à liberdade sindical e a submeter-se a julgamento compulsório de reivindicação coletiva, o que significaria agressão à liberdade sindical.

Essa era a anomalia da ação de dissídio coletivo, que só sobreviveu por todo esse tempo porque tinha âncora constitucional. Se tivesse sido instituída pela lei ordinária, jamais teria sobrevivido em razão de sua flagrante inconstitucionalidade, pois se chocaria com a interdependência e harmonia dos Poderes da República - art. 2º da Constituição Federal -, em razão da competência legislativa atribuída ao Judiciário, em prejuízo do Parlamento.

Esta seria a razão que explica a inexistência do instituto em todo o mundo.

"A intenção é evidente: resguardar a liberdade sindical, bem jurídico constitucionalmente reconhecido e defendido - art. 8º da Constituição Federal."

⁷SOUZA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Processo Civil*. Lisboa: Lex, 2000, p. 25.

Por se tratar de um tipo especial e anômalo de ação, que não se forma com base na pretensão do autor contra um réu, fundado no direito posto, mas sim na criação de normas que vão reger os interesses de ambos, o legislador considerou que a intervenção do Estado só seria legítima se se verificasse de acordo com a vontade de ambos os sindicatos. Daí a exigência do acordo, para resguardar a vontade de ambos, que é, em última análise, a própria liberdade sindical.

Ora, se são diferentes os objetos do processo comum e coletivo, andou certo o legislador em tratá-los diferentemente. Não há pior erro em qualquer ciência do que pretender a solução de um problema pelo método errado, pois o resultado será necessariamente um desacerto que o agravará em vez de resolvê-lo.

Também não se há de evocar a distinção entre poder constituinte e derivado para resolver a questão.

A Constituição brasileira pertence ao modelo rígido e, esta rigidez se mostra exatamente na técnica de sua reforma. Para que não se torne uma simples lei, reformável segundo a maioria dos parlamentos e os interesses políticos do momento, estabelecem-se normas para sua modificação⁸. Na Constituição brasileira, elas se encontram no art. 60 e se centram na qualificação do *quorum*: discussão em dois turnos e aprovação de três quintos dos votos dos respectivos membros.

Porém, a reforma da Constituição não poderia ir ao extremo de mudar seus núcleos ideológicos mais significativos, pois, se assim fosse, ela se descaracterizaria em sua mensagem política básica, podendo tornar-se até mesmo anti-democrática. Por isso, no § 4º do art. 60, estabeleceu-se um núcleo duro, que não pode receber nenhum tipo de emendas:

- a) forma federativa;
- b) voto direto, secreto, universal e periódico;
- c) separação de Poderes;
- d) direitos e garantias individuais.

Pelo voto, direto, secreto, universal e periódico, garante-se a manifestação do povo, como base de qualquer democracia.

Pela separação de Poderes, garante-se seu funcionamento e equilíbrio.

Pelos direitos e garantias, estabelece-se a relação cidadão-estado, com os marcos e limites de cada um.

Em função dessas possibilidades de reforma, fixou-se o conceito de poder constituinte e de poder constituído. O primeiro cria a Constituição, como contrato social básico de um povo. Como ela não pode ser permanente e eterna, sujeita-se ao processo histórico de modificações, que o tempo exige de todas as instituições humanas. Há então o poder constituído ou derivado, que se opera por meio das emendas constitucionais, que se exerce até o ponto permitido na própria Constituição, cujo limite é o núcleo duro imodificável, por ela mesmo tido como imodificável.

O poder constituinte originário é a redução de todas as instituições ao povo, em que todo poder repousa. O processo de estabelecimento deste poder constituinte originário ou básico pode ser por vias normais, delegando o povo aos seus legisladores o poder de criação de uma nova ordem constitucional ou por processos violentos ou revolucionários, nos quais se destrói a ordem vigente e se estabelece uma outra em sua substituição.

Porém, tão logo se pacifique a agitação política, predomina a força inercial do Direito, cuja finalidade em todos os tempos é exatamente estabilizar e dar forma aos fatos políticos, sociais e econômicos. A Constituição acolhe a nova ordem e nela se instituem as bases do novo Estado.

As revoluções não são violações do Direito, mas a sua criação em padrões novos e radicais. Não se admite uma ordem jurídica que reconheça um direito à revolução. O tema pertence à História, não à Filosofia do Direito, como acentuou corretamente HERRFAHRDT⁹. Citando JHERING, afirma: "num confronto entre o Direito e a

⁸SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 65.

