



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PRIVADO E ECONÔMICO

O RECONHECIMENTO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO NA
NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO
DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

ÍCARO DE SOUZA DUARTE

Salvador
Março/2011

ÍCARO DE SOUZA DUARTE

**O RECONHECIMENTO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO NA
NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO
DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho.

Salvador
Março/2011

TERMO DE APROVAÇÃO

ÍCARO DE SOUZA DUARTE

**O RECONHECIMENTO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO NA NEGOCIAÇÃO
COLETIVA COMO DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ
OBJETIVA**

Dissertação _____ como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, pela Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Professor Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
Orientador

Professor Dr. Edilton Meireles

Professor Dr. Nelson Manrich

Salvador
Março/2011

DEDICATÓRIA

A Bethania e Dédalo. Esposa e filho.
Razões da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, **agradeço a Deus** por ter me dado forças e saúde para superar todos os obstáculos dessa jornada que se encerra.

A Bethania, minha esposa, por sempre estar do meu lado e me apoiar durante esses difíceis dois anos.

Ao meu filho Dédalo, que talvez tenha sido o que mais sofreu ante a minha impossibilidade de estar sempre disponível para lhe dar atenção e brincar.

Aos meus pais, que com muita luta, contribuíram a favor do meu desejo pelos estudos.

Aos meus irmãos, sempre dispostos a ouvir histórias sobre o mestrado.

Aos tios e avós, que sempre torceram para que tudo desse certo nessa caminhada.

Aos amigos que participaram diretamente dessa caminhada, **em especial a Maria Soledade**, sempre companheira em todos os momentos e aventuras de 1.100 KM semanais.

Ao mestre e amigo Rodolfo Pamplona, muito mais que um maravilhoso orientador, transmitiu-me os ensinamentos e caminhos da boa-fé objetiva.

Ao Professor e amigo Edilton Meireles, os debates e recomendações de bibliografias foram determinantes para a elaboração da dissertação.

Aos Professores Dirley da Cunha Júnior, Washington Trindade, Roxana Borges e Ricardo Maurício, que em suas respectivas disciplinas, abriram-me novos horizontes.

Ao amigo José Cairo Júnior, quem primeiro me apresentou o tema do direito de informação.

Aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito, sempre atenciosos e dispostos a ajudar.

"Todos os animais são iguais, mas alguns são mais iguais do que outros."

George Orwell

RESUMO

O reconhecimento do direito de informação em decorrência da aplicação do princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva é condição necessária de uma negociação justa. No pós-positivismo jurídico, a negociação coletiva não pode ser encarada de maneira isolada, o que significa a irradiação dos efeitos do princípio da boa-fé objetiva sobre a negociação, principalmente o reconhecimento da produção de deveres jurídicos anexos, como é o caso do dever de informação, que impõe a obrigação mútua para as partes negociantes prestarem as informações solicitadas, sempre que pertinentes ao objeto da negociação coletiva. O objetivo central do presente trabalho é evidenciar o reconhecimento do direito de informação na negociação coletiva como decorrência da aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Para o alcance desse objetivo, adotou-se o método indutivo, com enfoque predominante na pesquisa bibliográfica, sendo que, inicialmente, será feito o delineamento dos pressupostos teóricos relacionados à perspectiva da autonomia privada coletiva e do princípio da boa-fé objetiva, que serão constantemente visitados no decorrer do trabalho. Feito isso, o raciocínio será manifestado no sentido de se reconhecer que a boa-fé objetiva incide sobre a negociação coletiva, inclusive seus deveres anexos, caso do direito de informação. Por fim, o fenômeno será avaliado globalmente, investigando seus aspectos jurídicos mais importantes e correlacionando-os com a perspectiva central do trabalho.

Palavras-chave: negociação coletiva – boa-fé - autonomia – direito de informação.

ABSTRACT

The recognition of the right to information as a result of applying the principle of objective good faith in collective bargaining is a necessary condition of fair dealing. In the post-legal positivism, collective bargaining can't be viewed in isolation, which means the radiation effects of the principle of objective good faith on the trading, especially the recognition of the production of legal duties attached, as is the case of information requirement, which imposes a mutual obligation to the negotiating parties provide the information requested, where relevant to the subject of collective bargaining. The main objective of this work is to show recognition of the right information in collective bargaining as a result of applying the principle of objective good faith. To achieve this goal, we adopted the inductive method, focusing predominantly on the literature, and, initially, will be the delineation of the theoretical assumptions related to the collective perspective of autonomy and the principle of objective good faith, to be constantly visited during the study. Then, the reasoning will be demonstrated in order to recognize that the objective good faith focuses on collective bargaining, including their duties attached, if the right information. Finally, the phenomenon will be assessed globally, investigating their most important legal aspects and correlating them with the central perspective of the work.

Keywords: collective bargaining - good faith – autonomy - right to information.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A DISCIPLINA JURÍDICA DA AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL	17
2.1 CRISE PARADIGMÁTICA DAS CIÊNCIAS	17
2.1.1 O modelo da Modernidade	18
2.1.2 Crise da Modernidade e os sinais do paradigma da Pós-Modernidade	21
2.1.3 Principais características jurídicas da Modernidade	23
2.1.4 Principais características jurídicas da Pós-Modernidade	25
2.2 AUTONOMIA PRIVADA NA MODERNIDADE	27
2.2.1 Esforço histórico	28
2.2.2 Conceito, dimensão, conteúdo e limitações da Autonomia Privada .	30
2.2.3 Autonomia privada e Hans Kelsen	35
2.3 INTERESSE PÚBLICO <i>VERSUS</i> INTERESSE PRIVADO	38
2.3.1 Indicações da superação da <i>Summa Divisio</i>	41
2.3.1.1 Publicização do direito privado	42
2.3.1.2 Fragmentação do direito privado	43
2.3.1.3 Constitucionalização do direito privado	44
2.4. AUTONOMIA PRIVADA NA PÓS-MODERNIDADE	46
2.4.1 O papel dos princípios no direito pós-moderno	47
2.4.2 Autonomia privada e Jürgen Habermas	49
2.4.3 Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e a autonomia privada	53
2.4.4 Extensão dos direitos fundamentais	54
2.4.5 Tutela constitucional da autonomia privada	57
3.1 PLURALISMO JURÍDICO	61
3.1.1 Monismo jurídico	62
3.1.2 Conceito de pluralismo jurídico	67
3.1.3 Principais doutrinas do pluralismo jurídico	69
3.1.4 O pluralismo jurídico no direito laboral	74
3.2 FONTES DO DIREITO	74
3.2.1 O significado de “Fontes do Direito”	75

3.2.2 Classificação das fontes do direito	76
3.2.2.1 Fontes materiais e fontes formais do direito.....	76
3.2.2.2 Fontes autônomas e heterônomas	78
3.3 AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA	79
3.3.1 Interesse coletivo	80
3.3.2 Conceito de autonomia privada coletiva	82
3.3.3 Natureza jurídica da autonomia privada coletiva	84
3.3.4 Autonomia privada coletiva e norma de direito fundamental atribuída de Robert Alexy	86
4 NEGOCIAÇÃO COLETIVA	90
4.1 CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO	90
4.2 CONCEITO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA.....	94
4.3 NEGOCIAÇÃO COLETIVA NA OIT.....	100
4.4 CARACTERÍSTICAS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA.....	103
4.5 NATUREZA JURÍDICA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA.....	103
4.6 FUNÇÕES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA	105
4.7 CLASSIFICAÇÃO	107
4.8 REPRESENTATIVIDADE	110
4.8.1 Sujeitos principais da negociação coletiva de trabalho	110
4.8.2 Sujeitos subsidiários da negociação coletiva de trabalho	115
4.8.3 As centrais sindicais	116
4.9 NÍVEIS DE REALIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA	119
4.10 FASES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA.....	121
4.10.1 Fase preparatória	121
4.10.2 Fase das negociações	122
4.11 ACORDO E CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO	123
4.11.1 Conceito de convenção coletiva de trabalho	125
4.11.2 Natureza Jurídica da Convenção Coletiva de Trabalho	129
4.12 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA.....	133
4.12.1 Princípio da igualdade	133
4.12.2 Princípio da cooperação	134
4.12.3 Princípio da boa-fé	135
4.12.4 Princípio da adequação setorial negociada	136

4.12.5 Dever de informação.....	137
5 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO JURÍDICO	139
5.1 DAS CLÁUSULAS GERAIS	139
5.1.1 Gênese das cláusulas gerais	140
5.1.2 Características das cláusulas gerais	141
5.1.3 A estrutura das cláusulas gerais	145
5.1.4 Funções das cláusulas gerais	145
5.2 A DISCIPLINA JURÍDICA DA BOA-FÉ	146
5.2.1 Escorço histórico da boa-fé.....	147
5.2.2 Boa-fé objetiva <i>versus</i> boa-fé subjetiva	150
5.2.3 Funções da boa-fé objetiva.....	153
5.2.3.1 Função hermenêutica-integrativa da boa-fé objetiva	154
5.2.3.2 Função produtora de deveres jurídicos da boa-fé objetiva	156
5.2.3.3 Função de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos da boa-fé objetiva	159
5.2.4 A boa-fé objetiva na fase pré-contratual.....	162
5.2.5 A boa-fé no direito do trabalho.....	164
5.2.5 O princípio da boa-fé objetiva.....	166
6. DEVER DE INFORMAÇÃO NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA	170
6.1 O DEVER DE INFORMAÇÃO	170
6.2 DEVER DE NEGOCIAR DE BOA-FÉ.....	172
6.3 DEVER DE INFORMAÇÃO NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	177
6.4 FUNDAMENTOS MEDIATOS DO DEVER DE INFORMAÇÃO	179
6.4.1 Decreto Federal nº. 908/1993.....	180
6.4.2 Convenções e Recomendações da OIT	182
6.4.3 O dever de informação no direito comparado.....	182
6.5 ASPECTOS JURÍDICOS DO DEVER DE INFORMAÇÃO NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS.....	188
6.5.1 Sujeitos obrigados a informar	190
6.5.2 Sujeitos destinatários da informação	191
6.5.3 Época para fornecimento das informações	193

6.5.4 Esclarecimentos sobre a informação fornecida	197
6.5.5 Conteúdo da informação	197
6.5.6 Limites ao dever de informação	199
6.5.6.1 Informações já previamente conhecidas	199
6.5.6.2 Dever de sigilo	200
6.5.6.3 O sigilo empresarial.....	201
6.5.7 Extensão das informações a serem fornecidas.....	201
6.5.8 Efeitos do descumprimento do dever de informar	202
7. CONCLUSÕES	205
REFERÊNCIAS.....	212

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do fenômeno da Revolução Industrial, onde as máquinas a vapor passaram a substituir as ferramentas manuais, surge, concomitantemente, um conflito entre os proprietários dos meios de produção e aqueles que apenas possuem a sua força de trabalho. Esse antagonismo ficou mundialmente conhecido como o conflito Capital x Trabalho.

Nessas circunstâncias, e com o agrupamento de operários com fins de lutar por melhores condições de trabalho em decorrência da Questão Social, é que nasce o direito coletivo do trabalho. Entretanto, inicialmente, era terminantemente proibida a formação de coalizões, como eram conhecidas as reuniões de trabalhadores à época. Em um segundo momento, contudo, o sindicalismo evoluiu para a fase da tolerância à agremiação de trabalhadores, até culminar na fase da permissão legal, o que de fato vigora na quase totalidade dos países.

Sem embargo do direito de greve, hodiernamente os meios pelos quais os trabalhadores se utilizam para lograr melhores condições de trabalho de forma abrangente consubstanciam-se nas negociações coletivas. Nestas, há sempre a presença do sindicato representativo da classe trabalhadora, e elas se materializam mediante os Acordos Coletivos de Trabalho e as Convenções Coletivas de Trabalho.

Em outra vertente, a sociedade capitalista desenvolveu modernas tecnologias de comunicação, onde a informação, traduzida nas ações de transmitir e receber dados e relato de fatos, tornou-se instantânea. Nesse diapasão, a informação passou a ser essencial instrumento e fonte de poder. Com efeito, quem detém o conhecimento, sendo a informação elemento indispensável deste, exerce determinada hegemonia frente aos outros em um dado momento histórico.

O extraordinário nível de importância alcançado pela informação na sociedade contemporânea despertou o interesse das ciências jurídicas, onde a informação tem sido abordada por diversos ramos da dogmática jurídica, como o direito constitucional, direito civil, direito do consumidor e etc.

Contudo, é no âmbito do direito do trabalho, mormente no campo do direito coletivo, que o direito de informação se depara com intrigante questão, qual seja repousar no âmbito das negociações coletivas de trabalho.

A imprescindibilidade do direito de informação para fins de negociação coletiva encontra-se presente, já de forma consagrada, no ordenamento jurídico dos países mais desenvolvidos, principalmente quanto ao nível de maturidade alcançado pela Democracia. Destarte, as maiores potências econômicas do mundo, como a Inglaterra, trata expressamente do direito de informação com fins de negociação coletiva. Na própria América do Sul, países como o Chile, Peru e Argentina, também regulam expressamente em sua legislação a questão do direito de informação no âmbito sindical.

Ademais, diversas convenções, recomendações e declarações da OIT trazem a questão da informação, de forma mais implícita, porém facilmente extraída das inúmeras referências à promoção da negociação coletiva nos países signatários.

No ordenamento jurídico pátrio o direito de informação encontra respaldo no princípio da boa-fé objetiva, que tem, entre outras, a função de produtora de deveres anexos ou de conduta, como é o caso do dever de informação.

Reconhecido o direito de informação no âmbito das negociações coletivas, este acarreta as mais variadas implicações, diante da escassa falta de regulação das relações coletivas de trabalho no ordenamento jurídico nacional, instigando o estudo e a análise profunda para se definir e delinear toda a sua conjuntura. Com efeito, o direito de informação gera como consequência lógica a obrigação de informar por parte da empresa para uma efetiva negociação coletiva, com resultados concretos irremediavelmente mais benéficos para os trabalhadores.

Mais que isso, os destinatários, o conteúdo e os instrumentos de informação, bem como a época para se fornecer as informações, além dos efeitos pelo descumprimento da obrigação de informar e os limites do direito de informação, todos são temas da mais alta relevância e que têm efeitos práticos influentes em toda a classe trabalhadora, e conseqüentemente, na economia nacional.

Portanto, é irrefragável a existência e o reconhecimento do direito de informação no ordenamento jurídico pátrio como decorrência da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, que tem como destinatário o sindicato, quando das negociações coletivas.

Diante das questões acima assinaladas, surgem os seguintes problemas: a) pode-se afirmar que o direito de informação constitui pressuposto para a negociação coletiva em igualdade de condições?; b) o ordenamento jurídico pátrio acolhe o

instituto do direito de informação no campo da negociação coletiva de trabalho?; c) qual o fundamento normativo do direito de informação? e; d) quais as implicações do direito de informação na seara jurídica, econômica e social?

Em um processo de negociação, aquele que detém informações privilegiadas encontra-se em posição mais vantajosa frente à parte com a qual entabula discussões. Na negociação coletiva, o sindicato dos empregados busca melhores condições de trabalho para a categoria de trabalhadores que representa.

Contudo, para uma efetiva negociação, é necessário que o sindicato tenha acesso a determinadas informações da empresa, como a situação financeira, por exemplo. Só assim a entidade sindical poderá discutir e pugnar de forma segura pelos direitos e anseios da classe trabalhadora.

Considerando-se a postura democrática bem como a característica de sistema jurídico aberto, que prevê cláusulas gerais como técnica legislativa, como é o caso da boa-fé objetiva e que esta não se restringe apenas ao direito civil, infere-se que o ordenamento jurídico pátrio agasalha o direito de informação como elemento imprescindível para a negociação coletiva.

Com efeito, o ordenamento jurídico prevê expressamente o princípio da boa-fé objetiva e todos os seus desdobramentos, sendo que de um desses decorre o direito de informação, pressuposto para a negociação coletiva, e conseqüentemente para a efetividade dos instrumentos coletivos resultantes daquela. Em suma, os direitos de informação laboral são direitos indissociáveis do feixe de direitos anexos que compõem o princípio da boa-fé objetiva.

Ademais, de forma subsidiária, o direito comparado, as convenções da OIT, e o dever de informação no direito comum tratam sobre a informação como elemento de concretização e efetivação de direitos, contribuindo também como fundamentos do direito de informação para negociação coletiva.

O direito de informação tem diversas implicações no domínio do direito do trabalho, implicações próprias ou diretas, e implicações indiretas ou reflexas. Analiticamente, o direito de informação suscita alguns esclarecimentos, como os sujeitos obrigados a informar, a época para se exigir as informações, os sujeitos legitimados para ter acesso às informações, os instrumentos para divulgar a informação e as formas para se verificar a sua autenticidade e veracidade, além de outras implicações jurídicas.

Portanto, o fim último do direito de informação é a prevalência da dignidade da pessoa humana inserida e enxergada no contexto da classe trabalhadora, participando ativa e diretamente das transformações sociais.

Dessa forma, o presente trabalho pretende, como objetivo geral, enunciar o direito de informação como pressuposto de uma negociação coletiva em condições de igualdade à luz do princípio da boa-fé objetiva e analisar as suas características e implicações na seara laboral, econômica e social.

Para a realização desse mister, no capítulo segundo será abordada, na primeira parte, a questão da crise epistemológica das ciências em geral e principalmente da ciência do direito, demonstrando os sinais da crise e os correspondentes elementos do direito na novo paradigma pós-positivista. A segunda parte do segundo capítulo cuidará das principais questões atinentes à disciplina jurídica da autonomia privada individual, mormente no que diz respeito ao seu conceito, dimensão, conteúdo e limitações.

Ademais, o instituto da autonomia privada será analisado às luz da mudança paradigmática do direito, isto é, em um primeiro momento influenciado pelas idéias liberais do positivismo jurídico e em um segundo momento influenciado pelo paradigma do pós-positivismo jurídico, oportunidade na qual será analisada a relativização sofrida pela autonomia privada em função da superação da dicotomia entre o direito público e o direito privado.

No terceiro capítulo a discussão residirá sobre três pontos principais: a) pluralismo jurídico, com suas principais teorias, em contraponto ao monismo jurídico; b) fontes do direito, em especial as fontes do direito do trabalho e; c) autonomia privada coletiva, apresentando os conceitos apontados pela doutrina, sua natureza jurídica, além de fixar as premissas necessárias para a compreensão da negociação coletiva.

E a negociação coletiva de trabalho será tema de discussão do quarto capítulo, onde será realizado um estudo analítico minucioso dos aspectos que relevantes da negociação coletiva, determinando seu conceito, natureza jurídica, funções, os sujeitos que atuam na negociação coletiva, bem como os instrumentos que se originam a partir dela, além dos princípios pertinentes à negociação coletiva.

Fixadas as principais questões da negociação coletiva de trabalho, no quinto capítulo será a vez de se discutir acerca da boa-fé objetiva enquanto princípio

jurídico, fazendo, primeiramente, uma análise sobre as cláusulas gerais, antes de se adentrar propriamente no instituto da boa-fé, delimitando seu conceito e principalmente suas funções de produtora de deveres jurídicos anexos, como é o caso do dever de informação.

Após o estudo minucioso do princípio da boa-fé objetiva, o sexto capítulo cuidará da questão do reconhecimento do direito de informação na negociação coletiva em decorrência da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, abordando o ordenamento jurídico pátrio no que diz respeito ao dever de negociar e negociar de boa-fé, a fixação das bases para o reconhecimento do dever de informação e, após compreendida essa situação, será realizado um estudo acerca dos principais aspectos jurídicos do direito de informação, como os sujeitos destinatários da informação e o conteúdo da informação prestada.

2 A DISCIPLINA JURÍDICA DA AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL

Para que seja devidamente compreendido o direito de informação na negociação coletiva de trabalho algumas premissas devem ser fixadas. Essa é uma das funções do presente capítulo, que, ao tratar do paradigma atual das ciências em geral e, obviamente, da ciência do direito, serve como pressuposto para desmistificar conceitos retrógrados acerca do próprio direito, enquanto ciência, e de muitos dos seus institutos, como é o caso da autonomia privada individual, sempre associada ao individualismo próprio do liberalismo econômico e político.

Nos tempos presentes do direito, não mais é possível tomar a autonomia privada individual como intangível aos influxos sociais, à aproximação de valores éticos e morais, na medida em que o pós-positivismo jurídico, principalmente por meio do movimento do constitucionalismo, tratou de reaproximar o direito da justiça, dos valores, o que irradia-se por todos os ramos do direito, mediante o uso, principalmente, das cláusulas gerais.

Dessa forma, o presente capítulo atua como pré-requisito para a devida compreensão da autonomia privada coletiva, tema de discussão do próximo capítulo, ainda que aparentemente o estudo, no presente capítulo, da autonomia privada individual não aponte de maneira tão clara, nessa direção.

Por outro lado, não é menos verdadeiro que a falta do estudo da autonomia privada individual, à luz do pós-positivismo jurídico, dificultaria, por certo, a apreensão dos pontos essenciais do instituto da autonomia privada coletiva, do princípio da boa-fé objetiva e, conseqüentemente, do direito de informação na negociação coletiva de trabalho.

2.1 CRISE PARADIGMÁTICA DAS CIÊNCIAS

A ciência em geral, seja a ciência natural ou a ciência do espírito, vive no tempo presente, um período de transição paradigmática, uma crise de identidade, onde o paradigma dominante (modernidade) já não é mais suficiente para se atingir o conhecimento, ao mesmo tempo em que se caminha a passos largos para a

consolidação de um novo paradigma (pós-modernidade), já evidente em muitos aspectos das ciências.

Desta maneira, o ciclo de hegemonia de uma ordem científica (dominante) depara-se com seu fim, já que não se sabe mais responder às perguntas acerca do papel do conhecimento científico acumulado ao longo de séculos, ou seja, se a ciência contribuiu para o enriquecimento ou para o empobrecimento prático da vida cotidiana.

2.1.1 O modelo da Modernidade

O conhecimento científico, baseado na racionalidade, permeou o surgimento e desenvolvimento de toda a ciência moderna, cuja gênese remonta à revolução científica do século XVI, a partir do momento em que o conhecimento racional, dito científico, rompeu com o conhecimento irracional, dito senso comum.

Para Boaventura de Sousa Santos sendo um modelo global, a nova racionalidade científica é também um modelo totalitário, uma vez que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metódicas, na medida em que é esta a sua característica fundamental e a que melhor simboliza a ruptura do novo paradigma científico com os que o precedem¹.

O paradigma do conhecimento moderno, portanto, tem uma característica fundamental, consubstanciada no rompimento com o conhecimento advindo do senso comum.

Percebe-se, dessa forma, que a ciência moderna, impregnada pela racionalidade científica, vislumbra apenas uma maneira de se atingir o verdadeiro conhecimento, consolidada na aplicação de seus próprios princípios epistemológicos, bem como de suas regras metodológicas.

Quando a ciência moderna insiste na total separação entre a natureza e o ser humano, ou seja, a possibilidade de o homem dominar a natureza, surge como efeito lógico um conhecimento menos contemplativo do que ativo. Essa forma de proceder está representada no pensamento de Francis Bacon, ao asseverar que é,

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 21.

pois, “*absolutamente certo que ninguém que deixe de levar em conta essas coisas, por ínfimas e insignificantes que sejam, conseguirá e poderá exercer domínio sobre a natureza*”².

Por conseguinte, a ciência moderna exige um rigor científico de tal maneira que permita atingir um conhecimento mais profundo da natureza. E o instrumento, ou melhor, a técnica lógica de investigação capaz de permitir esse rigor científico reside nas idéias matemáticas. Essa posição privilegiada da matemática, que tem origem em René Descartes³, produziu um efeito de peculiar feição, qual seja só é conhecimento o que pode ser quantificado.

Portanto, a ciência moderna, sob a influência da mecânica newtoniana, transformou a idéia sobre o mundo em uma representação do mundo enquanto mundo-máquina, que contribuiu decisivamente para a concepção mecanicista da ciência moderna, uma das principais características da Modernidade.

O determinismo mecanicista próprio das ciências da natureza acaba por ser difundido e aplicado também no estudo da sociedade, haja vista que as ciências sociais nasceram à luz dessa concepção mecanicista, conforme expõe Boaventura de Sousa Santos ao afirmar que a consciência filosófica da ciência moderna, que tivera no racionalismo cartesiano e no empirismo baconiano as suas primeiras formulações, veio a condensar-se no positivismo oitocentista. Tendo em vista que, segundo este, só há duas formas de conhecimento científico (as disciplinas formais da lógica e da matemática e as ciências empíricas segundo o modelo mecanicista das ciências naturais) as ciências sociais nasceram para ser empíricas⁴.

Esta idéia é corroborada por Karl Popper, ao asseverar que as ciências sociais utilizam da mesma metodologia própria das ciências naturais, ou seja, o

² BACON, Francis. **Novum organum**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997, p. 91.

³ Esse autor resumiu seu método em quatro enunciados, sendo que o primeiro era o de nunca aceitar alguma coisa como verdadeira que ele não conhecesse evidentemente como tal; o segundo e talvez mais importante, o de dividir cada uma das dificuldades analisadas em tantas partes quantas fossem possíveis para assim melhor resolvê-las; o terceiro o de conduzir os pensamentos de maneira que começasse pelos mais simples até elevar-se até o conhecimento dos mais compostos e; o último o de realizar enumerações completas para nada omitir. (DESCARTES, René. **Discurso do método.Regras para direção do espírito**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 31-32)

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 33.

*“método das ciências sociais, como aquele das ciências naturais, consiste em experimentar possíveis soluções para certos problemas”*⁵.

Com efeito, quanto ao estudo da sociedade, seguiu-se no sentido da aplicação do método das ciências da natureza às ciências sociais, tendo como grande precursor Émile Durkheim, que estudou os fenômenos sociais como sendo fenômenos tipicamente naturais, tomando os fatos sociais como coisas⁶.

Portanto, a Modernidade (ciências naturais e ciências sociais) é fortemente marcada pela objetividade, universalidade e autonomia. Mas, é a racionalidade a sua principal característica, onde o conhecimento seria, então, preciso, objetivo e bom, conforme entendimento de Ricardo Maurício Freire Soares, isto é, preciso, pois, sob a perspectiva da razão, tornava-se possível compreender a ordem imanente do universo; objetivo, porquanto o modernista se colocava como observador imparcial do mundo, situado fora do fluxo da história; bom, pois o otimismo moderno conduzia à crença de que o progresso seria inevitável e de que a ciência possibilitaria ao ser humano libertar-se de sua vulnerabilidade à natureza e a todo condicionamento social⁷.

Dessa maneira, o núcleo central da modernidade era, indiscutivelmente, a racionalidade humana, isto é, a razão tinha papel fundamental no processo cognitivo, uma vez que era concebida como a única forma válida de saber.

Contudo, o modelo de racionalidade científica pertencente ao paradigma dominante apresentou insuficiências metodológicas, o que acarretou uma profunda crise deste modelo científico e o surgimento de sinais anunciando um novo paradigma.

⁵ POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 16.

⁶ “O nosso método não tem, portanto, nada de revolucionário. É até, num certo sentido, essencialmente conservador, uma vez que considera os fatos sociais como coisas cuja natureza, por mais elástica e maleável que seja, não é, no entanto, modificável à nossa vontade.” (DURKHEIM, Émile. **Regras do método sociológico**. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 74)

⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

2.1.2 Crise da Modernidade e os sinais do paradigma da Pós-Modernidade

Os sinais da crise resultam de condições sociais e teóricas. Importante condição teórica é a teoria da relatividade de Einstein, demonstrando que o progresso científico da ciência moderna denunciou, ele próprio, as falhas do paradigma dominante⁸.

Nesse sentido, os desvios e excessos do projeto da modernidade abrem espaço para o aprofundamento de interpretações críticas, hábeis a vislumbrar a feição repressiva do racionalismo ocidental. Desse modo, o pensamento contemporâneo sinaliza para uma transição paradigmática do programa moderno a uma cultura pós-moderna, cujos caracteres passam a ser delineados com o colapso da idade da razão⁹.

A relatividade da simultaneidade de Einstein contribui decisivamente para relativizar a concepção absoluta de tempo e espaço de Newton, ao definir que dois acontecimentos simultâneos num sistema de referência não são simultâneos noutro sistema de referência. Assim, a relação espaço-tempo não pode ser verificada ou medida, mas tão-somente definida. Com isso, supera-se um dos pilares do paradigma dominante, representado pela expressão “conhecer é quantificar”.

Com relação às principais condições sociais que contribuíram para a crise paradigmática do conhecimento moderno, podem ser apontadas a industrialização da ciência e a cada vez maior especialização científica, ou do conhecimento, onde a liberdade de pesquisa é suplantada pelo totalitarismo da ciência moderna. Outrossim, a alienação, a coisificação e a massificação dos sujeitos sociais tornaram-se patologias na modernidade, conquanto tenha desencadeado o progresso material da sociedade moderna, o racionalismo do ocidente acabou

⁸ Segundo Karl Popper, “Nossa ignorância é sóbria e ilimitada. De fato, ela é, precisamente, o progresso titubeante das ciências naturais (ao qual alude minha primeira tese), que constantemente, abre nossos olhos mais uma vez à nossa ignorância, mesmo no campo das próprias ciências naturais. Isto dá uma nova virada na idéia socrática de ignorância. A cada passo adiante, a cada problema que resolvemos, não só descobrimos problemas novos e não solucionados, porém, também, descobrimos que aonde acreditávamos pisar em solo firme e seguro, todas as coisas são, na verdade, inseguras e em estado de alteração contínua”. (POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 13.)

⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

gerando o cerceamento desintegrador da condição humana, a perda da liberdade individual, o esvaziamento ético e a formação de um sujeito egoísta, direcionado, precipuamente, ao ganho econômico. Os indivíduos foram convertidos em meros receptáculos de estratégias de produção, enquanto força de trabalho (alienação); de técnicas de consumo, enquanto consumidores (coisificação); e de mecanismos de dominação política, enquanto cidadãos da democracia de massas (massificação)¹⁰.

Portanto, premissas antes absolutas vão sendo relativizadas, ou seja, a racionalidade e objetividade do conhecimento deixam de ser plenos, há uma forte aproximação entre sujeito investigador e o objeto investigado, além do reconhecimento de que o procedimento científico é influenciado pela história e pela cultura.

Destarte, o ponto crucial da relativização das concepções típicas da Modernidade consubstancia-se na constatação de que não existe verdade absoluta e universal, mas somente ondas de possibilidades ou probabilidades.

Com efeito, para apresentar o paradigma emergente, Boaventura de Sousa Santos¹¹ se utiliza de um conjunto de teses que justificam e caracterizam o conhecimento pós-moderno. Assim, no paradigma emergente, todo o conhecimento científico-natural é científico-social, ou seja, a separação entre ciências naturais e ciências sociais não faz mais sentido, sendo desprovida de qualquer utilidade.

Outra importante característica é apresentada pelo autor Ricardo Maurício, ao estabelecer que “*a realidade social, dentro da perspectiva pós-moderna, não existe como totalidade, mas se revela fragmentada, multifacetada, fluida e plural*”.¹² Isto é, há uma fragmentação não mais de disciplinas, mas sim de temas, galerias por onde os conhecimentos progredem ao encontro uns dos outros.

Uma terceira faceta da Pós-Modernidade consiste em que todo conhecimento é autoconhecimento, isto é, o objeto investigado e o sujeito investigador não são estanques, sendo que o objeto também é o próprio sujeito e na pesquisa científica os juízos de valor imiscuem-se na explicação científica. Ademais, diferentemente da

¹⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 61.

¹² SOARES, op. cit., p. 17.

ciência moderna, no Pós-Modernismo, a ciência é menos ativa do que contemplativa.

Nesse ponto, o autor Ricardo Maurício esclarece que há efetivamente uma ruptura da razão moderna, ao passo que se incluem os valores e vivências pessoais no processo comunicativo, ou seja, a razão é comunicativa, dentro de um procedimento dialógico, na medida em que rompe-se com os limites da razão moderna para congregar valores e vivências pessoais, isto é, a racionalidade é inserida no processo comunicativo; a verdade resulta do diálogo entre atores sociais; e essa nova razão brota da intersubjetividade do cotidiano, operando numa tríplice dimensão. Portanto, a racionalidade comunicativa não só viabiliza a relação cognitiva do sujeito com as coisas (esfera do ser) como contempla os valores (esfera do dever ser), sentimentos e emoções (esfera das vivências pessoais)¹³.

Dessarte, resta evidenciado que já não faz mais sentido a aplicação metodológica das premissas do Modernismo, insuficientes aos anseios atuais, na medida em que se está diante de um novo paradigma de compreensão do mundo, a Pós-modernidade.

2.1.3 Principais características jurídicas da Modernidade

Assim como as ciências em geral (ciências naturais e ciências sociais), o Direito, enquanto ciência do espírito, também vivenciou a idade da razão, principalmente sob a influência do modelo liberal-burguês. Por isso mesmo, a fim de se evitar o totalitarismo estatal no domínio jurídico, ocorre a separação entre a esfera pública e privada, bem como a independência entre os poderes legislativo, judiciário e executivo.

O Estado passa, então, a se submeter ao princípio da legalidade, ao passo em que a lei é concebida como norma abstrata e genérica, emanada pelo parlamento formado por representantes do povo, ou seja, mediante todo um procedimento formal estabelecido pela Constituição das respectivas nações, que tem como função principal definir as diretrizes e organização do poder, bem como assegurar os direitos e garantias fundamentais.

¹³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

Portanto, percebe-se que a positivação das leis é uma importante característica da modernidade jurídica, ou seja, só é Direito o que se encontra na lei, não havendo espaços para juízos de valor, somente juízos de fato, como explica Norberto Bobbio ao afirmar que o positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como fato, não como valor, uma vez que na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto¹⁴.

O formalismo jurídico, portanto, passa a ser característica essencial da definição juspositivista do direito, onde a maior preocupação do aplicador reside na estrutura formal do direito, abstraindo-se da substância do direito, em privilégio ao aspecto formal, prescindindo completamente do seu conteúdo, isto é, considera-se somente como o direito se produz e não o que ele estabelece¹⁵.

Como grande exemplo desse formalismo jurídico típico da Modernidade juspositivista, tem-se a instauração da Escola da Exegese, na França, que tinha como objetivo reduzir o direito à lei, reduzindo o direito civil ao Código de Napoleão (Código Civil), de 1804. A grande marca do positivismo da Escola da Exegese, e de positivações semelhantes, é que os respectivos códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete, isto é, prega-se a passividade e impessoalidade do juiz, que se limita a aplicar o direito da forma que lhe é dado, em nome da segurança jurídica.

Dessa forma, o direito é concebido como um sistema fechado, devendo ter as mesmas propriedades de um sistema formal, a um só tempo completo e coerente. Isso significa que o sistema formal é um sistema sem lacunas, sem antinomias e sem ambigüidades, utilizando-se a lei de termos que tenham apenas um único sentido.

Percebe-se que na Escola da Exegese, enquanto representante do positivismo jurídico, o direito é reduzido à lei e que o juiz não se preocupa com valores, com justiça, e sim com decisão em conformidade com a lei. Nesse sentido expõe Chaïm Perelman que segundo esta concepção o papel do juiz o obrigaria, sempre que isso fosse possível, e acreditava-se que o era na maioria dos casos, a dar sua sentença conforme à lei, sem ter de preocupar-se com o caráter justo,

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 136.

¹⁵ Ibid., p. 144.

razoável ou aceitável da solução proposta. Servidor da lei, não tinha de buscar fora dela regras para guiá-lo, haja vista que era porta-voz da lei, a quem os exegetas deviam elucidar tanto quanto possível, para fornecer-lhe soluções para todas as eventualidades¹⁶.

No mesmo sentido Ricardo Maurício Freire, para quem a concepção do positivismo jurídico nasce quando o direito positivo passa a ser considerado direito no sentido próprio. Ocorre, assim, a redução de todo o direito ao direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria de juridicidade. O acréscimo do adjetivo positivo passa a ser um pleonasma. Portanto, o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o direito positivo, manifestado concretamente através das fontes normativas do Direito¹⁷.

Percebe-se, do que foi exposto até o presente momento, que a positivação é característica marcante da modernidade jurídica, possibilitando a compreensão do direito como um conjunto de normas postas.

2.1.4 Principais características jurídicas da Pós-Modernidade

As concepções da modernidade jurídica vão perdendo gradativamente a sua credibilidade, já que surgem discrepâncias entre os atores sociais, na medida em que no seu transcurso histórico, o programa moderno não logrou concretizar seus ideais emancipatórios. Verificou-se, assim, que a proposta de racionalização da sociedade ocidental acabou por gerar profundos desequilíbrios entre os atores sociais, comprometendo a realização de uma subjetividade plenamente autônoma¹⁸.

Dessa forma, após a 2ª Guerra Mundial, surgem concepções e doutrinas contra a concepção positivista, legalista e estatizante do direito, e que, igualmente, não é submetido a nenhum valor. Outrossim, o Direito, enquanto ciência, diante da crise da Modernidade, sofre as exigências de um novo paradigma, consubstanciado em transformações nos modos de conhecer, organizar e realizar as instituições jurídicas.

¹⁶ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 54.

¹⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 43.

¹⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

Nesse sentido, o direito deve revalorizar os estudos humanísticos, ou seja, a transição paradigmática na ciência do Direito inclui a transformação, mas não o abandono, da dogmática jurídica, buscando-se mais a aplicação da zetética e da hermenêutica jurídica. Assim sendo, “*o direito, que reduziu a complexidade da vida jurídica à secura da dogmática, redescobre o mundo filosófico e sociológico em busca da prudência perdida*”.¹⁹

Segundo Ricardo Maurício Freire, é possível elencar os principais caracteres do pós-positivismo jurídico. Assim sendo, o direito seria plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo.

A característica da pluralidade consiste na descodificação do direito, como no caso do direito civil e o surgimento de microssistemas jurídicos. O direito, na pós-modernidade, é reflexivo, pois passa a ser encarado como um sistema aberto, passível das influências fáticas, historicidade e valores, rompendo-se com a visão do direito como um sistema fechado, típico do pensamento moderno. O direito pós-moderno é prospectivo no sentido de que o legislador reconhece a dinamicidade do direito e elabora leis eminentemente abertas, sem um conteúdo textual inflexível, ou seja, privilegiam-se as cláusulas gerais, para que a lei possa, assim, acompanhar as mudanças sociais no decorrer do tempo sem se tornarem defasadas.

Na pós-modernidade o direito valoriza a dimensão discursivo-comunicativa, privilegiando os juízos de valor no processo argumentativo, além de um maior favorecimento do uso da retórica e da tópica na interpretação jurídica. Por derradeiro, o direito também passa a ser relativo, no sentido de que não mais se concebe verdades jurídicas absolutas, incontestáveis, tendo em vista a valorização da hermenêutica jurídica²⁰.

Destarte, na cultura jurídica pós-moderna, os princípios jurídicos, a idéia de justiça social, o recurso às cláusulas gerais, enfim, a utilização, no raciocínio jurídico, de juízos de valores são elementos essenciais no novo paradigma, que contribui decisivamente na relativização de axiomas jurídicos antes absolutos no fenômeno jurídico próprio da modernidade, como no caso da autonomia privada individual, instituto próprio do direito privado, que será estudado no presente capítulo.

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 74.

²⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18-22.

2.2 AUTONOMIA PRIVADA NA MODERNIDADE

No estudo analítico da autonomia privada, mormente na época da razão, é importante realizar distinções de forma a delimitar o conceito exato do princípio da autonomia privada, cerne do direito privado, a fim de se evitar confusões com institutos próximos ao princípio em destaque.

Ademais, uma incursão histórica, ainda que breve, também contribui para a delimitação da autonomia privada, além de contextualizar referido princípio no seu papel preponderante do direito civil na modernidade jurídica, bastante influenciada pelo ideal liberal-burguês.

As limitações da autonomia privada são essenciais para a definição do verdadeiro alcance desse princípio, como a lei, a moral, bons costumes, além da discussão interna se tais institutos, com efeito, são efetivamente fatores limitadores da atuação da autonomia privada.

A autonomia privada, na cultura jurídica moderna, notadamente caracterizada pelo formalismo jurídico, encontra respaldo na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Por isso mesmo, faz-se necessária uma explanação acerca da dinâmica da autonomia privada na Teoria Pura de Kelsen, isto é, de que forma esse autor concebe o instituto da autonomia privada.

Esse caminho lógico leva à análise do surgimento e consolidação da dicotomia Direito Público/Direito Privado, ou interesse público/interesse privado, dogma do direito moderno. Da mesma forma, ainda no presente capítulo, serão apresentados os sinais de superação da *summa divisio*, evidenciando o papel fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana nesse processo.

Essas determinações da natureza jurídica, bem como do conceito de autonomia privada, e conseqüentemente dos sinais de superação da dicotomia direito público/direito privado, vão culminar na insuficiência do conceito liberal-burguês do princípio da autonomia privada, exigindo, assim, uma mudança paradigmática, de forma a relativizar mencionado conceito, adequando-se ele próprio, ao fenômeno jurídico da pós-modernidade.

2.2.1 Escorço histórico

O surgimento do conceito jurídico de autonomia privada, bem como sua configuração geral, está intimamente ligado a condições históricas, principalmente da passagem do feudalismo ao capitalismo. O estudo da história da autonomia privada revela a íntima relação deste conceito com os de sujeito de direito e de propriedade²¹.

Com efeito, a capacidade negocial, enquanto expressão da autonomia privada, está vinculada ao surgimento da posse privada e do direito de propriedade, haja vista que a personalidade e capacidade jurídicas constituem-se em instrumento através do qual se viabiliza a utilização privada e autônoma de trânsito de bens privados. Por isso mesmo, só é possível atribuir a existência de uma autonomia privada quando da concomitante existência de bens privados.

Porém, ainda que existam ou possam existir bens privadamente apropriados ou mesmo apropriáveis, verifica-se que nem todos os indivíduos são proprietários. Assim sendo, a separação do trabalhador dos meios de produção, no modo de produção capitalista, transforma aquele em simples detentor da força de trabalho, ao passo que os meios de produção restam inúteis se não forem fundidos com mencionada força de trabalho. Contudo, essa ligação só se torna possível com o reconhecimento da liberdade do trabalhador, ou seja, o reconhecimento de que ele é o proprietário da sua força de trabalho, permitindo então que ele celebre contrato com o proprietário dos meios de produção a que serão ligados a força de trabalho do trabalhador livre.

Portanto, o conceito de autonomia privada vai se revelar a partir do surgimento e consolidação do conceito de propriedade privada. Conseqüentemente, a implantação do modo de produção capitalista acarretou a necessidade de universalização do conceito de autonomia privada, isto é, o rompimento com o sistema feudal propiciou o aparecimento da autonomia privada, não obstante os doutrinadores haverem denominado inicialmente de autonomia da vontade.

Essa passagem do feudalismo para o capitalismo como fator histórico preponderante do surgimento da autonomia privada é retratado por Ana Prata, ao

²¹ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 7.

afirmar que essa necessidade impõe-se contra a realidade anterior, que é a da vinculação do trabalhador à terra e ao senhor feudal: daí que, do ponto de vista filosófico, o ultrapassar dessa situação determine, sobretudo, o afirmar da liberdade das pessoas, da sua libertação dos vínculos que as prendem à terra e aos senhores.²²

À conta disso, é nesse momento que o conceito de autonomia privada ganha conteúdo autônomo e operativo. Por conseguinte, verifica-se que a autonomia privada resulta da filosofia jusracionalista de carácter eminentemente liberal-individualista, típico da era moderna, onde a vontade ocupa papel fundamental.

Após o fim da Primeira Guerra Mundial, opera-se um grande processo de transformação de ordem social, política e filosófica, que seguiu colateralmente às influências das grandes correntes de pensamento. Tudo isso, somado à idéia de se alcançar a justiça social, contribuiu para desestruturar o jusracionalismo moderno e acabou por abalar as bases do dogma da vontade. A partir daí começaria a mudar o paradigma jurídico, em direção ao modelo solidarista ou social refletido em constituições e/ou legislações de carácter social, como por exemplo, as leis trabalhistas e o Código de Defesa do Consumidor. A idéia, então, passa a ser a de proteger a parte mais fraca na relação por meio da intervenção estatal como forma de gerar mais justiça social.

Consequentemente, a decadência do liberalismo econômico e o surgimento da sociedade de massas em um grande número de países do ocidente exigiram uma reformulação do princípio da autonomia privada, que teve de ser adaptado à nova realidade.

Destarte, tendo compreendido o contexto histórico em que surge o conceito de autonomia privada e sua evolução até culminar na pós-modernidade, passa-se às diversas conceituações aplicadas à autonomia privada por diferentes autores, além do seu conteúdo, extensão e, principalmente, às limitações que se impõem à autonomia privada.

²² PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 8.

2.2.2 Conceito, dimensão, conteúdo e limitações da Autonomia Privada

A autonomia privada é um dos princípios fundamentais do direito privado. Pode ser encarada como componente da liberdade, ou seja, uma dimensão fundamental da noção mais ampla de liberdade.

Sendo assim, é exatamente em relação à noção ampla de liberdade que Roxana Cardoso Brasileiro chama a atenção para uma prévia distinção entre autonomia jurídica individual, que em sentido amplo coincide com o conceito de liberdade jurídica, significando a faculdade de atuar lícitamente. Já o conceito de autonomia privada, mais restrito, corresponde ao poder de realização de negócios jurídicos, ou seja, a liberdade negocial. Entende-se, em geral, autonomia privada como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas conseqüências jurídicas, ou de determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico.²³

Como se observa, a autonomia jurídica individual está ligada à ausência de proibição para determinadas condutas do indivíduo, consideradas, dessa forma, como sendo lícitas, enquanto que a autonomia privada está relacionada com o poder de realizar negócio jurídico, poder esse atribuído pelo próprio ordenamento jurídico.

Significa, outrossim, que o princípio da autonomia privada se materializa por meio da realização de negócios jurídicos, onde as pessoas ordenam, por si mesmas, seus próprios interesses. Há, nesse caso, a auto-regulamentação dos próprios interesses.

Ato contínuo, a autonomia privada, enquanto atribuição de poder para a realização de negócios jurídicos, capaz de criar, modificar e extinguir situações e relações jurídicas, é também apresentado por Ana Prata, ao afirmar que a autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se no poder reconhecido pela ordem jurídica ao sujeito, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de

²³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

juridicizar a sua atividade (nomeadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.²⁴

Portanto, a autora adota uma concepção mais restrita do conceito de autonomia privada, diferenciando autonomia privada de liberdade jurídica privada, ao passo que aquela seria apenas um aspecto desta última, isto é, consubstancia-se na liberdade negocial. Assim, a autonomia privada constitui-se em instrumento jurídico de atuação e defesa de interesses privados.

Para Ana Prata, a extensão e alcance da autonomia privada abrangem apenas as situações em que se possa exprimir um conteúdo diretamente patrimonial, ou seja, atividades negociais de expressão econômica.

Importante ressaltar que a opção restrita do conceito de autonomia privada adotado por Ana Prata difere do que entende Roxana Cardoso Brasileiro. Para esta, o maior campo de atuação da autonomia privada é nas relações jurídicas patrimoniais, porém não exclusivamente, uma vez que os atos de autonomia privada acontecem em diversas áreas, não apenas no âmbito econômico. Assim, quando a negociação é sobre interesses não patrimoniais, os atos de autonomia privada normalmente estão relacionados com os direitos de personalidade. É o que ocorre na atuação da autonomia privada sobre doação de sangue, doação de órgãos, cessão de uso de imagem e de nome, cessão de direitos sobre a privacidade e a intimidade, dentre outros.²⁵

Note-se que, não obstante o conceito ser mais amplo, não significa que há uma revolução paradigmática, haja vista que a amplitude do alcance do conceito de autonomia privada apresentado por essa autora, em verdade reforça os dogmas da modernidade, decorrentes da individualidade e do liberalismo, com a reafirmação da dicotomia direito público/direito privado.

José Abreu Filho também concebe a autonomia privada sob o aspecto de poder atribuído pelo ordenamento jurídico para a criação de normas particulares, também de conteúdo negocial, conforme se depreende da definição de autonomia privada apresentada por este autor como sendo “*os poderes que o ordenamento outorga ao indivíduo, permitindo-lhe a criação de normas vinculantes, de conteúdo*

²⁴ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11.

²⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50-51.

negocial, capazes de provocar efeitos jurídicos pela prática de atos de diversas espécies".²⁶

Assim, na definição acima de autonomia privada estão evidenciados os seus traços fundamentais, como a função normativa da autonomia privada, sua essência negocial e a sua vinculação ao ordenamento, aproximando-se mais da definição de Ana Prata, ou seja, uma opção de concepção mais restrita. Com isso, nessa concepção restrita, a autonomia privada vai abranger a propriedade e o contrato, ou o negócio jurídico, que, tendo uma amplitude maior, abrange aquele. Ressalte-se, outrossim, que a visão daquele autor molda-se na teoria normativista, onde as partes contratantes criam para si regras de conduta, verdadeiras normas individuais, aproximando-se, igualmente, do que entende Hans Kelsen, conforme se verificará no presente trabalho²⁷.

Corroborando com os conceitos de autonomia privada até então expostos, Rabindranath Capelo de Sousa assevera que "*o princípio da autonomia privada traduz-se no estabelecimento, conformação e extinção, autónomos, das relações jurídicas privadas por parte dos homens segundo a sua vontade individual, dentro dos limites estabelecidos pela ordem jurídica*"²⁸.

Com isso, os indivíduos podem decidir, sob a chancela e os limites da lei, se e quando querem estabelecer direitos e obrigações que regulem as suas obrigações mútuas, com quem vão entabular, qual o objeto do negócio e em que termos e condições serão firmados os contratos.

Já Fernando Noronha identifica o princípio da autonomia privada como gênero, do qual decorrem três espécies ou subprincípios. O primeiro é a liberdade contratual, que consiste essencialmente na liberdade quanto à celebração ou não de negócios jurídicos e, ainda, liberdade quanto à determinação do respectivo conteúdo. O princípio do consensualismo é a liberdade quanto à forma que deve revestir os contratos e os negócios jurídicos unilaterais, contrapondo-se, em certa medida, ao formalismo. Por último, o princípio do efeito relativo dos contratos, pelo

²⁶ ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 44.

²⁷ Item 2.2.3

²⁸ SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Teoria geral do direito civil**. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 59.

qual a vinculação jurídica só atinge as partes contratantes, não prejudicando nem beneficiando terceiros²⁹.

É imperioso destacar que quando está se tratando de autonomia privada como poder atribuído pelo ordenamento jurídico, dentro dos limites impostos pela lei, se está, em verdade, já em um estágio mais avançado da autonomia privada, antes denominada autonomia da vontade, apesar de muitos doutrinadores ainda adotarem a expressão antiga, ou, ao contrário, sob a rubrica de autonomia privada, estarem tratando de autonomia da vontade.

