

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

THIAGO TORRES GUEDES

A JUSTIÇA NOS CONTRATOS COLETIVOS

Porto Alegre
2006

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

THIAGO TORRES GUEDES

A JUSTIÇA NOS CONTRATOS COLETIVOS

Dissertação apresentada ao Programa de PósGraduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Cláudio Fortunato Michelin Jr.

Porto Alegre
2006

Dedico este trabalho a todos os advogados que compreenderam a beleza e a importância do ofício.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Cláudio Fortunato Michelin Jr., pela amizade, paciência, segura orientação e imenso exemplo. Agradeço à Faculdade de Direito da UFRGS, fantástica casa, onde tive o privilégio de estudar e iniciar minha carreira docente. Agradeço aos meus colegas de escritório, pelo tempo roubado, em especial ao Roberto, pela leitura e revisão crítica deste texto. Agradeço, por fim, a minha família, principalmente à Carolina, pelo incondicional apoio e enorme compreensão.

“A nosso ver, a Justiça não se identifica com qualquer desses valores, nem mesmo com aqueles que mais dignificam o homem. Ela é antes a condição primeira de todos eles, a condição transcendental de sua possibilidade como atualização histórica. Ela vale para que todos os valores valham. Não é uma realidade acabada, nem um bem gratuito, mas é antes uma intenção radical vinculada às raízes do ser do homem, o único ente que, de maneira originária, é enquanto *deve ser*. Ela é, pois, tentativa renovada e incessante de harmonia entre as experiências axiológicas necessariamente plurais, distintas e complementares, sendo, ao mesmo tempo, a harmonia assim atingida.”

Miguel Reale

RESUMO

Como contrato que é, o contrato coletivo não pode ser examinado de forma isolada, apenas a partir dos ramos da ciência do direito em que reiteradamente incide. O presente trabalho tem por objetivo o estudo dos contratos coletivos, inseridos na lógica de reconstrução dos contratos como categoria jurídica e à luz de uma concepção específica de justiça. A pretensão é situar os contratos coletivos como manifestação de justiça comutativa, compondo, junto com a regra estatal, um todo normativo harmônico. Esta visão possibilita o enfrentamento de duas das questões mais tormentosas sobre o tema, quais sejam a dos seus limites materiais e a da escolha de seus métodos interpretativos.

ABSTRACT

Collective bargaining, being a contract in nature, cannot be examined in an isolated form, by only covering the parts of the law it specifically influences. The objective of this research work is to study the subject of collective bargaining inserted within the logic of contract review activities as their own legal matter category, and under the light of a specific concept of justice. The intention here is to position collective bargaining as a manifestation of commutative justice, which comprises, together with state regulation, a harmonious group of concepts. This vision allows the collision of two of the most conflicting questions around this subject: where do its material limits are, and the choice of its interpretative methods.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. <i>Delimitação do objeto.....</i>	10
2. <i>Pluralismo de fontes como pressuposto.....</i>	16
3. <i>O contrato coletivo como categoria jurídica.....</i>	18
4. <i>A politização e polarização do debate sobre o contrato coletivo.....</i>	27
5. <i>O plano da dissertação.....</i>	34
I – VONTADE E JUSTIÇA COMO FUNDAMENTOS DOS CONTRATOS COLETIVOS.....	37
A) Voluntarismo e superação.....	37
1. <i>Formação do voluntarismo.....</i>	37
2. <i>Reação ao voluntarismo.....</i>	49
a) <i>Direito do Trabalho e posteriores intervenções heterônomas.....</i>	50
b) <i>A reconstrução do contrato como categoria jurídica geral.....</i>	59
3. <i>Paradoxos do voluntarismo nos contratos coletivos.....</i>	73
B) Justiça e autonomia privada coletiva	84
1. <i>Justiça distributiva, justiça comutativa e justiça social</i>	85
2. <i>Da autonomia privada individual à autonomia privada coletiva.....</i>	93
3. <i>Poder e justiça nas relações coletivas</i>	101
II – JUSTIÇA NOS CONTRATOS COLETIVOS.....	116
A) A justiça nos planos individual e coletivo.....	117
1. <i>Princípios informadores e reflexos constitucionais.....</i>	117

2. Critérios de justiça na heteronomia estatal e na autonomia coletiva.....	135
B) Aplicações na sistemática de contratação coletiva	154
1. Limites materiais dos contratos coletivos	154
2. Interpretação dos contratos coletivos.....	170
CONCLUSÃO	186
REFERÊNCIAS.....	192

INTRODUÇÃO

1. Delimitação do objeto

A história do direito no século XX é a história da superação do paradigma individualista que imperou durante a maior parte do século XIX, não somente em decorrência da matriz individualista do mais influente de todos os códigos, a saber, o Código Civil Francês¹, mas também da estrutura conceitual individualista elaborada pela pandectística².

O individualismo determinou a construção dos três conceitos centrais do direito privado (que acabaram determinando também a estrutura conceitual de vários outros campos da experiência jurídica), a saber: o sujeito de direito, o direito subjetivo e o negócio jurídico.

¹ Em grande medida a ideologia do *Code* é a da Revolução Francesa. O individualismo é tão parte da revolução que uma das leis revolucionárias (a *Loi le Chapelier*) proíbe as associações em França, em 1791.

² Assim, Puchta, ao conceber sua pirâmide de conceitos, colocou no topo da pirâmide o conceito de autonomia kantiano, ou seja, o conceito de um indivíduo que cria regras para si mesmo (ver LARENZ, Karl *Metodologia da ciência do direito*. Tradução J. Sosa Brito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969, p 19-26).

Ao longo do século XIX, as relações de produção e consumo em massa transformaram a economia e se transformaram no novo paradigma econômico e sociológico do processo produtivo. Passou a ser progressivamente mais difícil negar a necessidade de estabelecer um regime jurídico para essas relações de massa.

A reação ao individualismo no direito começa pela atuação de sujeitos de direito que não são nem o indivíduo nem o Estado: os chamados corpos intermediários ganham um estatuto jurídico próprio. A seguir, já em meados do século XX, será a vez de uma profunda reconstrução da teoria das situações jurídicas subjetivas para incluir, ao lado dos direitos subjetivos (e de outras figuras clássicas do individualismo, como a expectativa de direito ou o interesse legítimo), direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos (na terminologia adotada pela Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor)³. Daí decorre o fato de que os estudos sobre a proteção coletiva por responsabilização civil tenham avançado tanto no direito ambiental e no direito do consumidor. Da mesma sorte não gozaram as relações coletivas instituídas voluntariamente, exceto quanto ao Direito do Trabalho, mas, ainda, dentro de um debate técnico-jurídico com forte influência ideológica.