⁹HERRFAHRDT, Heinrich. *Revolución y ciencia del derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1932, p. 89.

vida, salve-se a vida, pois é nela que repousa o cerne de tudo que criamos”.

No momento da revolução, a ordem jurídica anterior se quebra e o novo direito se firma. Perante a nova ordem, qual vai ser o núcleo imodificável da Constituição e quais as partes que podem submeter-se ao crivo da atualização histórica? Tudo dependerá da opção política que nela se acolher.

A EC nº 45/04 não feriu o direito de ação, não violentou o direito de acesso ao Judiciário, não violou direitos fundamentais, não restringiu nada. Apenas condicionou o direito de ação de dissídio coletivo a peculiaridades inerentes à sua própria natureza.

Não se pode usar o método exegético do processo comum no processo do trabalho, pois um abismo os separa. Também, internamente, não se pode aplicar ao Processo Coletivo do Trabalho (instrumento das normas de Direito Coletivo) as regras do Direito Processual do Trabalho, destinadas a fazer valer direitos individuais trabalhistas, porque são absolutamente diferentes as finalidades de cada um. Logo, a interpretação tem também de ser diversa.

É indispensável que se estabeleça, com firme diferenciação, o Direito Processual do Trabalho para aplicar as normas de dissídio individual e as de Direito Processual Coletivo para aplicar as normas referentes aos conflitos que provêm do Direito Coletivo. Uma parte comum os unificará e uma parte específica os diferenciará.

A regra do art. 5º, XXXV, da CF garante o direito de acesso ao Judiciário, em relação a um direito positivo, concreto, existente na lei ou nos códigos. Se este direito é lesado ou ameaçado, quem o possui poderá recorrer ao Judiciário para reparar a lesão ou prevenir-se da ameaça. Se lhe fosse retirada esta via, não teria a quem recorrer e a Justiça lhe seria negada. Onde ficaria o Estado Democrático de Direito?

Já no Direito Coletivo do Trabalho, a situação é diferente e precisa ser analisada de outro ângulo. Quem trata de modo igual coisas diversas erra necessariamente na análise que faz. Distinguir, quando necessário, é fundamental à obtenção da verdade.

Em primeiro lugar, uma afirmativa fundamental: o acesso não foi negado, mas apenas condicionado. E a restrição nada tem de discriminatória ou arbitrária, pois atendeu a um princípio fundamental em Direito Coletivo, pelo qual a intervenção do Estado tem caráter excepcional.

Mas a porta não lhes foi absolutamente fechada. Os sindicatos continuam ainda com três vias para a solução do conflito: a negociação coletiva, a arbitragem e a greve. Se, entretanto, preferirem o Judiciário, só podem utilizar-se desta via mediante acordo, o que é uma condição, não uma vedação, feita para atender à natureza específica do instituto do dissídio coletivo.

O legislador pensou, primeiro, na livre composição do conflito pelos próprios sindicatos. Visou, teleologicamente, a resguardar a liberdade sindical e a autonomia privada coletiva, bens constitucionais protegidos pela Constituição no art. 8º. Agiu, portanto, com acerto e comedimento, compatibilizando o acesso ao judiciário com a natureza especial do Direito Coletivo.

Portanto, a argüição de que os sindicatos, de empregados ou empregadores, foram prejudicados no acesso ao Judiciário é errônea e tem origem meramente corporativista.

Nossos sindicatos se acostumaram a entregar tudo ao Estado, assentados comodamente no monopólio da representação e com a mão no cofre, onde entra o fácil dinheiro da contribuição sindical.

Como a questão agora mudou e a Constituição dificultou o acesso para

“O legislador pensou, primeiro, na livre composição do conflito pelos próprios sindicatos. Visou, teleologicamente, a resguardar a liberdade sindical e a autonomia privada coletiva, bens constitucionais protegidos pela Constituição no art. 8º.”

incentivar a negociação, a grita se levanta dos dois lados, para se manter privilégios anacrônicos e insustentáveis.

O valor restritivo que a Constituição agora criou repousa na concepção filosófica de que a negociação coletiva é o melhor caminho para a solução de conflitos coletivos. Por isso deu aos sindicatos a liberdade necessária para este fim. Se são fracos, pequenos, inoperantes, esta carência não se deve ao Direito nem pode ser obtida por via jurídica, mas, sim, por representatividade, capacidade de ação, independência e trabalho.