Em verdade, o que vem acontecendo já é sinal de uma sociedade pós-moderna, onde a autonomia da vontade, sob a influência individualista e liberal, vem perdendo força em razão do fortalecimento da autonomia privada, já mais associada e vinculada a valores constitucionais. Porém, na pós-modernidade é ainda mais que isso, é a ampliação do próprio conceito de autonomia privada para âmbitos de relações privadas sem necessariamente ser o campo dos contratos ou obrigações.

O importante é que autonomia da vontade e autonomia privada não se confundem. Sendo assim, na teoria da autonomia da vontade a pessoa se obriga por meio da declaração de vontade, ficando em segundo plano outras circunstâncias nas quais o negócio jurídico estivesse inserido. Essa idéia derivava de uma concepção individualista exacerbada de direito, que considerava o sujeito fora do contexto social. Uma vez declarada a vontade, esta, em geral, teria a força de desencadear efeitos jurídicos.³⁰

Por sua vez, na teoria da autonomia privada o negócio jurídico não nasce da simples manifestação de vontade, uma vez que a teoria da autonomia privada demonstra que não existe uma ligação automática da vontade a um poder de gerar conseqüências jurídicas. A vontade não é o único fator determinante do negócio jurídico. Este nasce, na verdade, de uma manifestação ou declaração ou comportamento concludente disciplinado pelo ordenamento jurídico e que, por isso, deve obedecer a todos os pressupostos de validade que este exige.³¹

²⁹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 116-119.

³⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53.

³¹ *Ibid.*, p. 53.

Portanto, na cultura jurídica da modernidade, a teoria da autonomia da vontade transita para a teoria da autonomia privada, o que leva à análise das fronteiras ou limites desta.

Dessa forma, a autonomia privada encontra fronteiras em normas legais e na ordem pública. A lei disciplina as questões em que as partes podem omitir na realização do negócio jurídico. Assim, a lei traz a regra geral, que pode ser estipulada em contrário pelas partes, mas, o importante é que há uma regra geral criada pela lei. Além disso, certas condutas serão impostas ao sujeito, sob pena de o negócio jurídico ser declarado inválido, no caso de normas cogentes.

Segundo Roxana Cardoso Brasileiro Borges, quando trata da lei como fator limitante da atuação da autonomia privada, *“os sujeitos não têm poder de excluir os elementos de existência nem os requisitos de validade do negócio, assim como não podem afastar sanções negativas previstas legalmente”*³².

Uma segunda restrição ao objeto do negócio jurídico é a ordem pública. Assim, a atuação da autonomia privada encontra limites na paz e organização social. Em suma, são normas que, uma vez violadas, perturbam profundamente a vida em conjunto social.

José Abreu Filho assemelha os limites da autonomia privada como verdadeiro esvaziamento desta, ditado, por um lado, pela ingerência estatal e, de outro, pela predominância do poder econômico. Expõe o autor que as limitações que vem sofrendo a autonomia privada resultam sempre de uma dessas origens quais sejam ou é o Estado quem a enfraquece, sob a inspiração de seu fortalecimento, de um lado (como ocorre com as normas de direito de família), ou, ainda, premido pela necessidade ou por inspirações socializantes; ou emergem tais limitações do próprio poder econômico, que se nutre do enfraquecimento do indivíduo, submisso às suas imposições, disto resultando o desaparecimento da classe média, como se vem notando, de forma acentuada, nos países capitalistas, sobretudo nos que se debatem com problemas resultantes de uma inflação desastrosa e incontrolável e que constituem uma expressiva maioria.³³

³² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58.

³³ ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 47.

Em síntese, as limitações à autonomia privada teriam como fatores determinantes a ingerência estatal nos negócios jurídicos, imposições de ordem social, contratos coletivos e, por fim, contratos tipos e contratos de adesão.

Dessa forma, após a análise da evolução histórica da autonomia privada, quando transitou-se da concepção de autonomia da vontade para a idéia de autonomia privada, que impõe limitações a sua atuação, além dos diversos conceitos apresentados, na quase totalidade convergindo autonomia privada e liberdade negocial, verificou-se, da mesma forma, a sua abrangência nos institutos da propriedade privada e dos contratos.

Ficou constatado também, nos conceitos apresentados sobre autonomia privada, que a doutrina se preocupa em atribuir à autonomia privada caráter normativo. Em razão dessa característica, além do capítulo tratar da autonomia privada na cultura jurídica moderna, convém estudar, ainda que perfunctoriamente, a relação da autonomia privada com o papel desempenhado pela mesma na concepção juspositivista de Hans Kelsen.

2.2.3 Autonomia privada e Hans Kelsen

Como representante do positivismo jurídico, mais especificamente da teoria da coação, Hans Kelsen, em sua obra “Teoria Pura do Direito”, trata da questão da norma fundamental (*grundnorm*) como fator determinante da pureza do direito, que encontra na norma fundamental o pressuposto de validade de todas as normas do sistema jurídico. Isto é, o normativismo lógico é o grande legado de Kelsen.

Além das normas emanadas pelo órgão competente, de acordo com a Constituição de cada Nação, Kelsen entende que dentro do ordenamento jurídico existem também as normas jurídicas individuais, como uma decisão judicial, já que estatui uma sanção. Da mesma forma, Kelsen concebe o negócio jurídico como norma jurídica individual, isto é, o contrato, negócio jurídico típico, é fato criador de Direito (já que no positivismo jurídico o direito se reduz à norma, à lei).

Com efeito, afirma Kelsen que uma conduta pode ser havida como contrária ao negócio jurídico porque o sentido subjetivo do ato ou dos atos que formam um negócio jurídico é uma norma, porque o negócio jurídico é um fato produtor de

normas. Assim sendo, na linguagem tradicional a expressão “negócio jurídico” é usada tanto para significar o ato produtor da norma como ainda a norma produzida pelo ato. O negócio jurídico típico é o contrato.³⁴

Como se nota, para Kelsen, mediante um contrato, as partes contratantes decidem que devem se conduzir de determinada maneira, cada uma em face da outra, evidenciando, nesse caso, a força normativa da vontade dos sujeitos no âmbito de sua autonomia, que pode ser ainda encarada como autonomia da vontade, que produz um mini-ordenamento para aqueles sujeitos contratantes.

Ressalte-se que Kelsen adverte que este dever-ser advindo do contrato é um fato produtor do direito na medida em que a ordem jurídica confere a esse fato esta qualidade. Na linha de raciocínio da teoria pura, da teoria da coação, o acordo de vontades entre as partes que resulta no contrato tem a qualidade de direito porque a prática do fato jurídico-negocial, bem como a conduta contrária ao negócio jurídico, consiste no pressuposto de uma sanção civil.

Assim como as normas gerais, as normas jurídicas individuais, criadas mediante o negócio jurídico, não estatuem sanções, porém é a conduta contrária ao estabelecido pelas partes contratantes o pressuposto da sanção. Ademais, mencionadas normas jurídicas não são normas autônomas, mas co-existem com as normas gerais que estatuem sanções.

Importante ressaltar que na medida em que o negócio jurídico é concebido como fato criador do direito, essa situação confere aos indivíduos o poder de regular as suas relações mútuas, demonstrando, mais uma vez, o caráter normativo da autonomia privada.

Percebe-se, do que foi explanado, que Hans Kelsen adota a teoria normativista, onde o negócio jurídico funciona como fonte de produção de normas jurídicas, desde que mantenha obediência com a sua fonte de validade, a lei, quer no seu processo de formação, quer na obediência material a seus preceitos. Assim como as normas legais devem se sujeitar às normas constitucionais, assim também as normas negociais devem se subordinar às normas legais. A autonomia privada é, então, para os normativistas, aquele poder concedido aos particulares pela ordem

³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fonte, 2003, p. 284.

jurídica, numa verdadeira delegação de competência normativa, para emitirem normas jurídicas.

Por derradeiro, e para ratificar a visão juspositivista de Hans Kelsen, influenciada pelo ideal liberal-burguês voluntarista, o autor não deixa margem para dúvidas no que tange ao fato de que o negócio jurídico, mais especificamente o contrato, surge da declaração da vontade, ou seja, ainda é o conceito anterior ao de autonomia privada, qual seja, autonomia da vontade. Roxana Borges, ao tratar da autonomia da vontade, aduz que por esta a pessoa se obriga por meio da declaração de vontade, ficando em segundo plano outras circunstâncias nas quais o negócio jurídico estivesse inserido, uma vez que, declarada a vontade, esta, em geral, teria a força de desencadear efeitos jurídicos.³⁵

A declaração da vontade como fator principal para o aparecimento do negócio jurídico, ou do contrato, fica manifesto na doutrina de Hans Kelsen, conforme se depreende quando o autor afirma que o “*fato contratual consiste nas declarações de vontade concordantes de dois ou vários indivíduos, as quais vão dirigidas a uma determinada conduta destes*”³⁶.

O que deve ser registrado é que Kelsen, como legítimo representante do positivismo jurídico, entende que o acordo de vontades cria o negócio jurídico, que tem no contrato o seu instrumento tipo de exteriorização da vontade, criando normas para as partes contratantes, sem atingir terceiros, e é nesse fato que reside, para Kelsen, o princípio da autonomia privada, quando explica o próprio autor ao afirmar que mediante “*uma norma criada contratualmente só podem, em regra, ser estatuídas obrigações e direitos para as partes contratantes. Nisto se exprime o princípio da chamada autonomia privada*”³⁷.

No presente capítulo, destinado principalmente ao conceito, conteúdo, alcance e limites da autonomia privada, torna-se importante a ratificação de um autor representante dessa teoria da época moderna, como no caso de Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito, donde restou incontestado a vinculação da autonomia privada à declaração da vontade, em um primeiro momento, e da obediência ao ordenamento jurídico, em um momento posterior, demonstrando o caráter normativo

³⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53.

³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fonte, 2003, p. 286.

³⁷ *Ibid.*, p. 288.

da autonomia privada, além, igualmente, da sua restrição conceitual para referir-se ao âmbito da liberdade negocial.

Contudo, só se tornou possível discutir sobre autonomia privada a partir do momento em que se consolidou a dicotomia direito público/direito privado ou interesse público/interesse privado, onde os campos de atuação do Estado estão definitivamente delimitados e separados do âmbito de atuação do indivíduo particular.

E são exatamente as principais distinções clássicas dessa dicotomia que serão analisadas no seguinte tópico.

2.3 INTERESSE PÚBLICO *VERSUS* INTERESSE PRIVADO

A divisão do direito em público e privado é chamada de divisão fundamental, a *summa divisio*. Essa divisão ficou amplamente conhecida como dicotomia, ou seja, significa afirmar que todo e qualquer ramo do direito encaixa-se ou como direito público ou como direito privado, não havendo a possibilidade de uma terceira faceta, por isso mesmo que se denomina dicotomia direito público/direito privado, já que há uma repartição de um conceito (direito) em apenas outros dois. Dessa forma, a esfera do público chega até onde começa a esfera do privado e vice-versa.

As condições históricas que determinaram o surgimento dessa dicotomia são as mesmas que influenciaram a visão juspositivista do direito, quais sejam o ideário liberal-burguês em oposição ao absolutismo do Estado. Assim, a distinção entre direito público e direito privado foi nítida e muito importante, pois se buscou delimitar ao máximo os espaços de intervenção do Estado e os espaços de atuação privada, fato este que contribuiu, decerto, para o enfraquecimento, naquele momento, do direito público³⁸.

Dessa maneira, um critério bastante utilizado para distinguir direito público e direito privado diz respeito à natureza do interesse tutelado por cada um desses

³⁸ Hannah Arendt evidencia esse aspecto de fortalecimento do interesse privado na modernidade, quando expõe que embora a intimidade de uma vida privada plenamente desenvolvida, tal como jamais se conheceu antes do surgimento da era moderna e do concomitante declínio da esfera pública, sempre intensifica e enriquece grandemente toda a escala de emoções subjetivas e sentimentos privados, esta intensificação sempre ocorre às custas da garantia da realidade do mundo e dos homens. (ARENDR, Hannah. **A condição humana**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 60.)

ramos. Assim, o objeto do direito público seria o interesse público, aquele interesse geral de toda a coletividade, sendo associado mesmo ao interesse estatal. Já o objeto do direito privado seria o interesse particular dos indivíduos, considerados isoladamente.

Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges a distinção apresentada acima continha algumas distorções e que necessitava de correções. Com efeito, posteriormente, tentou-se corrigir essa distinção ao afirmar que no direito privado se busca, de forma imediata, o atendimento do interesse individual, e, mediamente, o interesse público. No direito público, ao contrário, o interesse público é o fim imediato, e o interesse individual apenas mediamente é atingido³⁹.

Além daqueles critérios, a separação entre direito público e direito privado também é difundida quanto à relação entre os atores sociais. Por conseguinte, na esfera do direito público as partes, indivíduos, estariam em relação de subordinação para com o Estado, enquanto no direito privado os indivíduos estariam em relação de coordenação, onde reinaria a igualdade formal entre os sujeitos particulares.

Outro critério tradicional para a distinção entre direito público e direito privado reside no principal sujeito de direito. Em sendo o Estado ou a coletividade, o ramo do direito será público, ao passo que se o principal sujeito da relação for um particular individualmente considerado, o ramo do direito será privado. Mas, pode ocorrer de o Estado atuar como particular em uma relação de direito privado, como pode também acontecer de que um particular esteja numa relação de direito público.

Norberto Bobbio reduz a distinção entre direito privado e direito público aos dois primeiros critérios apresentados acima, conforme o critério seja buscado na forma ou na matéria da relação jurídica, ou seja, com base na forma da relação jurídica, distinguem-se relações de coordenação entre sujeitos de nível igual, e relações de subordinação entre sujeitos de nível diferente, dos quais um é superior e outro inferior. Assim, as relações de direito privado seriam caracterizadas pela igualdade dos sujeitos, e seriam portanto relações de coordenação; as relações de direito público seriam caracterizadas pela desigualdade dos sujeitos, e seriam portanto relações de subordinação. Com base na matéria, porém, que constitui o objeto da relação, distinguem-se os interesses individuais, que se referem a uma

³⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74.

única pessoa, dos interesses coletivos, que se referem à totalidade das pessoas, à coletividade. Levando em conta esta distinção, o direito privado seria caracterizado pela proteção que oferece aos interesses privados e o direito público pela proteção oferecida aos interesses coletivos.⁴⁰

Revela notar, por necessário, que essa distinção encontrou momentos, ao longo da história, de preponderância de um aspecto sobre o outro, ora do direito privado sobre o público, ora do direito público sobre o privado, não havendo, necessariamente, uma evolução linear, podendo-se afirmar, assim, certo movimento pendular.

Na Grécia e Roma antigas, por exemplo, não se deu na mesma intensidade a divisão fundamental, já que na clássica Grécia havia uma certa interpenetração do público e do privado, pois os cidadãos, reunidos na ágora, participavam intensamente das grandes decisões envolvendo interesses da comunidade, quer votando leis, quer julgando seus semelhantes em processos públicos de maior importância. Já em Roma ocorre uma separação mais nítida entre as duas esferas, havendo pouca participação direta dos cidadãos, enquanto tais, na esfera pública⁴¹.

O que de mais importante resulta da explanação acima é que no fenômeno jurídico da Modernidade, prima-se pela intensa distinção entre direito público e direito privado, onde aquele é visto como o ramo do direito que disciplina o Estado, sua estruturação e funcionamento, ao passo que esse é compreendido como o ramo do direito que disciplina a sociedade civil, as relações intersubjetivas, e o mundo econômico, sob a bandeira da liberdade.

Porém, essa separação entre direito público e direito privado vai sofrendo duros golpes, numa forte tendência convergente entre ambos. E são exatamente esses sinais de superação da dicotomia fundamental que serão analisados no próximo tópico.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **Direito de Estado na obra de Emanuel Kant**. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 135-136.

⁴¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 17.

2.3.1 Indicações da superação da *Summa Divisio*

Os sinais da superação da divisão fundamental surgem numa tendência convergente, ou seja, uma interpenetração entre direito público e direito privado, mediante a publicização do direito privado, a descentralização e fragmentação do direito civil, além do fator mais importante, consubstanciado na constitucionalização do direito privado.

Isso significa que, uma vez superada tal noção, que compartimenta o direito em duas esferas estanques (a esfera do Estado contraposta à esfera da sociedade civil) perceber-se-á que perde sentido falar-se em processos opostos de interpenetração ou mesmo interferência de uma esfera sobre a outra.

Esse fenômeno de convergência, já demonstrando o caráter da cultura jurídica da pós-modernidade é compartilhado por Eugênio Facchini Neto, ao asseverar que do ponto de vista jurídico, percebe-se claramente que público e privado tendem a convergir. Tal convergência, aliás, opera nas duas direções, ou seja, cada vez mais o Estado se utiliza de institutos jurídicos do direito privado, estabelecendo relações negociais com os particulares, e conseqüentemente abrindo mão de instrumentos mais autoritários e impositivos (trata-se do fenômeno conhecido como privatização do direito público)⁴².

A superação da dicotomia direito público e direito privado parte do pressuposto, sem a exclusão de outros, de que o direito civil não é intangível, ou seja, não está blindado contra a interferência do Estado do Bem-Estar Social, ou seja, quando as Constituições mais recentes, que refletem a ascensão do Estado do Bem-Estar Social e uma nova fase no constitucionalismo, deixam de dispor exclusivamente sobre a organização político-administrativa do Estado e passam a trazer disposições também sobre a ordem econômica e social e sobre valores fundantes do ordenamento, como a dignidade do ser humano, essa pretensa intangibilidade do direito civil é posta em dúvida⁴³.

⁴² FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 26.

⁴³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81.

Logo, do acima exposto, a publicização do direito privado contribui decisivamente para o reconhecimento da superação da divisão fundamental.

2.3.1.1 Publicização do direito privado

A sociedade hodierna não mais comporta a divisão entre Estado e sociedade civil em sistemas diametralmente separados, estanques, fechados cada um em si, haja vista que há uma crescente manifestação de uma dimensão social no âmbito do direito privado. Por isso mesmo, o modelo dicotômico de ordenamento jurídico, que imperava até então, não representa satisfatoriamente os anseios sociais típicos do pós-positivismo.

Assim também entende Marcus de Campos Ludwig, ao assegurar que a perspectiva dicotômica da distinção entre direito público e direito privado encontra-se superada. Não convém que se tomem os fenômenos recíprocos de interpenetração eventualmente verificados como intromissões, porquanto tais processos não são constantes nem absolutos; seguem, isto sim, o fluxo dos fatores sociais, as modificações dos campos da vida humana, vistos, portanto, por um prisma sociológico e histórico⁴⁴.

Portanto, o direito civil, ramo primordial do direito privado, deve ser aberto, móvel, entremeado por cláusulas gerais, para que seus institutos jurídicos possam ser constantemente arejados pelos princípios constitucionais fundamentais.

A publicização do direito privado consiste, basicamente, na atuação do Estado de modo a intervir, de forma imperativa, em extensas áreas que antes eram deixadas ao livre jogo das vontades privadas, chegando-se, em diversas situações, ao ponto de muitas regulamentações em que o Estado interfere serem elevadas à categoria de dignidade constitucional, tamanha a publicização de institutos jurídicos antes próprios do direito privado.

⁴⁴ LUDWIG, Marcus de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. MARTINS-COSTA, Judith (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 112.

2.3.1.2 Fragmentação do direito privado

A fragmentação do direito privado, mormente do direito civil, também resulta do fenômeno da superação da dicotomia fundamental, haja vista que as questões principiológicas incorporadas nas Constituições de diversos países impuseram ao legislador o dever de editar legislação compatível com os princípios constitucionais.

Isso forçou uma descentralização do direito civil codificado, com o respectivo surgimento de leis especiais, leis esparsas que acabam por reduzir o primado antes indiscutível da codificação civil. Há, como reflexo do surgimento de leis esparsas, o atendimento a um dos princípios do pós-positivismo, qual seja o pluralismo. Por isso mesmo, as leis especiais que surgem, trazem em seu bojo, concomitantemente, questões de direito material, de direito processual, interesses coletivos e difusos, como é o Código de Defesa do Consumidor pátrio, por exemplo.

Ademais, a descodificação tem como causa a insuficiência das codificações civis para regulamentar matérias cujas relações sociais tornaram-se específicas e ao mesmo tempo complexa demais para serem resolvidas e fundamentadas pelas normas de caráter mais geral das codificações civis.

Corroborando com o exposto acima Roxana Cardoso Brasileiro Borges, para quem essas novas leis, ao regulamentar novos direitos ou atribuir novo formato e novo sentido a direitos já existentes, oferecem, num mesmo estatuto ou num mesmo espaço de regulamentação, regras que não são apenas de direito civil, mas também, como exemplo, regras de direito processual e de direito penal. São regulamentações multidisciplinares. Tais novos direitos ou novas situações de institutos presentes no Código Civil requerem uma disciplina que não se exaure meramente nos dispositivos de natureza civil, exigindo, para sua completa regulamentação, normas de outros ramos do direito, voltadas para um objetivo determinado, reunidas num mesmo diploma⁴⁵.

Para Eugênio Facchini Neto, fala-se em fragmentação do direito privado porque o “*sistema unitário simbolizado pelo código civil, que tinha a pretensão de disciplinar todos os aspectos da vida privada, vê-se esfacelado em uma miríade de*

⁴⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87.

*leis e decretos que subtraem determinados institutos da monolítica disciplina codicista*⁴⁶.

2.3.1.3 Constitucionalização do direito privado

A elevação de significativas normas de direito civil ao texto da Constituição caracteriza a constitucionalização do direito civil. Não é única e simplesmente uma questão de ler e interpretar as normas de direito civil com o que a Constituição Federal dispõe. Antes, é uma verdadeira avocação de normas anteriormente destinadas ao âmbito próprio do direito civil, passando então a figurar como normas fundamentais, no nível constitucional.

Assim, a imensa maioria dos doutrinadores aponta para a situação, por exemplo, da propriedade, instituto central do direito civil por muito tempo, que não é mais a mesma, já que agora deve atender a sua função social. A família, antes tida como a menor célula da sociedade, onde reinava a autonomia privada, passou por significativas transformações, ao ser erigida ao nível constitucional em muitos de seus aspectos principais. Da mesma forma, o contrato, como cerne do direito civil, e expressão maior da autonomia privada, passa a se submeter a princípios dispostos na Constituição.

Mas, além da migração para a constituição de institutos próprios do direito privado, ocorre também o sentido contrário, ou seja, a migração para o direito civil de princípios eminentemente constitucionais, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Disso deriva, necessariamente, a chamada repersonalização do direito civil, ou visto de outro modo, a despatrimonialização do direito civil. Ou seja, recoloca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanções⁴⁷.

Com efeito, o patrimônio deixa de estar no centro das preocupações privatistas, sendo, por conseguinte, substituído pela consideração com a pessoa humana, demonstrando que os sinais claros de superação da dicotomia direito público e direito privado atingem o núcleo do direito privado, qual seja, a autonomia

⁴⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 40.

⁴⁷ Ibid., p. 32.

privada, que passa, então, a ser relativizada quando da ponderação de interesses, mormente quando está envolvido o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, a constitucionalização do direito civil, não obstante estar relacionada, também, com o fato de que vários institutos que tipicamente eram tratados apenas nos códigos privados passaram a ser disciplinados também nas constituições contemporâneas, é nas aquisições culturais da hermenêutica contemporânea, tais como a força normativa dos princípios, a distinção entre princípios e regras e a interpretação conforme a constituição que se pode realmente perceber claramente o fenômeno o qual se denomina como constitucionalização do direito civil, fruto, obviamente, de um fenômeno maior, qual seja o neoconstitucionalismo.⁴⁸

Dessa maneira, esse segundo aspecto, que é mais amplo do que o primeiro, implica na análise das conseqüências, no âmbito do direito privado, de determinados princípios constitucionais, especialmente na área dos direitos fundamentais. Jörg Neuner também identifica que os princípios fundamentais, especialmente o princípio da dignidade humana pode ser violado por cidadãos, no âmbito da sua autonomia privada, o que justificaria a eficácia desse mesmo princípio, demonstrando, assim, igualmente, perfilhar a tese de que haveria, nessas hipóteses, a relativização da autonomia privada⁴⁹.

Em síntese, de tudo o que foi exposto, percebe-se que os cidadãos não deveriam ser protegidos apenas em suas relações com o Estado, mas também nas suas relações particulares. Diante disso, é intensamente resgatado o valor do ser humano, inclusive nas relações privadas. A dignidade da pessoa humana passa a ser fundamental também para esse tipo de situações reguladas pelo direito privado. Assim, o indivíduo deve ser protegido contra o Poder Público e também contra os abusos cometidos pelos mais fortes no âmbito das relações privadas.

⁴⁸ Em sentido contrário Luís Roberto Barroso, para quem a constitucionalização do direito infraconstitucional não se confunde com a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas expressa a reinterpretação dos institutos ordinários sob uma ótica constitucional. Assim, para o autor, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. (BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da Supremacia do interesse público. In: **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005.)

⁴⁹ NEUER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 251.

A superação da *summa divisio*, principalmente com a constitucionalização do direito privado, com a conseqüente revalorização da dignidade da pessoa humana, que contribui com a relativização da autonomia privada e a possibilidade da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, serão discutidos no próximo tópico, onde esse pensamento ganha contornos de uma cultura jurídica pós-moderna.

2.4. AUTONOMIA PRIVADA NA PÓS-MODERNIDADE

A dogmática jurídica passa, nos últimos anos, por uma conjuntura de novas e densas idéias, que rompem com o paradigma da modernidade, avançando para uma cultura jurídica pós-moderna, ou como muitos autores preferem, um fenômeno identificado como principialismo. Como mudança paradigmática que é, questiona-se intensamente, num esforço de superação, o legalismo estrito próprio do juspositivismo moderno.

Assim, no novo conjunto de idéias, incluem-se a atribuição de efetiva normatividade aos princípios e a definição de sua relação com valores, como a justiça. Ademais, a formação de uma nova hermenêutica constitucional e o conseqüente desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, também são características essenciais desse novo conjunto de idéias pelo qual passa a dogmática jurídica.

Por conseguinte, dentro dessa conjuntura pós-moderna, a Constituição ganha relevos nunca antes alcançados, ocupando, a partir de então, o centro do sistema jurídico. No estágio atual, portanto, a Carta Magna congrega valores materiais (não meramente formais) e axiológicos associado à abertura do sistema jurídico, além da normatividade dos princípios constitucionais.

Nesse sentido, a Constituição passa a ser assimilada como uma ordem objetiva de valores e como sistema aberto, transformando-se no norte cujo sentido deve ser lido e observado pelo direito infraconstitucional, característica da constitucionalização do direito, conforme analisado alhures, que se consubstancia em verdadeira mudança paradigmática, uma vez que alterou profundamente o sentido e alcance de ramos do direito, principalmente os que invocavam maior

autonomia, como o direito civil, onde essa mudança paradigmática é mais manifesta com a consequente relativização da autonomia privada, quando da ponderação com princípios constitucionais, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana, o que permite a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

Ato contínuo, conforme visto acima, que na cultura jurídica pós-moderna os princípios constitucionais ganham essencial destaque, em razão da atribuição de normatividade destinada aos mesmos, faz-se necessário uma apreciação analítica do efetivo delineamento do papel dos princípios jurídicos no direito pós-moderno.

2.4.1 O papel dos princípios no direito pós-moderno

Conforme analisado anteriormente, ficou esclarecido que a positivação das leis é uma importante característica da modernidade jurídica, ou seja, só é Direito o que se encontra na lei (reducionismo do Direito à lei), não havendo espaços para juízos de valor, somente juízos de fato. Nesse caso, os juízes seriam apenas o porta-voz da lei, subordinados que eram às leis escritas, adotando postura profundamente legalista, sua função consistiria numa operação puramente lógico-formal, mediante a subsunção dos fatos à norma, consubstanciado em um simples silogismo.

Essa situação se transforma, quando da crise paradigmática da cultura juspositivista típica da modernidade, com o conseqüentemente surgimento de uma cultura jurídica baseada no sistema jurídico aberto, no resgate dos juízos de valores e na normatividade dos princípios, conforme expõe Ricardo Maurício Freire Soares, ao afirmar que *“interessa frisar a emergência de um modelo principiológico que, cada vez mais, confere aos princípios jurídicos uma condição central na estruturação do raciocínio jurídico, com reflexos na interpretação e aplicação do direito”*⁵⁰. Dessa maneira, edificou-se um novo paradigma jurídico, designado pela doutrina como pós-positivismo, onde os princípios⁵¹ ocupam papel de destaque.

⁵⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49.

⁵¹ Para Humberto Ávila, os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos**

Da mesma forma, os princípios gerais do direito têm importância na prática da decisão judicial, já trazem consigo os ideais de justiça e moralidade. Note-se que os princípios gerais de direito, outrossim, adquirem força normativa, sendo-lhes diferido status de norma. Assim expõe Norberto Bobbio, quando afirma: “[...] *Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras*”.⁵²

A importância metodológica dos princípios na interpretação e aplicação do sistema jurídico é ressaltada por Ricardo Maurício ao estabelecer que a difusão desse novo paradigma pós-positivista, que enfatiza a relevância teórico-prática dos princípios, permite oferecer um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento do Estado Democrático, orientando a atividade concreta de interpretação e aplicação do sistema jurídico. O pós-positivismo harmoniza legalidade e legitimidade, restaurando os laços privilegiados entre direito e moralidade social, bem como a conexão entre normas jurídicas, valores e fatos sociais⁵³.

Dessa maneira, diante da normatividade e força cogente atribuídas aos princípios, a atividade hermenêutica funciona no sentido de conferir-lhes aplicabilidade e efetividade, já que passam a estar no mesmo plano horizontal de normas, e como normas de intensa carga valorativa e teleológica, doutrina e jurisprudência utilizam-se cada vez mais dos princípios jurídicos para a resolução dos casos concretos. Inclusive, em determinados casos, somente uma compreensão exata dos princípios é que pode proporcionar uma decisão justa.

Os princípios deixam, então, de ser considerados como fonte subsidiária do direito, perdendo a função de preencher as lacunas do sistema jurídico, e assumem uma função normativo-obrigatória, passando a ser utilizados como verdadeira fonte primária e imediata do direito, podendo, inclusive, ser aplicada diretamente a todos os casos concretos.

A normatividade dos princípios é corroborada por Eros Roberto Grau, quando afirma que todos eles (os explícitos e os implícitos), constituem norma jurídica. Também os princípios gerais de direito constituem, estruturalmente, normas

princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 78)

⁵² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 158.

⁵³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57.

jurídicas. Norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios - entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais de direito.⁵⁴

Por último, no jogo discursivo para a aplicação dos princípios, estes atuam em complementaridade e não-exclusividade diante de outros princípios, isto é, na aplicação concreta dos princípios não se escolhe determinado princípio em detrimento de outro princípio, mas sim a atribuição de maior peso a um princípio em relação a outro princípio em conflito com aquele, sendo que será escolhido na aplicação, aquele princípio ao qual se atribui um maior peso, após a atividade hermenêutica de ponderação.

Portanto, são essas as principais funções que os princípios adquirem na cultura jurídica da pós-modernidade, mormente os princípios fundamentais, e, mais ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, que congrega enorme carga valorativa de justiça, moralidade, diante de outros princípios de cunho individualista-voluntarista, como no caso do princípio da autonomia privada.

Destarte, é importante uma digressão pela doutrina de um dos mais importantes autores na análise da autonomia privada diante da superação da dicotomia direito público e direito privado, com a consequente constitucionalização do direito privado, e seu ramo mais importante, o direito civil, a fim de se evidenciar que na cultura jurídica da pós-modernidade, o princípio da autonomia privada, pedra-de-toque do direito civil, em relação dialética com os princípios constitucionais fundamentais, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, sofre clara relativização, quando em conflito com esses princípios. Nesse diapasão, o pensamento de Habermas é bastante importante para a relativização do princípio da autonomia privada.

2.4.2 Autonomia privada e Jürgen Habermas

Na obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, Habermas desenvolve seu raciocínio para incluir o direito na ótica da teoria do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige de todo

⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 49.

participante a assunção das perspectivas de todos os outros. Nesse sentido, o autor parte para a reconstrução do direito, melhor, dos sistemas jurídicos, especificamente, o autor busca reconstruir a auto-compreensão das ordens jurídicas modernas, já que é manifesta a tensão existente entre facticidade e validade que permeia o sistema jurídico em sua totalidade.

Dessa maneira, Habermas argumenta que o conceito de direito subjetivo desempenha papel central na moderna compreensão do direito. Direito subjetivo, para ele, então, corresponde ao conceito de liberdade de ação subjetiva, isto é, direitos subjetivos (rights) estabelecem os limites no interior dos quais um sujeito está justificado a empregar livremente sua vontade. E eles definem liberdades de ação iguais para todos os indivíduos ou pessoas jurídicas, tidas como portadoras de direitos⁵⁵.

Diante do conceito acima, o direito moderno se adéqua especialmente à integração de sociedades econômicas, que para ser legitimadas e validadas, dependeriam apenas das decisões descentralizadas de sujeitos orientados pelo próprio sucesso. Contudo, o direito não está a serviço apenas das exigências funcionais de uma sociedade complexa, devendo interagir, também, com as condições precárias de uma integração social, que deve se realizar mediante o entendimento de sujeitos que agem comunicativamente.

Assim, existiria umnexo problemático entre as liberdades privadas subjetivas e a autonomia do cidadão, e o direito, para exercer a sua função de estabilização das expectativas, precisa manter umnexo interno com a aquela força socialmente integradora do agir comunicativo. Esse nexoproblemático, para Habermas, evidencia que não se conseguiu harmonizar conceitualmente autonomia pública e privada.

Habermas afirma que o direito subjetivo, como era concebido, de aplicação livre da vontade, considerados direitos negativos que protegem os espaços da ação individual e que garantia, por conseguinte, a proteção do direito de fechar contratos e adquirir e alienar propriedade só tinha sentido durante o tempo em que a autonomia privada do sujeito estivesse apoiada na autonomia moral da pessoa, fundada na teoria moral kantiana.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 113.

Contudo, afirma Habermas, depois “*que esse laço foi rompido, o direito passou a afirmar-se, segundo a interpretação positivista, como a forma que reveste determinadas decisões e competências com a força da obrigatoriedade fática*”.⁵⁶ Portanto, a autonomia privada seria um poder de vontade conferido pela ordem jurídica.

A concepção positivista do direito privado (direito civil) e conseqüentemente do conceito de autonomia privada, carregada do ideal liberal-burguês, muda com o surgimento do Estado Social, havendo, também para Habermas, uma mudança paradigmática. Nesse sentido, assevera o autor que o direito privado passa por uma reinterpretação, quando da mudança de paradigma do direito formal burguês para o do direito materializado do Estado Social. No entanto, essa reinterpretação não pode ser confundida com uma revisão dos princípios e conceitos fundamentais, os quais apenas são interpretados de maneira diferente quando os paradigmas mudam.⁵⁷

Observe-se que Habermas chama a atenção para o fato de que não é uma revisão dos princípios e conceitos fundamentais do direito privado, isto é, não há supressão de princípios consagrados, nem substituição por outros, mas, ao contrário, mantêm-se aqueles princípios e conceitos, mas, há, na verdade, uma alteração hermenêutica acerca daqueles princípios. Logo, a autonomia privada não perde o seu caráter de princípio fundamental do direito privado, mas, deve ser lido e interpretado à luz do novo paradigma que surge.

Conseqüentemente, para Habermas são os direitos humanos e o princípio da soberania do povo que formam as idéias justificadoras do direito moderno, porém não são conceitos que se complementam, mas ao contrário, são conceitos concorrentes. Assim, entre esses dois princípios há um nexos interno que reside no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade, e não através de leis gerais.

Assim sendo, a autonomia privada só será garantida quando da autonomia política da vontade unida de todos. Isso significa, para Habermas, que a tensão entre autonomia privada e autonomia pública pode garantir ambos, sem a

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 117.

⁵⁷ Ibid., p. 120.

supremacia de um sobre o outro, com o uso da linguagem orientada pelo entendimento, a fim de aproximar razão e vontade, para que seja então possível chegar a convicções nas quais todos os sujeitos singulares possam concordar entre si sem coerção.

Portanto, para Habermas, a legitimação do direito não encontra fundamento na obrigatoriedade das normas nem no uso simples da força. Na verdade, a legitimação do direito prescinde de coerção, e é alcançada quando todos os sujeitos afetados tenham iguais possibilidades de participar, e de serem, portanto, simultaneamente, autores e destinatários das normas elaboradas.

Dessa maneira, a legitimidade do direito se apóia em uma harmonia comunicativa, uma vez que os participantes dos discursos racionais, os parceiros do direito, podem examinar se uma norma controvertida encontra a anuência de todos os possíveis atingidos. Portanto, Habermas adota uma posição intermediária, onde não há subordinação nem sobreposição da autonomia privada sobre a autonomia política (pública), discordando de Kant e Rousseau, quando afirma que o *“sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política”*⁵⁸.

Através da teoria do discurso, portanto, os autores da autonomia privada e pública são simultaneamente também os destinatários da auto-legislação.

A fim de fundamentar um sistema dos direitos que faça jus à autonomia privada e pública, necessário se faz a abrangência dos direitos fundamentais que, segundo Habermas, os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente. Ou seja, esses direitos fundamentais são essenciais para viabilizar o procedimento discursivo entre os autores da autonomia privada e da autonomia política (pública), do qual resultará, por conseguinte, a efetiva produção de um direito legítimo.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 138.

2.4.3 Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e a autonomia privada

A constitucionalização do direito privado não é um mero deslocamento de institutos privados para o campo constitucional, é muito mais do que isso. Trata-se, efetivamente, de modificações substanciais relevantes na forma de se conceber e encarar os principais conceitos e instituições sobre os quais se funda este ramo do saber jurídico. Nessa esteira, os direitos fundamentais receberam papel de maior destaque na Constituição Federal de 1988, contribuindo para a adequação principiológica do ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, essa é também a afirmação de Daniel Sarmiento, ao comentar sobre essa inovação constitucional dos direitos fundamentais, quando afirma que de todas as inovações da Constituição de 1988, sem dúvida a mais positiva e valiosa foi o destaque ímpar conferido aos direitos fundamentais. Com efeito, além de incorporar ao seu texto um elenco amplo e generoso de direitos individuais, políticos, sociais, difusos e coletivos, em perfeita sintonia com a tendência internacional de proteção desses direitos, a Constituição elevou-os à condição de cláusula pétrea expressa, imunizando-os da ação corrosiva do constituinte derivado. A própria estruturação da Constituição, que, diversamente do que ocorria na ordem constitucional pretérita, pôs os direitos fundamentais na parte inicial do texto magno, antes das normas sobre organização do Estado, revela bem a importância sem precedentes conferida a tais direitos, que passam a desfrutar de indisputável primazia axiológica no novo regime.⁵⁹

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro axiológico da ordem constitucional, difundindo seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico pátrio, ou seja, a dignidade da pessoa humana passa a ser o princípio mais relevante da ordem jurídica nacional, influenciando definitivamente a exegese e aplicação de todo o direito vigente.

O princípio da dignidade da pessoa humana, segundo Daniel Sarmiento, *“nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida,*

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 85.

*podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas*⁶⁰. Com isso, ele é imprescindível para se garantir que o sujeito tenha uma vida humana com dignidade.

Contudo, diante do exposto, deve-se atentar para a penetração do princípio da dignidade da pessoa humana no campo do direito civil, ou seja, a dignidade da pessoa humana como paradigma do direito privado, sua interpenetração de forma a consagrar a primazia dos valores existenciais da dignidade humana sobre os patrimoniais do direito privado, especialmente sobre a autonomia privada, que nesse sentido sofre relativização para a incidência dos direitos fundamentais.

Verificou-se alhures que o traço marcante do direito privado moderno é a presença maciça do individualismo e de separação do direito público. Portanto, constata-se que o direito privado contemporâneo centra-se na pessoa humana e nos seus valores existenciais, além da sedimentação da superação do paradigma individualista. Ou seja, há uma verdadeira infiltração de valores solidarísticos no direito privado, bem como o reconhecimento da desigualdade de fato entre os sujeitos de direito, em contraposição à igualdade formal ideologizada pela cultura jurídica da modernidade. Ressalte-se apenas que não se trata de uma primazia absoluta, já que aí tratar-se-ia de totalitarismo. Por isso mesmo que se afirma uma relativização da autonomia privada.

2.4.4 Extensão dos direitos fundamentais

Não obstante se tratar no presente tópico sobre a noção de direitos fundamentais, o foco principal reside no princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que é através de tão importante princípio, alçado ao ápice da Carta Magna, que é possível a incidência dos direitos fundamentais, de forma geral, no âmbito das relações privadas, quando há agressão à dignidade do cidadão.

Desta feita, a partir desse momento que a Constituição pátria deixa de ser simplesmente carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico, conseqüentemente do direito privado. Em consonância com o quanto esposado, percebe-se que os direitos fundamentais não são apenas

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 89.

liberdades negativas exercidas contra o Estado, mas são normas que devem ser observadas por todos aqueles submetidos ao ordenamento jurídico. Como consequência lógica, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas se torna fato apodíctico, diante da já exposta superação da dicotomia entre direito público e privado, promovida principalmente pela constitucionalização do direito privado.

Assim, para Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo P. Ruzyk, perde sentido a noção que identifica uma externalidade dos limites negativos – em que se coloca o Estado – e uma internalidade – o intangível espaço do direito privado, fundado na propriedade, em que todos são formalmente iguais, ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais se estende tanto “verticalmente” como “horizontalmente”, abrangendo, pois, tanto as relações entre indivíduo e Estado como as relações entre indivíduos.⁶¹

Por isso mesmo, os três pilares de base do direito privado, quais sejam propriedade, família e contrato, todos edificados no princípio da autonomia privada, recebem, necessariamente, uma releitura, que altera suas formatações, redirecionando-os de uma perspectiva eminentemente patrimonial, para outra racionalidade que se fundamenta no valor da dignidade da pessoa humana.

Essa mudança paradigmática se reflete na própria solução dos casos concretos, na medida em que uma problematização busque, na ordem principiológica constitucional, a melhor solução, à luz dos direitos fundamentais, não raro se busque, ainda sob a influência do fenômeno jurídico típico da modernidade, a solução mecanicista da subsunção do fato à solução preestabelecida pelo modelo de relação jurídica codificado.

Os direitos fundamentais, por exprimirem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Dessa forma, os valores que tais direitos encerram devem ser irradiados para todos os campos do ordenamento jurídico, mormente o direito privado (direito civil).

A doutrina, já influenciada pela cultura jurídica do pós-positivismo, aponta no sentido da existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, posto que

⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. RUZYK, Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 98.

estes constituem, simultaneamente, fonte de direitos subjetivos que podem, assim, ser reclamados em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para todo o direito positivo.

No que tange à abrangência dos direitos fundamentais sobre o Poder Público, não é apenas um direito negativo, ou seja, não cumpre ao Estado semente o dever de abstenção de violação desses direitos, exigindo sobremaneira a efetiva proteção dos direitos fundamentais quando colocados em xeque pela agressão e ameaça de terceiros. Ademais, o Estado deve assegurar o mínimo existencial dos cidadãos, sem os quais nem se pode falar em exercício ou mesmo proteção dos direitos fundamentais.

Quanto à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que se irradiam para o campo do direito privado, mais especificamente para o âmbito das relações privadas, expõe Daniel Sarmiento que a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, às quais estavam confinados pela teoria liberal clássica. Reconhece-se então que tais direitos limitam a autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea. Neste quadro, o legislador assume o encargo de promover os direitos fundamentais, e toda legislação ordinária terá de ser revisitada sob uma nova ótica, ditada pela axiologia constitucional.⁶²

No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes afirma que o aspecto objetivo dos direitos fundamentais leva, também, a que se lhes atribua uma eficácia irradiante, servindo de diretriz para a interpretação e aplicação das normas dos demais ramos do direito. Enseja, ainda, a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, isto é, a eficácia desses direitos na esfera privada, no âmbito das relações entre particulares.⁶³

Por derradeiro, ressalte-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se à idéia de que os mesmos devem ser exercidos no âmbito da vida societária, e que a liberdade a que eles aspiram é social. Assim, necessidades coletivas são

⁶² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 107.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 155.

relevantes para a conformação do âmbito de validade dos direitos fundamentais, e podem justificar restrições, respeitados o núcleo essencial e o princípio da proporcionalidade.

Destarte, é importante, após as definições acerca da abrangência irradiante dos direitos fundamentais por todos os ramos do ordenamento jurídico, inclusive no direito privado, onde haverá nitidamente a relativização da autonomia privada, traçar algumas análises acerca da tutela constitucional da autonomia privada.

2.4.5 Tutela constitucional da autonomia privada

Em tópico anterior, quando da conceituação da autonomia privada na cultura jurídica da modernidade, ficou constatado que a quase totalidade dos conceitos apresentados e analisados pugnavam no sentido de atribuir uma definição mais restrita da autonomia privada, que em verdade constitui umas das dimensões fundamentais da noção mais ampla de liberdade.

Assim, os autores apresentados restringiam a conceituação da autonomia privada ao conceito de liberdade negocial, com aplicação mais abrangente nos institutos dos contratos e da propriedade privada. Contudo, sob a influência do fenômeno jurídico da pós-modernidade, com a superação da dicotomia direito público e direito privado, a constitucionalização do direito privado, além da dimensão objetiva dos direitos fundamentais irradiante sobre todos os ramos do ordenamento jurídico, inclusive o direito privado, além da possibilidade da eficácia desses direitos sobre o âmbito das relações privadas, não faz sentido tomar o princípio da autonomia privada apenas sob seu aspecto patrimonial.

Por tudo isso, para o estudo almejado no presente capítulo, mormente a relativização da autonomia privada, esta deve ser considerada em seu aspecto mais amplo, como a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual, isto porque pode acontecer, como de fato acontece, situações em que na manifestação em diversos contextos da autonomia privada surjam agressões aos direitos fundamentais de uma dos sujeitos participantes, hipossuficiente em relação a outro sujeito mais poderoso, onde, certamente, não estar-se-á diante de uma atuação límpida da atuação da autonomia privada daquele.

Portanto, a autonomia privada deve ser encarada sob uma perspectiva muito mais ampla do que a simples redução aos contratos e a propriedade privada, devendo ser entendida como o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses. O conceito de autonomia privada de alcançar o máximo possível as condutas humanas caracterizadas pela manifestação das relações privadas.

Assim, a autonomia privada está intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que negar ao homem o poder de decidir autonomamente como quer viver, quais projetos de vida pretende se engajar, ou o modo de viver que mais lhe aprouver é obstaculizar a própria existência do ser humano.

Contudo, como ressalta Daniel Sarmiento que essa autonomia privada não é absoluta, pois tem de ser conciliada, em primeiro lugar, com o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, e, além disso, com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, como a autonomia pública (democracia), a igualdade, a solidariedade e a segurança. Se a autonomia privada fosse absoluta, toda lei que determinasse ou proibisse qualquer ação humana seria inconstitucional. Um mero sinal de trânsito, que quando fechado proibisse os motoristas de avançarem, seria concebido como manifestação inadmissível de arbítrio. A própria idéia de ordenamento jurídico evaporar-se-ia. Seriam todos condenados a viver na anarquia, num permanente “Estado da Natureza”, em que acabaria prevalecendo sempre a vontade do mais forte.⁶⁴

Resta indubitável que o Estado deve intervir em certos casos, restringindo a autonomia privada individual, seja para proteger a liberdade de outros, seja para favorecer o bem comum e proteger a paz jurídica de toda sociedade. Assim, a atuação do Estado, no caso concreto, restringirá a liberdade, de forma proporcional, através de uma ponderação de interesses. É exatamente isso que ocorre quando se discute a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, em que se torna necessário ponderar esta autonomia com o direito que estaria sendo violado pela conduta do particular.

Essas limitações da autonomia privada, evidentes no pós-modernismo, ao passo que praticamente era nula no modernismo, com a acentuação da dignidade

⁶⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 155.

da pessoa humana, ou seja, a relativização da autonomia privada no pós-positivismo, é salientada por Eugênio Facchini Neto, quando afirma que no âmbito do direito privado, esse novo período é caracterizado pelo fato de que também o poder da vontade dos particulares encontra-se limitado. Essa limitação, ao contrário do período anterior, não se dá apenas em virtude da aplicação de normas imperativas editadas em proveito de outros particulares, como é o caso das regras do direito de vizinhança. Essa nova limitação se dá principalmente a partir da concretização dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Ou seja, abandona-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade; relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana.⁶⁵

Quanto à tutela constitucional da autonomia privada, constata-se que o art. 1º aponta como fundamento da República não a livre iniciativa apenas, mas “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, IV, CF). Verifica-se, outrossim, que o art. 170, antes de falar na livre iniciativa, menciona a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica, e estabelece ainda que a finalidade desta ordem é “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, CF), tratando a livre iniciativa econômica não como um fim em si mesma, mas como um meio na busca daquele magno objetivo⁶⁶.

Destarte, do que foi dito, resulta que é a partir da moldura axiológica estabelecida na Carta Magna que se deve examinar a proteção à autonomia privada outorgada pela Constituição brasileira. A proteção à autonomia privada decorrente da Constituição de 1988 é heterogênea: mais forte, quando estão em jogo as dimensões existências da vida humana e menos intensa quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial.

A abordagem da autonomia privada individual à luz do paradigma da pós-modernidade, em referência às ciências em geral, e do pós-positivismo jurídico, especificamente em relação à ciência do direito, tem papel importante na função de facilitar a compreensão da autonomia privada coletiva, onde há a possibilidade de

⁶⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 23.

⁶⁶ A título de ilustração, cumpre esclarecer que a autora Ana Prata chama a atenção para o fato de que a Constituição Portuguesa não trata expressamente sobre a autonomia privada. (PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 75)

corpos intermediários, o sindicato é um deles, produzirem normas de carácter geral e abstrato e a serem obedecidas pelos sujeitos representados por aqueles.

3 AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA APLICADA ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO

Após o amplo estudo do instituto da autonomia privada individual, com suas origens, evolução de seu conteúdo, bem como dos seus limites, tudo à luz da crise paradigmática que atinge às ciências em geral na modernidade, em especial o próprio Direito, e o conseqüente surgimento dos sinais da pós-modernidade, o presente capítulo ultrapassa o plano individual para culminar na autonomia privada coletiva, ou seja, o espaço dos grupos sociais como reais produtores de normas jurídicas, mormente os sindicatos.

Com efeito, também os corpos intermediários podem ser instrumentos de produção normativa, diante do pluralismo jurídico que se opõe ao monismo jurídico, principalmente tendo como fundamento o pluralismo jurídico agasalhado pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, ainda que não previsto expressamente, o que não impede o seu reconhecimento.