No campo das relações de trabalho é notória a importância dos contratos coletivos no surgimento e desenvolvimento da idéia de tutela ao contratante hipossuficiente. Com correção, a doutrina reconhece que os primeiros mecanismos de proteção, que impuseram limites mínimos à autonomia privada individual⁴, foram

³ Já na primeira metade do século alguns juristas identificaram os chamados 'interesses coletivos', mas o estatuto jurídico de tais interesses não era claro. Além disso, o interesse coletivo aparecia como figura excepcional, sendo o direito subjetivo a situação jurídica coletiva padrão.

⁴ Conforme Ana Prata, "autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder *reconhecido* pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente, a sua actividade econômica), realizando livremente

aqueles emanados da atuação dos grupos de trabalhadores⁵. Isso decorreu dos postulados da Revolução Francesa, que impuseram aos atores da relação de trabalho própria da Revolução Industrial o labor mediante um contrato substancialmente injusto e a um Estado não interventor nas relações entre privados. Ao longo dos séculos XIX e XX o contrato coletivo de trabalho se desenvolve, assumindo feições variantes, de acordo com ordenamento jurídico e a formatação política de cada País.

O presente trabalho pretende uma investigação sobre o contrato coletivo. Não uma investigação centralmente conceitual, na qual se poderia perquirir dos elementos que o compõem como categoria jurídica. Da mesma forma, não pretende investigar precipuamente sua natureza jurídica, embora este exame faça parte, por via reflexa, do caminho que se pretende aqui trilhar. Ainda, não se pretende examinar especificamente o contrato coletivo de Direito do Trabalho, mas buscar conclusões que possam ser utilizadas para uma compreensão geral do instituto. Entretanto, não é possível fugir de um exame recorrente na doutrina e nos exemplos

negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”.(PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11).

⁵ Nesse sentido, nos revela Ruprecht: “El cambio que se produjo fu debido a la realidad social del momento. Los principios fundamentales del liberalismo: libertad del trabajo y de la industria, libertad de los convênios y la libre propiedad individual, trajeron dos consecuencias que incidieron seriamente sobre la classe trabajadora: la no intervención de lo Estado en las relaciones obreropatronales y un sojuzgamiento total del trabajador hacia su empleador. Esta última situación fue tan grave que en todos los países de alzaron y hubo movimientos para cambiar ese estado de cosas. Por otra parte, pese a las prohibiciones, habíanse constituido asociaciones de trabajadores y de patronos, estableciéndose al comienzo como las antiooperativas, tansformándose luego en verdaderos organismos militantes y câmaras sindicales que por su organización y medios de acción se asemejaban a los modernos sindicatos”. (RUPRECHT, Alfredo J. *Derecho colectivo del trabajo*. México: Universidad Nacional Autónoma, 1980, p. 33). Giugni, alerta que ainda não se podia falar, nas origens, de típica contratação, mas do que chama *determinação unilateral*: “A determinação unilateral foi típica nas origens e teve alguma importância somente na experiência francesa, até a I Guerra Mundial, e, também, na experiência anglo-saxônica. Sem contratar nada com a contraparte, o grupo de trabalhadores decidia assumir o trabalho somente sob determinadas condições. O empresário se encontrava, assim, diante, de coalizão que, se bem organizada, conseguia impor as condições estabelecidas pelo grupo”. (GIUGNI, Gino. *Direito sindical*. Tradução Eiko Lúcia Ilioka. São Paulo: LTr, 1991, p. 97). No Brasil, Catharino é categórico: “As primeiras convenções antecederam ao intervencionismo estatal, à lei trabalhista escrita. (CATHARINO, José Martins. *Tratado elementar de direito sindical*. São Paulo: LTr, 1977, p. 198).

jus-laboralistas, já que a história do contrato coletivo se confunde com a da evolução do próprio Direito do Trabalho.

A intenção do estudo é colaborar para a resolução de duas questões, umbilicamente vinculadas, que atualmente centralizam o debate quando o tema é o contrato coletivo. E, em nosso entendimento, salvo em algumas boas exceções, acabam por receber soluções insatisfatórias – já que em regra preponderantemente ideológicas – pela doutrina e pelas decisões judiciais que as examinam.

A primeira das questões diz com a corrente afirmação de que o contrato coletivo, como meio de regulação de relações entre privados, pode se sobrepor e afastar, com vantagens, a intervenção estatal realizada através de normas heterônomas imperativas⁶. Com efeito, são comuns as propostas de que o grupo, em sua prerrogativa contratual, *pode* superar a função do ordenamento estatal de equilibrar relações que, no plano individual, são substancialmente desiguais. Algumas sustentam esta possibilidade incondicionalmente⁷. Outras condicionam – daí o *pode* – a prevalência do contrato coletivo à capacidade de organização de cada grupo.

⁶ No campo do Direito do Trabalho tais proposições foram apelidadas de “prevalência do negociado sobre o legislado”, podendo ser sintetizadas no Projeto de Lei 5.483/2001 enviado ao Congresso Nacional pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, que previa alteração do art. 618 da CLT para que contivesse a seguinte redação: “Art. 618. Na ausência de convenção ou acordo coletivo firmados por manifestação expressa da vontade das partes e observadas as demais disposições do Título VI desta Consolidação, a lei regulará as condições de trabalho. § 1º. A convenção ou acordo coletivo, respeitados os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, não podem contrariar lei complementar, as Leis n. 6.231, de 14 de abril de 1976, e n. 7.418, de 16 de dezembro de 1985, a legislação tributária, a previdenciária e a relativa ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, bem como as normas de segurança e saúde do trabalho. § 2º. Os sindicatos poderão solicitar o apoio e o acompanhamento da central sindical, da confederação ou federação a que estiverem filiados quando da negociação de convenção ou acordo coletivo previstos no presente artigo”. Com a posse do Governo Lula o projeto foi retirado.

⁷ Nesse sentido, por todos ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

O trabalho nega a hipótese e busca fixar a posição harmônica e complementar entre as fontes heterônomas estatais e as autônomas coletivas, não em relação de prevalência, mas de precedência lógica. Os planos individual e coletivo são distintos, irreduzíveis a um e, o que é fundamental, necessariamente interdependentes para que se estabeleça logicidade e harmonia ao sistema. Essa compreensão é capaz de definir os limites do contrato coletivo, não em conclusão ideológica e refratária ao sistema de direito positivo, e sim de forma a aliar o princípio de segurança jurídica com o imperativo de justiça. Não se pode pensar, portanto, em substituição do papel normativo do Estado, quanto mais condicionar a hipótese ao nível de organização do grupo, o que, além de tudo, estabeleceria excessiva subjetividade na aplicação das normas.