Trata-se, pois, de uma opção do legislador constitucional, que não pode ser avaliada pelo Judiciário, já que não houve contrariedade a nenhum princípio ou norma expressa da Constituição.

O princípio do acesso ao Judiciário, visto pelo plano do direito individual, é completamente diferente, quando se trata de Dissídio Coletivo.

Quando se trata de direito individual, o acesso se dá para garantir um direito que já existe, que foi ameaçado ou violado. Quando se trata de acesso em Direito Coletivo, a situação é outra, porque aqui se vai fazer ou criar a norma. Portanto, há uma profunda diferença de propósitos, que não pode ser esquecida pelo intérprete.

Limitar esta atividade anômala de acesso ao Judiciário para criar normas, em nome de outros princípios maiores da liberdade sindical e da autonomia coletiva, nada tem, absolutamente nada, de inconstitucional.

A confusão dos dois planos leva a conseqüências lastimáveis na prática. Já ouvimos o seguinte argumento: "Uma pessoa deve uma determinada quantia. Imagine-se se o credor, para exigí-la, tivesse que contar com a concordância da outra parte. Esta naturalmente não concordaria e o credor não teria acesso ao Judiciário."

O erro é manifesto e o argumento conduz ao absurdo, porque se pensou no acesso ao Judiciário do art. 5º, XXXV, que pressupõe a norma e o direito violado. Aqui, sim, a exigência de acordo seria de fato intolerável restrição do acesso ao Judiciário.

Mas, quando se trata de conflito coletivo, para criar a norma, a restrição do acordo é plenamente justificável, porque as partes continuam com o direito à negociação coletiva, à arbitragem e à greve. Têm, portanto, instrumentos muito maiores e muito mais eficientes para resolver o conflito. Não houve restrição, mas sim ampliação.

O legislador constitucional pensou na liberdade sindical - art. 8º, no direito à negociação coletiva - art. 7º, XXVI, e no direito de greve - art. 9º. Só depois é que previu a intervenção do Estado no art. 114, § 2º. Será que, com uma interpretação incoerente e absurda, vamos destruir todos estes princípios constitucionais?

Convém lembrar que, em matéria constitucional, há uma regra fundamental de hermenêutica: se a Constituição acolheu dois ou mais valores, não se deve interpretar um excluindo os outros. O intérprete há de procurar um lugar para todos, pois foi esta a vontade da Constituição.

Este é o panorama da atual realidade brasileira. Passamos, agora, a analisar a questão do dever de negociar pela legislação Européia, especialmente na Espanha, ressaltando de início que a legislação espanhola conta com dispositivos que procuram dificultar a solução heterônoma, notadamente aquela por parte do Estado-juiz, como o denominado "poder normativo do judiciário".

Não há dúvida de que a negociação coletiva trata-se de uma obrigação imposta por lei, pois dispõe o artigo 89 do Estatuto dos Trabalhadores:

A parte receptora da comunicação só poderá negar-se à iniciação das negociações por causa legal ou convencionalmente estabelecida, ou quando não se trate de revisar um convênio já vencido, sem prejuízo do estabelecido nos artigos 83 e 84; em qualquer caso deverá contestar por escrito e motivadamente.

O dever de negociar decorrente da teoria geral do negócio jurídico é obrigação legal ou convencional, através da qual se pretende fazer incidir, de forma indireta, no sistema de regulação das condições de trabalho e, qualitativa e diretamente, no

processo de negociação, de forma que mediando a conduta das partes legitimadas intervenientes, se facilite a consecução de um acordo ou seu correto e efetivo desenvolvimento.

O Tribunal Constitucional Espanhol sedimentou seu posicionamento, para declarar reiteradamente que o direito à negociação coletiva reconhecido no artigo 37.1 da Constituição Espanhola, não é suscetível de tutela através do recurso de amparo, salvo quando resulte afetado o direito à liberdade sindical, pressuposto que ocorre quando se nega ou impede a atividade negociadora que o ordenamento atribui ao sindicato.