Ademais, o campo fértil da atuação dos sindicatos - grupos sociais -, como produtores de norma jurídica, se encontra no bojo das negociações coletivas, espaço de maior expressão da autonomia privada coletiva, em que a vontade do grupo, antes de ser uma soma de vontades individuais, consubstancia-se, efetivamente, em uma síntese de vontades, formando uma vontade do grupo, do ente coletivo.

Sendo assim, o capítulo em destaque dedicar-se-á, ao estudo dos temas acima pontuados, de forma a fixar as premissas para a análise da negociação coletiva, lugar e momento em que se verificam a incidência da autonomia privada coletiva e, principalmente, do princípio da boa-fé objetiva, como vetor para uma negociação coletiva eficaz, reflexo de um direito justo, próprio do paradigma do pós-positivismo jurídico.

3.1 PLURALISMO JURÍDICO

O pluralismo jurídico surge como concepção antagônica ao monismo jurídico, aquele tendente em considerar fundamentalmente a socialidade do direito, ao passo

que este propugna a estatalidade do direito, sem esquecer que essa oposição não chega a adquirir a natureza de autêntica dicotomia, uma vez que existem inúmeras doutrinas intermediárias, ou comumente denominadas de teorias mistas.

Sendo assim, segundo Gino Giugni, vem-se afirmando de forma mais contundente que o abandono do monismo estatal coincide com a abertura crítica do problema das fontes. A superação das considerações estatais ocorre paralelamente com a crise do pensamento legalista, ao mesmo tempo em que suscitam-se o problema da insuficiência da lei (estatal), bem como dos limites da autoridade estatal em uma sociedade articulada em uma variedade de centros de poder.⁶⁷

Seguindo esse raciocínio, a doutrina se posiciona no sentido do agasalhamento do princípio do pluralismo jurídico pela Constituição Federal da República, ainda que não de forma expressa. Com efeito, a *Lex Legum* assegurou como valor supremo uma sociedade pluralista comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

Tendo em vista que o pluralismo jurídico se origina com a finalidade primordial de se opor ao monismo jurídico, cumpre, então, antes de se adentrar na sua disciplina jurídico-filosófica, tecer alguns comentários pontuais acerca do monismo jurídico.

3.1.1 Monismo jurídico

Na concepção de Ronaldo Lima dos Santos, o monismo jurídico, em sua essência, identifica-se com a teoria que considera como válida apenas uma ordem jurídica, seja o direito natural ou universal (monismo jurídico universal), seja o direito estatal (monismo jurídico estatal)⁶⁸. Dessa forma, o monismo jurídico não está identificado apenas com a ordem jurídica estatal e sim com a acepção da palavra, isto é, monismo jurídico significa o reconhecimento de apenas uma ordem jurídica, estatal ou natural (universal).

Sendo assim, no monismo jurídico universal, sua concepção fundamenta-se na existência de um único direito universal, de caráter absoluto, comum a todos os

⁶⁷ GIUGNI, Gino. *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 51-52.

⁶⁸ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 30.

povos e nações. Por isso mesmo, sua principal sede de elaboração foi a teoria do direito natural, cujo ápice doutrinário se deu nos séculos XVII e XVIII, com a exacerbada expressão, nesse período, do racionalismo e do iluminismo, que forneceram as bases para o esplendor dos grandes sistemas de direito natural⁶⁹.

Nesse período, rompe-se com a visão que relaciona o conhecimento com o conhecimento de Deus, ou seja, a característica mais marcante dos sistemas de direito natural dessa época foi a sua natureza secular, não teológica.

Contudo, vale ressaltar, por necessário, que não se pode falar na existência de uma única doutrina do direito natural, uma vez que o seu conteúdo varia de acordo com o fundamento que se conceda a esse sistema em cada época e lugar, e de acordo com cada teórico.

Como salienta Ronaldo Lima dos Santos, são diversas as concepções a respeito da existência de um direito universal ou natural, como também são diversas as construções com referência ao relacionamento desse direito com o direito positivo, indo de concepções que negavam totalmente a existência deste até aquelas que viam uma relação de coordenação entre os dois ordenamentos⁷⁰.

O direito natural tende a condicionar a validade do direito ao valor de justiça. Nesse sentido, Norberto Bobbio define o direito natural como sendo uma corrente do pensamento jurídico segundo a qual uma lei para ser lei deve estar em conformidade com a justiça. Complementa afirmando que a teoria do direito natural é aquela se considera capaz de determinar o que é o justo e o que é o injusto de maneira universalmente válida⁷¹.

Em síntese, o monismo universal caracteriza-se tanto pela doutrina que considera somente a existência de um direito, o direito natural, universal, portanto, quanto pela negação do direito positivo, bem como também pelas doutrinas que consideram o direito positivo como mera emanção do direito natural, ou que colocam a validade daquele na sua concordância com este.

No que diz respeito ao monismo jurídico estatal, pode-se afirmar que ele consubstancia-se como o produto histórico da formação dos grandes Estados na Era

⁶⁹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009 p, 30.

⁷⁰ Ibid., p. 32.

⁷¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 55-56.

Moderna, nascidos sobre a dissolução da sociedade medieval⁷². Chame-se a atenção para o fato de que nesse momento histórico o monismo surge exatamente como antítese de anterior pluralismo jurídico, proveniente da igreja, com *status* supranacional, bem como ordenamentos em nível infra-nacional, oriundos dos feudos, comunas e corporações.

Com efeito, antes do surgimento do monismo jurídico estatal, é possível falar de um pluralismo jurídico precário, arcaico, tendo como maior expressão a doutrina da igreja, que atingia diversos setores não somente em nível local, mas em verdade, em nível supranacional. Além disso, era possível identificar-se a existência de ordenamentos inferiores, compostos por cada feudo, que emanavam suas regras de conduta e conseqüentes sanções pelo descumprimento daquelas regras.

Observe-se que, diferentemente do pluralismo contemporâneo, a ser tratado a seguir no presente texto, o pluralismo precário ao qual se refere no momento é composto de vários ordenamentos soberanos, sem qualquer tipo de vinculação um para com o outro ou mesmo qualquer tipo de subordinação de ambos a um único ordenamento, característica essa de extrema importância para diferenciar o pluralismo arcaico, precedente do monismo jurídico, do pluralismo contemporâneo, que busca suceder as idéias monistas.

Portanto, havia na Idade Média um pluralismo jurídico marcado pela existência de centros de posituação jurídica que se distribuíam em setores inferiores e superiores, mas sem unitariedade. Cada senhor era soberano no seu território; cada centro possuía algum grau de espaço próprio que não se comunicava com os demais⁷³.

Contudo, os estados modernos foram se formando por meio da extinção ou da absorção dos ordenamentos jurídicos anteriores (principalmente provenientes de guerras pela dominação), tanto daqueles tidos como superiores como dos considerados inferiores, que passaram a se concentrar na sociedade nacional, mediante um processo de monopolização da produção jurídica.

Assim sendo, o poder de emanar normas de direito passou a se concentrar nas mãos do Estado, com a paulatina e sucessiva supressão dos demais centros de

⁷² SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 33.

⁷³ SANTOS, loc. cit.

poder inferiores e superiores, até a extinção de qualquer centro de produção jurídica que não se identificasse com o Estado.

Percebe-se, diante do exposto, que o monismo jurídico estatal consiste em teoria filosófico-jurídica que tem como fundamento primordial a identificação do Direito com o direito positivo, mas não qualquer direito positivo, e sim aquele emanado pelo Estado.

Para Ronaldo Lima dos Santos, é possível observar-se a ligação do direito estatal ao direito positivo e a consequente consagração da interpretação de que todo o direito somente é direito enquanto produzido pelo Estado, além de que somente o direito positivo é o verdadeiro direito⁷⁴.

Corroborando com o quanto exposto o autor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao explicar que direito positivo é o que vale em razão de uma decisão e só por força de uma nova decisão é que pode ser revogado. O legalismo do século passado entendeu isto de modo restrito, reduzindo o direito à lei, enquanto norma posta pelo legislador⁷⁵.

Acrescente-se a isso o elemento lógico-formal da coerção como parte integrante do direito positivo, haja vista que, para Kelsen, a doutrina que revela a coerção como sendo característica essencial do direito é uma doutrina positivista e que se preocupa exclusivamente com o direito positivo⁷⁶.

No mesmo sentido, o autor Norberto Bobbio, ao tratar dos pressupostos históricos do positivismo jurídico, especialmente as relações existentes entre o direito natural e o direito positivo, já que a expressão positivismo jurídico deriva deste último, explica que o positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce a partir do momento em que o direito positivo e o direito natural não são mais considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico, ocorre a redução de todo o direito ao direito positivo, e o direito natural é, então, excluído

⁷⁴ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 35.

⁷⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 41.

⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 559.

das categorias do direito, ou seja, o direito positivo é direito, o direito natural não é direito⁷⁷.

Resta bastante claro que a tese central do positivismo jurídico se firma em declarar inequivocamente que não há outro direito que não o direito positivo.

Nessa linha de exposição, afirma Chaïm Perelman que aqueles que defendem a teoria do positivismo jurídico opõem-se aos adeptos do direito natural (universal), uma vez que os axiomas nos quais fundam sua dedução não são racionais, válidos sempre e em qualquer lugar, mas encontram-se nos textos legais, expressão da vontade do legislador⁷⁸.

Dessa forma, o Estado adquire importância excepcional, na medida em que todas as formas de organização da sociedade, mediante regras de conduta, sanção e premiação derivam da ação produtora de direito do Estado, único ente capaz de emanar normas jurídicas.

Com efeito, o Estado monista não admite, nem tampouco reconhece nenhum outro centro de produção jurídica, em virtude de ele deter o monopólio do poder normativo, isto é, o poder de dizer o que é o direito. Desse modo, diante dos fundamentos da concepção monista do direito, baseada no direito estatal, firmou-se o dogma da completude do ordenamento jurídico⁷⁹.

Sendo assim, não há que se falar em lacunas, antinomias, tampouco outras fontes produtoras de norma jurídica, restringindo-se o Estado, no monismo estatal, como exclusiva fonte produtora de norma jurídica.

Em síntese, o monismo jurídico está intimamente ligado com a teoria que propugna a validade de apenas uma ordem jurídica, seja o direito natural ou universal, seja o direito estatal, isto é, monismo jurídico significa o reconhecimento de apenas uma ordem jurídica, seja ela estatal ou natural (universal).

Diante do exposto até o momento, cabe então embrenhar-se nos aspectos filosófico-jurídicos do pluralismo jurídico, especialmente a sua relação com o direito do trabalho, alienígena e pátrio, a fim de arraigar as bases para a discussão acerca

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 26.

⁷⁸ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 69.

⁷⁹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 36.

da autonomia privada coletiva e, em consequência lógica, das principais questões que envolvem a negociação coletiva.

3.1.2 Conceito de pluralismo jurídico

A doutrina do pluralismo jurídico, considerada em seu sentido amplo, uma vez que existem diversas correntes que tentam explicar e ao mesmo tempo justificar a sua existência, baseados em distintos fatores de ordem econômica, política, filosófica e jurídica, surge com o intuito primordial de agir em oposição ao monismo jurídico.

Dessa maneira, não obstante a diversidade doutrinária do pluralismo jurídico, o denominador comum a estas correntes consiste na negação do Estado como fonte única e exclusiva do direito positivo e a da tese da existência de uma hierarquia qualitativa entre os diversos ordenamentos⁸⁰.

Ressalte-se que o pluralismo jurídico não surgiu apenas com o fim imotivado de contrapor a doutrina do monismo jurídico, mas, deve-se ter em mente que a própria insuficiência do monismo estatal contribuiu de forma decisiva para o alargamento dos centros geradores de produção jurídica, mediante outros meios normativos não convencionais.

Surge, assim, uma concepção, em sentido amplo, que visa à refutação da tese que de somente o Estado pode produzir normas jurídicas, havendo, por outro lado, a possibilidade de existência de outros centros de produção de normas de direito, também estas reconhecidas em uma determinada coletividade.

Segundo Miguel Reale, as teorias monistas não resistem às críticas formuladas pelos teóricos do pluralismo jurídico, isto é, por todos aqueles que refutam a existência única do ordenamento jurídico estatal, ao passo que igualmente sustentam a presença de uma multiplicidade de ordenamentos ao lado e mesmo contra o direito Estatal, ordenamentos estes, aos quais não se pode negar juridicidade positiva⁸¹.

Mais que isso, o pluralismo não representa somente a existência conjunta de distintos centros de positivação jurídica numa mesma sociedade política, com a

⁸⁰ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 38.

⁸¹ REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 265.

conseqüente existência de normas que não as emanadas apenas do Estado. A concepção pluralista do direito pressupõe, igualmente, a possibilidade dos mesmos indivíduos estarem submetidos a ordens jurídicas autônomas e interdependentes⁸².

É então o pluralismo uma corrente doutrinária com objetivos revolucionários, com tendências que visam, indiscutivelmente, ao rompimento do paradigma dominante identificado com o monismo jurídico, ao mesmo tempo em que exalta a participação dos corpos sociais ou corpos intermediários, na medida em que estes são os representantes principais dos diversos centros de produção de norma jurídica, independentemente do Estado.

Norberto Bobbio aborda a presente discussão quando afirma que na fenomenologia do relacionamento entre os ordenamentos, ocupam lugar à parte as relações entre o ordenamento estatal e determinados ordenamentos menores, que têm como característica desenvolverem-se no bojo do Estado e se entrelaçarem de várias maneiras. Entende então o autor, por ordenamentos menores, os que mantêm unidos os seus membros para fins parciais e que, portanto, investem somente uma parte da totalidade dos interesses das pessoas que compõem o grupo⁸³.

Desse modo, o pluralismo jurídico possui como adeptos os defensores dos direitos dos grupos sociais, da coletividade, como por exemplo, o sindicato, na luta pelos direitos da categoria econômica a qual representa.

Nesse sentido, expõe Antonio Carlos Wolkmer que é indubitável a presença e também a interferência dos movimentos sociais para se atribuir eficácia à nova legalidade, convertendo-se, portanto, em uma legalidade autêntica e autônoma capaz de não só redefinir de forma democrática as regras institucionais de convivência, mas, igualmente, de influenciar, reordenar e alterar os critérios que fundamentam o direito Estatal moderno⁸⁴.

Em razão disso, cumpre abordar, ainda que perfunctoriamente, os aspectos principais das doutrinas que mais contribuíram para a expressão do pluralismo jurídico.

⁸² SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 38.

⁸³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 169-170.

⁸⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 158.

3.1.3 Principais doutrinas do pluralismo jurídico

No que diz respeito ao pluralismo jurídico, há que se destacar que ocorre fenômeno semelhante ao sucedido com o monismo jurídico, ou seja, há distintas correntes pluralistas, das mais variadas origens e concepções filosófico-jurídicas, o que culmina em doutrinas próprias, com aspectos singulares, mas que mantêm a sua essência ou traços comuns, no sentido de contraposição ao monismo jurídico.

O historicismo jurídico surge, assim, como primeira forma de teorização do pluralismo jurídico, refutando o monismo jurídico universal, intrinsecamente ligado ao direito natural, de forma que haveria uma série de ordenamentos (pluralismo) jurídicos autônomos, representados pela soberania de cada nação. Segundo Ronaldo Lima dos Santos, o “*direito não é fruto de idéias abstratas concebidas a priori, mas produto concreto da consciência jurídico-relativa de cada povo*”⁸⁵.

Percebe-se que, em suas primeiras manifestações, a doutrina do pluralismo jurídico procura refutar o monismo jurídico de forma pouco convincente e desprovida de método científico rígido, recorrendo ao direito supranacional, de maneira que o pluralismo residiria na existência de múltiplos ordenamentos representados pelos ordenamentos de cada nação soberana.

Com efeito, refutação dessa espécie demonstra ainda uma falta de maturidade daqueles que defendem o pluralismo jurídico a partir desse momento. Contudo, como toda teoria, ainda que carregada de argumentos poucos rígidos, as primeiras manifestações em favor do pluralismo jurídico têm importante função no que diz respeito ao fato de chamar a atenção dos estudiosos acerca de uma situação que de fato estava ocorrendo, qual seja a insuficiência da teoria do monismo jurídico para explicar a atuação de grupos sociais como produtores de normas jurídicas.

Seguindo a digressão cronológica, a segunda corrente do pluralismo jurídico é representada pela Teoria Funcional, baseada na idéia de Estado funcional e solidariedade social ou interdependência social, de Duguit. Com efeito, a norma jurídica não decorre do Estado, uma vez que o Estado não está acima dos

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 41.

indivíduos ou da sociedade. Assim sendo, a regra de direito decorre da solidariedade social, e impõe-se tanto a governantes quanto a governados, o que inclui o próprio Estado. A formação das regras jurídicas advém, portanto, da totalidade do corpo social⁸⁶.

Sendo assim, essa doutrina rompe com a concepção monista do direito, na medida em que devolve à totalidade do corpo social a formação das normas jurídicas, admitindo uma pluralidade de fontes do direito positivo⁸⁷.

Dessa forma, há uma negação no que tange ao monopólio estatal de produção de normas jurídicas, residindo aí uma das facetas de seu caráter pluralista. Igualmente, essa concepção pluralista é percebida pela rejeição da idéia de um direito imutável e absoluto, um direito pré-concebido pela razão ou qualquer outro fundamento, mas que se imponha a todos os homens de maneira universal.

Já, as doutrinas sindicalistas possuem como grande mérito a introdução da idéia de associação ou organização sindical como centro de positivação jurídica. Não obstante serem elaboradas em torno da noção de sindicato, essas doutrinas trouxeram fundamentos essenciais para o desenvolvimento da teoria institucional e da teorização das organizações sociais como centros geradores de direito⁸⁸.

Nesse sentido, as associações profissionais não representam simplesmente uma associação para a defesa dos interesses particulares dos seus associados, mas constituem verdadeiro grupo de interesses coletivos que estabelecem para seus membros relações necessárias e obrigatórias⁸⁹.

Portanto, pela teoria sindicalista, em sentido amplo, o sindicato adquire feição fundamental no âmbito do sistema político-econômico, uma vez que gozaria de abrangente autonomia para a produção normativa de regulação dos seus interesses. Percebe-se, dessa maneira, também na doutrina sindicalista, notória rejeição da tese da exclusividade do Estado como revelador do direito. Nessa conjuntura consiste o ideal pluralista das doutrinas que formam a teoria sindicalista.

Vale ressaltar que, pela teoria sindicalista, o aspecto material das normas de direito advindas dos sindicatos não se limitam apenas a interesses estritamente

⁸⁶ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 42.

⁸⁷ REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 277.

⁸⁸ SANTOS, op. cit., p. 43.

⁸⁹ REALE, op. cit., p. 280.

relacionados com o âmbito laboral de suas atividades, mas em toda a área econômica.

Ato contínuo, demonstrando pontos de convergência com a doutrina pluralista sindicalista analisada acima, desenvolve-se a teoria pluralista corporativista. Sendo assim, o que as torna parcialmente diferente, no plano sociológico-político, consiste no fato de que no pluralismo sindicalista a organização sindical constitui-se no centro, por excelência, da produção normativa, ao passo que no corporativismo as associações profissionais são apenas uma das espécies de corporações. O direito corporativo engloba o direito sindical, ou seja, este é espécie daquele, que é gênero⁹⁰.

Portanto, verifica-se que, enquanto no pluralismo sindical os sindicatos são o próprio núcleo central de produção de normas jurídicas, no pluralismo corporativo o sindicato é apenas uma das espécies produtoras de normas, que tem como gênero as corporações.

Ademais, manifesta-se o caráter pluralista da doutrina corporativista quando da negação do Estado como fonte exclusiva de produção normativa, sendo as corporações a origem única e legítima a partir da qual devem ser estabelecidos o poder político e a autoridade legislativa.

Saliente-se que as corporações não se limitam apenas às de índole econômica, compreendendo, por conseguinte, os órgãos e associações envolvidos com as diversas áreas públicas, sejam sociais, religiosas ou mesmo culturais, entre outras. Com efeito, enquanto no pluralismo sindicalista a nota predominante é a econômica, no pluralismo corporativista o ponto dominante é de cunho sociológico, já que esta reconhece em cada corporação uma fonte autônoma do direito, não se limitando, conseqüentemente, ao campo de atuação econômica, própria dos sindicatos.

No entanto, não há que se concluir o aspecto público da corporação de forma a identificá-la como sendo um órgão do próprio Estado, uma vez que a sua natureza jurídica é muito bem definida, consubstanciada em uma entidade autônoma e distinta do próprio Estado.

⁹⁰ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 45.

Seguindo o tema das principais doutrinas do pluralismo jurídico, tem-se a mais importante corrente da doutrina pluralista, qual seja a teoria institucional, que foi determinante para a firme reação à doutrina do monismo jurídico (estatalidade do direito). A idéia central dessa teoria é a instituição, ou seja, o fenômeno jurídico resulta não somente do Estado, mas, igualmente, da atividade criadora das forças sociais organizadas⁹¹.

Por conseguinte, é possível identificar-se três elementos essenciais, quais sejam a sociedade, como sendo a base factual sobre a qual o direito ganha existência; a ordem, como o fim ao qual tende o direito; e a organização, como meio para a realização da ordem⁹². Por isso mesmo, toda sociedade ordenada e organizada caracteriza-se como uma instituição e expressa a existência de um ordenamento jurídico.

Miguel Reale, ao abordar especificamente as idéias pluralistas de Santi Romano, considerado por ele como o “teórico puro” do pluralismo, assevera que onde quer que se estabeleçam relações sociais de índole estável e permanente, constituindo uma entidade irreduzível aos seus membros e superior às mutações dos elementos componentes, aí se deve ver uma instituição, e por conseguinte, um ordenamento jurídico especial⁹³.

Constata-se, dessa forma, que a institucionalização é a passagem de determinado grupo social da fase inorgânica para a fase orgânica, nascendo daí, o direito. No plano prático, citem-se os sindicatos, que enquanto grupos sociais organizados, isto é, consolidados na fase orgânica, são certamente instituições, e por isso mesmo, centro produtores de normas jurídicas ou verdadeiros ordenamentos jurídicos.

Em seguida, é possível ainda identificar como corrente pluralista a teoria normativa, que tem como premissa a assertiva de que o fenômeno originário da experiência jurídica é a regra de conduta. Sendo assim, o ponto de vista do normativismo consiste em considerar o direito como um conjunto de normas, sendo

⁹¹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 48.

⁹² BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 29.

⁹³ REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 298.

este entendido como a melhor maneira de apreensão integral da experiência jurídica e dos seus traços característicos⁹⁴.

Por fim, cabe aqui proceder com sucinta, porém pontual, análise sobre a teoria da graduação da positividade jurídica. Primeiramente, esclareça-se que o antagonismo existente entre monismo e pluralismo jurídico não chega a se consubstanciar em uma dicotomia. Significa dizer, então, que as discussões não se encerram sempre e exclusivamente com a concepção monista do direito ou no pluralismo jurídico, havendo, assim, espaço para uma terceira via, geralmente denominada de mista.

E é exatamente o que acontece com a teoria da graduação da positividade jurídica, que integra elementos tanto do monismo jurídico quanto do pluralismo jurídico, porém, em uma nova unidade.

Com efeito, de acordo com essa teoria, as diferenças existentes entre os ordenamentos jurídicos estatais e os não-estatais residiriam no campo da positividade e não no aspecto quantitativo ou referentes à extensão sócio-espacial da eficácia das normas. Sendo assim, é possível a existência de muitos ordenamentos, porém, nem todos possuem o mesmo grau de positividade, ou seja, maior ou menor eficácia de suas normas⁹⁵.

Diante do exposto acima, percebe-se que não obstante a possibilidade de se identificar distintas correntes de expressão do pluralismo jurídico, todas guardam na sua essência o combate ao monismo estatal, principalmente no que toca à exclusividade do Estado enquanto produtor de normas de direito.

Defendem, assim, a existência de outros centros de produção de normas jurídicas, principalmente os grupos ou movimentos sociais, que mais próximos da realidade social de uma determinada coletividade, detêm capacidade de perceber mais rapidamente as mudanças e os anseios sociais, e assim adequar o direito à essa nova realidade.

No campo laboral é ainda mais perceptível a existência de uma pluralidade de centros produtores de regras de direito, haja vista os sindicatos quando da elaboração de uma convenção coletiva de trabalho, por exemplo.

⁹⁴ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 52.

⁹⁵ REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 309.

3.1.4 O pluralismo jurídico no direito laboral

Segundo o autor Ronaldo Lima dos Santos, prevalece na doutrina juslaboralista a concepção do direito do trabalho como multiforme, caracterizado por uma diversidade de fontes normativas. Há, assim, normatização de origem estatal e não-estatal. É o direito do trabalho o berço, por excelência, do conceito de autonomia privada coletiva, tal como hoje reconhecida⁹⁶.

Ademais, identifica-se na autonomia privada coletiva a marca primordial do pluralismo jurídico no direito do trabalho, uma vez que os grupos sociais trabalhistas, especificamente os sindicatos ou organizações sociais podem, mediante negociações coletivas, criar regras de direito que submetem um sem-número de trabalhadores, ainda que não participantes dos processos negociais, tampouco filiados a essas entidades.

Destarte, para uma compreensão mais exata da importância da autonomia coletiva enquanto maior expressão do pluralismo jurídico, especialmente no direito do trabalho, o estudo das fontes dos direitos torna-se de inestimável utilidade.

3.2 FONTES DO DIREITO

Tendo em vista o exposto no tópico precedente, verifica-se que o antagonismo entre o monismo e o pluralismo jurídico tem como *ultima ratio* a relação entre Estado e Direito, principalmente sob dois aspectos: primeiramente a discussão gira em torno da existência ou não do direito previamente ao Estado e; com a existência do Estado, cabe exclusivamente a ele o poder de criar normas jurídicas ou é possível se falar em distintos centros de posituação jurídica?

Essas foram as discussões enfrentadas anteriormente, e que possibilitaram afirmar-se a existência, principalmente no direito laboral, de fontes produtoras de normas jurídicas fora do monopólio estatal. Assim sendo, o presente tópico tem uma dupla função, direcionadas a complementar e esclarecer ainda mais o discutido anteriormente, bem como fincar as bases sobre as quais serão discutidas a

⁹⁶ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 87.

autonomia privada coletiva, núcleo central de todo o presente capítulo e pressuposto do próximo capítulo, acerca da negociação coletiva de trabalho.

Destarte, a discussão acerca da autonomia privada coletiva tem enorme importância para o que se pretende debater no capítulo seguinte, isto é, os principais aspectos da negociação coletiva no interior do rol das fontes do direito, em especial do direito do trabalho.

3.2.1 O significado de “Fontes do Direito”

A fim de se analisar os aspectos principais que giram em torno do sistema das fontes do direito, vale ponderar sobre o significado dos termos que compõem a própria expressão. Em seu sentido léxico, fonte significa “nascente de água”; “bica”, “chafariz”; e em sentido figurado “origem” ou “causa”⁹⁷. E a segunda acepção é a que mais interessa para o debate atual, uma vez que se trata, em verdade, da tentativa de se explicar como o direito surge para uma determinada coletividade e de buscar elucidar quais são as suas formas de criação e manifestação⁹⁸.

Logo, a questão relativa às fontes do direito, mormente o direito laboral, diz respeito ao exame da origem, às bases as quais se subordina, delineando os contornos dos respectivos direitos e obrigações instituídos pela ordem jurídica⁹⁹.

Portanto, não resta dúvida que as fontes do direito têm ligação íntima com o problema do surgimento do próprio direito, além de ter relação direta com o conhecimento do próprio ordenamento jurídico.

Nesse sentido, expõe o autor Norberto Bobbio que as fontes do direito são aqueles fatos ou mesmo atos dos quais depende o ordenamento jurídico para a produção de normas jurídicas, uma vez que o conhecimento do ordenamento jurídico começa sempre pela enumeração de suas fontes¹⁰⁰.

⁹⁷ XIMENES, Sérgio. **Minidicionário Ediouro da língua portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Ediouro, 2000, p. 445

⁹⁸ SILVA, Otavio Pinto e. **A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 15.

⁹⁹ MANUS, Pedor Paulo Teixeira. **Negociação coletiva e contrato individual de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 72.

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 45.

Comungando com esse entendimento, para se definir com clareza o preciso significado das fontes do direito, convém estabelecer uma classificação das fontes do direito, tomando por base o que há de mais comum nas principais doutrinas que abordam o tema em destaque.

3.2.2 Classificação das fontes do direito

Comumente a doutrina classifica as fontes do direito entre fontes materiais e fontes formais. Contudo, sob o ponto de vista do direito do trabalho, em razão do pluralismo jurídico acima demonstrado, usualmente a doutrina juslaboralista classifica as fontes do direito do trabalho em fontes autônomas e fontes heterônomas, além de outras classificações de caráter minoritário, porém não de somenos importância.

Por conseguinte, imperioso se analisar, de forma pontual, as principais classificações assinaladas pela doutrina juslaboral¹⁰¹.

3.2.2.1 Fontes materiais e fontes formais do direito

As fontes materiais são os fatores sociais que contribuem para a formação do conteúdo da norma jurídica.

Sendo assim, a idéia de fonte material está relacionada com o conjunto dos fenômenos sociais que contribuem para a formação da matéria do direito, isto é, os fatores ou elementos que determinam o espírito das normas de direito e o conteúdo de todo um sistema jurídico¹⁰².

De outra forma, as fontes materiais seriam os fundamentos sociais do direito, ou seja, o conjunto de fatores sociais que contribui para a formação da norma de

¹⁰¹ O autor Norberto Bobbio classifica as fontes formais em reconhecidas e delegadas. Nas fontes reconhecidas há recepção de normas anteriores, já existentes, produzidas por ordenamentos anteriores e diversos, ao passo que nas fontes delegadas há, obviamente, delegação do poder de produzir normas jurídicas a poderes inferiores ou mesmo órgãos inferiores. (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 38.)

¹⁰² SILVA, Otavio Pinto e. **A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 17.

direito, ao passo que as fontes formais seriam os meios pelos quais o direito se expressa¹⁰³.

Com efeito, as fontes formais são os meios pelos quais a norma jurídica é estabelecida.

Em relação à fonte formal, complementa-se que a idéia de fonte formal está ligada à maneira pela qual o Direito se revela socialmente. Logo, são os processos de manifestação do Direito, através dos quais um ordenamento jurídico adquire existência, atuando de maneira válida e eficaz dentro de um determinado contexto social. Consequentemente, trata-se de uma noção que vem declarada como o campo da existência do Direito¹⁰⁴.

Verifica-se, do exposto, que as fontes materiais estão vinculadas à origem e ao conteúdo da norma jurídica, chamando-se atenção para o fato de que elas serão tão mais diversificadas quanto mais complexa for a realidade social em que se assenta determinado ordenamento jurídico. Já, em relação à fonte formal, esta se refere à forma da norma jurídica.

Ademais, a doutrina costuma incluir como fontes materiais os fatos sociais, políticos, econômicos, ou mesmo de cunho religioso, enquanto estão incluídas como fontes formais a Constituição Federal, as leis (ordinária, complementar e delegada), a medida provisória, a sentença normativa, o regulamento de empresa, o contrato individual de trabalho, bem como os acordos e convenções coletivas de trabalho.

Portanto, esses fatos têm o condão de influenciar a formação e transformação das normas jurídicas. Como exemplo importante de fatores econômicos, tem-se a revolução industrial, o próprio surgimento do capitalismo e suas transformações, principalmente a propriedade dos meios de produção. Já, em relação aos fatores sociológicos pode ser citada a agregação de trabalhadores assalariados, em função do sistema econômico, nas empresas, cidades e regiões do mundo ocidental contemporâneo, uma vez que essa situação leva os trabalhadores a refletirem sobre sua condição.¹⁰⁵

¹⁰³ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Negociação coletiva e contrato individual de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 72.

¹⁰⁴ SILVA, Otavio Pinto e. **A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 18.

¹⁰⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 139.

Os movimentos sociais dos trabalhadores, de nítido caráter reivindicatório, são os fatores materiais políticos, enquanto idéias e pensamentos, como o socialismo e o trabalhismo, que são exemplos de fatores filosóficos que influíram na construção e mudança do direito do trabalho.

Nesse ponto percebe-se uma questão de grande reverberação para o direito laboral, na medida em que este é um ramo do direito que se caracteriza exatamente pela sua pluralidade de fontes formais, isto é, ao lado da constituição e das leis, convivem, outrossim, outras fontes formais que são a manifestação da autonomia privada coletiva, como as convenções e acordos coletivos de trabalho, produtos da negociação coletiva.

3.2.2.2 Fontes autônomas e heterônomas

Conforme visto alhures, a teoria do pluralismo jurídico admite a existência de outras fontes produtoras de normas de direito, principalmente as produzidas pelos grupos sociais, em oposição ao monopólio estatal enquanto centro produtor de normas jurídicas.

Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento, o *“direito do trabalho não foge dessas premissas. As suas estruturas normativas provêm de diversos centros de positivação, organizados ou não”*¹⁰⁶.

Por isso mesmo, no âmbito do direito laboral, a doutrina costuma classificar as fontes formais em dois grandes grupos, quais sejam fontes heterônomas e fontes autônomas.¹⁰⁷

¹⁰⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 268.

¹⁰⁷ O autor Otavio Pinto e Silva propõe uma classificação das fontes formais trabalhistas baseada na origem das normas produzidas. Assim sendo, divide as fontes formais em estatais, quando proveniente de um órgão componente da estrutura Estatal; não estatal, se provém do poder de particulares ou de órgãos que não façam parte da estrutura do Estado e; por último, fonte internacional, quando a norma tem origem nas conferências da Organização Internacional do Trabalho ou em tratados firmados entre países. No primeiro grupo estão a Constituição, leis, normas regulamentadoras, medidas provisórias e jurisprudência. Já, no segundo grupo encontram-se a negociação coletiva, cujos frutos são a convenção e o acordo coletivo, o regulamento de empresa, os usos e costumes e o contrato individual de trabalho. Por fim, no terceiro grupo são encontrados os tratados firmados entre dois ou mais Estados, além das convenções e recomendações emanadas pela Organização Internacional do Trabalho. (SILVA, Otavio Pinto e. **A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 23-24.)

As fontes heterônomas são aquelas que produzem normas sem que haja a participação direta dos sujeitos que posteriormente a elas se submeterão, ao passo que as fontes autônomas produzem normas com a participação direta dos sujeitos interessados, ou seja, que auto-determinam as suas relações jurídicas¹⁰⁸.

Nesse sentido, as fontes autônomas correspondem às normas ou complexos de normas em que há identificação entre o legislador e o executor, ou seja, que são produzidas com a participação direta dos próprios sujeitos interessados, no exercício da autonomia privada (individual ou coletiva).

Por outro lado, as fontes heterônomas abrangem as normas ou conjuntos de normas em que não há identificação entre executor e legislador, uma vez que referidas normas não são elaboradas diretamente pelos sujeitos que a elas devem obediência, sendo, portanto, decorrentes de uma vontade externa àqueles sujeitos¹⁰⁹.

Dessarte, reside no campo das fontes autônomas o momento a partir do qual surge a autonomia privada coletiva como mola propulsora da produção de normas jurídicas por parte das organizações sindicais, haja vista que os trabalhadores, representados pelos sindicatos, em conjunto com o sindicato econômico ou mesmo uma ou um conjunto de empresas, produzem normas para toda a categoria a qual representam, demonstrando nitidamente o caráter de fonte formal.

Dessa forma, o estudo da autonomia coletiva é de suma importância como premissa da negociação coletiva, espaço onde ocorre a produção das normas jurídicas coletivas, materializadas nas convenções e acordos coletivos de trabalho.

3.3 AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA

Observou-se, no segundo capítulo, que a autonomia privada individual está intimamente ligada ao sujeito, ao indivíduo particularmente considerado, sem irradiação de efeitos sobre terceiros que não participam da concretização do negócio jurídico, ou seja, sem obrigar quem não contratou. Esse ponto é essencial para se diferenciar e compreender a autonomia privada coletiva.

¹⁰⁸ SILVA, Otavio Pinto e. **A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 22.

¹⁰⁹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 97.

Na autonomia privada coletiva, a vontade é manifestada não pelo indivíduo, mas por uma coletividade dita organizada, coletividade de representação de um grupo específico, no caso do direito do trabalho, de uma categoria de trabalhadores.

Segundo a doutrina de Luciano Martinez, o objetivo primordial das coletividades é a mesma de qualquer grupo social, qual seja a sua sobrevivência como organismo sistematizado, fundada em uma relação entre sub-grupos internos, isto é, entre dirigidos e dirigentes.

O que move uma coletividade formada por uma determinada categoria profissional, o sindicato, portanto, é o interesse coletivo, identificado como o consenso que se sobrepõe às vontades individuais¹¹⁰.

3.3.1 Interesse coletivo

O interesse coletivo tem a sua atuação legitimada a grupos sociais organizados, os chamados corpos intermediários, que, nas palavras de Ronaldo Lima dos Santos, são *“definidos por interesses comuns, têm reconhecidamente o poder de emitir normas destinadas aos seus membros e às relações com outros entes, indivíduos ou esferas jurídicas, para a satisfação de interesses comuns à coletividade, classe ou categoria de pessoas representadas”*¹¹¹.

Não se trata o interesse coletivo de uma simples noção de interesse pessoal do próprio grupo, que em realidade não é um interesse propriamente coletivo, mas interesse da pessoa moral, como entidade. Outrossim, o interesse coletivo não pode ser identificado como soma ou reunião de interesses individuais, uma vez que a mera reunião dos interesses individuais não os transforma em interesse coletivo, ainda que defendidos coletivamente, porque o conteúdo continua a ser individual.

Em verdade, uma terceira forma de compreensão de interesse coletivo é a correta, qual seja aquela que identifica o interesse coletivo como interesse do grupo, da classe de pessoas ou da categoria. Com efeito, interesse coletivo deve ser entendido no sentido de expressar a síntese dos interesses do grupo, que se torna indivisível e, portanto, não mera soma de interesses individuais, mas interesse

¹¹⁰ CARREIRO, Luciano Dorea Martinez. **Limites constitucionais ao exercício da autonomia coletiva sindical**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2002, p. 40-42.

¹¹¹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 121.

distinto do grupo¹¹². Assim, o interesse coletivo transcende o interesse das pessoas que compõem o grupo.

Portanto, é imperioso que o direito laboral reconheça a existência de interesses coletivos como sendo interesses próprios, isto é, da entidade coletiva, e que difere dos interesses individuais das pessoas que compõem o ente coletivo, o que permite, dessa forma, o reconhecimento do ente coletivo como titular de direitos (coletivos).

No campo do direito coletivo do trabalho, a relação jurídica base que une os titulares dos interesses coletivos entre si, surge a partir do convívio comum em determinados grupos, isto é, da categoria, formando-se, a cada momento, novas situações jurídicas que ligam os grupos, trazendo situações e conflitos jurídicos comuns¹¹³.

Assim sendo, esse interesse coletivo é exercido pelos sindicatos, obrigatoriamente, nos termos do art. 8º, VI, da Constituição da República Federativa do Brasil, que assim reza:

VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

Dessa forma, a atuação da categoria profissional de trabalhadores, no exercício do interesse coletivo, é exercida pelos sindicatos, corpo intermediário responsável legítimo para o gozo da autonomia privada coletiva. É esse, igualmente, o pensamento de Washington Luiz da Trindade, quando afirma que *“não basta existir o grupo ou a classe, mas é indispensável um ente operativo que emita a vontade do grupo, ou seja, um sindicato, um órgão, uma figura entitativa”*¹¹⁴.

A idéia de interesse coletivo pode ser extraída das considerações expostas por Ronaldo Lima dos Santos quando assevera que a noção de autonomia privada coletiva nasce a partir do reconhecimento da existência de uma vontade comum do grupo, inconfundível, portanto, com a vontade individual de cada membro ou com a vontade geral da sociedade. Essa vontade do grupo, considerado globalmente, gira

¹¹² MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Negociação coletiva e contrato individual de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 22-23.

¹¹³ MORAES, Renata Nóbrega Figueiredo. **Flexibilização da CLT: na perspectiva dos limites da negociação coletiva**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 29.

¹¹⁴ TRINDADE, Washington Luiz da. **Preleções sobre a aporia da vontade coletiva**. In: Ângulos: revista dos estudantes da Faculdade de Direito da UFBA, nº. 1. Salvador: Centro acadêmico Ruy Barbosa, 1999, p. 173.

em torno de bens e interesses pertinentes a toda a coletividade, de modo que a sua persecução ou sua tutela viabiliza-se por meio do agir em conjunto.¹¹⁵

Dessarte, esse interesse coletivo não se confunde com o interesse individual dos membros do grupo social organizado, ou melhor, não se confunde com o interesse particular dos membros da categoria profissional, seja sindicalizado ou não, uma vez que se trata de um interesse da coletividade de pessoas a um bem capaz de satisfazer uma necessidade comum, ou seja, melhores condições de trabalho.

A diferença entre interesse coletivo e individual pode ser identificada sob a perspectiva dos efeitos que se visem a desencadear com o resultado final. Assim sendo, se os efeitos têm por objetivo um padrão geral para um conjunto abstrato de relações laborais, trata-se de efeitos normativos, e, portanto, de interesses coletivos. Por outro lado, quando os efeitos têm por objetivo desencadear resultados destinados a se cristalizar em certos contratos individuais, trata-se de interesses individuais¹¹⁶.

3.3.2 Conceito de autonomia privada coletiva

Da noção de interesse coletivo fica claro em que consiste a autonomia privada coletiva. A importância de se identificar o conceito de autonomia privada coletiva está intimamente ligada ao reconhecimento da natureza jurídica da negociação coletiva de trabalho, meio pelo qual os sindicatos exercem o poder de autonomia coletiva.

Segundo Gino Giugni, a comunhão de fins promove um ordenamento constituído pelos sindicatos para a permanente atuação de uma disciplina coletiva de relações de trabalho¹¹⁷. Verifica-se, nas palavras do autor, que o interesse coletivo é a mola-mestra da autonomia coletiva, uma vez que visa à melhoria das condições de trabalho dos membros da categoria.

¹¹⁵ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 122.

¹¹⁶ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Negociação coletiva e boa-fé: o princípio no ordenamento brasileiro e espanhol**. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008, p. 23.

¹¹⁷ GIUGNI, Gino. **Introducción al estudio de la autonomía colectiva**. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 98.

Para Maria Cristina Haddad de Sá, a autonomia privada coletiva consubstancia-se no poder de auto-regulamentação dos próprios interesses das partes, ou seja, trata-se da liberdade ou faculdade que detêm as organizações representativas para elaborar normas jurídicas coletivas¹¹⁸.

No mesmo sentido, Francisco de Lima Filho compreende a autonomia privada coletiva como sendo a capacidade que certos grupos sociais organizados têm de enunciar normas que simultaneamente constituem fórmulas de equilíbrio entre esses interesses e padrões de conduta para os membros dos mesmos grupos nas suas relações individuais, ou seja, é a capacidade de auto-organização e auto-regulamentação de suas relações por parte de determinados grupos sociais¹¹⁹.

Para Pedro Paulo Teixeira Manus a autonomia privada coletiva no âmbito do direito coletivo do trabalho é o poder que detêm as entidades sindicais de auto-organização e auto-regulamentação dos conflitos de trabalho, produzindo normas que regulam as relações atinentes à vida sindical, às relações individuais e coletivas de trabalho entre trabalhadores e empregadores.¹²⁰

No mesmo sentido, Julio Maximiano Scudeler Neto compreende a autonomia privada coletiva como sendo o reconhecimento estatal da capacidade que as entidades representativas de interesses coletivos detêm para criar direitos e obrigações, auto-regulamentando estes mesmos interesses, como forma de solucionar conflitos coletivos de trabalho, o que acaba por produzir efeitos diretos nas relações individuais de trabalho¹²¹.

Fica claro que, tendo como fundamento o interesse coletivo, a autonomia privada coletiva no âmbito do direito coletivo do trabalho é um poder que os sindicatos detêm para produzir regras de conduta e equilíbrio no confronto de interesses entre as partes participantes do processo de negociação coletiva de trabalho.

No mesmo sentido, Ronaldo Lima dos Santos entende que a autonomia privada coletiva consiste no poder reconhecido aos grupos sociais de criar normas

¹¹⁸ SÁ, Maria Cristina Haddad de. **Negociação coletiva de trabalho no Brasil**. São Paulo, LTr, 2002, p. 36.

¹¹⁹ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Negociação coletiva e boa-fé: o princípio no ordenamento brasileiro e espanhol**. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008, p. 29.

¹²⁰ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Negociação coletiva de contrato individual de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 101.

¹²¹ SCUDELER NETO, Julio Maximiano. **Negociação coletiva e representatividade sindical**. São Paulo: LTr, 2007, p. 96.

jurídicas para a tutela de interesses de uma coletividade, comunidade ou classe de pessoas globalmente consideradas, revelando-se como um instrumento de tutela de interesses coletivos pertinentes ao grupo globalmente considerado, que não se confundem com a mera soma de interesses individuais dos membros da coletividade nem com os interesses pertinentes a toda a sociedade.¹²²

Dos conceitos de autonomia privada coletiva apresentados percebe-se que há nítida referência a um poder reconhecido pelo Estado. Aludida referência impõe o esclarecimento acerca da natureza jurídica da autonomia privada coletiva; se se trata de um poder originário que passa a ser reconhecido pelo ordenamento jurídico, ou se é um poder fruto da função legiferante do Estado e que é conseqüentemente delegado aos entes coletivos.

3.3.3 Natureza jurídica da autonomia privada coletiva

A autonomia privada coletiva, no campo do direito coletivo do trabalho, enquanto poder dos sindicatos de auto-regulação, de criação de regras de conduta, está disposta, não sob essa rubrica, na Constituição da República Federativa do Brasil como direitos fundamentais sociais.

Segundo Norberto Bobbio, os direitos fundamentais (humanos) são direitos reconhecidos pelo Estado, um leque de direitos que historicamente, após conquistas e lutas, vão sendo modificados, reconhecidos e incluídos no rol dos direitos humanos positivados. Para ele os direitos humanos são coisas desejáveis, ou seja, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua deseabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos. Além disso, o autor afirma estar convencido de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que ele fez e que gostaria que fosse feita também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento.¹²³

Portanto, a autonomia coletiva é um fato social construído historicamente, que foi obtendo força e importância, e que posteriormente vem a ser reconhecido pelo Estado, ante a imperiosa necessidade de assim fazê-lo, uma vez que a autonomia

¹²² SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 127.

¹²³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 16.

coletiva resulta em fato social de alcance global, mormente nos países ocidentais de cultura capitalista.

Esse aparente paradoxo é encontrado na definição de Perez Luño sobre os direitos humanos e fundamentais, para quem os direitos humanos são um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.¹²⁴

Corroborado com o exposto Ronaldo Lima dos Santos, ao asseverar que a própria história do desenvolvimento do sindicalismo e, conseqüentemente, da autonomia privada coletiva dos trabalhadores, demonstra a sua natureza de ordenamento originário, uma vez que, até o seu reconhecimento, foi ela em um primeiro momento proibida, posteriormente tolerada e, por fim, reconhecida pelo Estado. No período de proibição, a realidade social dos trabalhadores e as doutrinas que vigoravam impediram seu sufocamento pelo Estado e determinaram a sua sobrevivência ainda que não reconhecida pelo ordenamento jurídico estatal.

Complementa então o autor afirmando que a autonomia coletiva, enquanto realidade social, é *“anterior ao surgimento do Estado, pois já existia em muitas sociedades pré-estatais. Com o reconhecimento pelo Estado, a autonomia privada coletiva apenas ganhou objetividade, como instituto jurídico, e maior expressão jurídico-formal”*¹²⁵.

No mesmo sentido advoga Francisco Lima Filho, para quem a autonomia privada coletiva, sendo representação de um poder originariamente extra-estatal, sua posição no sistema jurídico deve ser coerente com sua potencialidade ordenadora da realidade, tarefa esta na qual concorre com o Estado¹²⁶. Percebe-se que esse entendimento coaduna-se com a doutrina pluralista do direito, analisada acima.

Diante disso, resta coerente a concepção da autonomia privada não como um poder derivado do Estado exercido por meio de um processo de delegação, mas a

¹²⁴ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2001, p. 48.

¹²⁵ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 144.

¹²⁶ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Negociação coletiva e boa-fé: o princípio no ordenamento brasileiro e espanhol**. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008, p. 29.

de um poder originário, até mesmo antecedente ao Estado, que o reconhece e aos seus efeitos jurídicos.

Destarte, entendida a autonomia privada coletiva como fato social que surge e se desenvolve historicamente, até atingir o ponto de importância que motiva o seu reconhecimento pelo Estado como a possibilidade de entidade social criar normas de obediência obrigatória pelos membros dessa coletividade, cumpre então adentrar no âmbito de atuação da autonomia privada coletiva, qual seja, a negociação coletiva de trabalho.

Porém, antes que se levantem vozes que venham, de forma equivocada, declarar a inexistência de previsão constitucional expressa da autonomia privada coletiva, vale abrir um breve espaço para a análise da autonomia privada coletiva enquanto norma de direito fundamental atribuída.

3.3.4 Autonomia privada coletiva e norma de direito fundamental atribuída de Robert Alexy

Tratando especificamente da Constituição alemã, Robert Alexy informa que as normas de direitos fundamentais são aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados presentes no texto da Constituição alemã, e somente esses enunciados que tratem sobre direitos fundamentais.¹²⁷

Isso é assim porque o autor restringe sua teoria à Constituição alemã. Dessa forma, as normas de direitos fundamentais serão exatamente aquelas que estejam expressas por disposições de direitos fundamentais, que serão os enunciados presentes na constituição (alemã).

Mas, Alexy reconhece, ao mesmo tempo, a figura da norma de direito fundamental atribuída, ou seja, uma norma de direito fundamental que não está estabelecida direta e expressamente pelo texto constitucional, mas que pode ser atribuída a alguma norma que o esteja, como a igualdade, por exemplo.

Por isso mesmo, as normas de direito fundamental podem, portanto, ser divididas em dois grupos principais, quais sejam as normas de direito fundamental

¹²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 65.

estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas. Note-se que o autor não exclui um direito fundamental não-escrito, porém esse difere da norma fundamental atribuída na medida em que esta e a norma fundamental expressa estão em uma relação de fundamentação entre a norma a ser refinada e a norma que a refina, que é a situação da norma fundamental atribuída.

E essa atribuição ocorre quando seja adotado o seguinte critério: uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais¹²⁸.

No caso do presente trabalho, a autonomia privada coletiva dos corpos intermediários, principalmente dos sindicatos, não está prevista expressamente por disposição constitucional como norma de direito fundamental, mas está atribuída a uma norma de direito fundamental, qual seja, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho disposto no art. 7º, XXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

Portanto, constata-se que o ordenamento jurídico pátrio reconhece um direito fundamental não no próprio direito em si mesmo considerado, mas sim no seu produto, isto é, o resultado concreto do exercício do direito fundamental da autonomia privada coletiva. Com efeito, na norma de direito fundamental acima transcrita, não obstante o texto constitucional tratar do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, pode-se identificar o reconhecimento do exercício da autonomia privada coletiva dos corpos intermediários como sendo uma norma de direito fundamental atribuída àquela.