A segunda questão enfrentada, que de certa forma decorre da primeira, diz respeito aos critérios a serem utilizados para interpretação e aplicação dos contratos coletivos. Ressalva-se, aqui, que não se pretende discorrer de forma aprofundada sobre as possíveis teorias de interpretação, em descrição que já foi feita de forma exemplar pela doutrina⁸, mas apenas identificar se são aplicáveis critérios interpretativos utilizados para lei ou para contratos e, fundamentalmente, o porquê. A investigação se justifica porque, como reação à posição que sustenta a possibilidade de que a auto-regulação substitua a normatização heterônoma, são comuns as manifestações tendentes a reduzir o contrato coletivo a mais uma fonte de direito, subordinada e, principalmente, interpretada e aplicada de acordo com os critérios utilizados para normas provindas do poder estatal.

⁸ No Brasil, por exemplo, NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2000. Na doutrina jus-laboralista estrangeira, DE LA CUEVA, Mário. *Derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1970; e OJEDA AVILÉS, Antônio. *Derecho sindical*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

A intenção é demonstrar que assim como não se pode, ideologicamente, fazer prevalente *a priori* a fonte coletiva, também não é juridicamente correto pensá-la em chave heterônoma, interpretando-a e aplicando-a nos moldes em que se faz com a lei. Para isso, é necessário desde logo afastar os critérios de escolha normalmente utilizados pela doutrina ou pela jurisprudência: ser a relação jurídica, objeto do exame, integrante do Direito Público ou do Direito Privado, ou ser o contrato coletivo, em suas características, lei ou contrato, não é decisivo para definição dos critérios de interpretação⁹. A questão é outra, e diz com as possibilidades de realização de *justiça* em cada um dos planos – individual ou coletivo – da relação jurídica.

A pesquisa e a conclusão a que se chega buscam fundamentação filosófica nos critérios da justiça aristotélico-tomista. Sem a pretensão de fazer deste texto um exame aprofundado de filosofia do direito, sustenta-se a plena adequação, para identificação dos limites materiais e dos critérios de interpretação dos contratos coletivos, das categorias do justo distributivo e do justo corretivo elaboradas por Aristóteles¹⁰ e universalizadas por Tomás de Aquino¹¹. Para tanto, busca-se afastar a compreensão dos contratos coletivos a partir de concepção voluntarista¹² que, ao invés de auxiliar na solução das indagações, acabou por gerar conclusões que, via de regra, ideologizaram e tangenciaram o problema.

⁹ A doutrina que examina a questão, em regra, inicia a discussão com a definição de Carnelutti sobre o contrato coletivo: “corpo de contrato e alma de lei”. Nesse sentido, por todos Russomano, que poetisa o instituto chamando-o de *centauro jurídico*. (RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios gerais de direito sindical*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000).

¹⁰ Fundamentalmente no Livro V da *Ethica Nicomachea*.

¹¹ Principalmente, na *Suma Teológica*, no livro destinado à justiça.

¹² Aqui compreendida como a adotada nas codificações oitocentistas, inspiradas nos postulados da Revolução Francesa. Sobre a história da codificação, por todos, ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

Sustenta-se, em síntese, que o contrato coletivo, como categoria, implementa a idéia de justiça comutativa aristotélico-tomista. A partir desta premissa é que deve ser examinado. E isso assim ocorre porque, na sua função de regular as relações em que um dos pólos é hipossuficiente, o Estado estabelece, pelo conjunto de normas heterônomas, a pretendida e possível medida de justiça distributiva. A partir da desigualdade corrigida pela atuação da lei é que atuará o contrato coletivo, de necessária compreensão em lógica comutativa. Com isso não se quer dizer que no plano coletivo impera o voluntarismo, no sentido em que decorre dos postulados da Revolução Francesa, mas sim que na troca econômica equilibrada e na idéia de sinalagma é que se encontra o fundamento de vinculatividade dos contratos coletivos.

Ressalva-se que não são raras as posições que alcançam o mesmo resultado. Com efeito, pode-se dizer até que são majoritárias as vozes que sustentam não haver prevalência dos contratos coletivos sobre as fontes heterônomas e que os contratos coletivos, sendo contratos, interpretam-se e aplicam-se como tais. A diferença, aqui, é o caminho trilhado para tais conclusões que, salvo melhor juízo, as protegem melhor de críticas, por vezes procedentes, lançadas contra as mencionadas posições majoritárias.

2. Pluralismo de fontes como pressuposto

O exame do contrato coletivo, nos aspectos em que se quer abordá-lo, tem por pressuposto a crença de que o direito deve ser compreendido em contexto de

pluralismo jurídico¹³. O pluralismo surge como reação à idéia de que há identidade entre o Estado e o direito, concebida como monismo jurídico. Este encontra a sua máxima expressão em Kelsen, para quem a distinção entre direito público e direito privado possui feição ideológica, sendo o negócio jurídico entre privados também um ato de Estado porquanto é “fato de produção jurídica atribuível à unidade da ordem jurídica”¹⁴.

Para o pluralismo, o ordenamento jurídico compõe-se de variedade de fontes normativas, advindas de entidades descentralizadas e autônomas que não se esgotam no Estado e que legislam em decorrência de um poder próprio. Conforme Reale, na teoria pluralista a experiência jurídica é constituída de distintos ordenamentos, com igual grau de validade¹⁵. Encontra suas origens no institucionalismo de Hariou e na teoria de Santi Romano, a quem Bobbio defere a primazia na difusão da expressão ordenamento jurídico¹⁶, com a obra “L’Ordinamento Giuridico”.

Cabe ao próprio Bobbio uma das mais conceituadas manifestações acerca do pluralismo jurídico, em sua obra Teoria do Ordenamento Jurídico¹⁷, na qual defende um critério não-formal do direito, deslocando o centro da investigação da norma para

¹³ No mesmo sentido, em relação ao estudo da autonomia privada coletiva, já tinha observado RIBEIRO DA SILVA, Walküre Lopes. Autonomia privada coletiva e o direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 97, p. 27-39, 2000.

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 312.

¹⁵ REALE, Miguel. *Fontes e modelos de direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

¹⁶ Conforme BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999, p. 197.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

o ordenamento jurídico, com base institucionalista¹⁸. No Brasil, é fundamental a posição de Reale, que ao elaborar a sua teoria dos modelos se assume como pluralista, acolhendo a existência de ordenamentos autônomos, mas reconhecendo um predomínio do ordenamento jurídico-estatal¹⁹.