No tocante à obrigação de negociar imposta por convênios coletivos, o Estatuto dos Trabalhadores (artigos 83.2 e 85) dá cobertura legal à possibilidade de que a autonomia coletiva venha a regular determinados aspectos do processo negociador do convênio posterior ou do contemporâneo. Resulta esta, uma prática não muito comum, à exceção do referente à especificação dos requisitos formais de denúncia e renegociação, que vierem a completar ou especificar o já disposto na lei.

Sua importância é destacável, não só pelo fato de que permite a configuração de instrumentos adicionais para adequar-se à realidade econômica, laboral ou negocial do setor ou da empresa, erigindo-se em verdadeiro "método de governo das relações laborais", mas também facilita o trabalho interpretativo de certas passagens da lei com referência ao dever de negociar, dando conteúdo, clareza e maior coerência à segunda e a terceira das causas previstas no artigo 89.1 do Estatuto dos Trabalhadores.

Com relação às medidas de eficácia na aplicação do dever de negociar, podemos afirmar que nos últimos anos, tanto a doutrina como a jurisprudência, e mais recentemente o próprio legislador, têm avançado na

construção dogmática do dever de negociar e paralelamente a esta evolução, o que não evita, porém, um certo sentimento de insatisfação.

A utilização obrigatória dos meios de solução extrajudiciais configura-se como uma medida necessária e preferível à tutela judicial, reiterando a precisão de que sua conveniência não pode obviar que o recurso ao processo judicial não oferece uma solução globalmente satisfatória.

Em todo caso e à margem da conveniência de não descuidar do papel dos meios de solução extrajudiciais como mecanismo para dotar de efetividade prática o dever de negociar, desde uma perspectiva mais linear, um dos primeiros elementos a considerar é a necessidade de incorporar, de forma generalizada e permanente ao processo, um terceiro na dinâmica negocial, que independentemente de funções propriamente condutoras, assuma um papel informador, assessor, dirimemente ou em definitivo, gestor do processo.

A tendência do sistema de relações laborais parece evoluir no sentido de circunscrever a incidência da administração a uma atuação *ad extra* e de ordem meramente normativa. Em ordenamentos jurídicos com tradição negociadora há uma evoluída articulação de um futuro corpo especializado de mediadores e árbitros de dedicação exclusiva.

São fundamentalmente dois os preceitos que se pode invocar para a proteção estrutural da negociação coletiva: o artigo 95.7 do Estatuto dos Trabalhadores, segundo o qual será infração grave "a transgressão dos direitos de informação, audiência e consulta dos representantes dos trabalhadores e dos delegados sindicais, nos termos legais ou convencionalmente estabelecidos" e o artigo 95.10, do mesmo diploma legal, que atribui igual sanção em caso de "atos ou omissões que forem contrários aos

"O Tribunal Constitucional Espanhol sedimentou seu posicionamento, para declarar reiteradamente que o direito à negociação coletiva reconhecido no artigo 37.1 da Constituição Espanhola, não é suscetível de tutela através do recurso de amparo, salvo quando resulte afetado o direito à liberdade sindical, pressuposto que ocorre quando se nega ou impede a atividade negociadora que o ordenamento atribui ao sindicato."

direitos dos trabalhadores reconhecidos no artigo 4 do Estatuto dos Trabalhadores”.

O processo de conflito coletivo, regulado nos artigos 151 a 160 da Lei de Procedimentos Laborais, surge como instrumento que, de modo desordenado, pode dar cobertura geral ao não cumprimento do dever de negociar e, em especial, ao conjunto de práticas que, embora censurável a partir de uma perspectiva sócio-laboral, é inimputável de um ponto de vista jurídico. Trata-se, em qualquer caso, de uma alternativa um tanto forçada, porquanto não parece se ajustar à lógica administradora e bipolar ou contraposta delineada pelo legislador.

Admite-se a possibilidade da sentença declaratória no processo de conflito coletivo ou nas que se determine um importe líquido ao objeto de sua proteção.

A lógica imposta pelo ressurgimento do dever de negociar deve dar lugar ao restudo de seus mecanismos de tutela sob uma base renovada, que supere a errônea identificação da figura com as construções jurídicas pré-constitucionais e que, inclusive reclamando dos interlocutores um papel principal em sua regulação e solução, assumam a consecução de um sistema maduro de relações laborais.

Temos, pois, que nos textos constitucionais dos distintos ordenamentos e nas declarações internacionais extrai-se uma definição de direito fundamental da pessoa do trabalhador.