Percebe-se, da mesma forma, que a autonomia privada coletiva não consiste em um simples reconhecimento de um direito fundamental não escrito, na medida em que, conforme visto acima, a norma de direito fundamental atribuída está em uma relação de fundamentação com a norma fundamental expressa, uma vez que

¹²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 74.

há, concomitantemente, uma relação de refinamento. Com isso, a norma de direito fundamental que reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho é refinadas de maneira a aperfeiçoar seu conteúdo a partir da atribuição, a essa norma, de uma outra norma, que é exatamente o reconhecimento do poder de produção normativa, consubstanciado no exercício, pelos sindicatos, da autonomia privada coletiva.

A autonomia privada coletiva pode ser atribuída, igualmente, à norma de direito fundamental constante do art. 8º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, que assim reza:

Art. 8º, VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

A participação obrigatória dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho terá, como consequência lógica, caso seja bem-sucedida, a formalização de uma convenção ou de um acordo coletivo de trabalho, o que implica o raciocínio da norma de direito fundamental atribuída acima exposto. Contudo, a obrigatoriedade de participação dos sindicatos na negociação coletiva significa um poder ou competência destinada diretamente ao ente coletivo representativo de determinada categoria econômica. Disso pode-se extrair que a atuação sindical, na negociação coletiva, enquanto direito fundamental, está intimamente ligada ao exercício de um poder de produção normativa, isto é, o exercício da autonomia privada coletiva, que refina o disposto no inciso VI, do artigo 8º da Constituição Federal, demonstrando, por sua vez, uma relação de fundamentação, o que torna a norma refinadora, em verdade, uma norma de direito fundamental atribuída.

Essas são as duas principais normas de direito fundamental das quais se pode atribuir uma norma de direito fundamental que consiste no reconhecimento de que os corpos intermediários, *in casu* os sindicatos, gozam de competência para a produção de normas coletivas que visam à regulação das condições de trabalho existentes no âmbito da categoria dos trabalhadores a qual representa.

Em que pese a maior importância daquelas disposições de direito fundamental acima expostas, a autonomia privada coletiva pode ser, outrossim, atribuída a outras normas de direito fundamental expressamente previstas na Constituição Federal. Nesse sentido, o artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal,

por meio do qual são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a *“irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”*; além do artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, segundo o qual são também direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a *“duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”*; por fim, *“jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”* (CF/88, art. 7º, XIV);

Portanto, conclui-se que, não obstante a inexistência expressa da autonomia privada coletiva no texto constitucional, a mesma é reconhecida como norma de direito fundamental mediante a sua atribuição a normas de direito fundamental dispostas expressamente na Carta Magna, conforme a teoria da norma fundamental atribuída de Robert Alexy.

4 NEGOCIAÇÃO COLETIVA

A negociação coletiva de trabalho, em razão do raciocínio acima apresentado, será, por sua vez, a manifestação da autonomia privada coletiva, enquanto processo que visa à harmonização dos conflitos coletivos de trabalho, caracterizados pelos interesses antagônicos, de um lado os interesses da classe trabalhadora, e de outro, o interesse da classe econômica, o empregador, portanto.

Assim sendo, a negociação coletiva reveste-se de natureza de direito fundamental, agasalhada pela Constituição Federal e que tem importância incomensurável para apaziguar o eterno conflito entre o Capital e o Trabalho.

Destarte, o estudo analítico do instituto da negociação coletiva de trabalho é de indubitável importância para a compreensão da incidência, durante a sua realização, do princípio da boa-fé objetiva, mormente na sua função produtora de deveres jurídicos anexos ou regras de conduta, sobretudo o direito de informação, que no atual momento do direito pós-positivista se faz imprescindível para a realização de uma negociação coletiva justa e eficaz.

Com efeito, no atual paradigma da sociedade pós-moderna, é inconcebível imaginar uma negociação coletiva que não esteja pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, que não se restringe somente ao direito civil, mas, enquanto cláusula geral, irradia-se por todo o ordenamento jurídico, especialmente o direito coletivo do trabalho, *in casu* no âmbito da negociação coletiva de trabalho.

Para isso, no presente capítulo será realizada uma abordagem analítica da negociação coletiva, para que se fixe as bases nas quais serão assentadas as discussões acerca da incidência do princípio da boa-fé objetiva e, conseqüentemente, do direito de informação.

4.1 CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO

A expressão “conflitos coletivos”, no âmbito trabalhista, está intimamente ligada com a oposição de interesses nascida nas entranhas de outro conflito de dimensão macroeconômica, isto é, a relação entre Capital e Trabalho, própria do sistema econômico capitalista.

É possível, outrossim, atribuir a existência dos conflitos coletivos de trabalho à Questão Social, que pode ser entendida como o problema de se saber como é possível obter-se remédio para os males e perigos gravíssimos pelos quais a sociedade é afligida, hodiernamente, entre os povos civilizados, e especialmente de como restabelecer estavelmente a paz entre os ricos e os pobres e, principalmente, entre os capitalistas (detentores dos meios de produção e aos quais pertencem, igualmente, os latifundiários) e os operários ou proletariado¹²⁹.

A relação de trabalho existente entre empregado e empregador é, por si só, conflituosa, uma vez que estabelece limitações diretamente ligadas à liberdade de quem realiza o trabalho; no entanto, essa mesma relação conflituosa pode vir a ser amenizada se levado a sério o trabalho assalariado, dispensando-lhe a devida proteção¹³⁰.

Segundo José Francisco Siqueira Neto, os conflitos coletivos não decorrem da vontade avassaladora de qualquer dirigente sindical ou líder de massa carismático, na medida em que os conflitos surgem em função de um processo truncado de relação, seja pelo descumprimento de direitos básicos dos trabalhadores por parte dos empregadores, seja pela renitência patronal a reivindicações dos trabalhadores, seja até mesmo por algum deslize de encaminhamento por parte dos trabalhadores¹³¹.

Percebe-se, dessa maneira, que o conflito trabalhista entre operário e empregador é visto como fenômeno natural, mas, esse mesmo conflito é o pressuposto para as melhorias das condições de trabalho, demonstrando que não se toma os conflitos coletivos sob uma perspectiva apocalíptica, mas ao contrário, como motor para a realização das negociações coletivas com fins de melhorias da condição social da classe operária.

Dessa forma, podem-se compreender os conflitos como não patológicos, mas sim naturais, o que acarreta em verdadeiro problema paradoxal, uma vez que a ocorrência do conflito é fator de instabilidade das relações de trabalho, porém, constituem um pressuposto de sua re-estabilização. Por conseguinte, qualquer

¹²⁹ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. CARDONE, Marly A. **Direito social**. 2. ed. vol. 1. São Paulo: LTr, 1993, p.60-61.

¹³⁰ SÁ, Maria Cristina Haddad de. **Negociação coletiva de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2002, p. 32.

¹³¹ SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Contrato coletivo de trabalho: perspectiva de rompimento com a legalidade repressiva**. São Paulo: LTr, 1991, p. 119.

mudança social só irá ocorrer a partir do reconhecimento do conflito e das formas de sua superação, na medida em que nas relações de trabalho o conflito é vitalidade¹³².

Há, então, conflito coletivo de trabalho quando se manifesta uma divergência de interesses por parte de uma categoria organizada de trabalhadores, de um lado, e uma categoria organizada de empregadores, ou mesmo apenas um destes, de outro lado, em torno da regulamentação existente ou futura das relações de trabalho que interessam aos membros da mesma categoria.

Nesse sentido, Octavio Bueno Magano, para quem conflito significa divergência em face de determinado interesse. Em sendo esse interesse de natureza coletiva, isto é, se os sujeitos que o disputam são grupos de trabalhadores, de um lado, e empregador ou grupo de empregadores, de outro lado e se, igualmente, o objeto da divergência corresponde ao interesse do próprio grupo, ou de seus membros considerados não *uti singuli* mas *uti universi*, aí então estar-se-á diante de um conflito coletivo¹³³.

Assim sendo, essa relação, uma vez que há oposição de interesses ou pretensões, caracteriza-se, indubitavelmente, como típico conflito. Ademais, a partir do momento que esse conflito supera a esfera individual e passa a ser perpetrado pela organização sindical, associado, também, ao fato de se tratar de matéria trabalhista, tem-se, irrefutavelmente, um conflito coletivo de trabalho.

Vale lembrar que Alfredo Ruprecht assevera que na estrutura dos conflitos coletivos de trabalho é possível identificar-se quatro elementos essenciais. O primeiro é o elemento material, que é o meio jurídico ou a matéria jurídica dentro da qual as partes travam a disputa; o segundo é o elemento subjetivo, que consiste nos sujeitos que contrapõem seus interesses no conflito; já, o terceiro elemento diz respeito à natureza do interesse comprometido e, por fim, o elemento objetivo, que é o objeto ou a causa da controvérsia¹³⁴.

¹³² DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos**: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho: a autonomia coletiva privada e a conformação das relações de trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2009, p. 114.

¹³³ MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de direito do trabalho**: direito coletivo do trabalho. volume 3. São Paulo: LTr, 1980, p. 160.

¹³⁴ RUPRECHT, Alfredo. **Conflitos coletivos de trabalho**. trad. José Luiz Ferreira Prunes. São Paulo: LTr, 1979, p. 27.

No que diz respeito a uma das possíveis causas dos conflitos entre categorias profissionais e econômicas, esta pode ser encontrada na insatisfação do grupo ante a ausência e, talvez, na inexistência de normas justas.

Do exposto não se pode concluir precipitadamente que os conflitos resultam sempre em embates diretos entre os grupos antagônicos, mas, ao contrário, em um Estado democrático de Direito, os conflitos existentes devem ser resolvidos de forma pacífica. Por isso mesmo, o conflito coletivo de trabalho pode obter duas soluções distintas, quais sejam as diretas, tendo como possibilidades a negociação coletiva, a greve e o *lockout*; e as indiretas (que pressupõem a participação de um terceiro estranho ao conflito), que compreendem a conciliação, a mediação, a arbitragem e a jurisdição.

Na forma direta de resolução dos conflitos coletivos de trabalho os grupos sociais representantes das categorias econômicas e profissionais atuam diretamente no processo de solução, ao passo que na forma indireta surge a figura de um terceiro ou órgão devidamente constituído em substituição às partes principais do processo de solução do conflito de interesses ou apenas como *more interventor* (como no caso da conciliação, por exemplo).

Revela notar, por necessário, que o *lockout* é vedado pela legislação pátria, nos termos do art. 17 da Lei nº. 7.783/89 ou Lei de Greve¹³⁵. Ademais, o objeto de estudo do presente capítulo restringe-se apenas ao instituto da negociação coletiva, ou seja, forma direta de solução dos conflitos coletivos de trabalho.

Ademais, os conflitos coletivos de trabalho geram importantes efeitos sociais, na medida em que o conflito de interesses evidencia a não conformidade das partes com uma determinada situação, o dinamismo daí decorrente, bem como da respectiva solução, ocupa um importante papel dentro do direito do trabalho, de aprimoramento das normas heterônomas diante da realidade que circunscreve essa situação fática, além de criação de normas autônomas pelas partes¹³⁶.

Destarte, o conflito coletivo relaciona-se intimamente com o exercício da autonomia privada coletiva, isto é, o direito dos trabalhadores e empresários, por

¹³⁵ Art. 17 – Fica vedada a paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregadores (“*lockout*”).

¹³⁶ SCUDELER NETO, Julio Maximiano. **Negociação coletiva e representatividade sindical**. São Paulo: LTr, 2007, p. 18.

meio de seus respectivos órgãos representativos (ou diretamente para os segundos), no âmbito das negociações coletivas, de regular as relações de trabalho, uma vez que ao final sempre se trata da modificação de normas ou critérios de aplicação dessas.

Além disso, o conflito coletivo é provido de relevante função sociopolítica e econômica, na medida em que se configura em expressão dinâmica de contraposição de interesses coletivos que se positiva, de modo típico e formal, na negociação coletiva como instrumento de progresso social, inclusive e especialmente como fonte material do próprio direito.¹³⁷

4.2 CONCEITO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

No capítulo precedente realizou-se um estudo aprofundado da autonomia privada coletiva e verificou-se ser ela o poder das entidades sindicais criarem normas, ou seja, uma função normativa de entes privados, como consequência da mudança paradigmática das ciências jurídicas, caracterizada pela passagem do monismo jurídico para o pluralismo jurídico, em que se refuta o monopólio do Estado como centro produtor de normas jurídicas.

E a manifestação no mundo real dessa autonomia privada coletiva dos grupos intermediários, no presente caso, os sindicatos, consubstancia-se na negociação coletiva, momento no qual as partes interessadas buscam compor o conflito coletivo, criando, para isso, normas jurídicas, tendo como principal fundamento o pleno exercício da autonomia privada coletiva.

Para Arnaldo Süssekind, a negociação coletiva constitui o processo mais adequado para que se possa estruturar uma genuína rede de regras privadas, revistas e aprimoradas a cada exercício da autonomia privada coletiva, sempre objetivando reduzir a folga, o espaço faltante entre o trabalho e o capital, distância essa que não foi possível de ser corrigida pela intervenção legislativa¹³⁸.

¹³⁷ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Negociação coletiva e boa-fé: o princípio no ordenamento brasileiro e espanhol**. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008, p. 28.

¹³⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. et alli. **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. vol. 2. São Paulo: LTr, 2000, p. 1160.

Portanto, autonomia privada coletiva e negociação coletiva não se confundem, uma vez que esta decorre daquela, isto é, a negociação coletiva é o meio pelo qual a autonomia privada coletiva se manifesta.

Na negociação coletiva, as partes interessadas (sindicato profissional, empresas e sindicato econômico) reconhecem suas divergências e se reúnem para discuti-las e procurar lhes dar uma solução conveniente e razoável (*standard* de razoabilidade), capaz de manter a tranquilidade e a paz entre elas. Ademais, tratando-se de um regime democrático de direito, que reconhece constitucionalmente a autonomia privada coletiva, qualquer tema que interesse às partes pode ser motivo de debate e vir a constar do instrumento alcançável, encontrando limites na ordem pública e nos direitos mínimos trabalhistas determinados constitucionalmente¹³⁹.

Diante disso, Arnaldo Süssekind define a negociação coletiva como sendo o processo democrático de autocomposição de interesses pelos próprios atores sociais, objetivando a fixação de condições de trabalho aplicáveis a uma coletividade de empregados de determinada empresa ou mesmo de toda uma categoria econômica e a regulação das relações entre as entidades estipulantes.

Completa o juslaboralista que a negociação coletiva consubstancia-se em um processo dinâmico de busca do ponto de equilíbrio entre interesses divergentes capaz de satisfazer, transitoriamente, as necessidades presentes dos trabalhadores e de manter equilibrados os custos de produção. Enfim, a negociação coletiva tem como finalidade chegar a um consenso, a um ponto de convergência por suas próprias forças em um exercício de transigência recíproca¹⁴⁰.

Fica claro, diante disso, que os efeitos almejados em uma negociação coletiva são fugazes, não havendo que se sedimentar uma idéia de perenidade para as condições de trabalho reguladas no bojo de uma negociação coletiva, na medida em que os interesses coletivos decorrem das complexidades existentes na sociedade contemporânea, além do inesgotável antagonismo dos interesses entre o capital e o

¹³⁹ MORAES FILHO, Evaristo de. Tendências do direito coletivo do trabalho. In: **Relações coletivas de trabalho**: estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind. TEIXEIRA FILHO, João de Lima (coordenador). São Paulo: LTr, 1989, p. 33.

¹⁴⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo; *et alii*. **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. vol. 2. São Paulo: LTr, 2000, p. 1164.

trabalho, que a todo o momento motivam o surgimento de interesses ou mesmo a insatisfação dos já existentes.

Portanto, uma negociação coletiva traz em sua essência a indissociável idéia de transitoriedade da solução dos conflitos, o que permite afirmar que o objetivo de uma negociação coletiva não é necessariamente a composição de conflitos, mas sim a atenuação efêmera dos interesses antagônicos existentes em um dado lapso temporal.

Para Alfredo Ruprecht, a negociação coletiva é a que se celebra entre empregadores e trabalhadores ou seus respectivos representantes, de forma individual ou coletiva, com ou sem a intervenção do Estado, com o objetivo de se estabelecer condições de trabalho ou regulamentar as relações laborais entre as partes, ou seja, negociação coletiva consiste nos entendimentos para se chegar ao acordo, sendo totalmente irrelevante que se chegue ou não a um acordo¹⁴¹.

Há, dessa maneira, uma total dissociação entre a negociação coletiva e seu produto, que pode ser a convenção ou o acordo coletivo, de sorte que a negociação coletiva existe independentemente do seu resultado final, que é a formalização dos instrumentos coletivos de trabalho, isto é, o insucesso na formalização de uma convenção coletiva de trabalho, por exemplo, não anula a existência do diálogo que almejou um resultado prático.

A negociação coletiva pode ser definida, igualmente, como a forma ou processo espontâneo de entendimento entre empregados e empregadores, diretamente ou por meio dos seus respectivos representantes, tendo como finalidade solucionar conflitos de interesses decorrentes desta relação, além de definir e regulamentar condições de trabalho¹⁴². Nessa definição já é possível identificar-se um caráter permanente nas negociações coletivas, fato este que fora acima desconstituído, com base nos argumentos de Arnaldo Sússekind, no sentido de que é a transitoriedade da solução dos conflitos que marca a negociação coletiva de trabalho.

É possível acusar na definição supra que a negociação coletiva é considerada em um sentido lato, na medida em que admite a possibilidade de existência de

¹⁴¹ RUPRECHT, Alfredo. **Relações coletivas de trabalho**. trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995, p. 265.

¹⁴² SCUDELER NETO, Julio Maximiano. **Negociação coletiva e representatividade sindical**. São Paulo: LTr, 2007, p. 25.

negociação coletiva empreendida entre empregados e empregadores diretamente. Contudo, verificou-se anteriormente que um dos pressupostos da negociação coletiva é a presença de um conflito coletivo, ou seja, pretensões oriundas de um interesse coletivo, que não se resume à soma de interesses individuais, sendo, em verdade, um interesse da categoria.

Ter essa certeza em mente é imprescindível para a discussão acerca dos sujeitos destinatários do dever de informação incidente sobre a negociação coletiva de trabalho¹⁴³.

Assim sendo, a negociação coletiva pressupõe a participação daqueles entes titulares do interesse em conflito, ou seja, negociação coletiva deve ser compreendida como aquela em que há, obrigatoriamente, a participação do sindicato, nos exatos termos da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁴⁴.

Observe-se que a obrigatoriedade de participação sindical restringe-se ao sindicato profissional, uma vez que a empresa isoladamente considerada já é entendida como um ente coletivo, haja vista a possibilidade de formalização de acordo coletivo de trabalho, que prescinde da participação do sindicato econômico, podendo a empresa ou o conjunto de empresas atuarem na negociação coletiva sem necessidade de sindicato como representante.

Nesse sentido, Délio Maranhão, para quem o empregador economicamente poderoso e que, por reunir sob o seu controle os meios de produção funcionalmente organizados, já representa, em si mesmo, uma coalizão¹⁴⁵.

Portanto, a empresa isoladamente considerada, ou mesmo um conjunto de empresas, são tidos como um ente coletivo, o que permite a elaboração dos acordos coletivos de trabalho, ou seja, há uma negociação coletiva em que necessariamente a classe trabalhadora deve estar representada pelo respectivo sindicato profissional, contudo, não é obrigatória a presença do sindicato econômico figurando no pólo oposto, podendo a própria empresa ou um conjunto de empresas entabular a

¹⁴³ Será realizada essa discussão no item 6.5.2.

¹⁴⁴ CF/88, art. 8º, VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

¹⁴⁵ MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993, p. 328.

negociação coletiva que vise à formulação do acordo coletivo de trabalho, nos termos do § 1º, do art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁴⁶.

Em que pese a existência de conflitos coletivos ou interesses antagônicos como circunstância antecedente à negociação coletiva de trabalho, esta busca o exercício de diálogo direto entre as partes, com o objetivo primordial de se chegar a pontos de consenso entre as reivindicações iniciais, mediante concessões mútuas para fins de se equilibrar as divergências e harmonizar, momentaneamente, o conflito de interesses.

Demonstrando aspecto definitivo na solução, bem como exigência de participação dos sindicatos nos dois pólos negocial, costuma-se definir a negociação coletiva como o esforço realizado pelas partes em conflito, representadas por seus sindicatos devidamente autorizados, em atenção a imperativos legais que visam ao equilíbrio na busca da solução das pretensões divergentes pelo processo de autocomposição¹⁴⁷.

Mais uma vez deve-se registrar, em razão da definição supra, que na negociação coletiva não se encontram em condições de negociar apenas os sindicatos devidamente autorizados. Com efeito, para representar a categoria dos trabalhadores, o ente coletivo é o sindicato representativo; porém, quando se trata do lado econômico, não há exigência de que seja sempre o sindicato respectivo, uma vez que a própria empresa é considerada como um ente coletivo. Por isso mesmo, existem os institutos da convenção e do acordo coletivo de trabalho, este firmado entre sindicato profissional e uma empresa ou grupo de empresas, ao passo que aquele é firmado, após negociação coletiva, entre a organização sindical profissional, de um lado, e, necessariamente, o sindicato econômico de outro.

Portanto, da negociação coletiva bem-sucedida originam-se tanto o acordo coletivo de trabalho quanto a convenção coletiva de trabalho¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Art. 611, § 1º - é facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho.

¹⁴⁷ SÁ, Maria Cristina Haddad de. **Negociação coletiva de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2002, p. 37

¹⁴⁸ Expõe Arnaldo Sússekind que o sucesso da negociação coletiva depende de alguns fatores, especialmente: a) garantia da liberdade e da autonomia sindical; b) razoável índice de sindicalização do grupo representado e; c) espaço para a complementação e suplementação do sistema legal de proteção ao trabalho. (SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 572.)

Por isso mesmo, a negociação coletiva consubstancia-se em verdadeiro procedimento no qual as classes patronais e operárias, devidamente representadas pelos seus sindicatos (sendo obrigatório apenas para a segunda categoria), buscam produzir normas que dizem respeito às condições de trabalho para reger as suas relações, de maneira a harmonizar o conflito existente.

Considerando-se o contexto econômico, em que há uma precarização das relações de trabalho e do próprio trabalho como um todo, a negociação coletiva deve ser encarada como um instrumento mediante o qual os representantes sindicais e demais entidades representativas das categorias envolvidas ou interessadas na matéria busquem os melhores caminhos para o equilíbrio dos interesses¹⁴⁹.

Ademais, a negociação coletiva pode ser definida, outrossim, sob o prisma de suas finalidades principais, isto é, fixar condições individuais de trabalho e estabelecer as condições para o relacionamento entre aqueles que se engajam nas relações coletivas de trabalho.

Além disso, a negociação coletiva traz consigo princípios essenciais, capazes de gerar deveres e direitos para as partes que negociam, além daqueles materializados nas cláusulas. Com efeito, a negociação coletiva é um processo dialético por meio do qual os trabalhadores e as empresas debatem uma agenda de direitos e obrigações, que envolvem matérias que dizem respeito ao conflito capital-trabalho, na busca de um acordo que possibilite o alcance de uma convivência pacífica em que impere o equilíbrio, a boa-fé e também a solidariedade humana, além do desejo pela paz social¹⁵⁰.

Junte-se a isso o paradigma pós-positivista do direito, em que o valor justiça deve ser buscado em todas as instâncias do direito, o que inclui, definitivamente, a negociação coletiva, que não deve ser encarada apenas como meio de pacificação, mas, também deve ser protegida em si mesma, isto é, a defesa de uma negociação coletiva justa, em que as partes negociem efetivamente em situações de paridade, em que haja eficácia nos seus efeitos, com a produção de convenção ou acordo

¹⁴⁹ SANTOS, Jonabio Barbosa dos. **Liberdade sindical e negociação coletiva como direitos fundamentais do trabalhador**: princípios da Declaração de 1998 da OIT. São Paulo: LTr, 2008, p. 193.

¹⁵⁰ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos**: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho: a autonomia coletiva privada e a conformação das relações de trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2009, p. 127.

coletivo de trabalho que estabeleçam, indubitavelmente, melhores condições de trabalho.

4.3 NEGOCIAÇÃO COLETIVA NA OIT

A negociação coletiva de trabalho é preocupação constante na Organização Internacional do Trabalho, que reconhece esse instrumento como meio eficaz para se conquistar melhores condições de trabalho para toda a classe operária, uma vez que por meio da negociação coletiva acompanham-se de forma concomitante as evoluções sociais, sem necessidade de sempre se aguardar a atividade legislativa para fazer os direitos trabalhistas acompanharem as necessidades sociais dos trabalhadores.

Portanto, seja em Convenção ou Recomendação, a OIT está sempre propugnando o caráter fundamental da negociação coletiva, a fim de que os países signatários apliquem, no plano interno de seus ordenamentos jurídicos, a posição defendida por aquele órgão internacional quando do tratamento da negociação coletiva de trabalho.

Dessa forma, a OIT, tendo como elementos fundantes outras Convenções e Recomendações, bem como a busca pelo reconhecimento efetivo das negociações coletivas por todos os povos, adotou a Convenção nº. 154, de 03 de junho de 1981, que pode ser citada como a Convenção sobre a negociação coletiva. Referida Convenção foi devidamente ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº. 22, de 15 de maio de 1992, publicado em 10 de junho de 1992, que foi promulgado por meio do Decreto nº. 1.256, de 29 de setembro de 1994.

Em seu art. 2º, a Convenção nº. 154, da OIT, dispõe que:

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

- a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou
- 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 vez¹⁵¹.

Verifica-se que não há propriamente uma definição do que seja a negociação coletiva, preferindo a Convenção nº. 154 identificar a negociação coletiva sob os aspectos das finalidades da mesma, mormente no que tange à possibilidade de se fixar condições de trabalho e emprego, que consiste na composição dos conflitos de interesses antagônicos.

Ademais, percebe-se que há semelhança com o sistema pátrio no que diz respeito aos sujeitos participantes, exigindo-se a presença de uma organização de trabalhadores (sindicato, segundo a Constituição Federal do Brasil) na negociação coletiva, ao passo que permite-se que a empresa faça-se representar individualmente, o que também é permitido no direito nacional, a exemplo do que ocorre nas negociações coletivas que visam à elaboração de um acordo coletivo de trabalho.

Dessa forma, a OIT adota posicionamento no sentido de garantir *status* de direito fundamental à negociação coletiva, na medida em que reconhece nessa forma de composição de conflitos trabalhistas um instrumento capaz de promover a pacificação social, sobretudo na relação entre o Capital e o Trabalho.

A OIT também visa garantir e estimular a negociação coletiva de trabalho por meio da Convenção nº. 98, de 08 de junho de 1949, sobre a aplicação dos princípios do direito de sindicalização e de negociação coletiva, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº. 49, de 27 de setembro de 1952, publicado em 18 de novembro de 1952, que foi promulgado por meio do Decreto nº. 33.196, de 29 de junho de 1956, o qual dispõe em seu art. 4º o seguinte:

Art. 4º - Medidas apropriadas às condições nacionais serão tomadas, se necessário, para estimular e promover o pleno desenvolvimento e utilização de mecanismos de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, mediante acordos coletivos, termos e condições de emprego¹⁵².

¹⁵¹ Disponível em: <http://www.mte.gov.br/rel_internacionais/convencoesOIT.asp>. Acesso em: 30/11/2010.

¹⁵² Disponível em: <http://www.mte.gov.br/rel_internacionais/convencoesOIT.asp>. Acesso em: 30/11/2010.

Portanto, da análise conjunta das Convenções da Organização de Internacional do Trabalho de números 98 e 154, constata-se a preocupação no sentido que os países signatários não só reconheçam o instituto jurídico (fenômeno social) da negociação coletiva como, também, erijam esse fenômeno ao nível dos direitos fundamentais, a fim de receber a máxima proteção constitucional.

Essa postura revela a importância fundamental das negociações coletivas como recurso de pacificação social e, principalmente, para a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, tendo como propósito a dignidade da pessoa humana da figura do trabalhador.

A OIT também se manifesta por meio das Recomendações, que funcionam como diretrizes não vinculantes, ao contrário das Convenções, que são tratados internacionais legalmente vinculantes que podem ser ratificados pelos Estados Membros, como no caso das Convenções nº. 98 e 154, ratificadas pelo Brasil, na forma disposta acima.

Sendo assim, a Organização Internacional do Trabalho editou a Recomendação nº. 163, de 03 de junho de 1981, que trata sobre diretrizes para a adoção eficaz da negociação coletiva nos países signatários. Seu texto legal propõe-se a estabelecer as diretivas necessárias para que a negociação coletiva seja amplamente reconhecida por cada ordenamento jurídico e estimulada a sua utilização para a composição de conflitos trabalhistas, além da abstenção de imposições que limitem o seu desenvolvimento.

Importante destacar que na presente recomendação há orientações para que a negociação coletiva se desenvolva nos mais diversos níveis da estrutura econômica, desde o simples estabelecimento empresarial até o nível de âmbito nacional¹⁵³.

De forma não tão direta, mas também não de somenos importância é a Recomendação nº. 91, de 06 de junho de 1951, por meio da qual a OIT fixa normas programáticas acerca dos contratos coletivos de trabalho, que para aquela Organização consiste em todo acordo escrito relativo às condições de trabalho e de emprego, celebrado entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou

¹⁵³ Item 4.1) “En caso necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel, y en particular a nivel del establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional”. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>>. Acesso em: 01/12/2010.

várias organizações de empregadores, de um lado, e uma ou várias organizações representativas dos trabalhadores ou, na ausência dessas organizações, representantes dos trabalhadores interessados, devidamente eleitos e autorizados por estes últimos, de acordo com a legislação nacional¹⁵⁴.

Destarte, é notável a preocupação da Organização Internacional do Trabalho em relação à consolidação da negociação coletiva de trabalho como instrumento democrático capaz de harmonizar interesses antagônicos produzidos pela relação entre o Capital e o Trabalho, a fim de se garantir melhores condições de trabalho à classe operária.

4.4 CARACTERÍSTICAS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

A negociação coletiva pode ser entendida como um procedimento de adoção de regras e decisões entre sujeitos representativos de grupos ou categorias com interesses distintos, procedimento esse que se distingue pelo seu caráter autônomo, bilateral ou, em determinadas situações, multilateral e transacional.

O caráter autônomo é identificado na medida em que as regras ou decisões alcançadas são adotadas pelas próprias partes negociadoras e não por uma instância alheia. Já, o caráter bilateral (e muitas vezes multilateral) se dá uma vez que suas regras ou decisões são aprovadas conjuntamente pelas partes negociadoras.

Por fim, a negociação coletiva configura-se como um procedimento transacional porque se fundamenta em um acordo de concessões mútuas e não na imposição de uma decisão unilateral, contudo, dotada de caráter vinculante, a ser obrigatoriamente observada pelas partes compreendidas no âmbito de aplicação do acordo ou convenção coletiva, ambos fruto da negociação coletiva de trabalho¹⁵⁵.

4.5 NATUREZA JURÍDICA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

¹⁵⁴ Recomendação nº 91, item II. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>>. Acesso em: 01/12/2010.

¹⁵⁵ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Negociação coletiva e boa-fé**: o princípio no ordenamento brasileiro e espanhol. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008, p. 33.

Segundo Maria Cristina Haddad de Sá, a negociação coletiva pode ser entendida como um instituto de natureza jurídica e obrigatória. Jurídica porque seu fundamento é de ordem constitucional e infraconstitucional e; obrigatória, uma vez que em atenção a imperativo legal (mormente o art. 616, § 4º, da CLT) que trata da obrigatoriedade da negociação coletiva para se chegar à formalização da Convenção ou mesmo Acordo coletivo de trabalho¹⁵⁶.

Já para Francisco Lima Filho, a negociação coletiva de trabalho possui apenas natureza jurídica, não havendo que se falar em natureza obrigatória, uma vez que além de constituir fonte de direito, configura-se, igualmente, como uma forma de desenvolvimento do poder normativo dos grupos sociais, segundo uma concepção pluralista que não reduz a formação do direito positivo à elaboração do Estado.

Além disso, a negociação coletiva destina-se à formação consensual de normas e condições de trabalho que serão aplicadas a um grupo de trabalhadores e empregadores, estando, pois, na base da formação do direito do trabalho¹⁵⁷.

Não obstante a negociação coletiva ser meio de composição dos conflitos trabalhistas e possuir como finalidade a edição de instrumentos coletivos (normas coletivas) de obediência geral e abstrata, ainda que limitada à categoria, consubstanciados nas Convenções e Acordos coletivos de trabalho, não se pode deixar de reconhecer a natureza de negócio jurídico firmado entre duas ou mais partes contratantes, ou seja, é possível identificar-se nas negociações coletivas aspectos obrigacionais, o que pode ser inferido da maioria doutrinária ao admitir que os instrumentos coletivos decorrentes da negociação coletiva possuem cláusulas obrigacionais¹⁵⁸.

Isso significa, portanto, que também a negociação coletiva possui inquestionáveis sinais e manifestações próprias de negociação típica de negócio jurídico, o que faz incidir regras e modelos de conduta próprios dos negócios jurídicos, como o princípio da boa-fé objetiva, bem como princípios anexos, como é

¹⁵⁶ SÁ, Maria Cristina Haddad de. **Negociação coletiva de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2002, p. 42

¹⁵⁷ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Negociação coletiva e boa-fé: o princípio no ordenamento brasileiro e espanhol**. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008, p. 40.

¹⁵⁸ Fazendo-se um cotejo como o direito civil, pode-se identificar a negociação coletiva como a fase pré-contratual do negócio jurídico (gênero) ou do contrato (espécie).

o caso do direito de informação, que serão estudados mais detalhadamente nos dois capítulos subsequentes.

4.6 FUNÇÕES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

De forma geral, verifica-se que a participação mais efetiva e atuante dos atores sociais no processo de negociação coletiva no âmbito das relações de trabalho, colabora, indubitavelmente, para o desenvolvimento do próprio direito do trabalho, que se torna, assim, mais democrático e prospectivo, prestigiando a autonomia privada coletiva quando da regulação das relações sociais em que estão inseridos aqueles atores sociais.

Portanto, é possível apontar, desde logo, que uma das funções da negociação coletiva é a de aprimorar o ramo do direito que cuida das relações de trabalho, tornando-o mais participativo e democrático, e, por consequência, prestigiar a autonomia privada coletiva, direito fundamental da classe trabalhadora.

Ademais, a negociação coletiva, de maneira mais didática, pode ser identificada sob diferentes perspectivas como a jurídica, política, econômica e social, sendo que a primeira subdivide-se em compositiva, normativa e obrigacional.

Sendo assim, a função compositiva visa à harmonização dos interesses antagônicos dos trabalhadores e dos empregadores, de maneira a superar os conflitos existentes entre as partes, dando destacada importância à negociação coletiva enquanto meio eficaz de solução dos conflitos coletivos de trabalho.

Segundo Carlos Eduardo Oliveira Dias, na função compositiva a negociação coletiva é utilizada como uma forma de solução dos conflitos coletivos de trabalho, e tem como finalidade a harmonização imediata dos interesses antagônicos dos trabalhadores e empregadores. Interessante notar que o autor chama a atenção para o fato de que o objetivo principal da negociação coletiva na sua função compositiva não é a eliminação do conflito coletivo de trabalho, uma vez que este é pressuposto da própria relação de trabalho, fazendo parte mesmo de sua essência, ou seja, é permanente o caráter conflitivo da relação de trabalho.

Por isso mesmo o autor prefere utilizar o termo “harmonizar”, porquanto uma negociação coletiva que compõe o conflito apenas retira momentaneamente a tensão própria dessa relação, que poderá ser a qualquer tempo restabelecido por

outro fator de relevo, ou mesmo em decorrência de fato já ocorrido, se assim justificarem as circunstâncias¹⁵⁹.

A função normativa corresponde à criação de normas pelas partes em processo de negociação, e que serão aplicadas às relações de trabalho nas quais as mesmas partes estão submetidas. Por fim, a função obrigacional cria lei entre os sujeitos pactuantes, sem reflexos diretos sobre as relações entre empregados e empregadores. Pode-se constatar que essas duas funções claramente derivam da função compositiva, já que evidenciam que aquela fora cumprida com êxito, resultando em uma norma coletiva de trabalho.

É possível, ainda, falar-se em uma função emancipatória da negociação coletiva de trabalho, que parte da *“compreensão de que os preceitos fundantes do Direito do Trabalho não permitem o seu uso como forma de precarização, mas sim como instrumento de efetivação de direitos e de elastecimento da forma de seu exercício”*¹⁶⁰.

Já, as funções não-jurídicas (política, econômica e social) visam, sobretudo, à estabilização nas relações entre empregados e empregadores, buscando a harmonização entre o Capital e o Trabalho, além do equilíbrio social, por meio de distribuição de rendas e de participação dos trabalhadores no processo decisório da empresa¹⁶¹.

Assim, a negociação coletiva de trabalho tem um acentuado relevo social, pois como método de elaboração de regras e decisões, é de grande utilidade nas relações sociais caracterizadas pela confrontação e pelo conflito entre os diferentes e antagônicos grupos de interesses.

¹⁵⁹ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos**: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho: a autonomia coletiva privada e a conformação das relações de trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2009. p. 129.

¹⁶⁰ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **Entre os cordeiros e os lobos**: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho: a autonomia coletiva privada e a conformação das relações de trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2009. p. 136.

¹⁶¹ SCUDELER NETO, Julio Maximiano. **Negociação coletiva e representatividade sindical**. São Paulo: LTr, 2007. p. 32.

4.7 CLASSIFICAÇÃO

A doutrina classifica a negociação coletiva de trabalho sob diversos aspectos, não havendo uma uniformidade que justifique a inclusão desses diversos critérios no presente tópico¹⁶². Contudo, uma variável é de suma importância para a classificação da negociação coletiva, uma vez que implica em repercussão constitucional e legal. Trata-se da classificação da negociação coletiva quanto à liberdade em que as partes podem exercê-las.

Assim sendo, a negociação coletiva pode ser voluntária ou obrigatória, sendo que a primeira ocorre nas hipóteses em que o exercício do direito de negociar depende única e exclusivamente da vontade das partes, ao passo que na segunda as partes devem necessariamente negociar, mesmo que seja para poder praticar determinado ato ou exercer um direito¹⁶³.

O direito pátrio adota a hipótese da negociação coletiva como sendo obrigatória, *ex vi* do disposto na art. 616 da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁶⁴, onde os sindicatos, quando provocados a participarem de uma negociação coletiva, não podem recusar-se. Ademais, para que seja possível buscar-se uma solução jurisdicional em relação a um conflito coletivo de interesses, há necessidade de efetivamente realizar-se a negociação coletiva e somente após de frustrada esta é que poderá ser exercido o direito de pleitear a prestação jurisdicional, conforme determinação constitucional¹⁶⁵.

¹⁶² Alfredo Ruprecht classifica a negociação coletiva em quatro categorias. a) negociação coletiva de criação, que consiste na negociação que vai produzir a primeira convenção coletiva de trabalho, até então inexistente; b) negociação coletiva de modificação, por meio da qual se deseja mudar algumas cláusulas, condições ou princípios de uma convenção coletiva já vigente; c) negociação coletiva de substituição, que ocorre quando se substitui uma convenção coletiva vigente por outra nova e; d) negociação coletiva de esclarecimento, que se manifesta quando é necessária a celebração de ou outra convenção coletiva para elucidar conceitos ou situações que se apresentam confuso ou de difícil interpretação existente em determinada convenção coletiva previamente existente. (RUPRECHT, Alfredo. **Conflitos coletivos de trabalho**. trad. José Luiz Ferreira Prunes. São Paulo: LTr, 1979, p. 27.)

¹⁶³ SCUDELER NETO, Julio Maximiano. **Negociação coletiva e representatividade sindical**. São Paulo: LTr, 2007, p. 33.

¹⁶⁴ CLT, art. 616 - Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva.

¹⁶⁵ CF/88, art. 114, § 2º - Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Dessa forma, resta absolutamente claro a opção do ordenamento jurídico pátrio em adotar o critério da obrigatoriedade da negociação coletiva.

Da mesma forma, a negociação coletiva pode resultar em condições de trabalho mais ou menos benéficas do que as atuais condições.

Por conseguinte, a negociação coletiva também pode ser dividida em negociação *in mellius* e negociação *in pejus*. A primeira é aquela que resulta em condições mais benéficas aos trabalhadores em relação às atuais condições de trabalho, estipuladas em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ao passo que a segunda é aquela que resulta em redução de vantagens aos trabalhadores, em relação às condições atuais.

Obviamente que a negociação coletiva que atribua melhores condições de trabalho para a respectiva categoria deve prevalecer sobre outros instrumentos de negociação, ou seja, um acordo coletivo que defina melhores condições para os trabalhadores devem prevalecer sobre a convenção coletiva menos benéfica. Ademais, o instrumento negociado mais benéfico para os trabalhadores deve prevalecer sobre outras fontes formais do direito, como a lei, por exemplo, diante do princípio da norma mais favorável. Esse é também o entendimento de Renata Nóbrega Moraes, para quem as alterações *in mellius* são sempre permitidas, ainda que contrariem normas tidas como hierarquicamente superiores¹⁶⁶.

Contudo, chame-se atenção para a exigência de que as alterações para melhor, mesmo que contrariando normas tidas como superiores em uma ordem hierárquica, estão condicionadas à validade dessas no ordenamento jurídico.

Conforme analisado alhures, a autonomia privada coletiva, norma fundamental atribuída, é o principal pressuposto de validade das negociações coletivas, ou melhor, a negociação coletiva é o pleno exercício da autonomia privada coletiva, o que justifica a realização de uma negociação coletiva para melhor, ou mesmo para pior, dentro dos limites impostos constitucionalmente.

Sendo assim, é possível que a autonomia privada coletiva, uma vez que autorizada constitucionalmente, possa se manifestar de forma a estabelecer e

¹⁶⁶ MORAES, Renata Nóbrega Figueiredo. **Flexibilização na CLT: na perspectiva dos limites da negociação coletiva**. Curitiba: Juruá, 2007, p 76.

modificar, *in pejus*, as condições de trabalho, adequando às necessidades das partes¹⁶⁷.

É o que se extrai da Constituição Federal, em seu art. 7º, incisos VI, XIII e XIV, que estabelece a possibilidade de redução de direitos por ela mesma assegurados, mediante a negociação coletiva, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

Portanto, verifica-se que normas constitucionais de proteção mínima dos trabalhadores podem ser renunciadas diante do exercício da autonomia privada coletiva, que é realizado no âmbito das negociações coletivas. Contudo, observe-se que não é uma simples renúncia de direitos mínimos garantidos constitucionalmente. Em verdade, o que ocorre é um sistema de compensação, ou seja, a constituição autoriza a redução desses direitos por meio da negociação coletiva, mas desde que haja uma respectiva compensação aos trabalhadores, conforme se constata do inciso XIII supra.

O que se verifica é a irreversível função democrática exercida pela autonomia privada coletiva, como instrumento capaz de atribuir melhores condições aos trabalhadores, sem a necessidade de se aguardar a iniciativa legislativa para a edição de leis, fomentando, assim, o diálogo e a composição dos conflitos coletivos por meio da negociação coletiva de trabalho.

Por fim, a negociação coletiva de trabalho pode ser classificada quanto à regulamentação pelo Estado, sendo que na hipótese de ausência de regulamentação estatal (ou regulamentação mínima), a negociação coletiva pode ser livre ou desregulamentada, uma vez que as próprias partes estabelecem as

¹⁶⁷ SCUDELER NETO, Julio Maximiano. **Negociação coletiva e representatividade sindical**. São Paulo: LTr, 2007, p. 103.

regras. No caso de imposição Estatal, mediante lei, das regras para negociação coletiva, diz-se que esta é regulamentada¹⁶⁸.

O ordenamento jurídico pátrio não impõe regras a serem seguidas na negociação coletiva, isto é, adota-se a livre negociação.

4.8 REPRESENTATIVIDADE

No presente tópico busca-se delimitar, com base no disposto tanto na Constituição Federal, quanto na Consolidação das Leis do Trabalho, quais são os sujeitos participantes da negociação coletiva de trabalho, sobretudo no pólo da categoria profissional, que exige uma maior restrição do sujeito participante em relação ao setor patronal.

Assim sendo, é possível identificar-se os sujeitos principais da negociação coletiva de trabalho, bem como aqueles sujeitos que passam a participar da negociação de forma subsidiária, isto é, na ausência dos entes principais.

De forma bem genérica, os sujeitos da negociação coletiva são todos aqueles que participam do processo de diálogo ou do entendimento no conflito coletivo.

4.8.1 Sujeitos principais da negociação coletiva de trabalho

Ficou definido, em linhas acima, que na negociação coletiva há as tratativas acerca dos interesses trabalhistas, nomeadamente de melhores condições de trabalho. Como o próprio nome sugere, nos dois pólos da discussão há, de um lado, representantes da categoria dos trabalhadores, e de outro, da representação patronal.

No que diz respeito à entidade que representa o setor profissional, há que se observar, primeiramente, o que dispõe a *Lex Legum*, especialmente em seu art. 8º, inciso VI, *in verbis*:

¹⁶⁸ MORAES, Renata Nóbrega Figueiredo. **Flexibilização na CLT: na perspectiva dos limites da negociação coletiva**. Curitiba: Juruá, 2007, p 39.

Art. 8º - VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

Dessa forma, a própria Lei Maior pátria impõe que em uma negociação coletiva de trabalho em que sejam discutidas matérias de interesse de determinada categoria de trabalhadores, sobretudo no que tange à melhoria das condições de trabalho, os sindicatos devem se fazer presentes no negociamento.

Por isso mesmo, os sindicatos são os atores principais no ato de se tratar sobre temas referentes ao interesse da categoria que representam. Mas, para possuir a natureza jurídica de sindicato, e conseqüentemente a prerrogativa sindical, que tem como um dos desdobramentos a legitimidade de participação em negociação coletiva de trabalho, é preciso que a entidade, primeiramente, adquira a personalidade jurídica de direito privado de natureza não econômica, mais especificamente de uma associação, nos termos dos artigos 53 a 61 do *Novel Código Civil*¹⁶⁹.

Com efeito, é com o registro sindical que se lhe atribui ao sindicato a prerrogativa de representar a categoria e realizar a negociação coletiva em nome dela. Enquanto não obtiver o registro sindical, o sindicato é apenas uma associação civil, mesmo que tenha CNPJ – Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica.

O STF é unânime em estabelecer que cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego proceder com o registro sindical, até que lei venha dispor a respeito. Esse entendimento está cristalizado na Súmula nº 677 do STF, *in verbis*:

Súmula nº 677 – Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade.

Em outra oportunidade a Suprema Corte pôde se manifestar no sentido da exigência do registro sindical perante o Ministério do Trabalho e Emprego para que se possa estar diante de um sindicato representante de determinada categoria:

Ausência de legitimidade do sindicato para atuar perante a Suprema Corte.
Ausência de registro sindical no Ministério do Trabalho e Emprego.
Necessidade de observância do postulado da unicidade sindical. Liberdade

¹⁶⁹ Na Itália, no tocante ao empregador, podem negociar as empresas diretamente, as coalizões de empresas e as associações de empregadores, conquanto nos Estados Unidos da América, a negociação é feita, do lado dos trabalhadores, pelo sindicato que for considerado representante exclusivo, e, do lado do empregador, pela própria empresa. (MORAES, Renata Nóbrega Figueiredo. **Flexibilização na CLT: na perspectiva dos limites da negociação coletiva**. Curitiba: Juruá, 2007, p 42.)

e unicidade sindical. Incumbe ao sindicato comprovar que possui registro sindical junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, instrumento indispensável para a fiscalização do postulado da unicidade sindical. O registro sindical é o ato que habilita as entidades sindicais para a representação de determinada categoria, tendo em vista a necessidade de observância do postulado da unicidade sindical¹⁷⁰.

Portanto, em obediência ao princípio constitucional da unicidade sindical, cabe ao Ministério do Trabalho a observância dos requisitos legais de constituição sindical, a fim de que seja evitada a criação de diversas entidades de classe representando a mesma categoria sobre uma mesma base territorial.

Assim sendo, conforme o disposto no art. 8º, inciso VI, da Carta Magna e da referida Súmula nº 677 do Supremo Tribunal Federal, o Ministério do Trabalho, atualmente, regula o registro sindical por meio da Portaria n.º 186, de 10 de Abril de 2008.

A mencionada Portaria estabelece, em seu art. 15 que:

Art. 15 – A concessão de registro sindical ou de alteração estatutária será publicada no Diário Oficial da União, cujos dados serão incluídos no CNES, os quais deverão ser permanentemente atualizados, na forma das instruções expedidas pela Secretaria de Relações de Trabalho.

Portanto, é com a existência do número do registro sindical que se concede à entidade de classe todas as prerrogativas sindicais, inclusive a de representar a categoria no âmbito da negociação coletiva de trabalho.

O Colendo Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Orientação Jurisprudencial n.º 15, da SDC (Seção de Dissídios Coletivos), também é no sentido da imprescindibilidade do registro sindical junto ao órgão do Ministério do Trabalho e Emprego para que a entidade abandone o caráter de mera associação civil e passe a figurar como Entidade Sindical e usufruir das prerrogativas que lhes são inerentes. Dispõe a referida O.J. o seguinte:

OJ n.º 15, SDC – SINDICATO. LEGITIMIDADE AD PROCESSUM. IMPRESCINDIBILIDADE DO REGISTRO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO.

A comprovação da legitimidade *ad processum* da entidade sindical se faz por seu registro no órgão competente do Ministério do Trabalho, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

¹⁷⁰ Reclamação nº. 4.990 - AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 04/03/2009, Plenário, DJE de 27/03/2009.

Desta forma, a entidade só adquire personalidade sindical com o competente registro junto ao Ministério do Trabalho e Emprego.

Outrossim, a Jurisprudência advoga nesse sentido, ao determinar que:

DISSÍDIO COLETIVO. LEGITIMIDADE ATIVA. REGISTRO SINDICAL. MINISTÉRIO DO TRABALHO. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. “A comprovação da legitimidade *ad processum* da entidade sindical se faz por seu registro no órgão competente do Ministério do Trabalho, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988” (Orientação Jurisprudencial nº 15/SDC). O Supremo Tribunal Federal já declarou que a Constituição Federal de 1988 recepcionou a exigência ao proteger a unicidade sindical insculpida no art. 8º, inciso II, bem assim decidiu que apenas o Ministério do Trabalho é o detentor do acervo de informações necessárias à observância do aludido preceito constitucional (ADIMC-1121/RS).