O pluralismo aqui estabelecido como pressuposto de estudo do contrato coletivo, entretanto, não se confunde com qualquer forma de sociologismo jurídico, como em Erlich, que reduz o direito ao fato²⁰. É utilizado fundamentalmente em seu caráter metodológico, atrelado à idéia de ordenamento jurídico, assim como em Bobbio e em Reale. A utilização do pluralismo como premissa metodológica permite uma correta compreensão das relações entre o ordenamento estatal e os ordenamentos não-estatais²¹, fundamental para este exame que se pretende relacional entre contrato coletivo e a lei.

3. O contrato coletivo como categoria jurídica

A tarefa de conceituar o contrato, como instituto jurídico, pressupõe necessariamente o seu exame no contexto histórico. Nesse sentido reconhece

¹⁸ Conforme apontamento de NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2000, p. 129.

¹⁹ REALE, *Fontes e...*, p. 89.

²⁰ Segundo o filósofo, “[...] não existe nenhuma lei individual. Toda a lei é social... A base imediata da ordem legal da sociedade humana são os fatos da lei: costumes, relações de dominação, relações de posse, declarações de vontade, em especial em suas formas mais importantes, a saber cláusulas estatutárias, contrato e disposições testamentárias”. MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 449 e p. 465.

²¹ Assim igualmente entendeu GIUGNI, Gino. *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. Granada: Comares, 2004, p. 51-81. Na obra, o autor faz longo exame do pluralismo, como premissa de compreensão da autonomia coletiva.

Wieacker, ao justificar o plano do seu “História do Direito Privado Moderno”, afirmando que a compreensão das instituições de direito privado pressupõe a “do desenvolvimento histórico das realidades políticas e sociais e do conteúdo das concepções jurídicas e jurídico-científicas”²². No mesmo sentido, reforça Roppo, ao tratar do que chama de *relatividade do contrato*: “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido”²³. A história do contrato reflete, portanto, a das concepções sobre o direito e, em especial, sobre as de direito privado.

Não é novidade que, contemporaneamente, uma das grandes tarefas da ciência jurídica foi reconstruir o conceito de contrato, a partir de uma concepção puramente voluntarista vigente desde a Revolução Francesa²⁴. A superação do paradigma voluntarista, adiante abordada, pode ser sintetizada na concepção de Roppo, para quem o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas²⁵. Operação econômica vista como forma de circulação de riqueza²⁶ e, esta, como algo não redutível apenas a interesses patrimoniais²⁷.

A idéia de um contrato coletivo, muito mais recente, surge paradoxalmente em momento histórico totalmente refratário à coletivização. No auge da Revolução

²² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução Antônio Manuel Botelho Hespanha. 2.ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

²³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 24.

²⁴ Sobre a evolução do conceito de contrato, pela clareza da síntese, por todos, FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 7-14.

²⁵ ROPPO, op. cit., p. 11.

²⁶ *Ibidem*, p. 14.

²⁷ *Ibidem*. Diz Roppo: “Isto significa, justamente, por outras palavras, que aquele que celebra um contrato, bem pode prosseguir, subjetivamente, um interesse não econômico (mas sim ideal, moral, cultural), sendo certo que o *resultado* objectivo do contrato deve, ao invés, consistir na obrigação de fazer ou dar qualquer coisa susceptível de expressão pecuniária, segundo os valores do mercado, e, portanto, numa qualquer forma de circulação de riqueza, em suma numa operação económica”.

Francesa, em que o indivíduo e sua vontade livre são vistos como únicos produtores de obrigações, a falsa justiça contratual no âmbito das relações entre trabalhadores e industriais e o absenteísmo do Estado Liberal semeiam o campo em que se estabelece o instituto²⁸. O contrato coletivo, assim como o Direito do Trabalho, encontra origem remota na Revolução Industrial e nas relações de trabalho nela desenvolvidas²⁹. A aglutinação dos trabalhadores e a auto-tutela pelo grupo passa a ser a única alternativa viável para minimizar os efeitos nefastos da Revolução Industrial nos trabalhadores³⁰, em um quadro externo de liberalismo econômico e voluntarismo jurídico.

O contrato coletivo de que cuida este trabalho é justamente este, nascido no berço das Revoluções Francesa e Industrial, fruto de efetiva negociação entre entidade representante do grupo de contratantes hipossuficientes no plano individual e a unidade econômica hipersuficiente, representada ou não. A referência é relevante porque comumente se confunde o instituto com outras formas de contratação, que do contrato coletivo claramente se distinguem. O contrato coletivo

²⁸ Nesse sentido, toda a doutrina jus-laboralista, aqui representada pelo mexicano Mario De La Cueva, que afirma: "Nació el contrato colectivo por la mentira del contrato individual de trabajo y porque el Estado protegía al Capital: El contrato individual del trabajo debía resultar de un libre acuerdo de voluntades, pero no era así, porque el empresario imprimía su voluntad en el trabajo; y ante la desigualdad a que tantas veces nos hemos referido, el Estado se encogía de hombros y dejaba en libertad al trabajador para que se vendiera por el menor salario posible. La abstención del Estado es la mejor protección al Capital". (DE LA CUEVA, *Derecho...*, p. 473).

²⁹ Revolução Industrial que é contemporânea à Revolução Francesa, mas ainda anterior a esta. Nesse sentido reconhece Hobsbawm, ao afirmar que o seu ponto de partida ocorre em "certa altura dentro dos 20 anos que vão de 1780 a 1800". (HOBSBAWN, Eric J. *A era das revoluções*. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 52).

³⁰ Sobre a questão salarial e as péssimas condições de trabalho, vale outra passagem de Hobsbawm: "Eles (os salários) podiam ser comprimidos pela simples diminuição, pela substituição de trabalhadores qualificados, mais caros, e pela competição da máquina com a mão-de-obra que reduziu o salário médio semanal dos tecelões manuais em Bolton de 33 shillings em 1795 e 14 shillings em 1815 para 5 shillings e 6 pence (ou mais precisamente, uma renda líquida de 4 shillings 1 ½ pence) em 1829-34. E de fato os salários caíram brutalmente no período pós-napoleônico. Mas havia um limite fisiológico nessas reduções, caso contrário os trabalhadores morreriam de fome, como de fato aconteceu com 500 mil tecelões manuais." (Ibidem, p. 68).

não é o contrato- padrão, o contrato de equipe, o contrato-tipo ou o contrato de massa³¹.