Nesta ordem de coisas, deve-se ao mérito do italiano LUIGI FERRAJOLI¹⁰ haver elaborado a noção formal e lógica mais acabada, da categoria dos direitos fundamentais, entendendo por tal “aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de trabalhar”.

Três são as linhas estruturais “independente do conteúdo das expectativas que tutelam” que distingue esse tipo de direito

dos demais. O primeiro é a forma universal de sua imputação; tratam-se de direitos “universais” no sentido deontológico e não valorativo da qualificação universal da classe de sujeitos que como pessoas, cidadãos ou capazes de trabalhar são seus titulares. A segunda característica é sua indisponibilidade, tanto ativa, pois são inalienáveis por seu titular, como passiva, já que não são expropriáveis por outros sujeitos, começando pelo Estado. A terceira e última característica, consiste em que os direitos fundamentais têm em seu conteúdo regras gerais e abstratas; isto é, confere-se mediante normas gerais de categoria habitualmente constitucional, que são normas téticas e não hipotéticas, já que dispõem de maneira imediata as situações jurídicas expressadas por elas.

Conceituando tais direitos, diz SANDRO DE MELO, na trilha de GOMES CANOTILHO, que “direitos do homem” são “direitos válidos para todos povos em todos os tempos”, ou seja, derivados da natureza humana e por isso com caráter inviolável, intemporal e universal, enquanto “direitos fundamentais” são inerentes ao homem jurídico, institucionalmente garantidos e limitados “espaço-temporalmente”, isto é, seriam os “objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”¹¹.

É oportuna a transcrição do escólio de CANOTILHO, para melhor compreensão da distinção apontada: “Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exato desta positivação jurídica é a constituição. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e inalienáveis do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes do direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica “os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até por vezes, mera retórica

¹⁰VALDES DAL-RÉ, Fernando. *Revista de Relações Laborais*, nº 18, setembro/2003, Ed. La Ley, p. 5.

¹¹MELO, Sandro Nahmias. *Meio Ambiente do Trabalho: Direito fundamental*. São Paulo, LTR 2001, p. 53.

política” mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grendrechtsnormen)¹². Por outras palavras, que pertencem a CRUZ VILLALON: “onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjetivos públicos dos alemães; haverá enfim coisas distintas como foros ou privilégios”. E conclui “Os direitos fundamentais são, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivam consequências jurídicas”¹³.

No Conselho Europeu de Colônia, de junho de 1999, resolveram redigir uma Carta de Direitos Fundamentais para a União Européia. Tal carta encontra-se incorporada na Constituição Européia, parte II, sob o título “CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO”. No dia 07 de dezembro de 2000, no transcurso da conferência de Niza, a Carta foi firmada e proclamada pelos Presidentes do Parlamento Europeu¹⁴.

O direito ao trabalho encontra-se previsto no capítulo dedicado às Liberdades, porém, no capítulo dedicado à Solidariedade enunciam-se os efetivos direitos relacionados com o âmbito laboral, como o de informação e consulta aos trabalhadores na empresa (artigo II-27), direito de negociação e ação coletiva (artigo II-28), direito de acesso aos serviços de colocação (artigo II-29), proteção em caso de despedida injustificada (artigo II-30), direito a condições de trabalho justas e equitativas (artigo II-31), proibição do trabalho infantil e proteção dos jovens no trabalho (artigo II-32), que recorda as discriminações positivas anteriormente apontadas e a proteção da vida familiar e sua conciliação com a vida profissional (artigo II-33).

Na efetividade dos direitos fundamentais pode ocorrer colisão entre eles; assim

é que o trabalhador tem direitos (proibição de discriminação, intimidade, honra, livre expressão, informação, própria imagem, liberdade de informação, liberdade sindical, greve,...) e também os tem o empresário, (propriedade privada, livre empresa, imagem,...).

Doutrina e jurisprudência têm se valido do princípio da proporcionalidade; princípio que originariamente regia ou media as limitações resultantes da atuação dos poderes públicos no âmbito dos direitos de liberdade dos cidadãos e também dos direitos específicos dos trabalhadores.

Esse princípio de proporcionalidade atua segundo três condições: a) da adequação da medida objetivamente proposta (juízo de idoneidade); b) da necessidade da medida para alcançar seu objetivo e não existindo outra mais moderada com igual eficácia (juízo de necessidade); c) da ponderação da medida por derivar-se dela mais benefícios ou vantagens para o interesse geral do que prejuízo sobre outros bens ou valores em conflito (juízo de proporcionalidade em sentido estrito).