2. Ressentindo-se o sindicato de registro no Ministério do Trabalho, carece de capacidade processual para residir em juízo e igualmente de legitimidade ativa “*ad causam*” porque não se presume representante da respectiva categoria.

3. Recurso ordinário a que se nega provimento¹⁷¹.

Destarte, o sindicato só vai passar a ter existência no mundo jurídico e, conseqüentemente, gozar da respectiva prerrogativa sindical, após a publicação no Diário Oficial da União do número do registro sindical, conforme disciplina o art. 15 da Portaria nº 186 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Vale ressaltar, por necessário, que a exigência constitucional de participação do sindicato na negociação coletiva de trabalho incide sobre o pólo representativo da categoria dos trabalhadores, uma vez que quando da negociação com uma empresa ou mesmo grupo de empresas, estas são consideradas, para todos os efeitos, como sendo uma entidade coletiva, o que não deixa dúvidas de que assim seja em razão da possibilidade de se firmar acordo coletivo de trabalho.

Chega-se, outrossim, à conclusão de que a exigência constitucional de participação dos sindicatos na negociação coletiva restringe-se à categoria profissional, na medida em que o mandamento constitucional disposto no inciso VI, do art. 8º é corolário do que está fixado no inciso III (“*ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões*

¹⁷¹ Processo: RODC - 796715-61.2001.5.06.5555. Data de Julgamento: 14/03/2002, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DJ 03/05/2002.

judiciais ou administrativas”) do mesmo artigo, que reservou ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria.

Destarte, e ninguém mais discute esta questão, esta norma (art. 8º, VI, da Constituição Federal) é endereçada aos trabalhadores, com caráter tipicamente tuitivo.

Ademais, conforme analisado acima, nas palavras de Délio Maranhão, o empregador economicamente poderoso e que, por reunir sob o seu controle os meios de produção funcionalmente organizados, já representa, em si mesmo, uma coalizão¹⁷². Ou seja, uma empresa isoladamente considerada já se consubstancia em verdadeiro ente coletivo, o que lhe permite figurar em um dos pólos da negociação coletiva.

No mesmo sentido, Enoque Ribeiro dos Santos, para quem a empresa não deixa de ser um ente coletivo, tendo em vista que geralmente é dotada de pelo menos dois sócios, possui diretoria, várias mentes pensantes, assessoria econômica, jurídica, etc. Ademais, contam com a participação efetiva de negociadores profissionais, indispensáveis na cesta básica dos empresários, quando de uma negociação coletiva¹⁷³.

Mais uma vez, a fim de se espantar qualquer dúvida remanescente, o simples reconhecimento constitucional dos acordos coletivos de trabalho confirma a desnecessidade de as empresas de fazerem representar em uma negociação coletiva exclusivamente por seus sindicatos respectivos.

Observe-se, por outro lado, que a prescindência do sindicato econômico restringe-se aos acordos coletivos, na medida em que é obrigatória a sua participação quando da formalização de uma convenção coletiva de trabalho.

Isto posto, a obrigatoriedade de participação dos sindicatos em uma negociação coletiva é um mandamento constitucional direcionado à classe trabalhadora, em razão dos motivos acima expostos.

Dessa forma, a representação operária na negociação coletiva de trabalho é necessariamente feita pelo sindicato, porquanto só nessa condição haverá a entidade coletiva representativa da classe trabalhadora, o que exclui a possibilidade

¹⁷² MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993, p. 328.

¹⁷³ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: LTr, 2004, p. 114.

de uma associação civil ou mesmo um grupo de trabalhadores de figurar em um dos pólos da negociação coletiva.

Em outros países, como França, Suécia, Bélgica, Finlândia e Grécia, somente as associações sindicais podem ser partes de um contrato coletivo, ainda que haja comissões de trabalhadores e estas venham a firmar acordos com as empresas, este dependerá de homologação sindical para ter validade¹⁷⁴.

4.8.2 Sujeitos subsidiários da negociação coletiva de trabalho

A constatação de que cabe aos sindicatos a primazia da realização da negociação coletiva é obtida mediante a conjugação da determinação constitucional supracitada com o disposto no art. 611, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que assim reza:

Art. 611 - § 2º As Federações e, na falta desta, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em Sindicatos, no âmbito de suas representações.

Sendo assim, na ausência dos sindicatos, quem participa das negociações coletivas são as respectivas federações e, na ausência destas, as confederações. Isso significa que, nas áreas com organização sindical, empregados e empregadores são representados por seus respectivos sindicatos. Contudo, nas áreas inorganizadas sindicalmente, empregados e empregadores são representados pelas respectivas federações ou, na falta destas, pelas confederações¹⁷⁵.

As federações são entidades sindicais de grau superior, constituídas nos Estados-membros da nação, congregando um número não inferior a cinco sindicatos, conforme o disposto no art. 534 da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁷⁶.

¹⁷⁴ SCUDELER NETO, Julio Maximiano. **Negociação coletiva e representatividade sindical**. São Paulo: LTr, 2007, p. 37.

¹⁷⁵ SÁ, Maria Cristina Haddad de. **Negociação coletiva de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2002, p. 47.

¹⁷⁶ Art. 534 - É facultado aos Sindicatos, quando em número não inferior a 5 (cinco), desde que representem a maioria absoluta de um grupo de atividades ou profissões idênticas, similares ou conexas, organizarem-se em federação.

Já as confederações são organizações sindicais das categorias econômica e profissional, cuja representação é de âmbito nacional, congregando um mínimo de três federações, consoante o dispositivo constante do art. 535 da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁷⁷.

Retomando-se a questão da representatividade, a legitimidade para representar a categoria para negociar é do sindicato daquela categoria e apenas subsidiariamente da federação ou da confederação, em se tratando de bases inorganizadas sindicalmente.

4.8.3 As centrais sindicais

As centrais sindicais são entidades de representação geral dos trabalhadores, constituída em âmbito nacional, nos exatos termos do art. 1º da Lei nº. 11.648/2008, ou seja, entidades atuantes e participativas nas relações coletivas de trabalho.

É possível admitir que, hierarquicamente, as centrais sindicais estejam acima das confederações, porém não podem ser consideradas como parte integrante, de forma completa, do sistema confederativo vigente.

Com efeito, até a edição da aludida Lei nº. 11.648/2008, as centrais sindicais não tinham qualquer forma de reconhecimento formal por parte do ordenamento jurídico pátrio. Contudo, imperioso destacar que essa mesma lei, não obstante ter reconhecido formalmente as centrais sindicais para os fins e prerrogativas que determina, não as enquadrou como parte integrante do sistema confederativo, ao lado dos sindicatos, federações e confederações.

Por isso mesmo, é possível afirmar que as centrais sindicais possuem uma natureza jurídica *sui generis*, ou seja, nem são entidades sindicais próprias, nem tampouco são meras associações civis, apesar de que a exigência de se constituírem primeiramente como pessoa jurídica de direito privado seja condição *sine qua non* para o reconhecimento como central sindical.

Assim sendo, a Lei nº. 11.648/08, em seu art. 1º, § único, considera as centrais sindicais como sendo as entidades associativas de direito privado compostas por organizações sindicais de trabalhadores. Observe-se que para fins

¹⁷⁷ Art. 535 - As Confederações organizar-se-ão com o mínimo de 3 (três) federações e terão sede na Capital da República.

da legislação, as centrais não estão submetidas aos dispositivos constantes da Portaria nº. 186, do Ministério do Trabalho e Emprego, ou seja, não há que se falar, portanto, em prerrogativa sindical, o que afasta a natureza sindical das centrais sindicais.

Porém, conforme afirmado acima, as centrais sindicais também não se constituem apenas como simples associação civil, uma vez que a sua natureza jurídica lhe permite gozar de certas prerrogativas, consoante disposto nos incisos I e II, do art. 1º, da Lei nº. 11.648/08, que assim reza:

Art. 1º A central sindical, entidade de representação geral dos trabalhadores, constituída em âmbito nacional, terá as seguintes atribuições e prerrogativas:

I - coordenar a representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a ela filiadas; e

II - participar de negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores.

Assim sendo, as prerrogativas das centrais sindicais restringem-se à coordenação da questão da representação dos trabalhadores servindo-se das organizações sindicais que a elas estejam filiadas, bem como a possibilidade de participar de negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos relacionados ao interesse geral dos trabalhadores.

Percebe-se, de plano, que a participação das centrais sindicais restringe-se às discussões que envolvam assuntos de interesse geral dos trabalhadores, não havendo que se falar em interesses próprios de uma determinada categoria de trabalhadores, nos termos do art. 8º, III, da Carta Magna¹⁷⁸, uma vez que as centrais sindicais possuem como filiados organizações sindicais representativas das mais variadas categorias de trabalhadores.

Portanto, os assuntos de interesse geral dos trabalhadores relacionam-se mais proximamente com interesses de cunho social, jurídico e, sobretudo, político, tendo como finalidade precípua a participação ativa nos diálogos que tratem de temas que venham a beneficiar toda a classe operária (em sentido lato), independentemente da que categoria cujos trabalhadores pertençam.

¹⁷⁸ CF/88, art. 8º, III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Vale ressaltar, por necessário, que não é somente em relação ao sistema confederativo que o reconhecimento das centrais sindicais suscita divergências. Com efeito, há cizânia doutrinária, que fora levada, inclusive, ao Poder Judiciário, no que diz respeito à possibilidade das Centrais Sindicais gozarem do *status* de beneficiárias da arrecadação da Contribuição Sindical, nos termos do art. 589, inciso II, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Com efeito, referido artigo, alterado pela Lei 11.648/08, dispõe sobre o seguinte:

Art. 589. Da importância da arrecadação da contribuição sindical serão feitos os seguintes créditos pela Caixa Econômica Federal, na forma das instruções que forem expedidas pelo Ministro do Trabalho:

I – *omissis*...

II - para os trabalhadores:

a) 5% (cinco por cento) para a confederação correspondente;

b) 10% (dez por cento) para a central sindical;

c) 15% (quinze por cento) para a federação;

d) 60% (sessenta por cento) para o sindicato respectivo; e

e) 10% (dez por cento) para a “Conta Especial Emprego e Salário”; (grifos nossos)

Ressalte-se que na redação do art. 589, da CLT, anteriormente à Lei nº. 11.648/08, não havia qualquer menção às Centrais Sindicais enquanto beneficiária da contribuição sindical arrecadada dos trabalhadores, adquirindo esse *status* apenas após a edição da referida lei federal.

Contudo, essa situação não foi recebida pacífica e indiferentemente pelas forças políticas de oposição ao governo vigente à época da edição da aludida lei, que logo se levantaram contra a conjuntura que se formara. Com efeito, a partir dos fatos narrados, atualmente as centrais sindicais correm o risco de perder o direito, garantido desde 2008, ao repasse de 10% referente à contribuição sindical descontada anualmente dos trabalhadores com carteira assinada de forma compulsória e equivalente a um dia de salário¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Isso porque tramita, no Supremo Tribunal Federal (STF), uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº. 4067), ajuizada pelo Partido Democratas (DEM), que irradia efeitos diretos e concretos contra as três maiores centrais sindicais do país, quais sejam a Central Única dos Trabalhadores (CUT), a União Geral dos Trabalhadores (UGT) e a Força Sindical. Até o momento, há empate no placar do Supremo, sendo três votos favoráveis (Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso) ao fim do repasse e três votos contrários (Ministros Marco Aurélio, Carmen Lúcia e Eros Grau). O julgamento foi interrompido por um pedido de vista do ministro Carlos Ayres Britto, lembrando que o Ministro Dias Toffoli se deu por impedido.

Diante do exposto, é possível concluir que as centrais sindicais constituem-se em organizações não englobadas no sistema confederativo, em que pese o seu reconhecimento formal por parte do Estado, após a edição da Lei Federal nº. 11.648/08. Sendo assim, a atuação das centrais sindicais objetiva uma atuação menos jurídica do que política.

4.9 NÍVEIS DE REALIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Os níveis de negociação coletiva estão relacionados com os objetivos e dimensão que se tenciona atingir, podendo ser por categoria, por empresa e até mesmo supracategoria. No Brasil, conforme determinado pelo art. 8º, II, III e IV da Constituição Federal, o sistema adotado de organização sindical é o de categoria, recepcionando o texto da Consolidação das Leis do Trabalho, que se vale das expressões “categoria profissional” e “categoria econômica”.

E por categoria entende-se o conjunto de pessoas com interesses em comum, profissionais ou econômicos, decorrentes de identidade de condições relacionadas ao trabalho ou à atividade empresarial. Porém, no ordenamento

Na ADI nº. 4067, ajuizada pelo DEM, o partido questiona, no Supremo, a constitucionalidade da Lei nº 11.648, de 2008, que reconheceu formalmente as centrais sindicais e autorizou que essas organizações representativas dos trabalhadores passassem a receber 10% (dez por cento) do valor da contribuição sindical recolhida sobre a folha de salário dos empregadores e descontada dos trabalhadores formais.

O principal argumento do partido, autor da ação, é o de que as centrais sindicais não poderiam ser destinatárias dos valores arrecadados com as contribuições sindicais porque não fazem parte do sistema confederativo que, pela Constituição Federal, deve ser custeado pelo tributo em destaque. De acordo com o DEM, o sistema confederativo é constituído pelos sindicatos, federações e confederações, sem espaço para as centrais sindicais, uma vez que estas não têm interesse em uma categoria, pois representam inúmeras categorias. A tese foi acatada pelo ministro Joaquim Barbosa, que foi seguido pelos ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski, conforme exposto acima.

Na antítese apresentada pela Central Única dos Trabalhadores (CUT), na qualidade de *amici curiae*, no pleno do Supremo, sustentou-se que as centrais sindicais passaram a conviver com os sindicatos, de maneira que oxigenaram e trouxeram autonomia ao sistema, complementando que, da mesma forma que se considera legítimo que 10% (dez por cento) da contribuição sindical seja destinada à União, que não representa categorias de trabalhadores, também seria legítima a destinação de parte da contribuição sindical às centrais sindicais. Os ministros Marco Aurélio, Eros Grau e a ministra Cármen Lúcia votaram a favor do argumento das centrais sindicais, mas o julgamento foi suspenso por um pedido de vista do ministro Carlos Ayres Britto. Para o ministro Marco Aurélio, a destinação do tributo às centrais sindicais se deu ante a representatividade das mesmas, isto é, a “lei foi uma opção política válida e que não se confronta com a Constituição Federal”.

Destarte, lançadas as teses conflitantes, resta apenas aguardar a conclusão da ADI nº. 4067, a fim de se verificar o posicionamento final da Corte Suprema pátria em relação à (in)constitucionalidade do repasse das contribuições sindicais às centrais sindicais, no montante de 10% (dez por cento).

jurídico pátrio, a categoria é definida pela atividade econômica preponderante exercida por determinada empresa, à exceção das categorias diferenciadas, expressamente determinadas¹⁸⁰.

Assim, caso uma fábrica tenha como atividade preponderante a fabricação de calçados, ainda que ela possua alguns profissionais especializados, estes pertencerão ao sindicato representativo dos trabalhadores nas indústrias de calçados, desde que não pertençam a uma categoria diferenciada.

Porém, na sociedade pós-moderna a negociação coletiva rumo a novos horizontes, não mais circunscrita e limitada às relações entre empregados e patrões, isto é, à simples incorporação de novas condições aos contratos individuais de trabalho.

Nesse sentido, o processo negocial para formação de normas coletivas tende a sofrer uma extraordinária mutação, a partir da globalização do capital, do aparecimento e consolidação dos corpos intermediários e das inúmeras e multifacetadas possibilidades de emprego e rendas. Assim sendo, nas esferas territorial e pessoal cruzam-se possibilidades que vão desde as negociações por empresas até as negociações regionais, por ramo de atividades, nacionais e interprofissionais, consolidando regras de natureza antiinflacionárias, ocupacional, do direito à informação e outras que tratam de medidas fiscais, de tarifas e preços dos serviços públicos, com o objetivo de preservar as rendas dos trabalhadores e os postos de trabalho¹⁸¹.

Sendo assim, a negociação coletiva alça vãos mais altos a fim de se imiscuir em áreas próprias de políticas públicas sobre relações de trabalho, uma vez que diversas questões político-econômicas influenciam nas relações de trabalho atinentes à categoria ou setor em que determinado sindicato atua.

Dessa forma, assevera Everaldo Gaspar Lopes de Andrade que é preciso transformar de maneira profunda a gênese do processo negocial de formação da norma coletiva trabalhista. Isso implica superar as barreiras e limites da luta histórica em favor de certas e determinadas categorias, circunscritas a determinados tempos e espaços. Os Pactos Sociais, as Negociações Tripartites e Transnacionais, os

¹⁸⁰ SCUDELER NETO, Julio Maximiano. **Negociação coletiva e representatividade sindical**. São Paulo: LTr, 2007, p. 40.

¹⁸¹ ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2005, p. 263.

movimentos coletivos que transcendem as barreiras das fábricas, os movimentos reivindicativos que vão além dos direitos sociais tradicionais prognosticam a chegada desse novo tempo. O tempo de uma versão universalizadora das lutas coletivas no âmbito desse ramo do direito¹⁸².

Saliente-se que no moderno direito do trabalho há uma tendência de se privilegiar as negociações localizadas ou pontuais, visando à celebração de acordos coletivos com as empresas, aproximando-se, dessa forma, as necessidades dos respectivos trabalhadores à realidade empresarial, isto é, a tendência moderna de negociação coletiva é a de descentralização no nível da empresa, contrariamente à idéia superada de negociação centralizada e articulada¹⁸³.

4.10 FASES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Em que pese o fato de a negociação coletiva, aparentemente, resumir-se às discussões realizadas em uma mesa redonda, como se fosse um ato único, em verdade a negociação coletiva é muito mais complexa, consubstanciando-se em um processo composto de diferentes fases que se interligam. Ressalte-se que referido processo, em sua integralidade, não é uma formalidade exigida em lei, porém a observação efetiva de todos os ritos contribui de forma significativa para um desempenho mais eficaz da negociação coletiva.

Assim sendo, é possível identificar duas grandes fases da negociação coletiva, a primeira anterior à negociação coletiva propriamente dita, conhecida como fase preparatória, e a segunda caracterizada pelas discussões em mesa redonda, que é a fase própria das negociações.

4.10.1 Fase preparatória

Na fase preparatória, que antecede a negociação coletiva, é o espaço onde ocorrem a convocação e realização de assembléia geral do sindicato representante

¹⁸² ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2005, p. 211.

¹⁸³ SCUDELER NETO, Julio Maximiano. **Negociação coletiva e representatividade sindical**. São Paulo: LTr, 2007, p. 41.

da categoria, em um primeiro momento, e aonde se elabora a pauta de reivindicações, em um segundo momento.

Com efeito, empregados e empregadores são convocados por suas respectivas entidades sindicais para participarem das assembléias gerais que são realizadas com a finalidade de se formular uma pauta de reivindicações a ser apresentada à outra parte, sendo mais comum que essa postura seja de iniciativa do sindicato profissional¹⁸⁴.

E nessas assembléias gerais há toda uma discussão em torno das atuais necessidades da categoria, que serão, por sua vez, objeto das cláusulas a serem negociadas posteriormente. Assim, as pautas de reivindicações têm como objetivo principal elencar todas as pretensões de determinada categoria, bem como as vantagens legalmente respaldadas e então apresentá-las para discussão no âmbito de uma negociação coletiva.

4.10.2 Fase das negociações

Nessa oportunidade as partes principais, que por determinação constitucional, são representadas pelos sindicatos profissionais e econômicos¹⁸⁵, irão discutir acerca das pretensões constantes das pautas de reivindicações formuladas na fase preparatória. Nas áreas inorganizadas sindicalmente, os trabalhadores e empregadores são representados, então, por suas respectivas federações.

Portanto, na fase de negociações propriamente dita encontra-se também uma etapa de convocação, igualmente como ocorre na fase preparatória. Contudo, enquanto nesta os sindicatos convocam os respectivos trabalhadores e empresas, naquela o sindicato, que em regra é o representante dos trabalhadores, convoca o sindicato econômico ou mesmo uma empresa ou grupo de empresas, a fim de participar de uma mesa-redonda, que pode, inclusive, ser realizada junto à Agência Regional do Trabalho, com a intermediação do Poder Público.

Juntamente à convocação, encaminha-se a pauta de reivindicações, em regra dos trabalhadores, de maneira que a parte contrária reste ciente das pretensões

¹⁸⁴ SÁ, Maria Cristina Haddad de. **Negociação coletiva de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2002, p. 63

¹⁸⁵ CF/88, art. 8º, VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

contrárias e participe das negociações já tendo pela ciência de quais serão os pontos de discussão mais importantes da negociação coletiva de trabalho.

Observe-se que a partir do momento que a parte é provocada a negociar não é possível haver recusa à negociação coletiva, ou seja, quando provocada, a parte é obrigada a participar da negociação coletiva de trabalho, nos exatos termos do art. 616 da CLT¹⁸⁶.

Superada a etapa da convocação, atinge-se, então, o trâmite das negociações e respectivas discussões, oportunidade em que serão realizadas as propostas, anteriormente inseridas na pauta de reivindicações, e elaboradas, conseqüentemente, as respectivas contrapropostas pela parte contrária.

Normalmente, nas mesas-redondas, é assegurada a data-base¹⁸⁷ do setor e designada a data para a primeira rodada de negociações, oportunidade em que também é definida pelas partes a maneira pela qual se dará seqüência ao procedimento das negociações, bem como suas regras¹⁸⁸.

Ato contínuo, nessa fase são discutidas as propostas e apresentadas as contrapropostas, em que as partes acabam abrindo concessões mútuas a fim de se atingir um denominador comum, ou seja, as partes propõem, contrapropõem e fazem concessões com o objetivo de autocomposição, e assim, os termos firmados são materializados na convenção ou acordo coletivo de trabalho, o que significa o sucesso das negociações coletivas de trabalho.

Destarte, haverá a autocomposição a partir do momento em que o conflito coletivo for solucionado pelas próprias partes.

4.11 ACORDO E CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Quando uma negociação coletiva de trabalho é bem-sucedida, ou seja, quando as partes estipulantes logram êxito na composição dos conflitos de interesses antagônicos, os termos acordados precisam se materializar em um instrumento capaz de permitir o conhecimento daqueles termos por qualquer

¹⁸⁶ Esse tema será mais aprofundado no capítulo 6 da presente obra.

¹⁸⁷ Data-base é a data de início de vigência de acordo ou convenção coletiva, ou sentença normativa, nos exatos termos do § 1º, art. 4º, da Lei Federal nº. 7.238/84.

¹⁸⁸ SÁ, Maria Cristina Haddad de. **Negociação coletiva de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2002, p. 65.

pessoa. Em última análise, quando a negociação coletiva triunfa sobre o conflito, ela vai ganhar vida no plano fático-jurídico por meio da convenção ou do acordo coletivo de trabalho, responsáveis por trazer toda a disciplina debatida no âmbito das mesas de rodadas de negociação.

É consabido que pela convenção coletiva de trabalho há necessariamente a presença de sindicato nos dois pólos da negociação coletiva, ou seja, sindicato profissional, representando a categoria dos trabalhadores e o sindicato econômico, representando as empresas empregadoras.

De outro lado, no acordo coletivo de trabalho a obrigatoriedade de participação de sindicato está adstrita à representação da categoria profissional, ao passo que a outra parte da negociação pode ser representada por uma empresa isoladamente considerada ou um conjunto de empresas sem necessidade de se fazer representadas pelo sindicato respectivo.

Tendo em vista que, apesar de no requisito subjetivo convenção e acordo coletivo de trabalho apresentarem diferenças, na sua essência ambas se assemelham significativamente, razão pela qual, no presente trabalho, optou-se por tratar especificamente da convenção coletiva de trabalho, haja vista a sua maior amplitude. Ressalte-se, contudo, que tanto convenção coletiva de trabalho quanto o acordo coletivo de trabalho funcionam como essenciais instrumentos de revelação de uma bem-sucedida negociação coletiva de trabalho.

Portanto, apesar de se abordar expressa e especificamente a convenção coletiva de trabalho, deve se esclarecer que é por opção metodológica. Porém, essa opção não exclui a atribuição dos mesmos efeitos e discussões debatidos acerca da convenção coletiva de trabalho para os acordos coletivos de trabalho.

Dessa forma, quando no presente trabalho estiver se referindo exclusivamente à convenção coletiva de trabalho, deve-se ter sempre em mente e ressalvado que o mesmo se aplica, igualmente, aos acordos coletivos de trabalho.

Feitas essas ressalvas, cabe agora compreender os diversos conceitos de convenção coletiva de trabalho apontados pelos mais importantes autores juslaboralistas, mormente no que se refere ao direito coletivo do trabalho.

4.11.1 Conceito de convenção coletiva de trabalho

A convenção coletiva de trabalho é um instrumento normativo resultante de uma bem-sucedida negociação coletiva que objetivou estabelecer melhores condições de trabalho para os integrantes da categoria profissional representada pelo respectivo sindicato na formalização do instrumento.

Nesse sentido, Arnaldo Süssekind, para quem a convenção coletiva é um ato legislativo elaborado por entidades sindicais e por via convencional, visando regular e estipular as condições para as relações individuais de trabalho¹⁸⁹.

É importante observar que da definição acima se extrai uma visão que se coaduna com a teoria pluralista do direito, na medida em que se equipara a elaboração da convenção coletiva de trabalho como exercício da autonomia privada coletiva enquanto centro produtor de normas jurídicas, atribuindo a essa autonomia coletiva o mesmo papel ou, melhor, a mesma competência dispensada ao processo legislativo.

Já, para Evaristo de Moraes Filho, a convenção coletiva de trabalho é o instrumento mais dúctil e plástico para a regulação das condições de trabalho das diferentes categorias econômicas e profissionais existentes na sociedade, sendo o resultado concreto da autonomia privada coletiva¹⁹⁰.

Verifica-se na definição acima uma subversão, na medida em que confunde-se ou despreza-se a negociação coletiva, pois os instrumentos normativos são, apenas e tão-somente, produto da negociação coletiva de trabalho, e esse processo não é explicado a partir daqueles que em verdade são o resultado deste. Significa afirmar, portanto, que, diferentemente da afirmação aposta no parágrafo anterior, o meio mais dúctil e plástico para a regulação das condições de trabalho é a negociação coletiva de trabalho e não a convenção ou acordo coletivo de trabalho, pelo simples fato de que estes são o produto da negociação coletiva que logrou êxito.

¹⁸⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *et alli*. **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. vol. 2. São Paulo: LTr, 2000, p. 1177.

¹⁹⁰ MORAES FILHO, Evaristo de. Tendências do direito coletivo do trabalho. *In: Relações coletivas de trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. TEIXEIRA FILHO, João de Lima (coordenador). São Paulo: LTr, 1989, p. 33.

Ademais, saliente-se a negociação coletiva de trabalho não necessariamente põe fim aos conflitos de interesses entre classe econômica e profissional, conforme analisado acima, sendo mais prudente considerar-se que a negociação coletiva bem-sucedida, ou seja, aquela que originou uma convenção (ou acordo) coletiva de trabalho, em verdade harmoniza transitoriamente esse conflito, ao estipular melhores condições de trabalho.

Essa eloquência pela solução dos conflitos coletivos de trabalho por meio da convenção coletiva, e que sugere uma solução definitiva, é encontrada na definição de Délio Maranhão, onde a convenção coletiva é a solução, por via de acordo, dos conflitos de interesses coletivos de grupos ou categorias, por meio do estabelecimento de normas e condições de trabalho reguladoras, durante o prazo da respectiva vigência, das relações individuais entre os integrantes das categorias ou grupos convenientes¹⁹¹.

Como advertido, a definição acima caracteriza-se por tentar atribuir um caráter de perenidade à convenção coletiva de trabalho, na medida em que uma solução dos conflitos coletivos de trabalho implicaria a desnecessidade de realização de subseqüentes negociações e convenções coletivas de trabalho. Por isso mesmo, na presente obra, optou-se por imputar à negociação coletiva e, conseqüentemente, à própria convenção coletiva, o aspecto de fugacidade, tendo em vista que ela visa à solução transitória dos conflitos coletivos de trabalho.

Segundo José Cairo Júnior, a convenção coletiva de trabalho consiste em um instrumento normativo derivado da negociação coletiva havida entre o sindicato da categoria profissional e o respectivo sindicato da categoria econômica, tendo como objetivo a fixação de novas condições de trabalho.¹⁹²

Percebe-se que o autor indica o caráter normativo da convenção coletiva de trabalho, além de frisar o objetivo de fixação de novas condições de trabalho. Dessa afirmação se extrai duas situações distintas. A primeira está ligada ao fato de o autor não impor “melhores” condições de trabalho, mas apenas “novas”, podendo sugerir que, por meio da convenção coletiva de trabalho, possa se estabelecer piores condições de trabalho, o que de fato é possível, conforme estudado acima, quando

¹⁹¹ MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993, p. 330.

¹⁹² CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito do trabalho**: direito individual e direito coletivo de trabalho. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p 859.

da negociação coletiva *in pejus*, porém, essa é a exceção, uma situação extraordinária e não a regra.

Com efeito, não está totalmente errado o autor, uma vez que a própria Constituição da república Federativa do Brasil apresenta hipótese de retrogradação das condições de trabalho, quando permite expressamente a possibilidade de redução do salário por meio da convenção coletiva de trabalho.

A segunda situação diz respeito ao fato de que não necessariamente uma convenção coletiva tem que trazer “novas” condições de trabalho. Tendo em vista que a eficácia da convenção coletiva de trabalho está limitada no tempo, por um período máximo de dois anos¹⁹³, uma convenção coletiva de trabalho posterior poderá apenas manter as condições previamente estabelecidas por convenção coletiva de trabalho anterior, sem que com isso seja estipulada uma novel condição.

¹⁹³ Ressalte-se que, não obstante a CLT, em seu art. 614, § 3º, limitar a vigência das convenções e acordos coletivos de trabalho no prazo máximo de dois anos, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho vem decidindo em favor de estipulação dos instrumentos coletivos em prazo superior a dois anos, quando apresentarem condições de trabalho mais benéficas aos trabalhadores. Nesse sentido a seguinte decisão:

ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. PRAZO DE VIGÊNCIA. CINCO ANOS. VALIDADE. GARANTIA DE EMPREGO. NORMA BENÉFICA. SUPREMACIA DO PRINCÍPIO TUTIVO DO DIREITO DO TRABALHO. NÃO-INCIDÊNCIA DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 322 DA SBDI-I DO TST. Acordo coletivo de trabalho por meio do qual o sindicato da categoria profissional firma com a empresa garantia de emprego para os seus empregados, com prazo de vigência de cinco anos em troca de vantagens salariais, reveste-se de validade, ante o que dispõe o artigo 7º, XXVI, da Constituição da República, que consagra o direito dos trabalhadores ao reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho. A norma constitucional nada disciplina acerca de prazo de vigência dos instrumentos coletivos, de forma que não existe nenhuma incompatibilidade vertical do seu regramento com o disposto no § 3º do artigo 614 da CLT, no sentido de não se permitir estipular duração de convenção ou acordo coletivo de trabalho por prazo superior a dois anos. Interpretação literal do preceito consolidado levará à conclusão de ser vedado, em qualquer circunstância, firmar norma convencional com prazo de vigência superior a dois anos. Procedendo-se, todavia, à interpretação da norma pelo método lógico-sistemático, considerada no conjunto da legislação do trabalho (v.g. artigos 9º e 468 da CLT), de natureza protecionista, infere-se do disposto no artigo 614, § 3º, da CLT que a restrição para a avença de instrumento normativo com prazo de duração superior a dois anos é imperativa somente quando resultar em prejuízo ao trabalhador, ante a supremacia do princípio tutelar orientador do Direito do Trabalho sobre preceito legal isoladamente considerado. Não se olvide, ainda, que o juiz aplicará a lei atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil). Ao aplicador da lei, portanto, cabe lançar mão do método interpretativo lógico-sistemático e teleológico, para encontrar o sentido da norma que realize os fins sociais por ela objetivados. Na hipótese vertente, não incide o disposto na Orientação Jurisprudencial nº 322 da SBDI-1 do TST, na medida em que tal jurisprudência assenta-se em precedentes que enfrentam o exame de hipóteses nas quais os prazos de vigência das normas coletivas foram prorrogados por tempo indeterminado, de forma prejudicial aos obreiros, razão pela qual foram tidas como inválidas em face do preceito contido no artigo 614, § 3º, da CLT e do ordenamento jurídico juslaboral. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 124800-45.2002.5.12.0043; 1ª Turma; Min. Rel. Lelio Bentes Correia; Acórdão publicado no Diário da Justiça em 30/11/2007).

Contudo, acerta o autor na hipótese de se estar tratando de uma primeira ou inédita convenção coletiva de trabalho, pois aí sim haverá uma situação na qual a convenção coletiva de trabalho estará trazendo “novas” condições de trabalho.

Já, Orlando Gomes entende a convenção coletiva de trabalho como uma regulamentação prévia de condições de trabalho, estabelecida, por acordo, entre entidades organizadas de empregados e empregadores¹⁹⁴. Aqui verifica-se uma definição, à primeira vista simples, porém capaz de abarcar corretamente os institutos que circundam toda a elaboração da convenção coletiva, principalmente a negociação.

No mesmo sentido, Octavio Bueno Magano, para quem a convenção coletiva de trabalho é o negócio jurídico através do qual sindicatos ou outros sujeitos devidamente legitimados, estipulam condições de trabalho¹⁹⁵.

Verifica-se, nas duas definições supra que sobressai-se eminentemente o aspecto obrigacional da convenção coletiva de trabalho, sendo considerado, por esses autores, inequivocamente como um negócio jurídico.

Para Amauri Mascaro Nascimento as convenções coletivas de trabalho têm como escopo constituir condições aplicáveis a terceiros, ou seja, a instituição de normas de conduta que serão aplicadas às relações individuais e obrigações entre os sujeitos coletivos estipulantes¹⁹⁶.

Pela definição desse autor, percebe-se, desde já, a coexistência de conteúdo normativo e obrigacional naquele instrumento.

Vale destacar a doutrina de Mauricio Godinho Delgado acerca da convenção coletiva de trabalho, quando afirma que as convenções coletivas de trabalho, embora de origem privada, criam regras jurídicas de caráter geral e abstrato, destinadas a normatizar situações *ad futurum*. Correspondem, conseqüentemente, à noção de lei em sentido material. São, desse modo, do ponto de vista de seu

¹⁹⁴ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 46.

¹⁹⁵ MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho**. volume 3. São Paulo: LTr, 1980, p. 139.

¹⁹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 278.

conteúdo, diplomas desveladores de inquestionáveis regras jurídicas, embora existam também no seu interior cláusulas contratuais.¹⁹⁷

Note-se que o autor, na própria definição, já revela seu posicionamento acerca da natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho, compreendendo-a como lei em sentido material, ainda que existam cláusulas de caráter contratual no seu interior.

A Consolidação das Leis do Trabalho também definiu a convenção coletiva do trabalho em seu art. 611, *in verbis*:

Art. 611 – Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais do trabalho.

Percebe-se que a CLT define a convenção coletiva de trabalho como acordo de caráter normativo, apresentando uma característica híbrida, por um lado obrigacional, contratualista, do direito civil, e por outro lado um aspecto normativo, no sentido de lei, por ter efeitos prospectivos e terceiros não participantes da estipulação.

Essa característica, à primeira vista híbrida, também aparece nas principais definições apresentadas, o que revela a necessidade de se discutir, ainda que de forma perfunctória, a natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho.

4.11.2 Natureza Jurídica da Convenção Coletiva de Trabalho

As principais teorias sobre a natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho são a contratualista, extracontratualista, normativista e mista.

A corrente contratualista se vale de institutos contratuais clássicos para explicar a natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho, baseando-se para tanto no caráter obrigacional das normas coletivas de trabalho, em decorrência da vontade das partes convenientes.

Tal opção se explica porquanto o momento histórico no qual o fenômeno da convenção coletiva de trabalho é positivado imperavam as concepções contratuais

¹⁹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 1376.

já cristalizadas na doutrina, e foi isso que se tentou promover, a adequação da convenção coletiva às teorias contratualistas do direito civil.

Observe-se que essa empreitada não logrou êxito, em razão dos equívocos apresentados por essa teoria, principalmente a insuficiência para esclarecer os aspectos normativos da convenção coletiva de trabalho, bem como a confusão entre interesses individuais dos trabalhadores com o interesse da categoria.

Sendo assim, tem-se como principais teorias contratualistas a teoria do mandato; teoria da gestão de negócios; teoria da estipulação em favor de terceiros; teoria da personalidade moral fictícia e; teoria da representação legal¹⁹⁸.

As teorias extracontratuais surgiram como uma forma de reação às insuficiências contratualistas, buscando a força obrigatória da convenção coletiva de trabalho em outros critérios ou argumentos, apresentando-se, para esse mister, as teorias do pacto social; teoria da solidariedade necessária; teoria do uso e costume industrial; teoria da instituição e teoria corporativista¹⁹⁹.

¹⁹⁸ a) Teoria do mandato: Segundo a teoria do mandato, quando os associados ingressam no sindicato e aderem ao seu estatuto, haveria uma outorga tácita de poderes para que a entidade sindical atue em seu nome e interesse, de maneira que o sindicato passa a atuar como mandatário dos associados, ou seja, como representante dos interesses individuais; b) Teoria da gestão de negócios: os sindicatos atuariam como gestores de negócios de terceiros, ou seja, dos trabalhadores e empregadores individualmente considerados; c) Teoria da estipulação em favor de terceiros: o sindicato operário (estipulante) fixa as condições de um acordo coletivo, contendo cláusulas em favor de terceiros, os pertencentes aos sindicatos ou operários da categoria (beneficiários); d) Teoria da personalidade moral fictícia: a teoria da personalidade moral fictícia consiste em atribuir ao sindicato uma existência fictícia, ou seja, considerá-lo como uma entidade fictícia, a fim de identificá-lo com os associados, de maneira que, celebrada a convenção coletiva de trabalho, seriam os associados que a teriam celebrado, e não o sindicato; e) Teoria da representação legal: segundo a teoria da representação legal as convenções coletivas de trabalho seriam objeto de um poder delegado pela lei aos sindicatos para representar seus associados, de maneira que o contrato firmado obriga a todos os componentes do grupo que se situem no âmbito de sua representação. (SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 158-162.)

¹⁹⁹ a) Teoria do pacto social: por essa teoria, haveria a celebração de um pacto social entre o indivíduo e o sindicato, em virtude do qual aquele assume obrigações de aceitar as decisões da maioria quanto ao exercício profissional. Haveria uma submissão da autonomia privada em relação à vontade da maioria; b) Teoria da solidariedade necessária: de acordo com a teoria da solidariedade necessária, a natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho repousa no princípio da subordinação da vontade individual à vontade da maioria, ou seja, é a consagração desse princípio. Contudo, essa teoria é contraditória, uma vez que parte de premissa equivocada ao identificar a vontade coletiva com a vontade da maioria; c) Teoria do uso e costume industrial: por essa teoria, as convenções coletivas de trabalho passam a ser consideradas como uso ou costume industrial, e em razão disso, teria força capaz para ser oponível aos membros da categoria não associados e em relação aos empregadores; d) Teoria da instituição: essa teoria, de enorme influência sobre doutrinadores do direito do trabalho e na qualidade de principal corrente do pluralismo jurídico, imputa a normatividade da convenção coletiva de trabalho à existência de uma instituição, que se constitui em centro de produção normativa, um mundo jurídico subsistente, um ordenamento, ou seja, a instituição dá origem ao direito. Assim sendo, a instituição funciona como substrato sociológico e conferidor de força normativa ao regramento do grupo, que obriga a todos os seus membros; e)

Já, as teorias pertencentes à corrente normativa abandonam a figuras contratuais utilizadas para fundamentar a natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho e passam a defender o caráter normativo da convenção coletiva de trabalho.

Com efeito, a corrente normativa concebe a convenção coletiva como norma geral e abstrata, que, no caso do sistema jurídico pátrio, abrange todos os membros da categoria profissional, independentemente de ser associado ou não²⁰⁰. As duas teorias mais discutidas pela doutrina são a teoria regulamentar e a teoria da lei delegada²⁰¹.

Por fim, a corrente mista busca conciliar as correntes contratualistas e normativas. Sendo assim, os defensores dessa corrente consideram a convenção coletiva de trabalho como um instituto híbrido, ou seja, quanto à formação, identifica-se com um contrato, ao passo que em relação ao seu conteúdo, equivale a uma norma jurídica.

Nesse sentido Francesco Carnelluti, para quem “il contratto collettivo è un ibrido, che ha il corpo del contratto e l'anima della legge”²⁰². Assim sendo, possui corpo de contrato porque se aperfeiçoa como um acordo de declaração de vontades, e tem alma de lei, porquanto, em seu conteúdo, regula relações jurídicas em princípio abstratas, que se concretizam para o futuro, mediante a sua aplicação.

Teoria corporativista: a teoria corporativista assenta o poder de produção de normas jurídicas nas corporações, sendo que o sindicato é uma espécie desse gênero. Por isso mesmo, a convenção coletiva é a expressão da vontade corporativa do grupo produtor, promulgada pelo órgão representativo do mesmo. A corporação é considerada uma unidade jurídica da qual emanam normas disciplinares de uma determinada atividade. ((SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 163-167.)

²⁰⁰ Para Orlando Gomes, o caráter de fonte normativa da convenção coletiva é derivado de sua eficácia legislativa e não de sua natureza jurídica, daí a relatividade de seu conceito nos ordenamentos jurídicos. (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 609.)

²⁰¹ a) Teoria regulamentar: por essa teoria, a convenção coletiva de trabalho configura-se como uma lei profissional e que abrange os membros da categoria profissional, seja ele associado ou não ao sindicato respectivo, ou seja, pela teoria regulamentar, a convenção coletiva de trabalho é uma verdadeira lei, uma vez que possui força normativa abrangente de pessoas que não participaram diretamente da sua elaboração; b) Teoria da lei delegada: a teoria da lei delegada se funda na faculdade que tem o Estado de delegar a associações por ele reconhecidas, como representativas dos grupos profissionais econômicos, o direito de promulgar leis profissionais sobre as condições de trabalho, cuja vigência e extensão dependem da manifestação final daquele mesmo Estado. (MEDEIROS, Mauro. **A interpretação da convenção coletiva de trabalho**. São Paulo, LTr, 2003, p. 36.)

²⁰² “o contrato coletivo é híbrido, que tem corpo de contrato e alma de lei”. (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro**. Padova: CEDAM, 1936, p. 116-117.)

Percebe-se que no direito laboral positivo prevalece a teoria mista, quando a Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 611, define a convenção coletiva de trabalho como sendo o “acordo de caráter normativo”.

Percebe-se que na exposição acima não se posicionou-se acerca das teorias expostas, não obstante inegável simpatia pela teoria normativista, sem, contudo, olvidar do aspecto contratual, mais em razão do estabelecido no art. 611 Consolidado, na medida em que na essência, bem como na dinâmica das negociações coletivas, e conseqüentemente na formação da convenção coletiva, não se vislumbra inequivocamente um viés contratual nesses institutos.

Portanto, em que pese o dispositivo Consolidado, entende-se a convenção coletiva como norma jurídica, apoiando-se, entre outros, na doutrina de Juan Escribano Gutiérrez, que é taxativo ao afirmar que não há dúvidas acerca da eficácia normativa da convenção coletiva de trabalho, além de complementar o caráter originário do poder normativo da autonomia coletiva privada²⁰³.

Em razão disso, já houve ocasião de se manifestar sobre o tema, oportunidade na qual buscou-se dar uma indiscutível preponderância ao caráter normativo em relação ao caráter contratual da convenção coletiva, o que faz surgir uma natureza jurídica que não se enquadra em nenhuma das teorias acima mencionadas, ou seja, optou-se por identificar uma inédita natureza jurídica à convenção coletiva de trabalho.

Assim, denominou-se essa teoria da natureza jurídica da convenção coletiva de “teoria da preponderância normativa” da convenção coletiva de trabalho, sem que com isso se exclua o caráter contratualista, que aparece na presente teoria acerca da natureza jurídica relativizada²⁰⁴.

Destarte, não obstante uma preponderante análise da convenção coletiva de trabalho, tal fato não obsta a aplicação dos mesmos preceitos e discussões ao acordo coletivo de trabalho, uma vez que a análise sob o ponto de vista da convenção coletiva deveu-se, nomeadamente, à facilitação didática do estudo em destaque.

²⁰³ GUTIÉRREZ, Juan Escribano. **Autonomia individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo**. Madrid: CES, 2000, p. 50.

²⁰⁴ DUARTE, Ícaro de Souza. **A posição hierárquica da convenção coletiva de trabalho**. In: Revista Magister de Direito Trabalhista e previdenciário. Ano VII. volume 39 (novembro/dezembro de 2010). p. 58-83.

4.12 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

As negociações coletivas, nas suas aplicações práticas, constituem um procedimento adrede convencionado pelas partes e subordinado a salutar princípios que garantirão o êxito dessas negociações, ou seja, a negociação coletiva se desenvolve sob as bases de determinados princípios, os quais são fundamentais para o sucesso da composição dos conflitos coletivos e para o acatamento do acordado pelas partes.

Afirma Hugo Gueiros Bernardes que em razão de a negociação coletiva ser um fato social e economicamente relevante, os princípios que regem essa negociação hão de ter importância maior no plano ético, na medida em que a negociação coletiva visa à composição dos conflitos de interesses e em tais circunstâncias, as partes negociadoras, para alcançarem o acordo entre si, se devem mutuamente um comportamento ético adequado à vontade de conciliar e não de confrontar, contribuindo, assim, para a construção da ética na negociação, o que permite o reconhecimento de alguns princípios norteadores da negociação coletiva, como é o caso do princípio da boa-fé²⁰⁵.

Observe-se que no presente trabalho optou-se por tratar de princípios específicos das negociações coletivas, porém, não se deve cometer o equívoco de entendê-los como sendo princípios exclusivos das negociações coletivas de trabalho. Por isso mesmo, princípios como da razoabilidade, proporcionalidade e contraditório, princípios gerais do direito por excelência, não foram abordados, preferindo-se versar sobre aqueles princípios que têm uma aplicação mais específica e concreta no âmbito da negociação coletiva.

4.12.1 Princípio da igualdade

Esse princípio significa que não existe hierarquia entre os negociadores, uma vez que se tratam de dois pólos distintos e no momento da negociação as partes

²⁰⁵ BERNARDES, Hugo Gueiros. Princípios da negociação coletiva. *In: Relações coletivas de trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. TEIXEIRA FILHO, João de Lima (coordenador). São Paulo: LTr, 1989, p. 358.

tomam assento em mesa-redonda e gozam de plena liberdade para aprovar ou rejeitar quaisquer propostas, sem qualquer hierarquia ou subordinação.

Sendo assim, a igualdade dos negociadores é possivelmente o aspecto mais delicado na fixação dos preceitos fundamentais da negociação coletiva, na medida em que a negociação coletiva, à primeira vista, se desenvolve entre dois pólos separados pela hierarquia da empresa e pela subordinação jurídica da relação individual de emprego²⁰⁶.

Dessa maneira, exige-se de fundamental importância que para uma concretização eficaz do diálogo entre as partes negociadoras, que a hierarquia e a subordinação jurídica existentes no âmbito da relação individual de emprego sejam efetivamente revogadas por total incompatibilidade no âmbito de uma negociação coletiva, uma vez que, por figurar em seus pólos sujeitos coletivos dotados das mesmas condições de igualdade para apresentação livre de suas propostas e contrapropostas.

Destarte, pelo princípio da igualdade, o que se almeja é a possibilidade real e concreta de a negociação se desenvolver em um clima de liberdade de apresentação das propostas e respectivas contrapropostas, que nos assentos de uma mesa-redonda, as discussões sejam realizadas de maneira equânime tanto pelo sindicato profissional, principalmente este, quanto pelo sindicato econômico, buscando sempre a realização de uma negociação coletiva justa, nas mesmas condições de igualdade.

4.12.2 Princípio da cooperação

Esse princípio possui íntima relação com o princípio constitucional do contraditório, na medida em que uma matéria contraditória ou controvertida, para que possa ser resolvida, faz-se necessário e mesmo imprescindível que haja vontade de cooperação entre as partes envolvidas no conflito, sem a qual a negociação não chegará a bom termo, tornando-se, dessa forma, prejudicada²⁰⁷.

²⁰⁶ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: LTr, 2004, p. 115.

²⁰⁷ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Negociação coletiva e boa-fé: o princípio no ordenamento brasileiro e espanhol**. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008, p. 43.

Com efeito, os atores sociais da relação coletiva de trabalho, sindicato profissional, sindicato econômico, empresa ou grupo de empresas, estão todos entrelaçados no mesmo tecido social, de maneira que prejudicar um significa prejudicar todos, sendo o contrário também verdade, isto é, auxiliar um significa auxiliar a todos²⁰⁸.

Verifica-se, em verdade, que o princípio da cooperação consubstancia-se em um dever jurídico anexo decorrente da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, insculpido no art. 422 do Código Civil, ao estipular que “*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”.

Portanto, o princípio da colaboração tem papel fundamental na harmonização dos conflitos coletivos de trabalho, inculcando nos negociadores postura no sentido de mútuo auxílio quando da negociação coletiva de trabalho, na busca da formalização de um instrumento coletivo de trabalho eficaz, que realmente apresente melhores condições de trabalho e não apenas disposições formais, com pouca ou quase nenhuma alteração substancial das condições de trabalho.

4.12.3 Princípio da boa-fé

Esse princípio geral do Direito implica uma clareza de propósitos revelada pelas partes, o que facilita a negociação, com base na confiança recíproca²⁰⁹, isto é, significa que as partes devem agir com lealdade e sinceridade durante todo o curso desse processo de entendimento²¹⁰. Acrescente-se que as partes negociadoras devem reciprocamente manter um comportamento ético adequado à vontade de conciliar e não de estabelecer o confronto.

Nesse sentido, Arnaldo Süssekind, para quem, na negociação coletiva o princípio da boa-fé atua não só na fase de confecção de assenso, pela concentração

²⁰⁸ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: LTr, 2004, p. 122.

²⁰⁹ SÁ, Maria Cristina Haddad de. **Negociação coletiva de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2002, p. 43

²¹⁰ SCUDELER NETO, Julio Maximiano. **Negociação coletiva e representatividade sindical**. São Paulo: LTr, 2007, p. 34.

de esforços para a conclusão com êxito da negociação, mas também na fase de fiel execução do que pactuado²¹¹.