Embora a sua denominação altere de acordo com a época, o País e a concepção acerca da sua natureza jurídica – *contrato de tarifa*, segundo a legislação de Weimar, *collective bargaining*, em sua origem inglesa, *pacto coletivo*, segundo a doutrina espanhola, *convenção coletiva*, como consagrou o sistema brasileiro³², ou *contrato coletivo*, na dogmática italiana – o instituto pode encontrar uma clara definição. Segundo o espanhol Olea, “el típico pacto colectivo es el que, teniendo por partes a un sindicato o un conjunto de sindicatos, y a una empresa o agrupación de empresas, tiene por objeto el establecimiento de las normas generales, normalmente mínimas, a las que han de sujetarse los contratos individuales de trabajo”³³.

De La Cueva, depois de longamente discorrer sobre as diversas concepções do instituto pelo Mundo, constrói a sua definição:

el contrato colectivo de trabajo es el convenio que celebran las representaciones profesionales de los trabajadores y de los patronos,

³¹ Nestes, respeitadas as suas particularidades conceituais, o dado unificador é a pré-disposição unilateral do conteúdo. Sobre estes conceitos, por todos, MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³² O sistema brasileiro consagra, desde a Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, passando pela Constituição de 1988 (art. 7º, XXVI), a existência de duas espécies de contratos coletivos: a convenção coletiva de trabalho, em que no pólo patronal há uma entidade sindical, e o acordo coletivo de trabalho, firmado pela entidade sindical dos trabalhadores e uma ou mais empresas, individualmente consideradas. Ainda, no Brasil parte da doutrina encontra uma distinção categorial entre o contrato coletivo de trabalho e a convenção coletiva de trabalho. O primeiro seria aquele de possível formação inter-categorial, não recepcionado pelo nosso ordenamento dado ao sistema de organização sindical consagrado no art. 8º, II, que obriga a contratação apenas dentro da categoria. Esta separação, entretanto, é irrelevante para este estudo. Aqui, contrato coletivo é examinado como gênero do qual fazem parte, em nosso sistema, a convenção e o acordo coletivo de trabalho.

³³ OLEA, Manuel Alonso. *Pactos colectivos y contratos de grupo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955, p. 27.

o éstos aisladamente, para fijar sus relaciones mutuas y crear el derecho que regule, durante un cierto tiempo, las prestaciones individuales de servicios ³⁴.

No Brasil, Catharino sustentou a expressão *convenção*, apelidando-a de *sindical normativa* e a descrevendo como

é a pela qual uma ou mais associações sindicais, representativas de categoria(s) profissional(is) estipulam com uma ou mais associações sindicais, representativas de categoria(s) econômica(s), ou como uma ou mais empresas de correspondente categoria, criar normas aplicáveis às relações de trabalho, compreendidas na representação.³⁵

Em que pese parte da doutrina aponte a primeira manifestação como ocorrida na Inglaterra, nas relações entre os trabalhadores tecelões e as indústrias têxteis, em 1862³⁶, se reconhece que o contrato coletivo foi praticado muito antes de estar regulamentado³⁷. Há referências históricas sobre greves em 1827³⁸, na Filadélfia, findas mediante a concessão de alguns benefícios aos trabalhadores. Em outros Países, como na França, foi mais árduo o caminho do reconhecimento dos contratos coletivos, conforme revela Despax citando o julgamento histórico havido em 1876 pelo Tribunal de Saint-Etienne, acerca de convenção do ano anterior, com decisão pela ausência de validade jurídica ante a afronta à autonomia contratual individual³⁹.

³⁴ DE LA CUEVA, *Derecho...*, p. 632.

³⁵ CATHARINO, *Tratado...*, p. 197.

³⁶ Nesse sentido LOPES, Mônica Sette. *A convenção coletiva e sua força vinculante*. São Paulo: LTr, 1998, p. 20. citando HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1962, p. 200.

³⁷ DE LA CUEVA, op. cit., p. 481.

³⁸ GUTNISKY, Alberto. Los presupuestos socio-economicos del derecho colectivo del trabajo. In: DE LA CUEVA, Mario et al. (Org.) *Derecho Colectivo Laboral*. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 29.

³⁹ DESPAX. Michel. *Traité de droit du travail*. Paris: Librairie Dalloz, 1966, v. 7: Conventions Collectives, p. 28.

A evolução posterior por que passa o contrato coletivo reflete a história do direito e do Direito do Trabalho em particular. Reconhecido como categoria jurídica pontualmente nos diversos ordenamentos no final do século XIX e início do século XX, acaba se universalizando como instituto em 1919, no fim do primeiro pós-guerra, quando o próprio Direito do Trabalho se universaliza como ramo da ciência do direito. Isso ocorre com a criação da Organização Internacional do Trabalho, na Conferência da Paz em Versailles⁴⁰. Os contratos coletivos são vistos como uma decorrência do direito à sindicalização e o seu reconhecimento é assegurado já na Constituição da OIT⁴¹.

O novo instituto inspirou a doutrina do Direito do Trabalho na busca da sua natureza jurídica. Por um lado, gerava perplexidade àqueles que procuravam compreendê-lo a partir de paradigmas contratualistas, dada a sua capacidade de atingir à esfera jurídica daqueles que não o firmavam. Por outro lado, causava espanto aos que pretendiam compreendê-lo como lei, considerando a ausência do elemento estatal no seu momento juri-genético. Esta dificuldade inspirou, ao longo de todo o século XX, diversas teorias que procuravam compreender o contrato coletivo, as quais a doutrina divide, em regra, em contratualistas, institucionalistas (normativistas) e mistas⁴².

⁴⁰ Acerca da universalização do Direito do Trabalho em 1919, como ápice de movimento lançado por Robert Owen em 1818, apoiado por Blanqui em 1838 e por Legrand em 1841, reivindicado pelo Manifesto de Marx e Engels em 1848 e recomendada pela Igreja Católica na Encíclica *Rerum Novarum* em 1891, por todos, ver SÜSSEKIN, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994, p. 18.

⁴¹ Assim consta em seu Anexo, item III: “A conferência proclama solenemente que a Organização Internacional do Trabalho tem a obrigação de auxiliar as Nações do Mundo na execução de programas que visem: ... e) assegurar o direito de ajustes coletivos, incentivar a cooperação entre empregadores e trabalhadores para a melhoria contínua da organização da produção e a colaboração de uns e outros na elaboração e na aplicação da política social e econômica;”. (Ibidem, p. 69).

⁴² O tema será diante abordado. De qualquer sorte, pelo completo trabalho descritivo sobre as teorias acerca da natureza jurídica, ver, no Brasil, GOMES, Orlando. *A convenção coletiva de trabalho*.