Em linhas gerais, são qualificados como “fundamentais” aqueles direitos que, por estarem diretamente enraizados na condição da dignidade humana, têm de ser reconhecidos no mais alto nível normativo e sempre respeitados como base que legitime a organização de poder em qualquer estado de direito.

A Constituição Européia reconhece que os trabalhadores e os empresários, ou suas organizações respectivas, têm direito a negociar e celebrar convênios coletivos nos níveis adequados e a empreender, em caso de conflito de interesses, ações coletivas para a defesa de seus interesses, incluída a greve (art. II-28)

A Constituição brasileira reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º XXVI) no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, que por sua vez faz parte do título referente aos direitos e garantias fundamentais. Não há referência

¹²CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 4ª ed. Coimbra, Ed. Almedina, 2000.

¹³CRUZ VILLALON *apud* CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 4ª ed. Coimbra, Ed. Almedina, 2000, p. 371.

¹⁴Jornal *El Mundo*, 15 de outubro de 2000.

na Constituição brasileira sobre o reconhecimento da negociação coletiva. O procedimento sobre negociação coletiva está regulado nos artigos 611 e seguintes da CLT quando trata das convenções coletivas de trabalho.

Como se vê, pela Constituição brasileira há o direito fundamental ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos e trabalho, mas não há o direito fundamental à negociação coletiva. A Constituição espanhola reconhece o direito à negociação coletiva na seção segunda referente aos direitos e deveres dos cidadãos, que por sua vez faz parte do capítulo referente aos direitos e liberdades. Devemos analisar o artigo 37 da Constituição Espanhola e saber qual sua natureza e significado.

Assim dispõe referido artigo:

A lei garantirá o direito à negociação coletiva laboral entre os representantes dos trabalhadores e empresários assim como a força vinculante dos convênios.

Existe uma certa aquiescência em considerar que a redação do artigo 37 da Constituição Espanhola obedeceu a uma clara e consciente vontade do constituinte de romper com o modelo de negociação projetado nas últimas décadas pelo regime franquista e é nesta linha que deve ser interpretado. Assim, entende-se que o artigo 37 da Constituição Espanhola não reconhece um direito subjetivo à negociação coletiva, não se tratando de direito fundamental, mas um direito de liberdade e uma garantia institucional¹⁵, com o alcance de redistribuir o poder normativo com trabalhadores e em-

...pela Constituição brasileira há o direito fundamental ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos e trabalho, mas não há o direito fundamental à negociação coletiva."

presários e preservar a atividade convencional de potenciais ingerências ou intromissões dos poderes públicos. Em que pese a ambigüidade que em um primeiro momento possa haver¹⁶, concretiza-se a possibilidade de fazer derivar do artigo 37.1 da Constituição Espanhola, os componentes básicos que configuram a estrutura do dever subjetivo. A existência de um dever não pode ser deduzida por meras conjecturas e presunções, mas de um texto que a imponha de forma totalmente clara.

VALDES DAL-RÉ questiona se a negociação coletiva é um verdadeiro direito fundamental e, portanto, estabelece correlativamente a obrigação de negociar ou simplesmente trata-se de um direito de liberdade "esfera de liberdade frente aos poderes públicos" reconhecido aos representantes dos trabalhadores e empresários, para que possam exercitá-la livremente, sem interferência dos poderes públicos e cujo exercício não possa obstaculizar e sim facilitar¹⁷.

Resta analisar a possível vinculação do dever de negociar ao artigo 28 da Constituição Espanhola, como consequência de sua relação com o direito fundamental à negociação coletiva. E isto porque, como reconhece a doutrina, "a linha histórica de tendência por que circula o movimento constitucional é a de situar o centro de gravidade do modelo de negociação coletiva no reconhecimento e consagração do princípio da liberdade sindical"¹⁸. Assim se posicionou o Tribunal Constitucional ao distinguir, dentro do conteúdo essencial do direito, a liberdade sindical entre uma vertente organizativa ou institucional e outra instrumental ou dinâmica.