Percebe-se que essa visão do princípio da boa-fé resta demasiada superficial, conquanto esse princípio carrega consigo uma carga valorativa que ultrapassa a simples afirmação de agir com lealdade. Em verdade, o princípio da boa-fé é um dos princípios basilares do paradigma emergente da ciência do direito, uma vez que atua em diversas frentes, seja orientando a atuação dos operadores do direito, seja no campo da interpretação jurisdicional ou mesmo no âmbito da aplicação do direito, e o mais importante, com força normativa.

Ressalte-se que, pelo princípio da boa-fé, todos os negociadores devem pautar-se por um dever moral, sendo mesmo reconhecido pela doutrina sua transformação de mera recomendação programática em autêntica obrigação jurídica²¹².

Com efeito, o princípio da boa-fé tem o sentido de que as partes estão obrigadas a negociar de boa-fé e a proceder com lealdade em todos os seus entendimentos, assim como na execução do que for acordado, com base na confiança recíproca.

4.12.4 Princípio da adequação setorial negociada

Segundo Mauricio Godinho Delgado, o princípio em destaque significa que as normas coletivas podem prevalecer sobre normas de origem estatal desde que respeitados alguns critérios objetivamente fixados, quais sejam quando as normas coletivas atribuem um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação estatal e quando as normas coletivas transacionam de forma setorial parcelas trabalhistas de indisponibilidade apenas relativa²¹³.

No primeiro caso, as normas autônomas elevam o patamar setorial de direitos trabalhistas, em comparação com o padrão geral imperativo existente, de forma a prevalecer o negociado sobre o legislado, ao passo que no segundo caso há

²¹¹ SÜSSEKIND, Arnaldo; *et alli*. **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. vol. 2. São Paulo: LTr, 2000, p. 1166.

²¹² MORAES, Renata Nóbrega Figueiredo. **Flexibilização na CLT: na perspectiva dos limites da negociação coletiva**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 40.

²¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 1320.

compatibilidade com a teoria da flexibilização, na medida em que o princípio da indisponibilidade dos direitos é afrontado, porém de modo a atingir apenas as parcelas de indisponibilidade relativa e não as de indisponibilidade absoluta, em razão da existência de permissivo legal, ou seja, normas heterônomas, a seu respeito²¹⁴.

Nesse sentido Edilton Meireles, para quem a negociação coletiva deve ser pautada no princípio da adequação setorial negociada, segundo a qual aquela não pode ir além dos direitos de disponibilidade relativa, que decorre da natureza da parcela ou da expressa permissão da norma estatal que os previu²¹⁵.

4.12.5 Dever de informação

A doutrina também identifica como princípio que permeia as negociações coletivas o dever de informação, mediante o qual as partes devem dar conhecimento à outra das informações necessárias sobre o assunto em discussão, proporcionando uma negociação com base na realidade das situações e condições²¹⁶.

Com efeito, para que principalmente o sindicato dos trabalhadores possa formular a pauta de reivindicações, a fim de iniciar a negociação coletiva, é necessário conhecer as reais condições da empresa e a real capacidade desta de assumir determinados pleitos que a categoria julga cabíveis²¹⁷.

Feitas as explanações acima, o presente tópico acerca dos princípios fundamentais que permeiam a negociação coletiva foi intencionalmente tratado por último em razão de toda a sua importância, nomeadamente do princípio da boa-fé, para que seja possível atingir-se da maneira a mais eficiente possível a harmonização dos interesses antagônicos que compõem o conflito coletivo de trabalho.

²¹⁴ ASSE, Vilja Marques. Princípio da adequação setorial negociada: o surgimento de um novo princípio na história da Justiça Laboral. In: **Direito coletivo moderno: Da LACP e do CDC ao direito de negociação coletiva no setor público**. SANTOS, Enoque Ribeiro dos (org.). São Paulo: LTr, 2006, p. 133.

²¹⁵ MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. **A intangibilidade dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2009, p. 105.

²¹⁶ SCUDELER NETO, Julio Maximiano. **Negociação coletiva e representatividade sindical**. São Paulo: LTr, 2007, p. 34.

²¹⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo; *et alli*. **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. vol. 2. São Paulo: LTr, 2000, p. 1166.

Dessa forma, o próximo capítulo discutirá amplamente a boa-fé objetiva enquanto princípio jurídico, não só sob a perspectiva de sua normatividade, como também de sua amplitude por todo o sistema jurídico, e não apenas no ramo do direito civil – direito dos contratos.

Ademais, a consequência lógica dessa linha de raciocínio é o reconhecimento da influência e prestígio dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, sobretudo os deveres e direitos de informação, no âmbito das negociações coletivas, para que se possa falar em efetiva composição dos conflitos coletivos de trabalho, que de fato promovam melhoras das condições de trabalho da classe operária.

5 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO JURÍDICO

O estudo da boa-fé objetiva é de fundamental importância para o reconhecimento do direito de informação na negociação coletiva de trabalho. Com efeito, a previsão expressa da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico pátrio traduz-se no efeito do momento vivido, consubstanciado pelo pós-positivismo jurídico.

Com efeito, o sistema jurídico é concebido não mais como sistema fechado, isolado da realidade social, sendo, doravante, tomado como um sistema aberto aos influxos dos valores éticos e morais, fazendo uso das cláusulas abertas ou gerais, porta de entrada para conceitos ligados à eticidade.

Ademais, a boa-fé objetiva como princípio jurídico permite que no exercício de interpretação e aplicação do direito vão sendo construídos todos os aspectos que circundam o a cláusula geral da boa-fé, principalmente quando da produção de deveres jurídicos anexos, como no caso do dever de informação que atua na negociação coletiva.

Diante do estudo da boa-fé objetiva, a negociação coletiva não pode ser mais vista como procedimento estanque, devendo sim, sofrer os influxos e efeitos da aplicação da boa-fé objetiva.

5.1 DAS CLÁUSULAS GERAIS

As cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios de cunho valorativos, expressos ou mesmo sem previsão expressa legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos sociais, exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo²¹⁸.

Concordando em parte com o exposto, Nelson Rosenvald assevera que as cláusulas gerais consistem em normas descritivas de valores e não impõem, necessariamente, comportamento, tampouco estipulam conseqüências jurídicas determinadas, na medida em que as cláusulas gerais não pretendem dar respostas

²¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 274.

diretas aos problemas, como na casuística, porquanto a solução do problema será papel da jurisprudência, paulatinamente²¹⁹.

5.1.1 Gênese das cláusulas gerais

A doutrina costuma apontar como uma das primeiras manifestações de uma cláusula geral em um texto legal, muito em razão de sua função sobressalente desde sua edição até os dias atuais, o disposto no § 242 do Código Civil alemão, que assim reza:

§ 242 – O devedor deve cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico jurídico.

Sendo assim, afirma-se que o aludido § 242 do Código Civil alemão (BGB) veio a constituir-se em subsídio fundamental para uma nova compreensão da relação obrigacional, de maneira a limitar de notavelmente a relevância antes assumida pela autonomia da vontade, transfigurando, assim, tanto o conceito de sistema quanto a própria teoria tradicional das fontes dos direitos subjetivos e dos deveres²²⁰.

Ademais, atribui-se tamanha importância ao dispositivo civil alemão em razão do mérito propriamente dito, uma vez que até então a boa-fé tinha papel coadjuvante na relação obrigacional, atuando como necessidade de cumprimento efetivo dos contratos menos em seus aspectos formais do que no deveres assumidos.

Por conseguinte, ultrapassou-se essa linha limítrofe da boa-fé com sua inserção em cláusula geral na medida em que houve intensa participação de dois fatores confluentes, quais sejam, a maturidade e ousadia dos magistrados em suas atribuições funcionais e a própria técnica lingüística utilizada na redação do referido dispositivo civil alemão no tocante à boa-fé, isto é, o simples, porém importante fato, de se introduzir na legislação civil um dispositivo que fosse uma cláusula geral por si mesma, de forma intencional, substituindo o rigor inflexível da lei pela maleabilidade das cláusulas gerais.

²¹⁹ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. 1. ed. 2. tiragem (2007). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 160.

²²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 287.

Portanto, em relação ao primeiro fator, é possível afirmar que os juízes alemães, valendo-se da lei não como limite, mas como ponto de partida tanto para a criação quanto para o desenvolvimento do direito, manifestaram habilidade para com a utilidade das cláusulas gerais, qual seja, a utilização de idéias éticas, como a própria boa-fé e os bons costumes, que em um primeiro momento encontram-se no exterior da legislação posta, mas que têm a capacidade de penetrar em qualquer lei privada.

Já em relação ao segundo fator, de forma complementar, pode-se afirmar que como consequência do § 242 do BGB, os códigos (civis, principalmente) mais recentes, não obstante as diversidades existentes entre eles, têm um importantíssimo ponto em comum, contudo, que é a técnica de se legislar mediante o emprego de cláusulas gerais, a exemplo do código civil brasileiro de 2002, que se refere ao princípio da boa-fé em seu art. 422²²¹ ou mesmo o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor, de forma mais ampla²²².

Destarte, identificado o conjunto de fatores que circundaram a origem, segundo a maioria da doutrina, da utilização das cláusulas gerais pelos ordenamentos jurídicos, cumpre agora analisar quais as características principais dessas normas jurídicas legisladas, incorporadoras a partir de um princípio ético.

5.1.2 Características das cláusulas gerais

Para se delinear uma estrutura padrão das cláusulas gerais, algumas características aparecem como constantes indispensáveis para a demarcação do perfil das mesmas, como seu papel enquanto técnica legislativa, sua vagueza semântica, além da precisão de sua dimensão, mormente quando cotejadas com os conceitos jurídicos indeterminados.

Assim sendo, a cláusula geral desempenha seu papel enquanto técnica legislativa na medida em que rompe com outro modelo legislativo, denominado casuística, que consiste na elaboração de normas compostas de determinações

²²¹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²²² Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

específicas dos elementos que compõem a *fattispecie*, ou seja, desde logo o legislador fixa os critérios para aplicar determinada qualificação aos fatos (descrição de tipos de comportamento), de forma o mais completa possível, não havendo vacilações do aplicador para definir o seu sentido e alcance, de forma a se evitar generalizações amplas.

É dizer, a cláusula geral, que não raramente é confundida com os conceitos jurídicos indeterminados, há de ter uma significação própria, então far-se-á bem em olhá-la como conceito que se contrapõe a uma elaboração casuística das hipóteses legais. Casuística é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria²²³.

Percebe-se, então, que a casuística aproxima-se da subsunção, do tipo, “se A, então B”, onde nada ou muito pouco sobra, no caso concreto, para a criatividade do intérprete a fim de expor suas razões no disciplinamento do fato concreto. Contudo, essa técnica corre o risco de se tornar defasada em relação aos anseios sociais, à evolução da sociedade, fazendo surgir novas necessidades, interesses antes inexistentes e conseqüentemente novos conflitos, que restarão impossibilitados de resolução em razão da imutabilidade e rigidez da casuística.

Com efeito, critica-se a casuística, uma vez que a rigidez do sistema é fator de obsolescência da norma e, conseqüentemente, de inteira dependência da atuação do Poder Legislativo para a constante edição de novas previsões, o que ocasiona inflação normativa, além de perda de eficácia social em muitas situações²²⁴.

Porém, as cláusulas gerais não padecem desse mal, uma vez que a elas é garantida a vantagem da mobilidade que se manifesta na imprecisão propositada dos termos da *fattispecie* que a compõe, ou seja, seu objetivo, diferentemente da casuística, não é a resposta prévia a todas as condutas, mas fornecer os instrumentos capazes de construir essas respostas de forma progressiva, pela jurisprudência.

²²³ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Tradução J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 228.

²²⁴ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. 1. ed. 2. tiragem (2007). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 161.

Com efeito, deve-se entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos²²⁵.

Ressalte-se, por outro lado, que não se trata de delegação de discricionariedade absoluta, próxima à arbitrariedade, porquanto as cláusulas gerais remetem os juízes a critérios aplicativos, isto é, valorações objetivamente válidas na sociedade, podendo-se falar em discricionariedade limitada.

Dessa forma, as cláusulas gerais são ao mesmo tempo indeterminadas e normativas, ao passo que não pode evidentemente dizer-se que as cláusulas gerais sejam a maioria das vezes também cláusulas discricionárias, antes pelo contrário: as cláusulas gerais não contêm qualquer delegação de discricionariedade, pois que remetem para valorações objetivamente válidas²²⁶.

Nesse sentido, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, linguagem aberta, fluida ou vaga, dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe uma competência para que crie, desenvolva ou mesmo complemente uma norma jurídica, sempre em decisões fundamentadas, utilizando-se do processo hermenêutico, exigindo-se, portanto um ato de conhecimento, e não um ato de vontade²²⁷.

Ademais, o exposto não pode levar a conclusões equivocadas, no sentido de revolução paradigmática, uma vez que o uso da técnica legislativa baseada nas cláusulas gerais não significa, de modo algum, o abandono ou superação da casuística, que continua a sua existência independentemente das cláusulas gerais, ou seja, ambas convivem concomitantemente sem que se fale em colapso. Da mesma forma, não se deve imaginar que sejam técnicas contrárias, no sentido de haver uma verdadeira dicotomia. O que se pretendeu nas explanações acima foi identificar traços delineadores das cláusulas gerais a partir do cotejo com os aspectos da casuística.

Advirta-se, igualmente, que as cláusulas gerais não possuem o caráter de generalidade própria da lei, sem que isso se torne contraditório, haja vista que é

²²⁵ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Tradução J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 229.

²²⁶ *Ibid.*, p. 233.

²²⁷ SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. 1. ed. (2006). 3. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009, p. 53.

mais prudente referir-se à técnica das cláusulas gerais a partir da vagueza como atributo principal e não da generalidade.

Por certo, conforme entendimento de Judith Martins-Costa, o que decididamente caracteriza as cláusulas gerais enquanto técnica é “*ou o emprego de expressões ou termos vagos no delineamento da ‘fattispecie’ ou a conferência de um mandato – cujo significado pode ser semanticamente impreciso – ao juiz para, a partir dele, sejam concretizadoras as conseqüências normativas visadas*”²²⁸.

Daí extrai-se a segunda característica das cláusulas gerais, a sua vagueza semântica, caracterizada especialmente pela imprecisão do significado, o que faz surgir, portanto, a regra segundo a qual a noções de diversos significados necessariamente correspondem noções diversas de vagueza.

Considere-se também importante para o delineamento do perfil das cláusulas gerais quando posta em cotejo com os conceitos jurídicos indeterminados. Nestes, apesar de termos vagos, a ação do juiz é de interpretação (muitas vezes subsunção), limitada a reportar ao fato concreto o termo vago, ao passo que na cláusula geral se exige do juiz atuação ativa para com a formulação da norma, isto é, nesse caso a operação intelectual do juiz é mais complexa. Com efeito, apesar de em ambos incidir uma atividade valorativa pelo magistrado, nos conceitos jurídicos indeterminados o grau de abrangência e generalidade é por certo inferior²²⁹.

Com efeito, ao juiz não é concedido apenas o poder de estabelecer o significado do enunciado normativo (conceitos jurídicos indeterminados), mas, vai mais além, no caso das cláusulas gerais, uma vez que caberá ao juiz criar o direito, ao completar a “*fattispecie*” e ao determinar ou graduar as conseqüências. Portanto, pode-se afirmar que os conceitos jurídicos indeterminados estão ligados à técnica legislativa da casuística.

Nesse sentido, ao aplicar a norma que contenha um conceito jurídico indeterminado, o juiz não cria, mas opera a subsunção, porquanto tenha que analisar as conotações adequadas e as concepções éticas efetivamente vigentes nesse momento²³⁰.

²²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 306.

²²⁹ *Ibid.*, *passim*.

²³⁰ BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTR, 2003, p. 69.

5.1.3 A estrutura das cláusulas gerais

Ainda de forma a contribuir para se traçar o perfil das cláusulas gerais, é importante explanar que as cláusulas gerais, do ponto de vista estrutural, constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas mediante a referência a regras extrajurídicas. A sua concretização exige que o juiz seja reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração que não estão descritos nem na própria cláusula geral nem, por vezes, no próprio ordenamento jurídico, podendo ainda o juiz ser direcionado pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculadas à concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como arquétipo exemplar da experiência social concreta²³¹.

5.1.4 Funções das cláusulas gerais

A utilização das cláusulas gerais nos textos legais permite a abertura e a mobilidade do sistema, uma vez que o sistema jurídico poderá recepcionar elementos extrajurídicos, de forma a proceder com uma eficaz adequação valorativa quando da interpretação e aplicação das cláusulas gerais ao caso concreto²³².

É possível afirmar, dessa forma, que as cláusulas gerais autorizam os juízes a se valerem de idéias éticas, idéias essas que em princípio estão fora do corpo da legislação, de forma que essas idéias passam a integrar o sistema jurídico por meio da criação intelectual do juiz. Guardando as duas devidas proporções, não incorre em equívoco quem afirma que com a utilização das cláusulas gerais há uma aproximação entre o sistema do “civil Law” e do “common Law”.

²³¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 330.

²³² A utilização das cláusulas gerais enquanto técnica legislativa permite a inserção, na interpretação e aplicação do direito, da tópica. Segundo Theodor Viehweg, a tópica é uma forma particular de raciocínio, ou seja, uma técnica do pensamento que se orienta para o problema, desenvolvida pela retórica, que se caracteriza pelo emprego de certos pontos de vista, questões e argumentos gerais, considerados pertinentes, que são os *topoi*. Estes, por sua vez, são pontos de vista utilizáveis em múltiplas instâncias, com validade geral, que servem para a ponderação dos prós e dos contras das opiniões e podem conduzir o julgador ao que se pretende como verdadeiro. (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Universidade de Brasília, 1979, p. 153.)

Nesse sentido, expõe Nelson Rosenvald que cabe ao intérprete a obra de integração do sistema jurídico, em consonância com a axiologia constitucional, podendo-se cogitar de uma heteronomia na criação do direito, baseada na contribuição genética do legislador, como fecundador da norma, completada pela atividade conformadora do operador do direito, que irá funcionalizar a norma a fim de lhe conferir atualidade²³³.

Assim sendo, a cláusula geral da boa-fé é cogente e a sua abertura e mobilidade remetem o magistrado a um espectro amplo, por meio do qual se poderá restringir a conceder o vetor hermenêutico ao caso, como também lhe será facultado estender a operação a ponto de integrar o negócio jurídico por deveres anexos, consoante disposição do art. 422 do Código Civil, ou mesmo limitar o exercício de direitos subjetivos, conforme estabelece o art. 187 do Código Civil de 2002²³⁴.

Ademais, especificamente tratando da cláusula geral da boa-fé, esta teve (e continua tendo) importante função na jurisprudência, ao possibilitar que juízes construíssem ou desenvolvessem teorias acerca dos deveres jurídicos anexos à boa-fé objetiva, como no caso do dever de informação que deve figurar nas tratativas obrigacionais, além de outros que serão tratados adiante.

5.2 A DISCIPLINA JURÍDICA DA BOA-FÉ

Nesse tópico, o presente trabalho tem como escopo principal traçar uma análise minuciosa do que seja a boa-fé objetiva, mediante sua distinção da boa-fé subjetiva, bem como as funções que exerce, por exemplo. Além disso, pretende-se esquadriñar sua disciplina jurídica no Brasil. Contudo, *ab initio*, imprescindível conhecer a história da boa-fé, haja vista que a análise histórica de qualquer instituto, mormente ético-jurídico, contribui decisivamente para o correto delineamento de seus aspectos mais importantes, além de esclarecer o papel de sua aplicação prática.

Com efeito, o instituto da boa-fé objetiva será analisado sob alguns ângulos considerados os mais importantes para a apreensão do que seja esse instituto na

²³³ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. 1. ed. 2. tiragem (2007). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 163.

²³⁴ *Ibid.*, p. 91.

dogmática jurídica, lembrando, desde já, que, dada a sua vagueza semântica, isto é, a sua abertura conceitual, em razão da abertura do sistema jurídica na cultura pós-positivista, a boa-fé continua indefinida, não sendo possível cerrar uma delimitação conceitual, e com largo espaço, portanto, para se construir²³⁵.

5.2.1 Escorço histórico da boa-fé

A gênese da boa-fé geralmente é atribuída, pela doutrina, ao direito romano, sobretudo no período clássico, em que o *bonae fidei iudicia* tem papel de destaque na aplicação do direito, onde se concede aos magistrados uma maior liberdade de apreciação, ampliando a sua função judicante. Destaque-se que, no período pós-clássico, a boa-fé se transforma em verdadeira cláusula geral de direito material, dominando, dessa forma, todo o sistema contratual.

O caminho da mutação da boa-fé em direção à natureza de cláusula geral está ligado à necessidade do comércio romano. Com efeito, o *jus civile* estava restrito apenas aos cidadãos romanos. Porém, a expansão romana propiciou o desenvolvimento do comércio com outros povos, fato determinante para o incremento do *jus gentium*, aplicável tanto aos romanos quanto aos estrangeiros (“peregrini”). E o *jus gentium*, que estava baseado nos usos e costumes comerciais, representou campo fértil para o desenvolvimento da boa-fé, isto é, a *fides* passa a ser qualificada como *bona fides*.

Portanto, tendo como base fática os instrumentos negociais da sociedade e do mandato, duas novidades surgem, quais sejam a consensualismo e a possibilidade de intervenção dos estrangeiros em esquemas jurídicos reservados aos cidadãos romanos. E é então a partir desse estágio evolutivo que essas figuras são acolhidas definitivamente no Direito²³⁶.

Com efeito, com a expansão territorial romana e as novas exigências decorrentes da intensificação das atividades comerciais, a “*fides*” adquire o sentido

²³⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 44.

²³⁶ *Ibid.*, p. 79.

de respeito à palavra dada, mormente no campo dos contratos internacionais celebrados entre romanos e estrangeiros²³⁷.

Importante destacar que nesse período ocorre com a boa-fé fenômeno denominado de diluição da “*bona fides*”, tanto em sentido horizontal, quanto em sentido vertical. Na diluição horizontal, a boa-fé passa a designar também um instituto diferente (requisito para a usucapião), ao passo que na diluição vertical a boa-fé adquire o status de princípio jurídico, passando também a traduzi-lo. Nesse sentido, a “*bona fides*”, a partir de então, traduz, na primeira hipótese, situação ou estado psicológico de ignorância, enquanto na segunda hipótese traduz, outrossim, justiça, honestidade e lealdade, havendo a cizânia entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva²³⁸.

Além do direito romano, a boa-fé também figurou no pensamento jurídico da igreja, que a tratou em dois setores, quais sejam na prescrição e na legitimação dos “*nuda pacta*”, isto é, na questão da tutela da usucapião e dos contratos consensuais. Portanto, o direito canônico teve significativa influência da posse, na medida em que esta ganhou um fator psicológico, ou seja, uma dimensão ética, como um estado contrário à má-fé²³⁹.

Ademais, a boa-fé jurídica se traduziria na ausência de pecado, na linha de valores do cristianismo, alcançando todo e qualquer acordo consensual realizado, diferentemente do direito romano, que está adstrita à posse e principalmente às obrigações. No direito canônico, portanto, a boa-fé adquire uma dimensão ética e axiológica por se situar em uma escala que traduz a concretização divina, isto é, o pecado tem função decisiva, haja vista que o respeito pela palavra dada impõe-se, sob pena de violação dos valores transcendentais²⁴⁰.

É possível, então, traçar um aspecto importante de diferenciação entre a boa-fé no direito canônico e a boa-fé no direito romano, na medida em que neste

²³⁷ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. 1. ed. (2008). 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 84.

²³⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 128.

²³⁹ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Negociação coletiva e boa-fé: o princípio no ordenamento brasileiro e espanhol**. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008, p. 51.

²⁴⁰ CORDEIRO, op. cit., p. 154.

identifica-se mais o aspecto da boa-fé objetiva, ao passo que naquele a boa-fé é eminentemente subjetiva²⁴¹.

O desabrochar da boa-fé objetiva, contudo, vai acontecer no direito germânico, por meio da expressão “Treu und glauben”²⁴² que deve nortear as relações obrigacionais. Ademais, consoante visto acima, a doutrina costuma apontar como uma das primeiras manifestações da boa-fé enquanto cláusula geral, exatamente o disposto no § 242 do Código Civil alemão, que assim reza:

§ 242 – O devedor deve cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico jurídico²⁴³.

Sendo assim, para o direito alemão, a boa-fé objetiva significa, portanto, regra de conduta a ser observada pelas partes no comércio jurídico, ou seja, uma conduta leal, honesta, que leve em consideração os interesses da outra parte contratante, e não apenas um simples reforço ao pactuado ou mesmo proibição de dolo, que não faz parte de seu elemento constitutivo²⁴⁴.

Também o Código Civil da Itália, de 1942, trouxe disposições que concretizaram a boa-fé, difundindo um modelo moderno que se tornou precursor do princípio em outros ordenamentos.

²⁴¹ No direito francês aparece também disposição expressa em relação à boa-fé, mais precisamente no art. 1.134 do Código de Napoleão de 1804, que determina que as partes devam cumprir o contrato de boa-fé. Contudo, como se sabe, não havia campo propício para o desenvolvimento da boa-fé enquanto princípio jurídico dotado de normatividade ou mesmo uma cláusula aberta, na medida em que à época da escola da exegese vivia-se sob a máxima de que “os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete”²⁴¹, e somente em casos tidos como excepcionais a lei era verdadeiramente insuficiente. (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Trad. Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 32.)

²⁴² “lealdade e confiança”.

²⁴³ Segundo Menezes Cordeiro, a boa-fé objetiva aparece em cinco disposições do BGB: No § 157: “os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”; no § 162/ 1 e 2/: “quando a verificação da condição seja, contra a boa-fé, impedida pela parte a quem ela desfavoreça, tem-se por ocorrida” e “quando a verificação da condição seja, contra a boa-fé, provocada pela parte a quem favoreça, tem-se por não ocorrida”; no § 242 acima citado; no § 320/2, que trata da exceção do contrato não cumprido: “quando, por uma das partes, apenas tenha havido uma prestação parcial, a contraprestação não pode, contudo, ser recusada quando a recusa, segundo as circunstâncias, em especial por causa da pequenez relativa do que falta, seja contrária à boa-fé”; por fim, no § 815, a propósito do enriquecimento sem causa: “a restituição por não ocorrência do resultado visado com a prestação é excluída quando fosse, desde o princípio, impossível e o autor da prestação soubesse disso e quando este, contra a boa-fé, tenha impedido tal resultado”. (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 325-326).

²⁴⁴ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. 1. ed. (2008). 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 91.

Destarte, verifica-se que a boa-fé, no transcorrer da história humana, adquiriu as mais variadas feições, desde valores éticos e metajurídicos, a valores religiosos e ritualísticos, passando, igualmente, a integrar o ordenamento jurídico como critério de interpretação e aplicação do direito, isto é, em determinados momentos figurou com maior importância a boa-fé subjetiva, em outros, a boa-fé objetiva, ou mesmo ambas simultaneamente.

Fato é que, em última análise, a boa-fé esteve eminentemente difundida ora como boa-fé subjetiva, ora como boa-fé objetiva, o que impõe a necessidade de sua diferenciação para compreender o sentido da boa-fé adotado pelo atual ordenamento jurídico, que sofre as influências do pós-positivismo no campo das ciências jurídicas.

5.2.2 Boa-fé objetiva *versus* boa-fé subjetiva

De modo sucinto, Menezes Cordeiro entende a boa-fé subjetiva como sendo uma qualidade reportada ao sujeito, opondo-se, desse modo, à boa-fé objetiva, que traduz, de imediato, uma regra de comportamento²⁴⁵. Assim sendo, a boa-fé subjetiva pode ser entendida como um estado psicológico e ético. Pelo primeiro, a boa-fé seria a simples ignorância de certo fato, ao passo que pelo segundo a boa-fé seria uma ignorância escusável, no sentido de que o sujeito, tendo cumprido com os deveres de cuidado impostos pelo caso, ignora determinadas eventualidades²⁴⁶.

Judith Martins-Costa entende que a boa-fé subjetiva pode ser analisada sob duas instâncias diferentes, sendo uma primária e outra secundária. Quanto à categoria primária, entende a boa-fé subjetiva como sendo a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que seja escusável, acerca da existência de uma situação regular, e que repousam seja no próprio estado subjetivo da ignorância, seja em uma errônea aparência de certo ato, citando, outrossim, como exemplo para a primeira hipótese o casamento putativo, ao passo que para a segunda hipótese cita o herdeiro aparente.

²⁴⁵ Observe-se que o autor trata da boa-fé subjetiva analisando-a concretamente, isto é, nas disposições em que a boa-fé subjetiva aparece no código civil português, principalmente acerca do direito possessório. (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 407.)

²⁴⁶ Ibid., p. 512.

Já no que se refere à instância secundária da boa-fé subjetiva, expõe a citada autora que pode denotar a idéia de vinculação ao pactuado, ressaltando sua aplicação no campo específico do direito dos contratos, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado. Conclui que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição “egoística” à literalidade do pactuado²⁴⁷.

Já, para o autor Nelson Rosenvald, a boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico, no qual o sujeito possui a crença de ser titular de um direito que em verdade só existe na aparência, uma vez que o indivíduo se encontra em escusável situação de ignorância sobre a realidade dos fatos e da lesão a direito alheio, citando o casamento putativo, previsto no art. 1.561 do Código Civil de 2002²⁴⁸ como exemplo²⁴⁹. Perceba-se que a definição apontada assemelha-se à instância primária da boa-fé subjetiva acima explanada.

Portanto, a boa-fé subjetiva é aquela que se refere a elementos psicológicos e que são intrínsecos do sujeito, já que está relacionada com o convencimento de estar agindo de forma correta, sendo, portanto, um estado de crença, por isso também denominar-se boa-fé crença²⁵⁰.

Tratando da boa-fé objetiva, explica a autora Judith Martins-costa que estão subjacentes as idéias e também os ideais que imprimiram a boa-fé germânica, quais sejam a boa-fé vista como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, sobretudo, na consideração para com os interesses do outro, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Ou seja, a boa-fé objetiva qualifica, segundo a autora, uma norma de comportamento leal²⁵¹.

Completa a autora, valendo-se dos ensinamentos de Miguel Reale, que a boa-fé objetiva é, indubitavelmente, uma norma, porém uma norma nuançada, mais

²⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411-412.

²⁴⁸ Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

²⁴⁹ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. 1. ed. 2. tiragem (2007). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 79.

²⁵⁰ SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. 1. ed. (2006). 3. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009, p. 38.

²⁵¹ MARTINS-COSTA, op. cit., p.412.

propriamente um modelo jurídico, uma vez que se envolve de variadas formas e de variadas concreções. Isso significa que a boa-fé objetiva atua efetivamente como solução jurídica e não de cunho moral, na medida em que a sua juridicidade advém do fato de remeter e submeter a solução do caso concreto à estrutura, às normas e aos modelos do sistema, considerado este de modo aberto, uma das características (ou elementos) da pós-modernidade científica, e no campo do direito, do pós-positivismo jurídico.

Identificando a boa-fé objetiva como verdadeiro princípio jurídico, Nelson Rosenvald assevera que o princípio da boa-fé objetiva compreende um modelo de eticização de conduta social, sendo, portanto, genuíno standard jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação em conformidade com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte²⁵².

No mesmo sentido, sintetiza Fernando Noronha que a boa-fé subjetiva está relacionada a dados internos, eminentemente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito, enquanto a boa-fé objetiva diz respeito a elementos externos, a normas de conduta que determinam como ele deve agir, isto é, no primeiro caso está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica, ao passo que na segunda hipótese está de boa-fé que tem motivos para confiar na contraparte. Portanto, uma é boa-fé estado, a outra boa-fé princípio²⁵³. Sendo assim, dúvidas não restam que a boa-fé objetiva consubstancia-se verdadeiramente em princípio jurídico dotado de normatividade.

Coaduna-se com o exposto o entendimento de Karina Nunes Fritz, para que o ordenamento jurídico, por meio da boa-fé subjetiva, tutela a honestidade psicológica do sujeito, ou seja, um objeto interno, a crença, ainda que diante do erro do agente, ao passo que, por meio da boa-fé objetiva protege-se a honestidade de comportamento, algo exterior ao agente. Assim, o objeto de análise na boa-fé objetiva é a ação, algo necessariamente exterior ao agente e não, como na boa-fé subjetiva, sua intenção, interior ao sujeito²⁵⁴.

²⁵² ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. 1. ed. 2. tiragem (2007). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 80.

²⁵³ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 132.

²⁵⁴ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. 1. ed. (2008). 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 104.

Destarte, pode-se afirmar, a fim de elucidar essa diferença, que o reverso da boa-fé subjetiva é a má-fé (*animus*), enquanto que o oposto da boa-fé objetiva é não-conduta segundo a boa-fé objetiva.

5.2.3 Funções da boa-fé objetiva

A doutrina costuma atribuir diversas funções à boa-fé objetiva, em certos momentos apresentando pontos de convergência, porém em outros apontando algumas questões que divergem entre os variados autores que tratam sobre a boa-fé objetiva. No presente tópico buscou-se partir de funções da boa-fé objetiva que são aceitas pela imensa maioria dos doutrinadores, haja vista a sua percepção prática no campo da atuação jurisprudencial, uma vez que, conforme analisado, a boa-fé objetiva é construída na prática da aplicação e interpretação, não havendo que se falar em definição ou delimitação apriorística.

Para António Menezes Cordeiro, o dever de julgar, em quaisquer circunstâncias, atribui, à boa-fé, um relevo dogmático real, na medida em que ela assegura a reprodução do sistema, seja conquistando para o seu seio áreas que ganham a característica da juridicidade, seja adaptando à nova realidade, científica ou social, dispositivos tidos como arcaicos, seja, por derradeiro, realizando, na vida real, um projeto que o legislador deixou pela metade (ou a meio caminho) ou mesmo apenas indiciou. É dizer, o lugar da boa-fé na criação e adaptação do Direito, pelas necessidades dogmáticas do sistema, fica assegurado²⁵⁵.

Já Judith Martins-Costa analisa a boa-fé objetiva a partir de três funções primordiais, quais sejam, função hermenêutica-integrativa; como norma produtora de deveres jurídicos e; como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos. Ressalte-se que aqui não se trata mais da diferença entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva, na medida em que na sociedade pós-moderna (ou segunda modernidade), que no campo jurídico pode ser denominado como pós-positivismo, consoante abordado no segundo capítulo, as cláusulas gerais se consagram na

²⁵⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 46.

interpretação e aplicação do direito, como é o caso da boa-fé objetiva, insculpida nos art. 422 e art. 113, ambos do Código Civil de 2002²⁵⁶.

Tendo em vista um maior rigor metodológico dessa divisão das funções da boa-fé objetiva, no presente trabalho adotar-se-á a classificação acima para expor as funções da boa-fé objetiva na interpretação e aplicação do direito, campo fértil para o aperfeiçoamento e sedimentação desse princípio no ordenamento jurídico pátrio.

5.2.3.1 Função hermenêutica-integrativa da boa-fé objetiva

Sendo assim, na sua primeira função, a boa-fé objetiva atua como verdadeiro cânone capaz de preencher as lacunas existentes na relação contratual, haja vista que a relação contratual está cercada de eventos e manifestações, sejam fenomênicos ou jurídicos, que nem sempre são previstos pelos contraentes. Ou seja, quando do exercício da função hermenêutica integrativa, a boa-fé não atua simplesmente como recurso para a interpretação flexibilizadora da vontade das partes negociantes, mas, também, na integração das lacunas porventura exigidas²⁵⁷.

Portanto, evidencia-se que a característica da boa-fé objetiva de incidência, no campo da aplicação/interpretação jurídica não se dá de forma apriorística, uma vez que nessa função integrativa, especificamente, o mandamento imposto ao juiz de não permitir que o contrato, enquanto regulação objetiva, dotada de um específico sentido, atinja finalidade diversa, ou mesmo contrária, àquela que, tendo em vista seu escopo econômico-social, seria lícito esperar.

É que, quando se penetra na boa-fé objetiva, o olhar lançado ultrapassa a composição voluntária de interesses que gerou o contrato e alcança a amplitude da relação obrigacional, que foge de todas as previsões iniciais dos sujeitos contraentes

²⁵⁶ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

²⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 432.

e ocasiona conseqüências jurídicas e econômicas que não foram ou não poderiam ser previstas ao tempo da estipulação do negócio jurídico²⁵⁸.

Por isso mesmo, em razão de sua incidência no plano da interpretação e aplicação do direito, surge como corolário da primeira função da boa-fé objetiva (função hermenêutica-integrativa) a possibilidade de sistematização das decisões judiciais, na medida em que a aplicação da boa-fé objetiva posterga o chamamento de outros princípios ou noções de natureza generalizante, ao mesmo tempo em que o recurso à boa-fé objetiva tem como encargo a operabilidade dotada de um real valor prático.

Diante disso, a autora acima citada chama a atenção para o fato de que a boa-fé é mais que mero servir-se da ética, enquanto valor moral é, sobretudo, noção técnico-operativa que se especifica, como o dever de o magistrado concretizar o mandamento de respeito à recíproca confiança que incumbe às partes contratantes, de maneira a não permitir que o contrato atinja a finalidade oposta ou divergente daquela para a qual foi originalmente criado²⁵⁹.

Por isso mesmo, interpretar e integrar o contrato, de acordo com a boa-fé objetiva, significa traduzir o comportamento das partes, de acordo com a finalidade e função social da correspondente relação jurídica, uma vez que, conforme sua complexidade, no papel de ordem de cooperação, não se resume apenas à relação de crédito e débito, considerados de forma isolada, mas, em verdade, de um conjunto de direitos e deveres, por meio dos quais as partes visam a uma finalidade comum²⁶⁰.

Vale registrar, por oportuno, que os próprios sujeitos contraentes devem ter essa confiança recíproca como escopo primordial na relação negocial, também em cumprimento à boa-fé objetiva, obviamente que já em um momento que ultrapassa os limites da função hermenêutica-integrativa da boa-fé objetiva, porém, que ao mesmo tempo leva à segunda função da boa-fé objetiva.

²⁵⁸ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. 1. ed. 2. tiragem (2007). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 90.

²⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 437.

²⁶⁰ BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTR, 2003, p. 183.

5.2.3.2 Função produtora de deveres jurídicos da boa-fé objetiva

Em uma relação obrigacional, além dos deveres primários de prestação que definem o próprio tipo contratual, há aqueles deveres secundários, porém com prestação autônoma ou mesmo coexistente em relação aos deveres principais, mas que também não se confundem com os deveres secundários meramente acessórios da obrigação principal (por exemplo, a conservação da coisa negociada em contrato de compra e venda). São os deveres instrumentais ou laterais, ou mesmo deveres acessórios de conduta, deveres de conduta, deveres de proteção ou deveres de tutela, expressões essas que designam o mesmo instituto jurídico, porém enraizados na mesma origem, qual seja, a doutrina alemã²⁶¹.

Com efeito, a complexidade intra-obrigacional traduz a idéia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma prestação creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta²⁶².

Daí já se constata que os deveres anexos gozam de uma autonomia em relação à prestação principal do negócio jurídico, ou seja, o conteúdo obrigacional sugere um fracionamento em prestação principal, o objeto mesmo do negócio, e em deveres acessórios, que, não obstante a terminologia alcançaram um patamar de autonomia que permite abordar esses deveres como sendo obrigações exigíveis, o que significa uma eventual indenização caso seja causado dano pelo seu descumprimento.

Esses deveres jurídicos anexos são derivados, sobretudo, da incidência da boa-fé objetiva, e situam-se autonomamente em relação à prestação principal, sendo mencionados como avoluntarísticos nos casos de inidoneidade da regulamentação consensual para exaurir a disciplina da relação obrigacional entre as partes, como é o caso dos deveres de informação, em atendimento ao mandamento da boa-fé objetiva, e também por expressa disposição legal (CDC, art.

²⁶¹ Importante ressaltar a expressão utilizada pelos autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho para se referirem aos deveres anexos como “deveres invisíveis”, ainda que sejam juridicamente existentes. (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Contratos: Teoria Geral. 2. ed. vol IV. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p.70.).

²⁶² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 586.

12, entre outros); os deveres de lealdade²⁶³, colaboração e cooperação e; os deveres de omissão e de segredo, além dos deveres de esclarecimento e, principalmente, tendo em vista o objeto do presente trabalho, os deveres de informação²⁶⁴.

Por isso mesmo, pode-se dizer que, em havendo entre as partes contraentes um desnível informativo, ou seja, uma superioridade de conhecimento, aquele que se encontra em posição privilegiada em relação ao *alter* deve informar e esclarecer amplamente o outro sobre o negócio jurídico, principalmente no que diz respeito à existência e extensão das obrigações contratuais.

Os deveres de informação, portanto, obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, mantenham pertinência e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir²⁶⁵.

Ato contínuo, a boa-fé objetiva, ao ensejar a criação de deveres instrumentais (autônomos), torna efetivamente exigível a prestação e coerentemente exercitáveis os direitos que derivam da negociação (em todas as suas fases), ou seja, o dever de informação, apodicticamente, é um princípio autônomo, sendo perfeitamente exigível como prestação autônoma e independente da prestação principal²⁶⁶.

Ademais, o ponto de partida para a compreensão dos deveres de conduta é a constatação da relação obrigacional (jurídica) como totalidade, no qual os sujeitos contratantes devem compartilhar de lealdade e confiança recíprocas, de forma a assumirem uma postura colaboracionista para se atingir o bem comum²⁶⁷.

É possível identificar-se, diante disso, a manifestação da concepção orgânica da relação obrigacional, isto é, esta passa a ser tratada como sendo um processo, na medida em que a concretização dos deveres instrumentais põe em relevo a

²⁶³ Os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio jurídico ou desequilibrar o jogo das prestações por ela consignados. (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 606.)

²⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200,. p. 438-439.

²⁶⁵ CORDEIRO, op. cit., p. 605.

²⁶⁶ Para a finalidade proposta no presente trabalho, especialmente cumpre abordar o dever de informação em momento apropriado, especificamente no capítulo seguinte, após sedimentadas as premissas da boa-fé objetiva, seja como cláusula geral ou como princípio jurídico.

²⁶⁷ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. 1. ed. 2. tiragem (2007). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 93.

concepção da relação obrigacional como totalidade e como um processo, porquanto em regra, eles se configuram durante o desenrolar obrigacional, no transcorrer da vida contratual.

Nesse sentido, constata-se a superioridade axiológica do sentido da totalidade e do fim comum da obrigação sobre a pura soma de suas partes ou elementos, atingindo um fim mais além do que o professado pela teoria moderna da relações obrigacional, isto é, voltada para o bem comum da relação obrigacional, consubstanciado na solidariedade mediante a cooperação dos indivíduos para a satisfação dos interesses recíprocos²⁶⁸.

Quer com isso dizer que os deveres instrumentais não constituem elementos da relação obrigacional existentes num quadro fechado, com conteúdo fixo, pois a sua concretização opera conforme a existência e intensidade, ou não, de determinados pressupostos, verificáveis no caso concreto, os quais adquirem essa eficácia.

Além disso, a doutrina também atribui finalidades aos deveres de conduta, sendo uma finalidade positiva e uma finalidade negativa²⁶⁹. Quanto a esta, os deveres de conduta funcionam como espécie de blindagem que busca evitar a adoção de comportamentos desonestos e interesses injustificados que possam perturbar o desenvolvimento do da relação obrigacional. A finalidade positiva dos deveres de conduta é resultado da correta obediência à finalidade negativa, ou seja, o adimplemento e a conseqüente liberação dos sujeitos contraentes²⁷⁰.

Ademais, são atribuídas duas características principais aos deveres de conduta. A primeira característica marcante é a sua não dedutibilidade da literalidade do dispositivo legal que consagra a boa-fé objetiva, qual seja o art. 422 do Código Civil pátrio. Por isso mesmo, os deveres de conduta não se restringem apenas à lealdade, sendo esse apenas um dos possíveis deveres de consideração. Entretanto, isso não significa uma deficiência da norma, mas, ao contrário, é uma grande vantagem, já que permite ao julgador ir criando e desenvolvendo ao longo do

²⁶⁸ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. 1. ed. 2. tiragem (2007). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70.

²⁶⁹ A boa-fé pode se manifestar, igualmente, como critério flexibilizador das disposições contratuais, corrigindo o contrato e inserindo no negócio jurídico direitos e deveres não decorrentes diretamente da lei, tampouco das partes, mas que também não se confundem com os deveres secundários. (FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. 1. ed. (2008). 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 195.)

²⁷⁰ ROSENVALD, op. cit., p. 103.

tempo, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, os demais deveres de conduta.

Já, a segunda característica dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva é a sua absoluta independência em relação à vontade das partes, no sentido de que, além de surgirem independentemente da vontade dos contraentes, podem surgir, inclusive contra essa vontade. Por isso mesmo, toda relação obrigacional possui deveres de conduta, ainda que os sujeitos contratantes não os tenham, conscientemente previsto ou mesmo os tenham excluídos do contrato, porquanto os deveres de conduta não se fundam na autonomia privada dos contratantes, mas, sim, no princípio da boa-fé objetiva prevista no art. 422 do Novel Código Civil, que possui natureza de ordem pública²⁷¹.

Conclui-se, com arrimo na doutrina de Francisco Rossal de Araújo, que o grande papel da boa-fé objetiva dentro dessa segunda função é a de criadora de direitos, atuando como enriquecedora do conteúdo obrigacional²⁷².

5.2.3.3 Função de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos da boa-fé objetiva

Fixadas as duas primeiras funções da boa-fé objetiva, esta também atua, já na sua terceira função, como limite ao exercício de direitos subjetivos. Sob esta ótica, apresenta-se a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará apto a atingir a função social que lhe é cometida.

Em verdade, a função limitadora do exercício de direitos subjetivos significa coibir-se o abuso de direito, ou seja, quando o titular excede, manifestamente, no exercício do direito, os limites impostos pela boa-fé objetiva, além da função social que imperam nos negócios jurídicos.

Sendo assim, uma das principais vertentes em que se desdobra a boa-fé objetiva enquanto limitadora ao exercício de direitos subjetivos, consiste no princípio que proíbe *venire contra factum proprium*, isto é, proibição de um comportamento

²⁷¹ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. 1. ed. (2008). 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 203.

²⁷² ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996, p. 37.

contraditório com a conduta exercida anteriormente por um dos contraentes. Nessa medida, o *venire contra factum proprium* serve como modelo ensejador do estabelecimento de certos requisitos de conduta, que são revelados no caso concreto, à luz de suas circunstâncias, em especial da finalidade da obrigação (e do contrato), mas, como regra geral, admite-se incidirem quando já surge uma situação jurídica ocorrida pelo *factum proprium*, situação da qual decorre benefício, ou a expectativa de benefício, para a contraparte, à qual se segue uma contradição, originada por um segundo comportamento pelo autor do próprio fato²⁷³.

Com efeito, a expressão traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição como o comportamento assumido anteriormente pelo titular do direito, na medida em que se cuida de dois comportamentos, lícitos e sucessivos, porém o primeiro (*factum proprium*) é contrariado pelo segundo²⁷⁴.

Por essa razão, o princípio em comento proíbe como contrário ao interesse digno de tutela jurídica o comportamento contraditório que venha a minar a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfico negocial, e não todo e qualquer comportamento contraditório, haja vista que a contradição faz parte da própria condição humana. Ademais, o fundamento não é, outrossim, a contradição das condutas em si, mas na proteção da confiança da contraparte²⁷⁵.

Nesse sentido, a proibição do *venire contra factum proprium* representa um modo de exprimir a reprovação em razão de exercícios tidos como inadmissíveis de direitos e posições jurídicas. Assim sendo, perante comportamentos contraditórios, a ordem jurídica não visa à manutenção da situação gerada em decorrência da

²⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 470.

²⁷⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 742.

²⁷⁵ Dano moral. Responsabilidade civil. Negativação no Serasa e constrangimento pela recusa do cartão de crédito, cancelado pela ré.– Caracterização. Boa-fé objetiva. *Venire contra factum proprium*. Administradora que aceitava pagamento das faturas com atraso.– Cobrança dos encargos da mora.– Ocorrência. Repentinamente invoca cláusula contratual para considerar o contrato rescindido, a conta encerrada e o débito vencido antecipadamente. Simultaneamente providencia a inclusão do nome do titular no Serasa.– Inadmissibilidade. Inversão do comportamento anteriormente adotado e exercício abusivo da posição jurídica. Recurso improvido. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 174.305-4/2-00, São Paulo, 3ª Câmara de Direito Privado – A, Relator: Enéas Costa Garcia, J. 16.12.05, V. U., Voto n. 309).

primeira conduta, que o direito não reconheceu, mas, antes a proteção da pessoa que teve por boa, com justificação, a atuação em causa²⁷⁶.

Com efeito, o que está em jogo é a confiança da contraparte, que foi gerada e consolidada em razão da primeira conduta da parte alheia. Dessa forma, ambos os comportamentos do agente podem ser, em princípio, legítimos, mas o comportamento posterior passa a ser considerado desleal em função da confiança despertada na contraparte em função da primeira conduta.

Ressalte-se que não se pode incorrer no equívoco de se imaginar que o princípio *venire contra factum proprium* tenha como escopo proibir ou mesmo punir a conduta inicial, mas, em verdade, o que se busca é sancionar a própria violação objetiva do dever de lealdade para com a contraparte.

Percebe-se, do exposto acima, que a relação obrigacional, diante do princípio da boa-fé objetiva, não se esgota apenas no dever de prestar e no correlato direito de exigir a prestação, na medida em que deve-se compreender a situação jurídica de forma globalizante, acrescida de direitos potestativos, sujeições, ônus jurídicos e expectativas, ou seja, todos os elementos se coligam em atenção a uma identidade finalística, qual seja a relação obrigacional complexa²⁷⁷.

A boa-fé objetiva também atua como norma limitadora do exercício de direitos subjetivos na hipótese da *exceptio doli*, que tem como exceção mais conhecida no direito pátrio a constante do art. 476²⁷⁸ do Novel Código Civil, que é a *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido), pela qual ninguém pode exigir que uma parte cumpra com sua obrigação, se primeiro não cumprir a própria.

Ademais, a aplicação da boa-fé objetiva possui como um dos seus desdobramentos nessa sua terceira função as figuras da *suppressio* e a *surrectio*. Diz *suppressio* (a sua consagração dogmática definitiva tem origem nas perturbações econômicas causadas pela primeira grande guerra e, sobretudo, pela inflação na Alemanha) a situação do direito que, não tendo sido, em certas

²⁷⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 769.

²⁷⁷ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. 1. ed. 2. tiragem (2007). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 93.

²⁷⁸ art. 476 - Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo, uma vez que, nesse caso, seria contrária à boa-fé objetiva²⁷⁹.