A insuficiência do contrato, tal como previsto nos Códigos inspirados no ideário iluminista, com o tempo, passa a ser identificada em outras relações jurídicas que não a de emprego. A concepção voluntarista, baseada no consenso entre os contratantes, começa a não satisfazer situações diversas em que não se pôde pressupor a igualdade substancial entre os contratantes. A massificação das relações de consumo faz com que o contrato delas derivados percorra, mais de um século depois, caminho análogo ao já traçado pelo contrato de trabalho. De um ajuste bilateral clássico, em que as partes devem dispor de sua autonomia privada para obter um conjunto de direitos e obrigações, o contrato da sociedade de consumo se transforma numa quase estipulação unilateral⁴³. Por outro lado, o próprio contrato de direito civil se altera, sendo cada vez mais comum a intervenção do Estado, através de normas imperativas, em relações jurídicas que tradicionalmente se resolviam pela fórmula do “acordo de vontades”. O conteúdo do contrato, então, fica limitado pela ordem pública, destinada a determinados grupos. Esse fenômeno de positivação ocorre de forma grandiosa no Brasil em 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Antes disso, entretanto, outras manifestações legislativas claramente tendentes ao equilíbrio substancial já haviam sido identificadas, como, por exemplo, na legislação que regia os contratos de locações de imóveis⁴⁴.

Edição fac-similada. São Paulo: LTr, 1995, p. 131-176. Na doutrina estrangeira, por todos, DE LA CUEVA, *Derecho...*, p. 493-554.

⁴³ No aspecto, vale o exame de Claudia Lima Marques acerca da “nova realidade contratual”. Refere a autora: “Na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e se desmaterializou. Os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores... Certo é que os fenômenos da predisposição de cláusulas ou condições gerais dos contratos e do fechamento de contratos de adesão tornaram-se inerentes à sociedade industrializada moderna”. (MARQUES, *Contratos...*, p. 52-54).

⁴⁴ Desde o Decreto nº 24.150/34 até as Leis 6.239/75 e 6.649/79.

A coletivização da problemática, inspirada, como não poderia deixar de ser, no Direito do Trabalho, acarreta um movimento correspondente no sentido da proteção. Identificados grupos que, pela similaridade, possuem interesses coincidentes, o passo seguinte é reconhecer às entidades representativas destes grupos o papel de promover tais interesses. E, nesse mister, acabam sendo, igualmente por derivação analógica, reconhecidos os instrumentos contratuais de proteção.

Nesse sentido, por exemplo, o art. 107 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, que consagra a convenção coletiva de consumo como instrumento de regulação das relações entre consumidores e fornecedores. Do texto legal, pode se extrair o conceito do novel instituto, como o faz Lisboa:

convenção coletiva de consumo é o negócio jurídico por meio do qual as entidades representativas dos interesses de fornecedores e de consumidores ajustam cláusulas de interesses dessas categorias de pessoas, com poderes outorgados por lei e eficácia perante terceiros, desde que preenchidos os requisitos legais.⁴⁵

Um dos autores do ante-projeto do Código, Daniel Roberto Fink, ressalta:

a lei situa a convenção como 'meio de regular condições', atribuindo-lhe caráter nitidamente obrigacional, tratando-a verdadeiramente como um contrato coletivo. Seu objeto não é obrigação de dar ou de fazer, mas regular abstratamente outros contratos futuros.⁴⁶

⁴⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 410.

⁴⁶ FINK, Daniel Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do ante-projeto*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 612.

A tipificação dos contratos coletivos para as relações de trabalho e de consumo não é exaustiva⁴⁷. Há potenciais outras relações jurídicas que, por suas características, se prestam a este tipo de regulação: associações de inquilinos em face de entidades de proprietários de imóveis, de empresas prestadoras de serviços em face de grandes tomadoras, de aposentados e pensionistas em face de fundos privados de pensão e outras relações que, por suas características, não se enquadram na tipificação do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor⁴⁸.

Cotejando os conceitos construídos a partir do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor, bem como identificando as características das outras relações em que potencialmente poderão incidir os contratos coletivos, é possível identificar, para prosseguir no exame da questão, quais os elementos formadores e quais os pressupostos desta categoria jurídica. Assim, pode-se dizer que, como pano de fundo, há uma relação jurídica privada em que o Estado intervém, através de normas heterônomas imperativas, visando a tutela de uma das partes contratantes, notadamente a mais débil economicamente. Por outro lado, há interesse dos atores desta relação, no âmbito coletivo, de igualmente estabelecer regras, através de disposições provindas da autonomia privada. Há, ainda, uma necessária representação do grupo economicamente frágil por uma entidade associativa, vez que no âmbito individual já se identificou a impossibilidade fática de estabelecer o equilíbrio ao contrato. E, como resultado, há um negócio jurídico, contendo cláusulas

⁴⁷ Isso deriva, inclusive, de expressa previsão legal. No Brasil, o art. 425 do Código Civil, que autoriza a estipulação de contratos atípicos.

⁴⁸ Roberto Senise Lisboa, examina o tema e menciona ainda possibilidades de contratação coletiva em relações agrárias, em questões de direito autoral, em proteção ao meio ambiente e em relações administrativas. (LISBOA, *Contratos...*)

que regerão relações individuais, presentes ou futuras, firmadas no âmbito de representação das entidades contratantes.

Convém ainda uma última delimitação do tema. O exame doutrinário do contrato coletivo leva a uma distinção entre duas espécies de cláusulas: as obrigacionais e as normativas. As primeiras geram efeitos nas esferas jurídicas das entidades outorgantes; as segundas, nos contratos individuais aos quais se relacionam os contratos coletivos⁴⁹. Conforme reconhece Nascimento, o conteúdo normativo é o núcleo dos contratos coletivos e a sua própria razão de ser⁵⁰. É, também, o seu ponto distintivo. Assim, este exame tem por objeto o conteúdo normativo dos contratos coletivos, razão pela qual todas as referências à contratação coletiva devem partir desta premissa.

4. A politização e polarização do debate sobre o contrato coletivo

No centro da polémica jurídica acerca do contrato coletivo está a questão social e, conseqüentemente, a política. Não se ouve falar ainda, no âmbito de outras relações jurídicas que não a de trabalho, da possibilidade de substituição pura e simples do dirigismo estatal pelos contratos coletivos ou mesmo da prevalência das condições ajustadas no âmbito coletivo sobre as previstas na lei⁵¹. Aliás, como já

⁴⁹ Sobre a distinção, por todos, vale o exame no trabalho do autor português GONÇALVES DA SILVA, Luis. *Notas sobre a eficácia normativa das convenções colectivas*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 16. Na doutrina brasileira, por todos, NASCIMENTO, *Compêndio ...*, p. 304-307.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 306.