¹⁵RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. - *A Negociação Coletiva*. AAVV, Coleção Fomento e Formação, 1989, pp. 48/49

¹⁶SUAREZ GONZALES, F. - *O Direito do Trabalho na Constituição*, Leitura sobre a CE, tomo II, Madrid, UNED, 1978, pp. 195/239)

¹⁷REGUERO CELADA, Justo. *O dever de negociar: considerações sobre sua natureza jurídica*. Estudos sobre Negociação e Convênios coletivos. Editorial Centro de Estudos Ramón Areces S.A.: Madri, p. 414.

¹⁸VALDES DAL RÉ, F. - *A Negociação Coletiva na Constituição*. Revista Política Social, n° 121, 1979, pp. 469/470.

Posteriormente o Tribunal Constitucional foi sedimentando seu posicionamento, para declarar reiteradamente, que o direito à negociação coletiva reconhecido no artigo 37.1 da Constituição Espanhola não é suscetível de tutela através do recurso de amparo, salvo quando resulte afetado o direito à liberdade sindical, pressuposto que ocorre quando se nega ou impede a atividade negociadora que o ordenamento atribui ao sindicato¹⁹.

Para determinar se a ação ou omissão no dever de negociar resulta lesiva ao direito de liberdade sindical, basta verificar a tendência do Tribunal Constitucional que declara, reiteradamente, que o direito à liberdade sindical (artigo 28.1 da Constituição Espanhola) compreende o direito à negociação coletiva dos sindicatos. Assim o reconhece, também expressamente, a Lei Orgânica de Liberdade Sindical nº 11/1985 (LOLS) ao dizer na alínea "d", de seu artigo 2.1 que "a liberdade sindical compreende o direito à atividade sindical" e que o exercício desta atividade, na empresa ou fora dela, compreende "em todo caso", entre outros direitos, "o direito à negociação coletiva". Isto é assim por erigir a negociação coletiva em um meio para o exercício da ação sindical que reconhece os artigos 7 e 28.1 da Constituição Espanhola²⁰ porque a liberdade sindical compreende também aqueles meios de ação sindical, entre eles a negociação coletiva, que contribui para que o sindicato possa desenvolver a atividade que lhe é atribuída pela Constituição.

"Negar, obstaculizar ou desvirtuar o exercício desta faculdade negociadora dos sindicatos implica numa violação do direito fundamental à liberdade sindical que consagra o art. 28.1 Constituição Espanhola."

Negar, obstaculizar ou desvirtuar o exercício desta faculdade negociadora dos sindicatos implica numa violação do direito fundamental à liberdade sindical que consagra o art. 28.1 da Constituição Espanhola²¹.

A negociação coletiva de condições de trabalho converge não só para a dimensão subjetiva da liberdade sindical em relação ao sindicato afetado, mas alcança também o sindicato enquanto representação institucional a que constitucionalmente se reconhece a defesa de determinados interesses²².

A liberdade sindical compreende o direito dos sindicatos realizarem as funções que deles são possíveis esperar, de acordo com o caráter democrático do Estado e com as coordenadas cabentes a essa instituição. A negociação coletiva de condições de trabalho, parte do núcleo do artigo 28.1 da Constituição Espanhola, uma vez que resulta inimaginável que sem ela logre desenvolver eficazmente as finalidades reconhecidas no artigo 7 da mesma Carta²³.

A vontade individual dos trabalhadores não pode modificar o conteúdo do pactuado com caráter geral no convênio coletivo, "pois do contrário, se prevalecer a autonomia da vontade individual dos trabalhadores sobre a autonomia coletiva estabelecido em um convênio legalmente pactuado entre os sindicatos e a representação empresarial, quebraria o sistema de negociação coletiva configurado pelo legislador..."²⁴

¹⁹GARCIA MURCIA, J. – Direitos Fundamentais e Negociação Coletiva: uma aproximação a partir da Jurisprudência Constitucional. *Revista Espanhola de Direito Constitucional*, nº26. 1989, p. 191.

²⁰STC 98/1985 de 29 de julho e STC 39/1986 de 31 de março.

²¹SSTC 187/1987, 108/1989, 184/1991, 105/1992, 208/1993, 74/1996, 107/2000, entre outras.

²²SSTC 3/1981, 70/1982, 23/1984, 75/1992 e 18/1994.

²³SSTC4/1983, 73/1984, 98/1985, 39/1986, 187/1987, 9/1988, 51/1988, 127/1989, 30/1992, 75/1992, 105/1992, 173/1992, 164/1993, 145/1999.

²⁴STC 105/1992.