É dizer, *supressio* implica que um direito não exercido durante determinado lapso de tempo não poderá mais sê-lo, por contrariar a boa-fé. Não se confunde com a prescrição, haja vista que enquanto a prescrição encobre a pretensão pela só fluência do tempo, a *supressio* exige, para ser reconhecida, a demonstração de que o comportamento da parte era inadmissível, segundo o princípio da boa-fé objetiva. Por sua vez, a *surrectio* pode ser entendida como a outra face da *supressio*, pois consiste no nascimento de um direito, sendo nova fonte de direito subjetivo, conseqüente à continuada prática de certos atos²⁸⁰.

Por fim, a boa-fé objetiva limita o exercício de direitos subjetivos mediante a figura do *tu quoque*, que traduz uma regra pela qual o sujeito que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído, isto é, o beneficiário da condição não pode se aproveitar da sua verificação quando, em ofensa à boa-fé objetiva, a tenha provocado, tampouco o prejudicado não pode, da mesma forma, se beneficiar da não verificação quando, em ofensa à boa-fé objetiva, a tenha impedido. Assim, a conduta daquele que desrespeita um comando e depois venha exigir a outrem o seu acatamento fere preceitos éticos e jurídicos²⁸¹.

Portanto, aquele que descumpriu norma legal ou contratual, atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio já descumprira.

5.2.4 A boa-fé objetiva na fase pré-contratual

O princípio da boa-fé objetiva irradia-se sobre todos os momentos da relação obrigacional, atuando desde o estágio incipiente do contato negocial, perpassando o negócio jurídico e produzindo efeitos após sua extinção. Ademais, conforme analisado acima, a boa-fé objetiva incide sobre o negócio jurídico criando deveres

²⁷⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 797.

²⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 8. ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

²⁸¹ CORDEIRO, op. cit., p. 837.

comportamentais para os contratantes, mesmo que o instrumento contratual aparente completude e falta de lacunas.

Assim, a boa-fé incide onde haja uma relação de contato (e não contrato, ainda que o objetivo seja a formalização deste) por meio do qual a esfera jurídica de uma parte fica exposta à atuação da outra e em todas essas situações sua essência permanece a mesma, isto é, a lealdade e a consideração pelo parceiro. Significa que essa relação deve ser seguida pelo operador do direito no manuseio da boa-fé objetiva²⁸².

Dessa forma, durante a fase de negociações, tendo em vista o intenso contato mantido entre as partes surge a possibilidade iminente de atuação na esfera jurídica do outro, com perigo de dano, o que faz com que essas relações de contato sejam consideradas especiais e, portanto, dignas de proteção pela ordem jurídica²⁸³. Em função desse contato, caracterizado por se direcionar, em última instância, à conclusão de um negócio jurídico, devem as partes portar-se de boa-fé a fim de reduzir ao máximo os riscos de lesão aos interesses do outro, o que exige das mesmas não apenas uma conduta passiva de não causar dano, mas também, uma conduta ativa, de observância de diversos deveres.

Ressalta Karina Nunes Fritz, em conclusão à sua explanação acima, que os deveres de condutas exigidos na fase das negociações, em decorrência do princípio da boa-fé objetiva adquirem caráter de deveres principais de conduta (ante a ausência, nessa fase, da prestação propriamente dita) e não se restringe ao dever genérico de não lesar alguém. Em verdade, pressupõem uma atuação positiva do sujeito na sua execução, como no caso do dever de informação (caráter positivo) e do dever de sigilo (caráter negativo), e destinam-se a manter o comportamento da

²⁸² FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. 1. ed. (2008). 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 115.

²⁸³ “Todo negócio jurídico necessariamente passa por um processo de formação que se inicia por meio de um estímulo externo, que desperta a vontade de obter um produto ou serviço. O segundo passo dessa relação é a fase da deliberação, que representa o momento de reflexão, de consultas e de discussões, sempre com o intuito de promover ao aderente capacidade autônoma para decidir o caminho a ser seguido. É nessa fase que o agente irá sopesar todas as vantagens e desvantagens que a realização do negócio jurídico poderá lhe trazer [...]” (SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. 1. ed. (2006). 3. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009, p. 104.)

parte de acordo como o padrão mínimo requerido pelo princípio da boa-fé objetiva²⁸⁴.

O autor António Menezes Cordeiro, ao tratar da adoção, pelo código civil português, da teoria da “*culpa in contrahendo*”, para quem constitui um campo normativo muito vasto que permite aos tribunais a persecução dos fins jurídicos acobertam três áreas importantíssimas, quais sejam a dos deveres de proteção, a dos deveres de informação e a dos deveres de lealdade²⁸⁵.

Nesse sentido, e conduzindo para além da incidência do princípio da boa-fé objetiva na fase pré-contratual, isto é, já dissertando acerca da responsabilidade em razão do descumprimento à boa-fé objetiva, o autor Eduardo Milléo Baracat atribui a responsabilidade pré-contratual à ofensa dos deveres de proteção, de informação, de lealdade, bem como o dever de sigilo²⁸⁶.

Com efeito, no âmbito das negociações, o princípio da boa-fé objetiva impõe às partes que assumam determinado comportamento de maneira que seja impregnado de retidão e honestidade, que invariavelmente passa pela comunicação das informações relacionadas ao negócio jurídico, especialmente aquelas informações imprescindíveis para a formação do juízo, que implicam necessariamente na conveniência e oportunidade do negócio²⁸⁷.

5.2.5 A boa-fé no direito do trabalho

Ab initio, cumpre esclarecer, por oportuno, que dúvidas não pairam sobre a incidência do princípio da boa-fé objetiva no direito do trabalho, seja no direito individual, seja no direito coletivo do trabalho, em que pese a sua inserção nesse ramo da ciência jurídica ter ocorrido mais intensamente no contrato individual do trabalho, o que de certa maneira é justificável, tendo em vista a desigualdade que impera nas relações individuais do trabalho, por força da existência de uma figura

²⁸⁴ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. 1. ed. (2008). 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 215-216.

²⁸⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 582.

²⁸⁶ BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTR, 2003, p. 225.

²⁸⁷ FRITZ, op. cit., p. 226.

hipossuficiente em um dos pólos da relação, consubstanciada na figura do trabalhador.

O direito do trabalho recebeu a boa-fé, segundo Menezes Cordeiro, desde a sua autonomização sistemática do direito civil, mormente no campo das obrigações; e as vias de concretização e os resultados com ela obtidos são semelhantes, de qualquer modo, seja no campo do direito do trabalho, seja no campo do direito civil, o que demonstra uma universalização da boa-fé em domínios não civis²⁸⁸.

No que tange ao contrato individual de trabalho, afirma-se que há obrigação de se ter rendimento no trabalho, uma vez que o empregado deve cumprir o contrato de boa-fé, ou seja, com empenho quando da realização de seu mister. Da mesma forma, a boa-fé objetiva alcança o empregador, na medida em que este deve cumprir lealmente as suas obrigações, sem causar obstáculos ao empregado.

Sendo assim, a proibição do *venire contra factum proprium*, enquanto função limitadora do exercício de direitos subjetivos da boa-fé objetiva, pode ocorrer quando o empregador toma uma atitude em relação a determinado empregado, despertando neste a confiança da manutenção desta nova situação jurídica, vindo, posteriormente, a praticar ato contraditório²⁸⁹.

Da mesma forma, admitindo a incidência dos deveres de conduta (em decorrência da aplicação da boa-fé objetiva já na sua função de norma produtora de deveres jurídicos) ao contrato de trabalho, afirma Eduardo Milléo Baracat que “o princípio da boa-fé objetiva cria na relação contratual, inclusive a trabalhista, deveres às partes (empregado e empregador), cuja fonte não é a previsão contratual nem legal”²⁹⁰.

Igualmente, a boa-fé objetiva atinge as relações coletivas de trabalho²⁹¹, uma vez que no campo das negociações coletivas a boa-fé deverá nortear o diálogo, além de estar presente na celebração dos acordos e convenções coletivas de

²⁸⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 372.

²⁸⁹ BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTR, 2003, p. 197.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 218.

²⁹¹ Nesse sentido, Alice Monteiro Barros, para quem a boa-fé objetiva rege as relações coletivas de trabalho, mormente no âmbito das negociações coletivas, inclusive quando com o objetivo de se pôr fim à greve. (MONTEIRO BARROS, Alice. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 177).

trabalho, alcançando, inclusive, momento posterior, isto é, na sua execução e, se necessário, no procedimento de revisão dos instrumentos coletivos²⁹².

Acrescentando a força constitucional para incidir no direito do trabalho, afirma Eduardo Milléo Baracat que o princípio da boa-fé objetiva é o instrumento por meio do qual torna-se possível conciliar a aplicação dos diversos institutos jurídicos existentes em conformidade com os princípios constitucionais, isto é, o princípio da boa-fé objetiva atua como fio condutor dos princípios constitucionais que estão no vértice do sistema para o microsistema trabalhista²⁹³.

Destarte, o princípio da boa-fé objetiva encontra campo fértil do ramo laboral para incidir nas relações trabalhistas, sejam individuais ou coletivas, de forma plena, isto é, deve ser aplicado em toda a sua dimensão e funções principais, tais quais a função hermenêutica-integrativa, função de norma produtora de deveres jurídicos e função de norma limitadora do exercício de direitos subjetivos, a fim de se coibir os abusos de direito.

5.2.5 O princípio da boa-fé objetiva

Há que se destacar que cláusula geral e princípio não se confundem, porém, no plano prático acabam assumindo feições semelhantes, que permitem, inclusive, adotá-los como idênticos sem que com isso esteja assumindo-se posicionamento equivocado, uma vez que o resultado prático alcançado pode ser incluído na mesma categoria eficaz.

Por isso mesmo, aduz o autor Eduardo Milléo Baracat que, em tese admite-se que haja distinção entre os princípios jurídicos e as cláusulas gerais, porém, não se verifica efetiva diferença entre o princípio da boa-fé (objetiva) e a cláusula geral da boa-fé, na medida em que a cláusula geral da boa-fé contém o princípio da boa-fé objetiva²⁹⁴.

Conforme entendimento de Nelson Rosendal, *“tratando-se de boa-fé, temos uma cláusula geral que consubstancia um princípio, assim como existem várias*

²⁹² LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Negociação coletiva e boa-fé: o princípio no ordenamento brasileiro e espanhol**. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008, p. 57.

²⁹³ BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTR, 2003, p. 76.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 68.

*cláusulas gerais que contêm regras*²⁹⁵. Por isso mesmo o que distingue a boa-fé como princípio é o seu caráter fundante no sistema e a função que adquire como fundamento decisório, fixando o alcance e o sentido das regras de um ordenamento jurídico.

Assevera o autor Christoph Fabian que o termo jurídico boa-fé é uma cláusula geral, ao passo que o princípio da boa-fé objetiva embrenha-se por todas as relações do direito privado. Assim sendo, ao exercer um direito ou cumprir um dever de uma relação jurídica, as partes devem agir conforme o princípio da boa-fé objetiva. Acrescenta, igualmente, que o principal campo de aplicação da boa-fé objetiva são os contratos, porém a boa-fé objetiva domina qualquer relação jurídica²⁹⁶.

Assim sendo, o princípio da boa-fé não possui um conceito único, estanque, na medida em que se amolda a inúmeras situações dentro do universo jurídico, de maneira que sua amplitude extrapola os limites do direito real, de família e, sobretudo, das obrigações²⁹⁷.

O princípio da boa-fé objetiva possui normatividade, detém capacidade de formular juízos do dever-ser e como modelo em permanente construção, haja vista que põe em relevo a idéia de cooperação que constitui o fundamento último da relação obrigacional, sendo, também, a chave indispensável para entender o seu funcionamento²⁹⁸.

Assevera Américo Plá Rodriguez que a boa-fé se refere à conduta da pessoa que considera cumprir realmente com o seu dever, pressupondo uma posição de honestidade e honradez no comércio jurídico, haja vista que contém o dever de conduta de não prejudicar nem causar danos²⁹⁹.

Portanto, o princípio da boa-fé objetiva implica a lealdade de comportamento, bem como a retidão de conduta que impõe aos sujeitos contraentes um comportar-se com honestidade e consideração aos interesses da contraparte.

²⁹⁵ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. 1. ed. 2. tiragem (2007). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 170.

²⁹⁶ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 59.

²⁹⁷ SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. 1. ed. (2006). 3. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009, p. 39.

²⁹⁸ ROSENVALD, op. cit., p. 143.

²⁹⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p. 273.

Orlando Gomes entende que *“aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato”*.³⁰⁰ A idéia central aí é a mútua colaboração, cada parte desejando cumprir o que lhe cabe, e ao mesmo tempo esforçando-se para facilitar o cumprimento da obrigação pela outra parte.

Já, Arnaldo Rizzardo pondera que *“a probidade envolve a justiça, o equilíbrio, a comutatividade das prestações, enquanto a boa-fé exige a transparência e clareza das cláusulas”*.³⁰¹ Ressalte-se que a boa-fé estabelece que a intenção dos contratantes seja examinada observando-se as condições de formação do contrato, o nível sócio-cultural das partes, além da conjuntura econômica vigente no momento da contratação.

É, assim, o princípio da boa-fé objetiva fruto do paradigma da pós-modernidade (considerando-se as ciências de modo geral), e em sentido mais estrito, fruto do paradigma do pós-positivismo jurídico, em que regras e princípios são tipicamente normas, capazes de por si só resolver um caso concreto³⁰².

Por isso mesmo, o princípio da boa-fé objetiva consiste em inequívoca norma, onde a sua aplicação pelo juiz resulta, necessariamente, na norma do caso concreto³⁰³.

Conforme observado no segundo capítulo, o direito pós-positivista sofre os influxos da ética e da moral, uma vez que não se toma mais o direito como sistema fechado, mas, ao contrário, aberto à incidência de valores, que encontram nos princípios jurídicos e nas cláusulas gerais sua porta de entrada.

Nesse sentido Ronald Dworkin, para quem o princípio jurídico é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação

³⁰⁰ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de direito do trabalho**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 46.

³⁰¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 33.

³⁰² Para Francisco Rossal de Araújo, o “[...] princípio da boa-fé exerce suas funções topicamente, revelando seu alcance caso a caso, pois, sendo uma diretiva de conduta, somente na situação concreta é que mostrará o seu específico alcance. A doutrina traça os contornos, estabelecendo as linhas gerais, recolhendo da sociedade o padrão ético a ser seguido na criação e aplicação do direito. A jurisprudência faz a aplicação de todo esse material, revelando o seu alcance, concretamente”. (ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996, p. 43.)

³⁰³ BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTR, 2003, p. 66.

econômica, política ou social, considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade³⁰⁴.

Nessa esteira, afirmam os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que a “boa-fé é, antes de tudo, uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídico. Vale dizer, a boa-fé se traduz em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente”³⁰⁵.

Dessa definição percebem-se aspectos importantes que informam a boa-fé. Primeiramente o fato de ser um princípio (o que já havia sido constatado acima), porém carregado de eticidade, enquanto valor moral devidamente juridicizado. O segundo aspecto importante é a normatividade de referido princípio, que possui força cogente, e não apenas uma manifestação orientadora. De tudo, o aspecto ético do princípio é importante por se coadunar com o direito justo da pós-modernidade, conforme analisado no segundo capítulo.

Diante de toda a análise empreendida até o momento, é possível identificar a boa-fé objetiva enquanto cláusula geral ou cláusula aberta no disposto no art. 113 do Código Civil, ao passo que o princípio da boa-fé objetiva se encontra expressamente na disposição do art. 422 do código civil, com natureza normativa, inclusive para dele se extrair deveres de conduta que também estão envolvidos pela natureza jurídica de princípio jurídico, como é o caso do dever de informação.

Contudo, não se olvide que, também no art. 422 do Código Civil encontra-se a cláusula geral de boa-fé, na medida em que a conduta honesta e proba, baseada na confiança e lealdade recíproca também incide nas fases pré e pós-contratual, que não está expressa no dispositivo legal, mas que, em função da cláusula aberta da boa-fé, permite à jurisprudência ampliar o alcance da boa-fé objetiva fazendo recair seus efeitos naqueles momentos exteriores ao contrato.

³⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

³⁰⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Contratos: Teoria Geral. 2. ed. vol IV. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p.64.

6. DEVER DE INFORMAÇÃO NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Fixadas as premissas constantes dos capítulos precedentes, o raciocínio desenvolvido ao longo do trabalho culmina, nesse momento, na sua conclusão lógica, qual seja, o inquestionável reconhecimento do direito de informação em decorrência da aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

No direito pós-positivista, a negociação coletiva é abordada sempre à luz do princípio da boa-fé objetiva, que se revela como princípio que norteia todo o ordenamento jurídico, e não apenas o direito civil. Com efeito, em uma de suas manifestações, o princípio da boa-fé objetiva impõe a observância do dever de informar quando da realização da negociação coletiva, que não mais pode ser abordada de forma dissociada da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, uma vez que só se concebe uma negociação coletiva justa e eficaz a partir do momento em que estiver coadunada com os influxos éticos alcançados pela boa-fé objetiva.

Reconhecido o dever de informar na negociação coletiva, em decorrência da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, faz-se necessário abordar quais as principais questões jurídicas que circunscrevem o direito de informação.

6.1 O DEVER DE INFORMAÇÃO

Conforme estudado acima, o dever de informar é correlato à relação obrigacional desde a sua origem até o seu propósito final, envolvendo as tratativas preliminares, bem como a fase pós-contratual, tendo como fundamento uma necessidade, qual seja a discrepância no que diz respeito ao acesso e posse de determinadas informações, isto é, uma parte possui determinada informação e a outra parte necessita da mesma³⁰⁶.

A informação não é simplesmente a transmissão de dados e fatos, uma vez que quem a detém possui verdadeiro poder e posição de supremacia em relação ao

³⁰⁶ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. 1. ed. 2. tiragem (2007). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 108-109.

alter. Contudo, em se tratando de negociação coletiva, pode-se afirmar que o poder de informar encontra-se nas mãos de quem o detém; é a informação do conhecimento que não apenas pode, mas também deve ser transmitido, pois, se de um lado há quem deva informar, é verdade que do outro lado há quem possua o direito de receber ditas informações. Destarte, como base no princípio da boa-fé objetiva, além da confiança e transparência, deve ser consolidado o dever de informar³⁰⁷.

Os deveres de informação impõe às partes a prestação de todos os esclarecimentos pertinentes à conclusão honesta do contrato³⁰⁸. Por conseguinte, os deveres de informação podem ser violados por ação, a exemplo da inexatidão da informação, ou por omissão, em razão do silêncio acerca de elementos que a contraparte tinha interesse objetivo em conhecer. Assim sendo, o dolo negocial implica, por si só, a violação do dever de informação, mas não de forma integral, uma vez que pode haver violação, em que pese não acarretar a anulação do contrato por dolo, constituir, por conseguinte, violação culposa do cuidado exigível e, por isso, obrigue a indenizar por *culpa in contrahendo*³⁰⁹.

Observe-se que a ofensa ao dever de informação pode ocorrer de forma comissiva ou mesmo omissiva. Ademais, inclui-se o elemento da intenção, ou seja o dolo como figura necessária para a violação automática dos deveres de informação, o que justificaria, de per si, responsabilidade pré-contratual, com a eventual indenização. Contudo, verifica-se que não somente o dolo justifica a violação automática do dever de informação, na medida em que também é possível violar o dever de informação a partir de uma conduta culposa, conduta essa que também é fundamento de indenização por *culpa in contrahendo*.

Não há qualquer dúvida no exposto, muito menos espaço para se levantar equívoco na situação narrada, na medida em que o dever de informação decorre da

³⁰⁷ A Constituição da República Federativa do Brasil apresenta três dispositivos principais acerca da informação: a) art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; b) art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição e; c) art. 220, § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

³⁰⁸ Interessante notar que característico “dos direitos subjetivos à informação é que a pessoa já deve ter alguma noção prévia sobre a existência de uma informação requerida, mas não conhece os detalhes ou a sua abrangência. (FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52.)

³⁰⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 583.

boa-fé objetiva, que impõe às partes *standards*, modos de conduta que o homem médio deve adotar na fase das tratativas negociais, de forma que o seu descumprimento é analisado estritamente sob o aspecto objetivo, ou seja, não se leva em consideração a intenção do ofensor, o seu estado psicológico no momento da conduta, uma vez que o princípio da boa-fé objetiva implica a adoção de modelos de conduta de forma objetiva. Sendo assim, obviamente que a ofensa ao dever de informação, em última análise significa, concomitantemente, ofensa direta ao princípio da boa-fé objetiva, que, em sendo realizado na fase pré-contratual, implica na *culpa in contrahendo*.

O direito de informação consiste não só na investigação dos fatos, na liberdade de receber os fatos, na verdade dos fatos, mas também é princípio imerso em princípios éticos de maior grandeza, tais como a liberdade e a própria verdade³¹⁰.

No âmbito da negociação coletiva, ambas as partes precisam de informação para poder negociar, na medida em que se torna complicado uma negociação clara sem que se possua a informação pertinente. Com efeito, a elaboração da estratégia e o manejo de argumentos racionais e lógicos, que tem como principal função permitir aos negociadores sustentar de forma consistente suas posições, exige que os mesmos, principalmente o sindicato profissional, tenham domínio e conhecimento adequado dos temas e matérias objeto da negociação, para as quais é vital a informação.

6.2 DEVER DE NEGOCIAR DE BOA-FÉ

O dever de negociar insculpido no art. 616 da CLT consiste não apenas no compromisso e aceitação efetiva de se iniciar a negociação, mas, também, a vontade real de evitar durante o procedimento negocial, dilações, perturbações ou qualquer outra prática que venha a impedir o regular processo de negociação coletiva. Dispõe o texto consolidado que:

³¹⁰ SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. 1. ed. (2006). 3. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009, p. 64.

Art. 616 - Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva.

Portanto, o ordenamento jurídico pátrio acolhe expressamente o dever de negociar quando da provocação realizada por algumas das partes, oportunidade na qual a contraparte não poderá recusar, ou seja, deverá entabular com a solicitante as tratativas, propostas e contrapropostas próprias da negociação coletiva de trabalho.

Nesse sentido, as partes se obrigam a examinar as propostas recíprocas e a formular contrapropostas convergentes, substitutivas, modificativas ou supressivas, de tal maneira que, sempre a rejeição de uma cláusula ou propostas implique a discussão dos motivos dessa rejeição, que a parte se obriga a explicitar³¹¹.

Consolidado que no direito brasileiro há determinação expressa de que sindicatos e empresas têm o dever de negociar quando provocadas, fica fácil concluir-se que, por força do princípio da boa-fé objetiva, o dever de negociar está intimamente ligado ao dever de negociar de boa-fé³¹².

O cumprimento formal do dever de negociar enseja a exigibilidade de se negociar de boa-fé, porquanto o dever de negociar contém implícito, para o seu efetivo desenvolvimento, a obrigação de negociar de boa-fé, que pressupõe o cumprimento prévio do dever de negociar. Assim sendo, toda manifestação de negociação coletiva deve ter como princípio norteador o princípio geral da boa-fé objetiva³¹³.

O dever de negociar de boa-fé está disposto expressamente no “Estatuto dos Trabalhadores” espanhol, especificamente no art. 89.1, que assim dispõe:

Artículo 89.1 - La representación de los trabajadores, o de los empresarios, que promueva la negociación, lo comunicará a la otra parte, expresando detalladamente en la comunicación, que deberá hacerse por escrito, la legitimación que ostenta de conformidad con los artículos anteriores, los ámbitos del convenio y las materias objeto de negociación.

³¹¹ BERNARDES, Hugo Gueiros. Princípios da negociação coletiva. *In: Relações coletivas de trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. TEIXEIRA FILHO, João de Lima (coordenador). São Paulo: LTr, 1989, p. 359.

³¹² **NEGOCIAÇÃO DE BOA-FÉ.** Arguição que não se ajusta com o procedimento adotado. Não procede de boa-fé a parte que recusa a conciliação aceita pelo adversário e, ainda assim, insiste na alegação defensiva de não ter esgotado a negociação coletiva. (TRT 2ª Região, AC 2003001745 – Turma SDC, Relator José Carlos da Silva Arouca – DOE-SP 08/08/2003)

³¹³ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Negociação coletiva e boa-fé:** o princípio no ordenamento brasileiro e espanhol. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008, p. 81.

De esta comunicación se enviará copia, a efectos de registro, a la autoridad laboral correspondiente en función del ámbito territorial del convenio.

La parte receptora de la comunicación sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 83 y 84; en cualquier caso se deberá contestar por escrito y motivadamente.

Ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe.

En los supuestos de que se produjeran violencias, tanto sobre las personas como sobre los bienes y ambas partes comprobaran su existencia, quedará suspendida de inmediato la negociación en curso hasta la desaparición de aquéllas³¹⁴. (grifos nossos).

Dessa forma, constata-se claramente que a parte receptora da comunicação da proposta de negociação não poderá negar-se a negociar, salvo na ocorrência de algumas hipóteses de caráter excepcional relacionadas pelo próprio Estatuto³¹⁵. Sendo assim, caso o sindicato profissional deseje negociar, deverá comunicar a outra parte por escrito, comprovando sua legitimidade para representar a categoria, informando no documento as matérias a serem tratadas como objeto da negociação coletiva.

Contudo, o que há de mais importante para o objetivo do presente trabalho é a existência, no artigo supra-transcrito, da exigência de que ambas as partes estão definitivamente obrigadas a negociar de acordo com o princípio da boa-fé. Significa que as partes devem se portar com honestidade, lealdade, hombridade, de forma que o diálogo seja o mais bem sucedido possível, culminando sempre em resultado prático que manifeste a eficácia da negociação, sendo o mais justo não para uma ou outra parte, mas sim para a categoria dos trabalhadores.

Ademais, apodicticamente vão atuar no âmbito da negociação coletiva baseada no princípio da boa-fé objetiva os deveres jurídicos anexos, principalmente o dever de informação, essencial para que o sindicato profissional tenha uma real dimensão da situação econômico-financeira da empresa ou conjunto de empresas negociantes, de maneira que as propostas e contrapropostas estejam dentro de um

³¹⁴ Espanha. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de março.

³¹⁵ A parte receptora da negociação, em princípio está obrigada a negociar e somente está autorizada a negar-se a negociar quando existir causa legal ou convencionalmente estabelecida, ou quando não se trate de revisar um convênio já vencido. Porém, em qualquer caso, deverá dizer por escrito e motivadamente o porquê da recusa à negociação. Essas possibilidades demonstram que o dever de negociar não é absoluto, havendo limites impostos pelo próprio Estatuto. Porém, deixe-se claro que são situações extraordinárias, devidamente motivadas.

parâmetro o mais próximo da realidade, o que possibilitará, sem dúvidas, que seja posta em marcha uma negociação coletiva eficaz, gerando, por fim, convênio coletivo que atribua efetivas melhores condições de trabalho.

Observe-se que o dispositivo retro determina o dever de negociar de boa-fé, o que não leva, inexoravelmente, à obrigatoriedade de pactuar, ou seja, de formalizar os instrumentos coletivos, na medida em que a lei se limita a obrigar as partes à negociar (de boa-fé), sem necessariamente obrigar a pactuar.

Desse ser ressaltado, por necessário, que após a comunicação pela parte que promoverá a negociação coletiva, a parte receptora da comunicação não ficará inerte indefinidamente, uma vez que o Estatuto dos Trabalhadores espanhol estipula um prazo máximo para que se iniciem as negociações, conforme se constata do art. 89.2 do Estatuto, *in verbis*:

Artículo 89.2 - En el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación se procederá a constituir la comisión negociadora; la parte receptora de la comunicación deberá responder a la propuesta de negociación y ambas partes podrán ya establecer un calendario o plan de negociación³¹⁶.

Destarte, no prazo máximo de um mês, contados a partir do momento em que a parte recebe a comunicação de promoção da negociação coletiva, será então dado início ao procedimento da negociação coletiva, com a constituição da comissão negociadora. Ademais, a parte que recebe a comunicação, acompanhada das propostas e matérias objeto da negociação, deverá responder a proposta, bem como ambas as partes poderão, desde já, estabelecer um calendário ou mesmo um plano de negociação, o que pressupõe voto favorável da maioria de cada um dos representantes (dos empregados e dos empregadores).

Por fim, percebe-se que o direito espanhol positivou o princípio da boa-fé objetiva no âmbito das negociações coletivas, que, em uma de suas funções, qual seja, de formadora de deveres de comportamento, indubitavelmente faz incidir, outrossim, sobre as negociações coletivas, o dever de informação, de maneira que a parte detentora (em regra a empresa) forneça comunique à parte que necessita dessas informações (em regra a organização dos trabalhadores) sobre dados e fatos

³¹⁶ Espanha. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de março.

pertinentes às matérias objeto da negociação, com o objetivo precípua de se realizar uma negociação coletiva o mais eficaz possível.

Diante de todo o exposto, resta claro que o dever de negociar de boa-fé está intimamente ligado com a obrigação do empregador (na quase totalidade das vezes) de proporcionar ao sindicato profissional, quando este assim solicitar e desde que no momento oportuno³¹⁷, informações que sejam pertinentes e realmente necessárias para o regular desenvolvimento da negociação coletiva.

Diante disso, é possível afirmar-se que eventual negativa do empregador em subministrar a informação solicitada pelo sindicato profissional legitimado constitui uma prática desleal que, indiscutivelmente ofende o dever de negociar de boa-fé.

O dever de negociar pressupõe, de forma clara, a disposição para negociar, sempre tendo como norte o princípio da boa-fé objetiva. Dessa forma, o dever de negociar de boa-fé exige a obrigação dos sujeitos negociantes de participarem de maneira ativa e sincera diante das deliberações, de forma que se possa deduzir de seus comportamentos uma real intenção de se encontrar as bases para o acordo. É dizer, a disposição para negociar, que supõe a incidência do princípio da boa-fé objetiva, implica comportamento das partes que evitem posições ou propostas absurdas, negativas ou desestabilizadoras exigindo, portanto, atitudes capazes de eliminar as obstruções, bem como postura de transigência até o limite das possibilidades de cada representação, com fins de ao final se lograr êxito no acordo³¹⁸.

Por derradeiro, conforme expõe Francisco de Lima Filho, pode-se concluir que o dever de negociar de boa-fé constitui um requisito indispensável para a validade tanto da negociação coletiva em si mesma considerada, quanto no que concerne ao seu produto, isto é, a convenção e o acordo coletivo de trabalho³¹⁹.

³¹⁷ Será analisado mais adiante que o direito de informação deve ser exercido em momento adequado. Vide item 6.5.3.

³¹⁸ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Negociação coletiva e boa-fé: o princípio no ordenamento brasileiro e espanhol**. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008, p. 103.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 80.

6.3 DEVER DE INFORMAÇÃO NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Com efeito, o princípio da boa-fé objetiva é norma de ordem pública, o que impõe a sua aplicação e irradiação por todo o ordenamento jurídico, inclusive de ofício pelo magistrado.

Nesse sentido, não deve haver temores quanto à ampla aplicação do princípio da boa-fé objetiva, na medida em que esse princípio precisa permear todo o direito, porquanto não se pode hodiernamente compreender o direito sem eticidade. Sendo assim, a conduta, seja de pessoa física ou de pessoa jurídica deve pautar-se pela lealdade, cimento que une a sociedade. Por isso mesmo, o princípio da boa-fé objetiva se aplica tanto ao direito privado (inclusive o direito coletivo do trabalho), como ao direito público (vinculando a administração pública)³²⁰.

O princípio da boa-fé objetiva é, indubitavelmente, fonte do dever de informar, atuando nas fases pré-contratual, de execução contratual e pós-contratual (no direito civil), garantindo, dessa forma, o exercício de liberdade negocial entre o sindicato profissional e determinada empresa ou grupo de empresas, ou mesmo sindicato econômico da categoria que esteja buscando melhores condições de trabalho, ao aplicar-se o princípio da boa-fé objetiva nas relações de trabalho, mormente no âmbito das negociações coletivas³²¹.

Isso significa que pode a relação de obrigação, no transcorrer de sua existência, muitas vezes em razão das vicissitudes que sofre, gerar outros direitos e deveres que não os expressados na relação de subsunção entre a situação fática e a hipótese legal, ou não indicados no título, ou ainda poderes formativos geradores, modificativos ou extintivos, e os correlatos estados de sujeição. Assim sendo, pode, por igual, importar na criação de ônus jurídico e deveres laterais, anexos ou

³²⁰ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. 1. ed. (2008). 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 113-114.

³²¹ SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. 1. ed. (2006). 3. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009, p. 39.

secundários ao dever principal, ao qual corresponderão, por sua vez, outros direitos subjetivos, mesmo que não expressamente previstos nem na lei, nem no título³²².

Nesse sentido, o princípio da boa-fé objetiva impõe às partes da negociação coletiva a observância de regras de honestidade, não apenas no que diz respeito ao dever de lealdade no negociar, mas também, e principalmente, quanto aos deveres de comportamento, como o dever de informação, que, em decorrência do princípio da boa-fé objetiva, bem como do dever de negociar de boa-fé, irradia-se, indubitavelmente por todos os momentos das negociações coletivas de trabalho.

Portanto, as partes negociadoras que representam os interesses da categoria de trabalhadores e os empregadores (ou respectivo sindicato) devem observar o dever de informação que surge desde o primeiro momento com a apresentação da proposta negocial³²³, perdurando até a conclusão e execução final do pacto³²⁴.

Dessa forma, da mesma maneira que o princípio da boa-fé objetiva atua na fase pré-contratual (do direito civil e consumidor) tendo como fundamento a teoria do contato social, no âmbito das negociações coletivas de trabalho, o direito de informação surge não a partir do momento em que se estabelece entre sindicato profissional e empresa (ou conjunto de empresas ou seu respectivo sindicato) uma simples relação físico-jurídica, mas sim desde que haja o contato social.

Dessa maneira, o princípio da boa-fé objetiva no campo da negociação coletiva de trabalho, molda o comportamento das partes, que deverão apresentar os fatos conforme a realidade, o que implica a obrigação de fornecimento de todas as informações relacionadas e, sobretudo, necessárias, para que sejam dadas condições à parte contrária de expressar o seu consentimento, uma vez que não se mostra suficiente para que o dever de negociar de boa-fé seja cumprido, que simplesmente se escute uma proposta e então se decida por negá-la³²⁵.

O dever de informação nas negociações coletivas significa que os sujeitos negociantes prestarão, de forma recíproca, aquelas informações realmente necessárias à fundamentação de suas propostas e contrapropostas (ou simples

³²² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 393-394.

³²³ No Brasil costuma-se conferir à apresentação da proposta negocial a alcunha “pauta de reivindicações”.

³²⁴ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Negociação coletiva e boa-fé**: o princípio no ordenamento brasileiro e espanhol. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008, p. 91.

³²⁵ *Ibid.*, p. 92.

respostas), na medida em que a negociação coletiva requer o pleno acesso, por parte dos interlocutores, às informações que se encontram em poder da contraparte, sobretudo em poder das empresas. Por isso mesmo, a falta de informações essenciais ou a prestação defeituosa das informações indubitavelmente vão implicar no insucesso da negociação coletiva como um todo, ou na melhor das hipóteses, na diminuição da capacidade negocial daquele a quem a informação é negada ou prestada de forma inadequada ou desonesta³²⁶.

Pode-se considerar, com efeito, que o dever de informação possibilita uma negociação mais justa, consciente, que protege a saúde, a integridade, a segurança da categoria de trabalhadores envolvida, e direciona para as conseqüências econômicas que a relação de trabalho pode acarretar, isto é, melhores condições de trabalho, com a certeza de que se fez a melhor negociação (em relação aos termos consignados), e de que faria novamente, no futuro.

Ademais, as chances de defesa e de proteção da classe trabalhadora aumentam muito em virtude das informações, uma vez que, quanto maiores e verazes as informações, indubitavelmente maiores serão também as oportunidades de tutela e proteção.

Sendo assim, o valor da informação deve emanar a todo o momento nas negociações, pois, a partir dela, nasce a confiança que, por sua vez, irradia a transparência que deve pautar as relações entre as partes³²⁷.

Destarte, o princípio da boa-fé objetiva é a fonte de reconhecimento jurídico do dever de informar no âmbito das negociações coletivas de trabalho, atuando decisivamente em uma negociação efetiva no plano real, evitando-se, dessa forma, que a negociação coletiva de trabalho não seja uma mera obra de ficção.

6.4 FUNDAMENTOS MEDIATOS DO DEVER DE INFORMAÇÃO

Diante de todo o exposto até o momento, fica absolutamente claro que a proposta do presente trabalho é o de reconhecer no âmbito das negociações coletivas um dever de informação em decorrência da aplicação do princípio da boa-

³²⁶ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Negociação coletiva e boa-fé: o princípio no ordenamento brasileiro e espanhol**. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008, p. 105.

³²⁷ SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. 1. ed. (2006). 3. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009, p. 79.

fé objetiva, que seria, assim, o fundamento chave ou imediato do direito de informação, que se sustenta por suas próprias razões.

Contudo, há outros argumentos que, embora não tenham força de isoladamente considerados fundamentar o reconhecimento do mesmo dever de informação, em conjunto podem atuar como razão secundária do princípio da boa-fé objetiva, ou seja, são os fundamentos mediatos do dever de informação na negociação coletiva de trabalho.

6.4.1 Decreto Federal nº. 908/1993

O Decreto Federal nº. 908, de 31 de agosto de 1993, fixa diretrizes para as negociações coletivas de trabalho de que participam as entidades estatais que menciona. Essas entidades estatais estão previstas no art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º As empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, e demais empresas sob controle direto ou indireto da União deverão esgotar todas as possibilidades no sentido de viabilizar a celebração de acordos coletivos de trabalho satisfatórios às partes, observadas as diretrizes fixadas neste decreto.

Portanto, constata-se, sumariamente, que se trata da administração indireta, ou seja, empresas públicas ou sociedades de economia mista criadas pela União, com personalidade jurídica própria, bem como demais empresas (pessoa jurídica de direito privado) que estejam do controle direto ou indireto da União.

Sendo assim, consoante o disposto no artigo supra, as empresas públicas e sociedades de economia mista podem realizar livremente negociações coletivas com o respectivo sindicato profissional, podendo, inclusive, formalizar acordos coletivos de trabalho, sem que isso configure ofensa ao art. 39, § 3º, da constituição Federal, que não estendeu o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Com efeito, as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão submetidas ao regime jurídico de direito privado, inclusive nas questões relativas ao direito do trabalho, seja ele individual ou coletivo, *ex vi* do disposto no art. 173, inciso II, que assim reza:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

I – *omissis*...

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

Ademais, as empresas públicas e sociedades de economia mista não gozarão de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado³²⁸. Por conseguinte, as sociedades de economia mista e empresas públicas, bem como empresas controladas pela União estão absolutamente aptas a realizar negociação coletiva e formalizar acordo coletivo.

Porém, esse não é o ponto principal do Decreto Federal em destaque, porquanto o que ele aborda de mais inovador está contido no seu art. 2º, inciso IV, que assim dispõe:

Art. 2º Os procedimentos relativos às negociações coletivas de trabalho serão estabelecidos de comum acordo entre as partes envolvidas, regulando, principalmente:

I - formas, prazos, objeto, níveis e sujeitos das negociações;

II - formas alternativas de composição e solução dos conflitos individuais e coletivos, inclusive, através de mediação, conciliação ou arbitragem;

III - direitos e deveres das partes;

IV - **regras no tocante ao fornecimento de informações inerentes ao objeto das negociações, bem como da situação econômico-financeira da empresa.** (grifos nossos)

De fato, o que chama a atenção no Decreto Federal nº. 908/93 é a previsão expressa do direito de informação, ou seja, as partes deverão estabelecer, para a negociação coletiva, regras a respeito ao fornecimento de informações relacionadas ao objeto das negociações, além da situação econômico-financeira da empresa.

Destarte, ainda que de forma subsidiária, é possível constar-se que o direito de informação já se encontra previsto no ordenamento jurídico nacional, ainda que limitado às empresas públicas e sociedades de economia mista da União, mas que, em sua essência, pode funcionar como argumento secundário para o reconhecimento do direito de informação nas negociações coletivas em geral.

³²⁸ Brasil. Constituição Federal, art. 173, § 2º.

6.4.2 Convenções e Recomendações da OIT

A Organização Internacional do Trabalho editou a Recomendação nº. 163, de 03 de junho de 1981, que trata sobre diretrizes para a adoção eficaz da negociação coletiva nos países signatários. Seu texto legal propõe-se a estabelecer as diretivas necessárias para que a negociação coletiva seja amplamente reconhecida por cada ordenamento jurídico e estimulada a sua utilização para a composição de conflitos trabalhistas, além da abstenção de imposições que limitem o seu desenvolvimento³²⁹.

E é exatamente em um ponto que se verifica sua intenção de obstar atitudes que limitem o desenvolvimento da negociação coletiva, bem como de estimular a sua utilização, consubstanciado no artigo sétimo, item “1”, que assim dispõe:

Recomendação nº 163 da OIT, artigo 7, ítem 1) En caso necesario, deberían adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que las partes dispongan de las informaciones necesarias para poder negociar con conocimiento de causa.

Portanto, o posicionamento da Organização Internacional do Trabalho é taxativo no sentido de que os Estados signatários da Recomendação nº 163, deverão adotar medidas concretas a fim de difundir o direito de informação no âmbito das negociações coletivas de trabalho.

6.4.3 O dever de informação no direito comparado

A fim de fortalecer os argumentos acima apresentados para o reconhecimento do dever de informação na negociação coletiva de trabalho, em decorrência da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, ainda que a título de exemplificação, cumpre apresentar o dever de informação como prestação exigível em alguns países da América latina e da Europa.

A demonstração de que, realmente, há o reconhecimento do direito de informação na negociação coletiva nos ordenamentos jurídicos alienígenas contribui para a reafirmação do reconhecimento do direito de informação no próprio ordenamento jurídico brasileiro, que não se encontra hermeticamente fechado para

³²⁹ Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>>. Acesso em: 01/12/2010.

os influxos do direito comparado, mas, ao contrário, o direito de outros países encontra porta de entrada no ordenamento jurídico nacional, mormente no campo do direito do trabalho, no interior de seu próprio corpo legal.

Assim sendo, o reconhecimento do direito de informação adventício é perfeitamente cabível no direito pátrio, com fundamento legal consubstanciado no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

O reconhecimento do direito de informação na negociação coletiva, cerne do presente trabalho, encontra fundamento legal para sua aplicação ao direito nacional no princípio da boa-fé objetiva, o que não exclui a possibilidade de fortalecer esse entendimento mediante fundamentos mediatos ou secundários, como é o caso do direito comparado, que encontra justificativa art. 8º consolidado.

Com efeito, a Consolidação das Leis do Trabalho, art. 8º, permite a utilização do direito comparado nos casos de omissão da lei. Em razão da importância que tem para a autorização do uso do direito de informação estrangeiro no ordenamento jurídico nacional, a integração da lei mediante o direito comparado merece uma abordagem mais detalhada.

Dessa maneira, o direito de informação encontra abertura para se inserir na negociação coletiva no permissivo legal constante do art. 8º da CLT, que elenca as fontes que devem integrar as normas trabalhistas em caso de omissão legal.

Por essa razão, a Consolidação das Leis do Trabalho trata da integração jurídica, conforme dispõe o seu art. 8º, ao expor o seguinte:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, **o direito comparado**, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (grifos nossos)

Parágrafo Único – O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

O artigo consolidado supra, traz os elementos mediante os quais é realizada a integração das normas do Direito do Trabalho.

Paralelamente, o fenômeno da globalização encurtou a distância entre os povos, e como conseqüência, aproximou os Estados de tal maneira que na sociedade contemporânea há uma intensa interdependência. A alteração

econômica, social, política e mesmo jurídica em determinada nação, gera efeitos em diversas outras, que precisam rapidamente se adaptar internamente à nova situação daquele país em transformação.

A proximidade e a interdependência entre os diversos países do globo terrestre fazem com que haja uma constante troca de experiências e informações, mormente no campo das ciências jurídicas. De fato, torna-se imprescindível o conhecimento dos sistemas jurídicos alienígenas para que seja promovida a necessária evolução do ordenamento jurídico pátrio, bem como o desenvolvimento econômico e social.

Em razão disso, com o objetivo de contribuir significativamente com esta evolução, há o estudo do direito comparado, que é exatamente o estudo dos diferentes sistemas jurídicos existentes no planeta, de forma a determinar as suas semelhanças e diferenças, com o fim de se aplicar, no que couber, ao sistema jurídico pátrio.

Nesse sentido, explica René David que a possibilidade de utilização do direito comparado para se aperfeiçoar o direito nacional está aberta à doutrina e à jurisprudência, na medida em que por mais que a lei tenha caráter nacional, o direito jamais se identifica efetivamente com a lei, uma vez que a ciência do direito tem, pela sua própria natureza de ciência, um caráter transnacional³³⁰.

Corroborando com esse entendimento, José Augusto Rodrigues Pinto assevera que o direito comparado é o produto do trabalho do confronto de um dispositivo de lei com outros da mesma ou de outras leis, ou ainda com a legislação de outros países. E é exatamente nesse último aspecto se encontra sua maior importância, em função do intercâmbio da experiência cultural e da tradição jurídica que proporciona e pela notória tendência homogeneizadora do direito universal que instiga.³³¹

Decerto, o direito comparado é de extrema importância para que os operadores do direito conheçam a experiência e atuação estrangeira, e conseqüentemente possam aproveitar as soluções que se mostraram satisfatórias em outras partes do mundo no seu próprio ordenamento jurídico, uma vez que um

³³⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 8.

³³¹ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 91.

melhor conhecimento do direito nacional, em virtude do direito comparado, contribui para o aperfeiçoamento daquele.

A aplicação do direito comparado traz muitas vantagens para o ordenamento jurídico nacional, consubstanciadas em três vertentes, segundo René David, ao sustentar que as vantagens que o direito comparado oferece podem, ser colocadas em três planos, quais sejam, o direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional.³³²

O principal objetivo do direito comparado é propiciar o aperfeiçoamento e o maior desenvolvimento do direito nacional, de acordo com o referido autor.

No caso em debate, conforme disposição consolidada, o direito comparado é meio de integração da lacuna da lei. Dessa feita, para um determinado caso concreto em que não haja disposição legal, pode-se recorrer à norma de outro sistema legal, desde que compatível com os preceitos legais pátrios³³³.

É exatamente o que ocorre com o direito de informação na negociação coletiva, disciplinado no ordenamento jurídico de países como Peru, Chile e Argentina, na América do Sul, especificamente, que encontra no permissivo legal da CLT (art. 8º), a sua porta de entrada no mundo jurídico pátrio, para que aqui seja disciplinado como direito subjetivo de titularidade sindical, isto é, como prestação exigível.

O artigo 55 do Decreto-Lei nº. 25.593/92, que trata da negociação coletiva no Peru, adotado durante o governo de Alberto Fujimori, prevê que iniciada a fase de negociação coletiva, os empregadores deverão, a pedido dos representantes dos trabalhadores, proporcionar a informação necessária sobre a situação econômica, financeira e demais pertinentes à empresa, na medida em que tal informação não seja prejudicial para a sociedade empresária³³⁴.

³³² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 4.

³³³ Ressalte-se que o posicionamento adotado no presente trabalho é inequivocamente no sentido de que o reconhecimento do direito de informação na negociação coletiva decorre do princípio da boa-fé objetiva. Porém, como explicitado na parte inicial do presente tópico, o uso do direito comparado funciona como uma espécie de fundamento secundário ou mediato, na medida em que o argumento imediato consubstancia-se na cláusula geral acima apontada.

³³⁴ ZAPIRAIN, Héctor. **Derecho de información y negociación colectiva**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 68.

Observe-se que, no caso do ordenamento jurídico laboral peruano, o dever de informação decorre da própria legislação, com disposição expressa acerca da obrigatoriedade dos empregadores fornecerem as informações econômico-financeiras relacionadas à atividade empresarial. Contudo, a concessão da informação está condicionada à petição encaminhada pela entidade de classe dos trabalhadores nesse sentido.

O artigo 315 do Código de Trabalho chileno prevê disposição que regula o procedimento da negociação coletiva de trabalho, reconhecendo que todo sindicato ou grupo negociador de empresa poderá solicitar do empregador informações sobre os antecedentes indispensáveis para se preparar o projeto de contrato coletivo. Assim, para o empregador será obrigatório entregar informações sobre os balanços, informações financeiras necessárias e custos de mão-de-obra, além de informações pertinentes que incidam na política futura de investimentos da empresa³³⁵.

Dois aspectos chamam a atenção no direito laboral chileno. O primeiro é a possibilidade de tanto o sindicato representativo quanto um grupo negociador da empresa figurarem como agentes legitimados para solicitar as informações relativas ao objeto da negociação coletiva. O segundo ponto diz respeito à natureza contratual que o ordenamento trabalhista chileno confere ao instrumento jurídico resultado das negociações coletivas, o que realça as significativas diferenças em relação ao direito do trabalho brasileiro.

Por fim, nessa digressão pelos ordenamentos jurídicos sul americanos, o art. 20 da Lei nº. 25.877, de março de 2004, da legislação laboral argentina regula a obrigação de negociar de boa-fé e o dever de informações entre as partes³³⁶. Verifica-se que se houvesse apenas o dever de negociar de boa-fé regulamentando a negociação coletiva, já seria possível daí extrair-se o dever de informação em decorrência do princípio da boa-fé objetiva.

No âmbito europeu, especialmente na Inglaterra, se recolhe no direito inglês um particular dever de informação *ad negotiatione*, uma vez que, não obstante o ordenamento jurídico inglês ser desprovido de um dever de negociar regula de forma expressa o dever de informação, por meio da “Employment Protection Act” de 1975,

³³⁵ ZAPIRAIN, Héctor. **Derecho de información y negociación colectiva**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 69.

³³⁶ *Ibid.*, p. 70.

seções 17 e seguintes, dever de informação esse que fora motivado, em parte, pela ausência do dever de negociar³³⁷.

Em Portugal, o Código do Trabalho (Lei nº. 07/2009), em seu art. 489, dispõe que:

1 — As partes devem respeitar, no processo de negociação colectiva, o princípio de boa fé, nomeadamente respondendo com a brevidade possível a propostas e contrapropostas, observando o protocolo negocial, caso exista, e fazendo -se representar em reuniões e contactos destinados à prevenção ou resolução de conflitos.

2 — Os representantes das associações sindicais e de empregadores devem, oportunamente, fazer as necessárias consultas aos trabalhadores e aos empregadores interessados, não podendo, no entanto, invocar tal necessidade para obter a suspensão ou interrupção de quaisquer actos.

3 — Cada uma das partes deve facultar à outra os elementos ou informações que esta solicitar, na medida em que tal não prejudique a defesa dos seus interesses.

4 — Não pode ser recusado, no decurso de processo de negociação de acordo colectivo e de empresa, o fornecimento dos relatórios e contas de empresas já publicados e o número de trabalhadores, por categoria profissional, que se situem no âmbito de aplicação do acordo a celebrar.

5 — Comete contra -ordenação grave a associação sindical, a associação de empregadores ou o empregador que não se faça representar em reunião convocada nos termos do n.º 1.