⁵¹ Na Introdução de uma coletânea de artigos denominada *Tendências do Direito do Trabalho para o Século XXI* coordenada por Dorothee Susanne Rüdiger, a autora refere uma tendência genérica ao incremento da negociação coletiva como instrumento regulatório das relações jurídicas: "O modelo

observado, o debate acerca dos contratos coletivos nas relações de consumo, mormente no Brasil, é ainda incipiente⁵².

No Direito do Trabalho, entretanto, a discussão já é antiga e, fundamentalmente, polarizada. De um lado, há os que sustentam que a contratação coletiva é o mais eficaz meio de regramento da relação de trabalho, razão pela qual deve prevalecer sobre a normatização estatal. Do outro, estão os que sustentam a incapacidade fática da proteção ao hipossuficiente através da autonomia coletiva, razão pela qual concluem que a tarefa deve permanecer centralizada nas mãos do Estado e de seus mecanismos legislativos.

A globalização da economia, os avanços tecnológicos e a crise do emprego na sociedade pós-industrial⁵³ resultaram em amplo debate sobre o que se convencionou chamar de *flexibilização do Direito do Trabalho*. O que gerou a discussão, em nível mundial, é o alegado fracasso do modelo dirigista estatal na tarefa de prover o emprego pleno e, conseqüentemente, condições dignas ao trabalhador. Há quem afirme que o Direito do Trabalho intervencionista é concausa

político-jurídico está sendo substituído por um modelo participativo procedimental e voluntário cuja característica principal é a volta à autonomia privada e a redução das intervenções de poder público. Cada vez mais, é incentivado o direito participativo (*participated regulation*) com ênfase à negociação coletiva em todos os níveis da sociedade. Esses procedimentos informais criam o chamado *soft-law* em contraposição ao *hard-law* estatal que recua diante da produção normativa social". (RÜDIGER, Dorothee Susanne (Coord.) *Tendências do direito do trabalho para o século XXI*. São Paulo: LTr, 1999, p. 15).

⁵² Em regra, as referências, rápidas, constam de obras de comentadores do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Boas exceções são as obras de MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula, *Convenção coletiva de consumo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, LISBOA, *Contratos...* e RÜDIGER, Dorothee Susanne. *O contrato coletivo no direito privado: contribuições do direito do trabalho para a teoria geral do contrato*. São Paulo: LTr, 1999.

⁵³ A expressão foi consagrada por DE MASI, Domenico (Org.). *A sociedade pós-industrial*. São Paulo: Senac, 1999.

da economia informal⁵⁴. As estatísticas são estarrecedoras, inclusive no Brasil: segundo dados do IBGE, no início de 1998, 57% dos trabalhadores brasileiros estavam no mercado informal⁵⁵. No ano de 2001, a informalidade nas regiões metropolitanas do País alcançava 50% dos trabalhadores⁵⁶. Por outro lado, reclamam os defensores da *flexibilização* do alto custo do emprego formal, que prejudica o setor produtivo, tornando os produtos e serviços de países com alto nível de intervenção estatal nas relações de trabalho pouco competitivos neste mercado internacionalizado⁵⁷. Em decorrência desta crise, a morte do emprego já foi decretada mundialmente inúmeras vezes⁵⁸.

Estas circunstâncias acarretam reação de setores da sociedade, mormente os ligados à atividade econômica, que vislumbram no afastamento do Estado, em sua tarefa normativa, a única alternativa para resolver a crise do trabalho. As sugestões variam de acordo com o nível de afastamento do Estado que pregam. Nesse sentido, a doutrina que examina o fenômeno costuma distinguir a *flexibilização* da *desregulamentação*⁵⁹. Nesta, a sugestão é a do total desaparecimento do Estado

⁵⁴ Nesse sentido, PRADO, Ney. Os princípios do direito do trabalho e a economia informal. In: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Os novos paradigmas do direito do trabalho: homenagem a Valentin Carrion*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 147-163.

⁵⁵ Conforme PASTORE, José. *O desemprego tem cura?* São Paulo: Makron, 1998, p. 17.

⁵⁶ Dado colhido em CHAHAD, José Paulo Zeetano; MENEZES-FILHO, Naércio Aquino de. *Mercado de trabalho no Brasil: salário, emprego e desemprego numa era de grandes mudanças*. São Paulo: LTr, 2002., p. 17.

⁵⁷ No Brasil, as estatísticas sobre o custo do trabalho são extremamente polêmicas, por conta dos elementos que a integram. Apenas para exemplificar contudo, menciona-se o número de JOSÉ PASTORE, op. cit., p. 140. que acredita ser de 102,06%, sobre o valor do salário, os encargos sociais do setor industrial. Estes números são contestados por Clóvis Rossi para quem na "conta" entram parcelas de natureza salarial que são conquistas históricas dos trabalhadores. Citado por MAIOR, Jorge Luiz Souto. A fúria. *LTr*, São Paulo, p. 1297-1309, nov. 2002.

⁵⁸ Por exemplo, por RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos*. São Paulo: Mbooks, 2004. Também por DE MASI, *A sociedade...*

⁵⁹ Nesse sentido, Arnaldo Sússekkind em artigo denominado Alcance e objeto da flexibilização do Direito do Trabalho: "A flexibilização, a nosso ver, não se confunde com a desregulamentação. Nesta, o Estado se omite tanto quanto possível, (*laissez faire*), a fim de que as condições de emprego sejam ditadas, preponderantemente, pela autonomia privada, segundo as leis do mercado; na flexibilização, o Estado impõe algumas normas de ordem pública, admitindo, em relação a diversas regras gerais, sua adaptação ou complementação pela autonomia privada,

como agente regulador, com a conseqüente retirada do ordenamento jurídico das normas imperativas de proteção⁶⁰. Naquela, mais tênue, o que se prega é a adoção de forma menos rígida e intensa de intervenção estatal, com a conseqüente possibilidade de que a autonomia privada, especialmente a coletiva, sobreponha a tutela heterônoma estatal⁶¹.

Importante destacar que a discussão acerca do afastamento do Estado no papel de regulador das relações de trabalho não é nacional. No cenário europeu, a partir da década de 80, em momento de crise aguda de desemprego, surgiram leis prevendo a derrogação de normas imperativas estatais pela contratação coletiva⁶². Naquela época, no seu clássico *Direito Sindical*, Giugni já se preocupava com a questão, posicionando-se pela negativa da possibilidade de se estabelecer o que

especialmente por meio de negociação coletiva”. (SUSSEKIND, Arnaldo. Alcance e objeto da flexibilização do direito do trabalho. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coord.). *A transição do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 1999, p. 33-40).