Nem toda limitação da capacidade de atuação de um Sindicato, determina, necessariamente, uma vulneração ao princípio da liberdade sindical, só se verificando tal violação quando a redução incida realmente no direito à atividade sindical e tenha lugar de modo arbitrário, antijurídico e carente de justificação, como sucede nas exclusões ou impedimentos da presença sindical nas comissões criadas pelos convênios coletivos com faculdades negociadoras²⁵, ou no caso de utilização das majorias legais para alcançar um convênio estatutário com exclusão de outro sindicato legitimado²⁶, ou quando a atuação unilateral do empresário, amparado pelas faculdades diretivas implicitamente reconhecidas pela liberdade de empresa (art. 38 da Constituição Espanhola), afete a posição negociadora do sindicato, atingindo substancialmente a liberdade sindical²⁷. Neste sentido, afirmou-se na STC 208/1993, de 28 de junho, que "...nem a negociação coletiva supõe negar virtualidade à liberdade de empresa reconhecida no art. 38 da Constituição Espanhola, ... nem a negociação coletiva pode anular a autonomia individual, pois esta garantia da liberdade pessoal, deve contar com uma certa margem de atuação inclusive em alguns âmbitos da empresa em que exigências de índole econômica, técnica ou produtiva reclamam uma conformação coletiva de condições uniformes".

A capacidade de incidência e prevalência do convênio coletivo sobre o contrato individual de trabalho é o condicionamento que se impõe sobre a vontade unilateral do empregador, impedindo que a vontade individual prevaleça sobre a coletiva. Isso, porém, não exclui um espaço próprio para a autonomia individual e para o exercício dos poderes empresariais²⁸.

Pela doutrina constitucional exposta, depreende-se que não pode a autonomia individual ou a decisão unilateral da empresa, proceder à regulamentação das condições de trabalho quando, atendendo à

transcendência, importância e significado das condições laborais, subtraia a presença dos representantes sindicais na função negociadora²⁹.

Neste sentido, partindo da própria dinâmica do Tribunal Constitucional nesta matéria e da doutrina sobre o estabelecimento das obrigações jurídicas estipuladas no Código Civil Espanhol, a natureza jurídica do dever de negociar não pode vir condicionada pelos efeitos jurídicos que a violação extrema de algumas de suas manifestações pode acarretar. Trata-se de uma questão de intensidade na configuração, desenvolvimento e exercício da própria liberdade sindical. Esta não está condicionada à existência prévia de um dever de negociar, da qual depende o exercício da atividade sindical.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso e GANDRA MARTINS, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 4ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2000.

CRUZ VILLALON *apud* CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 4ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2000.

GARCIA MURCIA, J. – *Direitos Fundamentais e Negociação Coletiva: uma aproximação a partir da Jurisprudência Constitucional*. *Revista Espanhola de Direito Constitucional*, nº26. 1989.

HERRFAHRDT, Heinrich. *Revolución y ciencia del derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1932.

IRIGOYEN PEDUZZI, Maria Cristina. *Revista de Direito do Trabalho*, RT-99.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Processo Coletivo do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 1996.

²⁵SSTC 73/1984, 9/1986,39/1986, 184/1991, 213/1991.

²⁶SSTC 187/1987, 137/1991.

²⁷SSTC 53/1985, 105/1992 e 208/1993.

²⁸STC 58/1985.

²⁹STC 208/1993.

MASCARO NASCIMENTO, Amauri - *Compêndio de Direito Sindical*, Ed. LTr, 2ª edição, 2000.

MELO, Sandro Nahmias. *Meio Ambiente do Trabalho: Direito fundamental*. São Paulo, LTR 2001.

REGUERO CELADA, Justo. *O dever de negociar: considerações sobre sua natureza jurídica*. Estudos sobre Negociação e Convênios coletivos. Madri: Editorial Centro de Estudos Ramón Areces S.A.

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. *A Negociação Coletiva*. AAVV, Coleção Fomento e Formação, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Processo Civil*. Lisboa: Lex, 2000.

SUAREZ GONZALES, F. *O Direito do Trabalho na Constituição*, Leitura sobre a CE, tomo II, Madrid: UNED, 1978.

VALDEZ DAL RÉ, F. A Negociação Coletiva na Constituição. *Revista Política Social*, nº 121, 1979, pp. 469/470.

_____. *Revista de Relações Laborais*, nº 18, setembro/2003, Ed. La Ley.