Verifica-se que o Novel Código do Trabalho português, além de impor às partes a observância do princípio da boa-fé na negociação coletiva (item “1”), prevê, expressamente, o dever de informação no âmbito da negociação coletiva, no item “3”, determinando que as partes, quando solicitadas, devem fornecer à outra parte as informações que esta solicitar, desde que não prejudique seus interesses.

Interessante notar que no mesmo artigo o direito português estabelece os institutos da boa-fé e do dever de informação, demonstrando a íntima correlação entre as duas figuras, ou seja, negociar de boa-fé implica fornecer as informações solicitadas pela outra parte. Ressalte-se que na imensa maioria das vezes o destinatário das informações solicitadas será o sindicato representante da classe trabalhadora.

Tendo em vista os casos acima apontados, pode-se constatar que o ordenamento jurídico pátrio encontra-se um passo atrás em relação a outros sistemas jurídicos, não só de países desenvolvidos, mas, inclusive em relação a

³³⁷ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Negociação coletiva e boa-fé**: o princípio no ordenamento brasileiro e espanhol. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008, p. 60.

Estados econômica e politicamente mais instáveis que o Brasil, na medida em que aquelas Nações prevêem o direito de informação na negociação coletiva de forma expressa.

Contudo, essa situação não deixa o Brasil engessado em relação ao dever de informação, haja vista que não obstante a ausência expressa de disposição legal nesse sentido, é possível reconhecer o dever de informação na negociação coletiva de trabalho no ordenamento jurídico pátrio a partir do princípio da boa-fé objetiva, expressamente prevista no sistema jurídico nacional, principalmente nos artigos 113 e 422 do Código Civil, que, conforma visto, traduz-se em princípio que permeia todo o ordenamento jurídico, mormente o ramo do direito coletivo do trabalho.

Ademais, consoante argumento do presente tópico, diante do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é possível o ingresso, no ordenamento jurídico pátrio, das disposições alienígenas que contemplam o dever de informação na negociação coletiva.

Diante do exposto, bem como do artigo consolidado supracitado, percebe-se que o direito comparado é fonte legal integrativa do direito do trabalho, seja o direito individual ou o coletivo do trabalho, encontrando, nesse dispositivo legal, o portal de entrada para valer como norma nas relações laborais pátrias.

6.5 ASPECTOS JURÍDICOS DO DEVER DE INFORMAÇÃO NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS

Após consolidadas todas as premissas necessárias para se constatar que, independentemente de um dispositivo legal expresso, dúvidas não restam de que, em razão do princípio da boa-fé objetiva (com a dimensão alcançada no paradigma pós-positivista das ciências jurídicas), principalmente quando da sua atuação na qualidade de norma produtora de deveres de comportamento, sobretudo o dever de informação e o seu revés, o direito de informação, como uma prestação exigível, bem como a sua irradiação por todo o ordenamento jurídico, a única conclusão que se pode chegar é que no âmbito das negociações coletivas impera o dever de informação.

O dever de informação nas negociações coletivas, em decorrência do princípio da boa-fé objetiva, atua como modelo de conduta a ser adotado pelos sindicatos participantes da negociação, ou o conjunto de empresas ou uma empresa individualmente considerada, para fins de uma negociação coletiva justa e eficaz, capaz de satisfazer a toda uma categoria, isto é, que pretenda redundar em uma convenção ou acordo coletivo de trabalho que seja fidedigno com os anseios sociais, sobretudo da categoria de trabalhadores envolvida.

Ademais, o dever de informação consubstancia-se, igualmente, em direito subjetivo de informação em favor da parte que necessita das informações imprescindíveis para a negociação coletiva em conformidade com a realidade, e não aquela que se procede de forma irreal, temerária, sob especulações, informações desconstruídas, ou mesmo intencionalmente equivocadas e inexatas. Por isso mesmo, o direito de informação como prestação exigível permite ao seu titular reclamar judicialmente o seu cumprimento, ou exigir indenização pela conduta contrária ao princípio da boa-fé objetiva, isto é, o direito concreto de exigir informações necessárias para se poder negociar.

Portanto, o que justifica o direito de informação traduz-se na possibilidade real de que, a partir da negociação coletiva, possam ser concretizados instrumentos coletivos que prevejam em seu texto efetivas melhoras de condições de trabalho. Sendo assim, a negociação coletiva não deve ser considerada apenas sob o ponto de vista de propostas e contrapropostas, mas ao contrário, deve ser encarada como meio eficaz de harmonização dos conflitos trabalhista, que se levada a cabo, tem importância política, sociológica e jurídica incomensurável para toda a coletividade, na medida em que a negociação coletiva bem sucedida configura-se em instrumento persuasivo para amenizar as consequências econômicas da relação antagônica que reside entre o Capital e o Trabalho.

Entretanto, o conteúdo, a dimensão, os limites, bem como outros importantes fatores que circundam o dever (direito) de informação devem ser estabelecidos e delineados corretamente, de forma que tanto o seu titular, quanto o aplicador do direito, tenham ciência do que deve ser exigido e o que a outra parte está adstrita a informar.

Por isso mesmo, o presente tópico tem como objetivo principal delinear os exatos contornos do direito de informação, mais especificamente, da informação

objeto do próprio direito em destaque, de maneira que seja possível realizar um estudo analítico dos principais temas que envolvem o direito de informação nas negociações coletivas³³⁸.

Regra geral, o direito de informação compreende toda a informação referente a: situação econômica da empresa, caso haja filiais, importante que as informações também abordem a empresa em todo o seu conjunto; modificações e investimentos tecnológicos; planos de reestruturação da empresa, modificação da forma de organização e produção; plano de inserção de trabalhadores; redução de pessoal em consequência de alterações tecnológicas, econômicas ou estruturais e; condições de saúde, higiene e segurança do trabalho.

6.5.1 Sujeitos obrigados a informar

Tendo em vista que a obrigação de informar decorre do princípio da boa-fé objetiva e, complementarmente, do dever de negociar de boa-fé, sendo que ambos regem todas as partes negociantes, conclui-se que se está diante de um dever de caráter recíproco, porém, não na mesma intensidade e extensão.

Contudo, o exercício intuitivo sumário evidenciar que, em regra, o devedor principal do dever de informação é o empregador, em razão de que as informações mais pertinentes à plena realização da negociação coletiva se encontram na posse das empresas, porquanto o conteúdo da informação está intimamente ligado aos aspectos econômico-financeiros das sociedades empresárias.

Ademais, o dever de informação atuará, quase que exclusivamente, naquelas negociações coletivas que visam à melhoria das condições de trabalho, ou seja, menos impregnada do caráter jurídico do que econômico. Nesses casos, as maiores divergências giram em torno de valores monetários, de um lado o sindicato profissional que defende melhoras substancialmente significativas, ao passo que a antítese dos representantes dos empregadores propugna pela impossibilidade de se

³³⁸ O presente tópico teve como seu ponto de partida a doutrina juslaboral do autor uruguaio Héctor Zapirain, não obstante o autor defender que o direito de informação decorreria do princípio da liberdade sindical. Contudo, em que pese a obra em comento ter atuado como “força de atrito estática”, a “força de atrito dinâmica” foi realizada sob os influxos do ordenamento jurídico brasileiro, o que não poderia ser diferente. (ZAPIRAIN, Héctor. **Derecho de información y negociación colectiva**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.)

atender aos anseios da classe operária em razões eminentemente econômicas, porém, sem a respectiva comprovação, sobretudo documental.

Portanto, a informação necessária para se entabular as negociações tem como fonte principal a empresa, na medida em que é ali onde se gera e armazena o núcleo central da informação que se faz necessário conhecer para se levar adiante a negociação coletiva de trabalho. Dessa forma, não obstante ambas as partes, necessitem de informação adequada, somente uma delas (empregador) se encontra em reais condições de satisfazer essa necessidade mútua.

Portanto, essa desigualdade existente, no que diz respeito ao acesso e à disponibilidade de informação, coloca a categoria econômica em posição de superioridade que só pode ser sanada com a incidência do dever de informação (e seu correlativo direito de informação) em decorrência do princípio da boa-fé objetiva que permeia, indiscutivelmente, a negociação coletiva de trabalho.

Destarte, a empresa ou conjunto de empresas participantes da negociação coletiva (ainda que se façam representar por seus sindicatos) serão, diante do exposto, os sujeitos principais da obrigação de fornecer as informações necessárias à negociação coletiva. Em consequência, o sindicato representante da categoria dos trabalhadores figurará como sujeito secundário do dever de informar, uma vez que as informações que estes possam fornecer revelam-se como de caráter acessório para o desfecho da negociação coletiva.

As leis trabalhistas peruana e chilena, conforme analisadas acima, demonstram que o dever de informar é uma obrigação principal do empregador, que deve fornecê-la a requerimento dos representantes dos trabalhadores.

6.5.2 Sujeitos destinatários da informação

Como visto no item precedente, o dever de informação é eminentemente uma prestação a cargo da entidade empregadora, ou seja, o credor principal do conteúdo dessa obrigação será a entidade representativa da classe trabalhadora. Dito de outra forma, o titular do direito de informação e, portanto, a parte ativa dessa relação é o sujeito que negocia no pólo representativo dos empregados.

Porém, como afirmado acima, não necessariamente isso implica negar à parte empregadora o direito de requerer, por sua vez, informações de posse do

sindicato profissional que entender como pertinentes à negociação coletiva, muito menos supor que o sindicato profissional está isento do fornecimento dessas mesmas informações.

Assim sendo, com relação ao sujeito habilitado para negociar em nome da categoria dos trabalhadores, a titularidade do direito de informação é a mesma que rege a legitimidade para figurar em um dos pólos da negociação coletiva. Nesse caso, deve ser obedecido o mandamento constitucional constante do art. 8º, VI, que assim reza:

art. 8º, VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

Portanto, somente o sindicato profissional tem legitimidade ativa para requerer, perante empresa ou conjunto de empresas, ainda que representadas por seus respectivos sindicatos, as informações necessárias para se colocar em marcha a negociação coletiva. A titularidade do direito de informação não ultrapassa os limites da figura do sindicato profissional para os seus representados, por força do disposto na Carta Magna.

Conforme já explicado alhures, a doutrina juslaboralista considera que a empresa já se constitui em ente coletivo, o que a exclui da obrigação de ser representada por seu respectivo sindicato nas negociações coletivas; prova disso é a possibilidade de se formalizar acordo coletivo de trabalho, que prescinde de representação sindical no pólo econômico.

Não se pode olvidar, porém, que existe a legitimidade extraordinária das federações e confederações para representar a categoria profissional no âmbito da negociação coletiva de trabalho nas áreas inorganizadas sindicalmente, ou seja, na ausência de sindicato em determinada base territorial, a federação respectiva, e na falta desta a confederação, pode representar a categoria na negociação e então está legitimada para, também solicitar as informações que considerar necessárias para a promoção da negociação.

Destarte, somente está legitimado para requerer o cumprimento do dever de informação quem estiver legitimado para irromper a negociação coletiva, ou seja, quem não tiver legitimidade para o processo negocial não a terá também para

solicitar informações. Isso significa que aquele que detém as informações pode se recusar a fornecê-las caso o solicitante não tenha legitimidade para requerê-las³³⁹.

Por conseguinte, caso esteja em curso uma negociação coletiva e um trabalhador isoladamente considerado solicitar de uma empresa que também participe da negociação coletiva certa informação a respeito de planos de investimentos em contratação de mão-de-obra, a empresa requerida poderá recusar a solicitação sem que haja, no caso, qualquer ofensa ao dever de informar decorrente do princípio da boa-fé objetiva, na medida em que a Constituição Federal assim decidiu, isto é, o sindicato profissional é quem tem legitimidade para a requisição em comento.

6.5.3 Época para fornecimento das informações

No que diz respeito à época na qual seja exigível o dever de informar, é possível distinguir dois momentos distintos, quais sejam um primeiro momento que consiste em etapa prévia ao início da negociação coletiva propriamente dita, ocasião em que é crucial, principalmente para o sindicato profissional, ter acesso aos dados ou elementos que permitam traçar uma adequada estratégia para a negociação; e o segundo momento que ocorre no curso da negociação coletiva, e tem como principal razão de ser a comprovação de contrapropostas da entidade econômica ou mesmo comprovação de uma eventual negativa das propostas apresentadas, ou seja, visam fundamentar as argumentações expostas em mesa-redonda.

Quanto ao primeiro momento, poder-se-ia sugerir que a todo instante seria uma situação prévia à negociação coletiva que justificaria a solicitação de informações necessárias, o que impõe, dessa forma, traçar um marco inicial a partir do qual estar-se-ia diante da etapa pré-negociação coletiva.

Dessa forma, primeiramente é preciso determinar o momento em que se inicia uma negociação coletiva. A apresentação de propostas e contrapropostas que visam aumento de salário e melhores condições de trabalho culmina na elaboração de uma convenção ou acordo coletivo de trabalho, em um período denominado de data-

³³⁹ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Negociação coletiva e boa-fé**: o princípio no ordenamento brasileiro e espanhol. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008, p. 110.

base, que segundo a Lei nº. 7.238/84, em seu art. 4º, § 1º, consiste na “data de início de vigência de acordo ou convenção coletiva, ou sentença normativa”.

Assim, caso um acordo coletivo de trabalho tenha sido realizado em 10 de janeiro de 2009, com vigência de um ano, a data-base para o início da vigência de um novo acordo coletivo será a data de 10 de janeiro de 2010. Diante do conhecimento de que o novo acordo coletivo, em regra, terá vigência a partir de 10 de janeiro de 2010, a partir de que momento será considerada etapa prévia à negociação coletiva de trabalho? Nesse caso, dois pontos devem ser esclarecidos.

A negociação coletiva deverá ter início em um período razoável anterior à data-base, ou seja, anterior à vigência do próximo acordo coletivo (10/01/2010), na hipótese proposta. Esse período em que ocorrerá a negociação coletiva para a formalização do instrumento coletivo na data-base prevista encontra guarida no art. 616, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que assim reza:

Art. 616, § 3º - Havendo convenção, acordo ou sentença normativa em vigor, o dissídio coletivo deverá ser instaurado dentro dos 60 (sessenta) dias anteriores ao respectivo termo final, para que o novo instrumento possa ter vigência no dia imediato a esse termo.

Referido dispositivo legal trata da hipótese de ajuizamento de dissídio coletivo quando uma das partes, após devidamente provocada a negociar, recusa-se de assim proceder e persiste na recusa de negociar, mesmo após notificação do fato ao órgão do Ministério do Trabalho. Diante disso, o dissídio coletivo deve ser instaurado dentro dos 60 (sessenta) dias anteriores ao respectivo termo final de convenção ou acordo coletivo previamente existente, e, conseqüentemente o termo inicial da nova convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Sendo assim, presume-se que o sindicato profissional deverá sentar-se à mesa-redonda e iniciar as rodadas de negociação com o sindicato econômico (convenção coletiva) ou com a empresa ou um grupo de empresas (acordo coletivo) dentro de 60 (sessenta) dias anteriores à data-base. Sendo assim, consoante exemplo utilizado, tendo em vista que a data-base do acordo coletivo será na data de 10 de janeiro de 2010, as negociações coletivas serão consideradas iniciadas a partir de 10 de novembro de 2009, conforme se extrai da análise do artigo consolidado supracitado conjuntamente com a Lei Federal nº. 7.238/84. Portanto, fixada a data de início das negociações coletivas, é possível identificar-se quando se

dá o período pré-negociação coletiva, que, não pode ser mensurado em termos de dias exatos, como no caso da negociação coletiva propriamente dita.

Com efeito, o período prévio à negociação coletiva só tem sentido se for necessário ao sindicato profissional, por exemplo, ter acesso a alguma informação que considere necessária para a elaboração do plano de propostas, que estejam, enfim, vinculadas à estratégia de condições de trabalho a ser apresentada pelo sindicato.

Logo, caso as propostas do sindicato profissional não tenham como condição de existência informações e dados que pertencem ao âmbito empresarial, não há que se falar em dever de informação na fase pré-negociação coletiva. Contudo, caso as informações requeridas antes de iniciadas as negociações sejam condição *sine qua non* para a elaboração das propostas, deverá ser levada em consideração as vicissitudes que circundam a informação requerida, ou seja, a natureza da informação que determinará o prazo razoável para que a mesma possa ser fornecida.

Destarte, não é possível aprioristicamente, determinar-se um prazo cerrado para se estipular a partir de que momento encontram-se as partes no período pré-contratual que justifique o dever de informação, que deve ser analisado diante do caso concreto, levando-se em consideração, principalmente, a natureza da informação, mas sempre tendo como fundamento o princípio da razoabilidade para a ponderação no caso concreto entre o interesse da parte solicitante em obter as informações requeridas e o direito de quem as detém em fornecer naquele momento, diante da iminência ou não, da negociação coletiva de trabalho.

Não obstante o presente tópico abordar principalmente o termo inicial da negociação coletiva de trabalho é possível traçar um momento desejável para findar-se a negociação coletiva, período esse que deve guardar um lapso temporal razoável, a fim de que as partes possam se adequar às novas condições de trabalho que estão por vir.

Poder-se-ia afirmar que se trata de espécie de *vacatio legis* da nova convenção coletiva de trabalho. E, conforme visto acima, na medida em que existe um momento certo de início de vigência da nova convenção ou acordo coletivo de trabalho, período correspondente à data-base, as negociações devem encerrar-se em um momento razoável anterior a essa vigência. Esse termo final da negociação

coletiva pode ser encontrado no mesmo corpo legal que define a data base, especificamente no art. 9º da Lei nº. 7.238/84, *in verbis*:

Art. 9º O empregado dispensado, sem justa causa, no período de 30 (trinta) dias que antecede a data de sua correção salarial, terá direito à indenização adicional equivalente a 1 (um) salário mensal, seja ele optante ou não pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS.

Referido artigo impõe ao empregador a obrigatoriedade, quando da dispensa sem justa causa, de pagamento adicional com natureza de indenização equivalente a um salário mínimo mensal, além de todas as verbas rescisórias de praxe, em razão da dispensa ter ocorrido no período de trinta dias anteriores à data-base. O fundamento de tal exigência está ligado ao fato de que o empregado vai deixar de participar da nova política salarial e das novas condições de trabalho a serem estabelecidas em novo instrumento coletivo que vigorará na data-base.

Dessa forma, presume-se que nesse período de trinta dias anteriores à data-base, as partes já tenham ciência das novas condições de trabalho, o que poderia motivar o empregador a reduzir o número de empregados após as novas condições de trabalho estabelecidas. Portanto, o lapso temporal de trinta dias anteriores à data-base serve como fato gerador da indenização exatamente pelo fato de se presumir que nesse período as partes já encerraram em fase de negociação coletiva, tendo em vista o conhecimento da data-base. Dessa forma, é possível afirmar que a negociação coletiva preferencialmente deverá se encerrar 30 (trinta) dias anteriores ao início de vigência do novo acordo ou convenção coletiva de trabalho (data-base).

Já, em relação ao segundo momento, isto é, solicitação de determinadas informações tendo curso a negociação coletiva, este é o momento em que realmente impera o dever de informação, que desempenhará papel decisivo na fundamentação das propostas que sejam rechaçadas, ou mesmo para justificar uma contraproposta, de maneira que o intuito seja sempre o de se realizar uma negociação coletiva pautada no princípio da boa-fé objetiva, que pressupõe deveres de conduta como honestidade, lealdade e cooperação.

Dessa forma, diante do exposto, o dever de informar tem seu momento vinculado ao instante em que ocorre a negociação coletiva de trabalho, na medida em que no direito pátrio, a negociação coletiva atua mais de maneira estática do que

dinâmica, o que justificaria o dever de informação a todo momento, no último caso, uma vez que a negociação coletiva seria presumida também de forma constante, e não periódica ou intermitente.

6.5.4 Esclarecimentos sobre a informação fornecida

O dever de informação não se esgota com o simples ato de divulgação ou entrega da solicitação formulada pela contraparte, ou seja, não é suficiente apenas pôr à disposição da parte solicitante as informações requeridas, na medida em que para cumprir fielmente o dever de informar, é necessário que a informação que se fornece deve possibilitar ao receptor da mensagem que a mesma seja prontamente entendida e interpretada.

Portanto, o dever de informação deve ser conjugado com o dever de esclarecimento acerca da informação, salvo por total impossibilidade técnica, o que significa que a parte que subministra a informação deve conceder meios para a “decodificação” da informação técnica, a fim de melhor esclarecer à contraparte.

Ademais, caso as informações sejam contestadas pela parte receptora, aquele que está obrigado a informar deve comprovar a autenticidade da informação, como por exemplo, relatório assinado e carimbado por contador devidamente registrado em conselho de classe, no caso de solicitação de algum dado contábil, o que já indica a veracidade das informações solicitadas.

6.5.5 Conteúdo da informação

Primeiramente deve ser esclarecido que não é possível se determinar um rol taxativo e completo de todas as possíveis informações que podem ser fornecidas para uma realização plena da negociação coletiva de trabalho. Em verdade, somente as circunstâncias do caso concreto é que vão determinar qual será o conteúdo da informação solicitada por uma das partes, que em geral é a organização sindical representante dos trabalhadores.

Informa o autor Héctor Zapirain que no direito sueco fica estabelecida a obrigatoriedade do empregador informar à organização sindical sobre a atividade

que desenvolve em relação à produção e a economia, bem como a política de pessoal, enquanto na Inglaterra o conteúdo da informação está ligado a toda informação relacionada com a empresa e pela lei peruana o empregador deverá proporcionar informação necessária sobre a situação econômica, financeira e demais relacionadas à atividade da empresa³⁴⁰.

Portanto, as espécies de informação que devem ser fornecidas são aquelas que tenham relação direta com a empresa e que sejam necessárias para facilitar um resultado justo da negociação coletiva de trabalho, ou seja, uma relação direta entre a informação e as matérias que são objeto da negociação.

Essas informações devem ser pertinentes às reais condições econômico-financeiras da empresa ou do setor de atividade econômica, consistindo em balanços patrimoniais, balancetes recentes, demonstrativos de resultados (lucros e perdas), relação mensal de faturamento, fluxo de caixa e outros indicadores de desempenho empresarial³⁴¹.

Segundo Héctor Zapirain, identifica-se, em verdade, dois grandes grupos de matérias das informações, quais sejam informações de caráter macro ou geral e informações pertinentes à empresa. Quanto ao primeiro grupo, é possível elencar política econômica e financeira governamental; políticas e programas relativos à produção e inserção do país no mercado regional e internacional; políticas de emprego, qualificação e formação profissional; situação e perspectivas do ramo ou setor da atividade e; políticas e planos sobre seguridade social, segurança e saúde do trabalho. Já o segundo grupo compreende, em rol exemplificativo, informações relativas à organização econômica e jurídica da empresa; sobre a situação econômica e financeira da empresa; referentes a suas atividades e estratégias de produção e comercialização; organização e produção do trabalho; planos de inovação tecnológica e programas de reestruturação; transferência da empresa, fusão, cisão ou fechamento de estabelecimento e; relativa à política de pessoal,

³⁴⁰ ZAPIRAIN, Héctor. **Derecho de información y negociación colectiva**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 129.

³⁴¹ Anota Enoque Ribeiro dos Santos que sem uma contabilidade confiável, auditoria independente e com reputação e idoneidade de procedimentos, novas ampliações na assimetria de informações poderão destruir o objeto intrínseco da negociação coletiva de trabalho. (SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: LTr, 2004, p. 117.)

como contratações, dispensas e demais condições de trabalho, saúde e seguridade social, distribuição de pessoal, etc³⁴².

Contata-se que, tendo em vista o objeto do presente trabalho, somente as informações elencadas no segundo grupo, ou seja, informações essencialmente atinentes à empresa fazem parte do conteúdo do dever de informação.

6.5.6 Limites ao dever de informação

Os limites do dever de informação na negociação coletiva estão intimamente relacionados com a recusa da parte que detém essas informações, em fornecê-las à contraparte, em razão de fatores de diversas ordens, que serão analisados a seguir, como é o caso do dever de sigilo ou informações que impliquem em perturbação à segurança nacional³⁴³.

Com efeito, em relação a este último caso, uma negociação coletiva entre sindicato profissional e uma indústria de fabricação de armas com poderio militar, não pode se exigir que esta forneça informações que invariavelmente colocariam em risco a segurança nacional, caso houvesse vazamento nessas informações ou mesmo negligência no manejo das mesmas.

6.5.6.1 Informações já previamente conhecidas

Um limite inerente ao dever de informar é o conhecimento da informação pelos sujeitos negociantes, na medida em que a tarefa do dever de informar, sob o ponto de vista geral, é principalmente a de ampliar o conhecimento da parte que

³⁴² ZAPIRAIN, Héctor. **Derecho de información y negociación colectiva**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 130-131.

³⁴³ Francisco de Lima Filho aponta como causas que podem legitimar a negativa da prestação de informações requeridas as seguintes: a) impossibilidade material ou técnica de obtenção da informação; b) a prestação anterior da informação quando não tenha havido qualquer alteração das circunstâncias em que aquelas foram prestadas; c) quando a transmissão das informações possa ocasionar de alguma forma lesão ao interesse nacional ou prejudicar a situação competitiva da empresa; d) quando a informação recaia não sobre questões gerais, mas sobre o âmbito de intimidade de trabalhadores individualmente considerados; e) quando dita informação não esteja em mãos do empresário e este não puder ter acesso a elas e; f) quando os dados a serem informados se revistam de caráter confidencial. (LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Negociação coletiva e boa-fé: o princípio no ordenamento brasileiro e espanhol**. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008, p. 107-108.)

necessita da informação para que seja possível realizar uma negociação coletiva em obediência ao princípio da boa-fé objetiva, porquanto o conhecimento de determinada informação, que tem papel decisivo no desfecho da negociação, por apenas uma das partes, sem que essa a forneça para a contraparte, ofende diretamente o dever de informação decorrente da boa-fé objetiva que permeia as negociações coletivas.

Contudo, se ditas informações já atingiram o campo do conhecimento de uma das partes, que em regra é o sindicato profissional, não há qualquer sentido em se exigir que as mesmas informações sejam prestadas pela outra parte, na medida em que o dever de informação, nesse caso, está satisfeito, e então, conseqüentemente, se extingue.

6.5.6.2 Dever de sigilo

O dever de sigilo, conforme analisado no capítulo antecedente, consiste em um dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva constante do art. 422 do Código Civil nacional. Esse dever anexo surge já na fase preparatória do negócio jurídico e só virá a ser extinto após a execução do contrato, sendo um dos deveres mais frequentemente violados após o fim da relação obrigacional, ou seja, na fase posterior à existência do negócio jurídico, na qual ainda permanece entre as partes uma relação obrigacional sem dever de prestação, sob a rubrica de vinculação especial. Assim sendo, o objeto do dever de sigilo recai, de um modo geral, sobre todas as informações potencialmente lesivas para a contraparte, podendo sua violação, durante o período contratual, gerar dever de indenizar resultante da violação positiva do contrato³⁴⁴.

No âmbito das negociações coletivas não é diferente, na medida em que a informação que uma parte requer, a contraparte que estaria obriga a fornecê-la, adquiriu mencionada informação sob o encargo de manter sigilo sobre o conteúdo da mesma, o que, desde que seja motivadamente não concedida, não haveria que se falar em ofensa ao direito de informação ou ao princípio da boa-fé objetiva, uma

³⁴⁴ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. 1. ed. (2008). 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 211-212.

vez que o dever de sigilo constitui um dos limites da atuação da boa-fé objetiva e, conseqüentemente, do direito de informação.

6.5.6.3 O sigilo empresarial

No plano comercial, encontra-se como limite de um direito à informação o sigilo empresarial, uma vez que este é essencial para a competição da empresa com outras empresas concorrentes. Com efeito, o sigilo empresarial abrange todos os fatos sobre a empresa que não são acessíveis para o público e cuja não-divulgação fica no interesse econômico e legítimo da empresa, como no caso do sigilo técnico (como as patentes, por exemplo) e o sigilo comercial (como no caso das listas dos clientes, por exemplo)³⁴⁵.

Esse limite tem em vista a tutela da livre iniciativa econômica, protegida constitucionalmente³⁴⁶. Sendo assim, nesses casos, também há um limite ao exercício do direito de informação, desde que a parte obrigada a fornecê-la negue de forma motivada.

6.5.7 Extensão das informações a serem fornecidas

A extensão do dever de informação depende das certas condições das partes, de caráter pessoal, cultural, social e, principalmente, econômico. Portanto, quanto maior conhecimento do negócio ou o acesso a esse conhecimento tiver uma parte (em regra o sindicato profissional) em relação à outra (em regra o sindicato econômico), maior será o dever de partilhar as informações pertinentes à justa e eficaz negociação coletiva de trabalho, a fim de equilibrar a posição de uma frente à outra e atingir a igualdade de condições que deve existir entre as partes convenientes³⁴⁷.

³⁴⁵ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 162.

³⁴⁶ Constituição Federal, art. 170, *caput*: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: *omissis...*”.

³⁴⁷ No mesmo sentido, porém sob a perspectiva contratual civil, vide: FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. 1. ed. (2008). 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 230.

Dessa forma, a extensão do direito de informação está relacionado de forma diretamente proporcional à discrepância de conhecimento entre as partes, ou seja, quanto maior a diferença de conhecimento e ou acesso a essas informações, maior será a extensão da informação a ser fornecida, de forma a tornar mais equânime a realização da negociação coletiva de trabalho.

6.5.8 Efeitos do descumprimento do dever de informar

Desde os sistemas jurídicos do Código de Napoleão (1804), bem como o BGB alemão (1896), a aplicação da boa-fé sempre esteve diretamente voltada para a exata informação negocial, ou seja, quando o contratante (ou mesmo o contratado) não fosse bem informado, a solução do problema resultaria em responsabilidade, isto é, a falta de informação gerava o dever de indenizar. Diante disso, os sistemas francês e alemão estavam pautados na informação, demonstrando a importância exercida pelo dever de informação não só como causa da dever de indenizar, mas também como suporte para o bom relacionamento entre os sujeitos negociantes, bem como representa uma face primordial nas relações negociais³⁴⁸.

A principal consequência jurídica da violação dos deveres de consideração (ou de conduta) é a imposição do dever de indenizar, nos termos do art. 389 do Código Civil de 2002³⁴⁹, de maneira que o lesado (quase em sua totalidade o sindicato profissional), em decorrência da infração do dever de consideração (mormente o dever de informação), pode exigir indenização dos danos sofridos além do cumprimento da prestação (o fornecimento das informações pertinentes à realização eficaz da negociação coletiva de trabalho)³⁵⁰.

Dessa forma, caso o sindicato profissional, quando iniciada a negociação coletiva, venha a considerar necessária para o desenvolvimento da mesma, informações acerca de planilhas de custos da mão-de-obra ou mesmo planos de alterações tecnológicas, com a aquisição de maquinário mais modernos, que

³⁴⁸ SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. 1. ed. (2006). 3. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009, p. 36-37.

³⁴⁹ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

³⁵⁰ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. 1. ed. (2008). 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 206-207.

possam vir a culminar com despedidas em massa, e dede que essas informações não estejam protegidas pelos limites ao exercício desse direito, poderá solicitar à empresa negociante (na hipótese de se formalizar um acordo coletivo) essas informações e a mesma se recusar a fornecer ditas informações injustificadamente, fica caracterizada hipótese de descumprimento do dever de informar decorrente do princípio da boa-fé objetiva, na medida que este exige um modelo de conduta das partes, baseada na lealdade e cooperação.

Portanto, o sindicato profissional pode exigir o cumprimento da prestação perante a Justiça do Trabalho, tendo em vista que a matéria é decorrente da relação de trabalho (coletiva), bem como, caso haja dano, requerer indenização pelo descumprimento da prestação de fornecer as informações.

Informa o autor Héctor Zapirain que na Inglaterra a questão se resolve em espaço que não compõe o Poder Judiciário. Com efeito, caso haja violação do dever de informar, a legislação britânica estabelece um procedimento quase judicial, que leva a cabo perante a “Central Arbitration Comité (CAC)” e se inicia com a apresentação de uma demanda por parte do sindicato, informando que o empregador descumpriu a obrigação de revelar informação solicitada. Diante desse fato, a “Central Arbitration Comité” está autorizada a estabelecer, mediante laudo oficial, fixar, unilateralmente, os salários e condições de trabalho, que deverão ser incorporados obrigatoriamente aos contratos de trabalho e não poderão ser modificados por acordo individual³⁵¹.

A última parte da decisão do Comitê inglês tem muita importância no sentido de que as suas decisões poderiam ser descumpridas com a imposição do empregador de que todos os seus empregados, mediante acordo individual, retornassem as cláusulas contratuais ao *status quo ante*, de forma a burlar o determinado por aquele órgão. Dessa forma, a impossibilidade de se alterar a decisão do C.A.C., que fixou salário e condições de trabalho, por acordo individual, revela-se como eficaz instrumento de cumprimento de suas decisões.

Destarte, o descumprimento do dever de informar significa ofensa direta ao princípio da boa-fé objetiva, que qualifica essa prestação como sendo exigível, o que

³⁵¹ ZAPIRAIN, Héctor. **Derecho de información y negociación colectiva**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 121.

acarretará a sua reivindicação judicial, caso descumprida ou cumprida parcialmente, além da possibilidade de indenização caso haja dano em razão do descumprimento.

7. CONCLUSÕES

1) Nos tempos presentes do direito, não mais é possível tomar a autonomia privada individual como intangível aos influxos sociais, à aproximação de valores éticos e morais, na medida em que o pós-positivismo jurídico, principalmente por meio do movimento do constitucionalismo, tratou de reaproximar o direito da justiça, dos valores, o que irradia-se por todos os ramos do direito, mediante o uso, principalmente, das cláusulas gerais.

2) identifica-se, por sua vez, na autonomia privada coletiva, a marca primordial do pluralismo jurídico no direito do trabalho, uma vez que os grupos sociais trabalhistas, especificamente os sindicatos ou organizações sociais podem, mediante negociações coletivas, criar regras de direito que submetem um sem-número de trabalhadores, ainda que não participantes dos processos negociais, tampouco filiados a essas entidades.

3) Verifica-se uma irreversível função democrática exercida pela autonomia privada coletiva, como instrumento capaz de atribuir melhores condições aos trabalhadores, sem a necessidade de se aguardar a iniciativa legislativa para a edição de leis, fomentando, assim, o diálogo e a composição dos conflitos coletivos por meio da negociação coletiva de trabalho.

4) O simples reconhecimento constitucional dos acordos coletivos de trabalho confirma a desnecessidade de as empresas de fazerem representar em uma negociação coletiva exclusivamente por seus sindicatos respectivos. Observe-se, por outro lado, que a prescindência do sindicato econômico restringe-se aos acordos coletivos, na medida em que é obrigatória a sua participação quando da formalização de uma convenção coletiva de trabalho. Isto posto, a obrigatoriedade de participação dos sindicatos em uma negociação coletiva é um mandamento constitucional direcionado à classe trabalhadora.

5) A negociação coletiva de trabalho não necessariamente põe fim aos conflitos de interesses entre classe econômica e profissional, conforme analisado acima, sendo mais prudente considerar-se que a negociação coletiva bem-sucedida, ou seja, aquela que originou uma convenção (ou acordo) coletiva de trabalho, em verdade harmoniza transitoriamente esse conflito, ao estipular melhores condições de trabalho.

6) O sistema jurídico é concebido não mais como sistema fechado, isolado da realidade social, sendo, doravante, tomado como um sistema aberto aos influxos dos valores éticos e morais, fazendo uso das cláusulas abertas ou gerais, porta de entrada para conceitos ligados à eticidade. Ademais, a boa-fé objetiva como princípio jurídico permite que no exercício de interpretação e aplicação do direito sejam construídos todos os aspectos que circundam a cláusula geral da boa-fé, principalmente quando da produção de deveres jurídicos anexos, como no caso do dever de informação que atua na negociação coletiva.

7) Ademais, especificamente tratando da cláusula geral da boa-fé, esta teve (e continua tendo) importante função na jurisprudência, ao possibilitar que juízes construíssem ou desenvolvessem teorias acerca dos deveres jurídicos anexos à boa-fé objetiva, como no caso do dever de informação que deve figurar nas tratativas obrigacionais.

8) na sua primeira função, a boa-fé objetiva atua como verdadeiro cânone capaz de preencher as lacunas existentes na relação contratual, haja vista que a relação contratual está cercada de eventos e manifestações, sejam fenomênicos ou jurídicos, que nem sempre são previstos pelos contraentes. Ou seja, quando do exercício da função hermenêutica integrativa, a boa-fé não atua simplesmente como recurso para a interpretação flexibilizadora da vontade das partes negociantes, mas, também, na integração das lacunas porventura exigidas.

9) Em uma relação obrigacional, além dos deveres primários de prestação que definem o próprio tipo contratual, há aqueles deveres secundários, porém com prestação autônoma ou mesmo coexistente em relação aos deveres principais, mas que também não se confundem com os deveres secundários meramente acessórios da obrigação principal (por exemplo, a conservação da coisa negociada em contrato de compra e venda). São os deveres instrumentais ou laterais, ou mesmo deveres acessórios de conduta, deveres de conduta, deveres de proteção ou deveres de tutela. Esses deveres jurídicos anexos são derivados, sobretudo, da incidência da boa-fé objetiva, e situam-se autonomamente em relação à prestação principal, sendo mencionados como avoluntarísticos nos casos de inidoneidade da regulamentação consensual para exaurir a disciplina da relação obrigacional entre as partes, como é o caso dos deveres de informação, em atendimento ao mandamento da boa-fé objetiva, e também por expressa disposição legal (CDC, art.

12, entre outros); os deveres de lealdade, colaboração e cooperação e; os deveres de omissão e de segredo, além dos deveres de esclarecimento e, principalmente, tendo em vista o objeto do presente trabalho, os deveres de informação.

10) Ato contínuo, a boa-fé objetiva, ao ensejar a criação de deveres instrumentais (autônomos), torna efetivamente exigível a prestação e coerentemente exercitáveis os direitos que derivam da negociação (em todas as suas fases), ou seja, o dever de informação, apodicticamente, é um princípio autônomo, sendo perfeitamente exigível como prestação autônoma e independente da prestação principal.

11) No âmbito das negociações coletivas, o princípio da boa-fé objetiva impõe às partes que assumam determinado comportamento de maneira que seja impregnado de retidão e honestidade, que invariavelmente passa pela comunicação das informações relacionadas ao negócio jurídico, especialmente aquelas informações imprescindíveis para a formação do juízo, que implicam necessariamente na conveniência e oportunidade do negócio.

12) Dúvidas não pairam sobre a incidência do princípio da boa-fé objetiva no direito do trabalho, seja no direito individual, seja no direito coletivo do trabalho, em que pese a sua inserção nesse ramo da ciência jurídica ter ocorrido mais intensamente no contrato individual do trabalho, o que de certa maneira é justificável, tendo em vista a desigualdade que impera nas relações individuais do trabalho, por força da existência de uma figura hipossuficiente em um dos pólos da relação, consubstanciada na figura do trabalhador.

13) A boa-fé objetiva atinge as relações coletivas de trabalho, uma vez que no campo das negociações coletivas a boa-fé deverá nortear o diálogo, além de estar presente na celebração dos acordos e convenções coletivas de trabalho, alcançando, inclusive, momento posterior, isto é, na sua execução e, se necessário, no procedimento de revisão dos instrumentos coletivos.

14) Destarte, o princípio da boa-fé objetiva encontra campo fértil do ramo laboral para incidir nas relações trabalhistas, sejam individuais ou coletivas, de forma plena, isto é, deve ser aplicado em toda a sua dimensão e funções principais, tais quais a função hermenêutica-integrativa, função de norma produtora de deveres jurídicos e função de norma limitadora do exercício de direitos subjetivos, a fim de se coibir os abusos de direito.

15) É, assim, o princípio da boa-fé objetiva fruto do paradigma da pós-modernidade (considerando-se as ciências de modo geral), e em sentido mais estrito, fruto do paradigma do pós-positivismo jurídico, em que regras e princípios são tipicamente normas, capazes de por si só resolver um caso concreto.

16) No direito pós-positivista, a negociação coletiva é encarada sempre à luz do princípio da boa-fé objetiva, que se revela como princípio que norteia todo o ordenamento jurídico, e não apenas o direito civil. Com efeito, em uma de suas manifestações, o princípio da boa-fé objetiva impõe a observância do dever de informar quando da realização da negociação coletiva, que não mais pode ser abordada de forma dissociada da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, uma vez que só se concebe uma negociação coletiva justa e eficaz a partir do momento em que estiver coadunada com os influxos éticos alcançados pela boa-fé objetiva.

17) O dever de informar é correlato à relação obrigacional desde a sua origem até o seu propósito final, envolvendo as tratativas preliminares, bem como a fase pós-contratual, tendo como fundamento uma necessidade, qual seja a discrepância no que diz respeito ao acesso e posse de determinadas informações, isto é, uma parte possui determinada informação e a outra parte necessita da mesma.

18) No âmbito da negociação coletiva, ambas as partes precisam de informação para poder negociar, na medida em que se torna complicado uma negociação clara sem que se possua a informação pertinente. Com efeito, a elaboração da estratégia e o manejo de argumentos racionais e lógicos, que tem como principal função permitir aos negociadores sustentar de forma consistente suas posições, exige que os mesmos, principalmente o sindicato profissional, tenham domínio e conhecimento adequado dos temas e matérias objeto da negociação, para as quais é vital a informação.

19) O ordenamento jurídico pátrio acolhe expressamente o dever de negociar quando da provocação realizada por algumas das partes, oportunidade na qual a contraparte não poderá recusar, ou seja, deverá entabular com o solicitante as tratativas, propostas e contrapropostas próprias da negociação coletiva de trabalho. Nesse sentido, as partes se obrigam a examinar as propostas recíprocas e a formular contrapropostas convergentes, substitutivas, modificativas ou supressivas, de tal maneira que, sempre a rejeição de uma cláusula ou propostas implique a discussão dos motivos dessa rejeição, que a parte se obriga a explicitar.

20) Consolidado que no direito brasileiro há determinação expressa de que sindicatos e empresas têm o dever de negociar quando provocadas, fica fácil concluir-se que, por força do princípio da boa-fé objetiva, o dever de negociar está intimamente ligado ao dever de negociar de boa-fé.

21) Ademais, apodicticamente vão atuar no âmbito da negociação coletiva baseada no princípio da boa-fé objetiva os deveres jurídicos anexos, principalmente o dever de informação, essencial para que o sindicato profissional tenha uma real dimensão da situação econômico-financeira da empresa ou conjunto de empresas negociantes, de maneira que as propostas e contrapropostas estejam dentro de um parâmetro o mais próximo da realidade, o que possibilitará, sem dúvidas, que seja posta em marcha uma negociação coletiva eficaz, gerando, por fim, convênio coletivo que atribua efetivas melhores condições de trabalho.

22) O dever de negociar pressupõe, de forma clara, a disposição para negociar, sempre tendo como norte o princípio da boa-fé objetiva. Dessa forma, o dever de negociar de boa-fé exige a obrigação dos sujeitos negociantes de participarem de maneira ativa e sincera diante das deliberações, de forma que se possa deduzir de seus comportamentos uma real intenção de se encontrar as bases para o acordo. É dizer, a disposição para negociar, que supõe a incidência do princípio da boa-fé objetiva, implica comportamento das partes que evitem posições ou propostas absurdas, negativas ou desestabilizadoras exigindo, portanto, atitudes capazes de eliminar as obstruções, bem como postura de transigência até o limite das possibilidades de cada representação, com fins de ao final se lograr êxito no acordo.

23) O princípio da boa-fé objetiva é, indubitavelmente, fonte do dever de informar, atuando nas fases pré-contratual, de execução contratual e pós-contratual (no direito civil), garantindo, dessa forma, o exercício de liberdade negocial entre o sindicato profissional e determinada empresa ou grupo de empresas, ou mesmo sindicato econômico da categoria que esteja buscando melhores condições de trabalho, ao aplicar-se o princípio da boa-fé objetiva nas relações de trabalho, mormente no âmbito das negociações coletivas.

24) O princípio da boa-fé objetiva impõe às partes da negociação coletiva a observância de regras de honestidade, não apenas no que diz respeito ao dever de lealdade no negociar, mas também, e principalmente, quanto aos deveres de

comportamento, como o dever de informação, que, em decorrência do princípio da boa-fé objetiva, bem como do dever de negociar de boa-fé, irradia-se, indubitavelmente por todos os momentos das negociações coletivas de trabalho.

Portanto, as partes negociadoras que representam os interesses da categoria de trabalhadores e os empregadores (ou respectivo sindicato) devem observar o dever de informação que surge desde o primeiro momento com a apresentação da proposta negocial, perdurando até a conclusão e execução final do pacto.

25) O dever de informação nas negociações coletivas significa que os sujeitos negociantes prestarão, de forma recíproca, aquelas informações realmente necessárias à fundamentação de suas propostas e contrapropostas (ou simples respostas), na medida em que a negociação coletiva requer o pleno acesso, por parte dos interlocutores, às informações que se encontram em poder da contraparte, sobretudo em poder das empresas. Por isso mesmo, a falta de informações essenciais ou a prestação defeituosa das informações indubitavelmente vão implicar no insucesso da negociação coletiva como um todo, ou na melhor das hipóteses, na diminuição da capacidade negocial daquele que solicita as informações.

26) O dever de informação possibilita uma negociação mais justa, consciente, que protege a saúde, a integridade, a segurança da categoria de trabalhadores envolvida, e direciona para as conseqüências econômicas que a relação de trabalho pode acarretar, isto é, melhores condições de trabalho, com a certeza de que se fez a melhor negociação (em relação aos termos consignados), e de que faria novamente, no futuro. Ademais, as chances de defesa e de proteção da classe trabalhadora aumentam muito em virtude das informações, uma vez que, quanto maiores e verazes as informações, indubitavelmente maiores serão também as oportunidades de tutela e proteção.

27) Após consolidadas todas as premissas necessárias para se constatar que, independentemente de um dispositivo legal expresso, dúvidas não restam de que, em razão do princípio da boa-fé objetiva (com a dimensão alcançada no paradigma pós-positivista das ciências jurídicas), principalmente quando da sua atuação na qualidade de norma produtora de deveres de comportamento, sobretudo o dever de informação e o seu revés, o direito de informação, como uma prestação exigível, bem como a sua irradiação por todo o ordenamento jurídico, a única

conclusão que se pode chegar é que no âmbito das negociações coletivas impera o dever de informação.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2005.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

ASSE, Vilja Marques. Princípio da adequação setorial negociada: o surgimento de um novo princípio na história da Justiça Laboral. In: **Direito coletivo moderno: Da LACP e do CDC ao direito de negociação coletiva no setor público**. SANTOS, Enoque Ribeiro dos (org.). São Paulo: LTr, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BACON, Francis. **Novum organum**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTR, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da Supremacia do interesse público. In: **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005.

BERNARDES, Hugo Gueiros. Princípios da negociação coletiva. *In: Relações coletivas de trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. TEIXEIRA FILHO, João de Lima (coordenador). São Paulo: LTr, 1989.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Direito de Estado na obra de Emanuel Kant**. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito do trabalho: direito individual e direito coletivo de trabalho**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro**. Padova: CEDAM, 1936.

CARREIRO, Luciano Dorea Martinez. **Limites constitucionais ao exercício da autonomia coletiva sindical**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2002.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. CARDONE, Marly A. **Direito social**. 2. ed. vol. 1. São Paulo: LTr, 1993.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

DESCARTES, René. **Discurso do método. Regras para direção do espírito**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

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

DUARTE, Ícaro de Souza. **A posição hierárquica da convenção coletiva de trabalho**. In: Revista Magister de Direito Trabalhista e previdenciário. Ano VII. volume 39 (novembro/dezembro de 2010). p. 58-83.

DURKHEIM, Émile. **Regras do método sociológico**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Tradução J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. RUZYK, Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. 1. ed. (2008). 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Contratos: Teoria Geral. 2. ed. vol IV. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIUGNI, Gino. **Introducción al estudio de la autonomía colectiva**. Granada: Editorial Comares, 2004.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 8. ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GUTIÉRREZ, Juan Escribano. **Autonomia individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo**. Madrid: CES, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fonte, 2003.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Negociação coletiva e boa-fé: o princípio no ordenamento brasileiro e espanhol**. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008.

LUDWIG, Marcus de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. MARTINS-COSTA, Judith (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitucion**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2001.

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de direito do trabalho**: direito coletivo do trabalho. volume 3. São Paulo: LTr, 1980, p. 224.

MANUS, Pedor Paulo Teixeira. **Negociação coletiva e contrato individual de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.

MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDEIROS, Mauro. **A interpretação da convenção coletiva de trabalho**. São Paulo, LTr, 2003.

MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. **A intangibilidade dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MONTEIRO BARROS, Alice. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

MORAES FILHO, Evaristo de. Tendências do direito coletivo do trabalho. In: **Relações coletivas de trabalho**: estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind. TEIXEIRA FILHO, João de Lima (coordenador). São Paulo: LTr, 1989.

MORAES, Renata Nóbrega Figueiredo. **Flexibilização da CLT**: na perspectiva dos limites da negociação coletiva. Curitiba: Juruá, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

NEUER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2000.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p. 315.

POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. 1. ed. 2. tiragem (2007). São Paulo: Saraiva, 2005.

RUPRECHT, Alfredo. **Conflitos coletivos de trabalho**. trad. José Luiz Ferreira Prunes. São Paulo: LTr, 1979, p. 278.

_____. **Relações coletivas de trabalho**. trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995, p. 1013.

SÁ, Maria Cristina Haddad de. **Negociação coletiva de trabalho no Brasil**. São Paulo, LTr, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

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

SANTOS, Jonabio Barbosa dos. **Liberdade sindical e negociação coletiva como direitos fundamentais do trabalhador**: princípios da Declaração de 1998 da OIT. São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. 1. ed. (2006). 3. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009.

SCUDELER NETO, Julio Maximiano. **Negociação coletiva e representatividade sindical**. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, Otavio Pinto e. **A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Contrato coletivo de trabalho**: perspectiva de rompimento com a legalidade repressiva. São Paulo: LTr, 1991, p. 231.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Teoria geral do direito civil.** Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 631.

_____. et alli. **Instituições de direito do trabalho.** 19. ed. vol. 2. São Paulo: LTr, 2000, p. 1563.

TRINDADE, Washington Luiz da. **Preleções sobre a aporia da vontade coletiva.** *In: Ângulos: revista dos estudantes da Faculdade de Direito da UFBA, nº. 1.* Salvador: Centro acadêmico Ruy Barbosa, 1999.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência.** Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito.** 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

XIMENES, Sérgio. **Minidicionário Ediouro da língua portuguesa.** 2. ed. São Paulo: Ediouro, 2000.

ZAPIRAIN, Héctor. **Derecho de información y negociación colectiva.** Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.