⁶⁰ Assim manifesta José Pastore, cotejando a desregulamentação americana com o dirigismo comunitário: “A desregulamentação foi um dos principais responsáveis pela melhor performance dos mercados de trabalho dos Estados Unidos, Inglaterra e Holanda nos últimos anos. No caso dos Estados Unidos, a flexibilidade permitiu um bom aproveitamento da abertura das economias mundiais e uma expansão das exportações e do emprego. No período de 1990 a 1996, os Estados Unidos geraram 13 milhões de postos de trabalho enquanto a Europa Continental, exceto Inglaterra e Holanda, não criou um único emprego em termos líquidos”. (PASTORE, *O desemprego...*, p. 141).

⁶¹ Assim se manifesta em regra o empresariado brasileiro, conforme sintetiza Nildo Masini, representando a FIESP em Congresso Internacional de Direito do Trabalho, realizado em São Paulo no ano de 1999. (MASINI, Nildo. [Direito do trabalho] In: PRADO, Ney (Coord.). *Reforma trabalhista: direito do trabalho ou direito ao trabalho?* São Paulo: LTr, 2000). Disse: “Portanto, o que entendemos é que o negociado deve estar acima do legislado e para que isso aconteça imaginamos que se na Constituição Federal, incluirmos em seu art. 7º este dispositivo, deixando claro que as negociações coletivas, uma vez feitas, se sobrepõem à legislação então vigente, daríamos um extraordinário passo, permitindo que se pudessem ter situações diferenciadas por segmentos diferenciados e com localização dos diferentes segmentos, porque a legislação atual pretende normatizar absolutamente tudo, o que é impossível”. (Ibidem, p. 109).

⁶² Conforme MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 27-34.

chamou de *relação geral de fungibilidade entre lei e contratação*⁶³. Em alguns sistemas jurídicos, como o norte-americano⁶⁴ e o suíço⁶⁵, respectivamente, o papel do Estado é bastante limitado ou meramente subsidiário. Em obra recente acerca das perspectivas laborais na Comunidade Européia, organizadas por diversos jus-laboralistas comunitários, o já atual afastamento do Estado é examinado com preocupação⁶⁶.

O sistema jurídico trabalhista brasileiro, pós-Constituição de 1988, apimentou a discussão por aqui. Em três incisos do art. 7º da Constituição foram consagradas normas de cogência relativa, em que a ordem imperativa estatal prevendo direitos mínimos ao trabalhador cede à autonomia coletiva. Assim é na possibilidade de reduzir salários (inciso VI), na compensação e redução de jornadas (inciso XIII) e no elastecimento de jornada para empregados que trabalham em turnos ininterruptos de revezamento (inciso XIV). A legislação posterior, em diversas manifestações, seguiu o modelo, prevendo a derrogação da imperatividade legal pelo conteúdo de contratos coletivos⁶⁷. Essa clara tendência legislativa de possibilitar derrogação *in*

⁶³ GIUGNI, *Direito ...*, p. 154-155.

⁶⁴ Conforme Benjamin Shieber, em conferência proferida no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, realizado em São Paulo no ano de 1999. (SHIEBER, Benjamin. [Direito do trabalho]. In: PRADO, Ney (Coord.). *Reforma trabalhista: direito do trabalho ou direito ao trabalho?* São Paulo: LTr, 2000, p. 179-183).

⁶⁵ Conforme Jean-Claude Javillier, conferência proferida no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, realizado em São Paulo no ano de 1999. (JAVILLIER, Jean-Claude. [Direito do trabalho] In: PRADO, Ney (Coord.). *Reforma trabalhista: direito do trabalho ou direito ao trabalho?* São Paulo: LTr, 2000, p. 183-188).

⁶⁶ SUPIOT, Alain (Coord.). *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 251: "Neocorporativismo e neoliberalismo associaram-se, na prática, para despojar o Estado de determinados atributos da sua soberania, para baralhar a hierarquia de interesses públicos e privados e para esbater a distinção entre lei deliberada e convenção negociada. Em cada uma destas ideologias, o Estado é visto como instrumento de uma racionalidade que o ultrapassa: a da sociedade ou a da economia. Tende-se a vê-lo como um "actor" entre outros, sem direito a um tratamento que exorbite do direito comum".

⁶⁷ Assim foi, por exemplo, na criação de contratos a prazo determinado com menores encargos (Lei 9.601/98), na adoção do banco de horas (nova redação do art. 59, § 2º, da CLT), na suspensão do contrato de trabalho para qualificação profissional (art. 476-A da CLT).

pejus da proteção estatal, mas manifestada pontualmente, levou alguns juristas brasileiros a defender que a exceção deva passar à regra⁶⁸.

A reação a esta visão é bastante forte⁶⁹ e alguns argumentos que a sustentam também. Para os antiflexibilistas⁷⁰, a derrogação das normas imperativas estatais é forma de eliminar conquistas históricas e de ceder ao neo-liberalismo. Afirmam que as tentativas flexibilizantes européias com vistas a minimizar a crise de emprego na década de 80 fracassaram⁷¹. A crise e o enfraquecimento dos sindicatos são apontados como elementos suficientes para negar a possibilidade de que as relações coletivas sejam solução para o alcance da justiça no âmbito das relações de trabalho⁷². A ausência fática de poder negocial é apontada como

⁶⁸ Nesse sentido, por todos ROBORTELLA, *O moderno...*, p. 122. Diz o autor: “A proteção ao trabalho se obtém por meios outros que não a norma estatal. Os interesses do trabalhador podem ser defendidos pelos entes coletivos, no exercício de sua autonomia privada, até mesmo quando, por livre deliberação do grupo, se entenda adequada e necessária uma redução de direitos. O grupo sempre será o melhor juiz dos seus interesses e, com isto, se estará assegurando a plena vigência do princípio da proteção. O que se propõe é a superação da polêmica entre protecionismo e flexibilidade, para vir à luz o que se pode denominar protecionismo dinâmico ou protecionismo flexível, em lugar do protecionismo estático. Essa a fórmula mais eficaz para atender ao dinamismo e rápida transformação da sociedade, devendo a ação sindical se encaminhar no sentido da gestão coletiva do mercado de trabalho”.

⁶⁹ Ela vem de diversos setores da sociedade, mas é especialmente relevante a reação de parte significativa da magistratura trabalhista, aqui representada pelo também doutor e professor na USP, Jorge Luiz Souto Maior. Em texto denominado “A fúria”, faz crítica voraz ao que chama “ideologia moderna” do Direito do Trabalho, fundada na consciência econômica. (MAIOR, Jorge Luiz Souto. A fúria. *Revista da LTR*, São Paulo, p. 1297-1309, 2002).

⁷⁰ A expressão é de MARTINS, *Flexibilização ...*

⁷¹ De fato, especialmente na Espanha, as tentativas de ajustar contratos de trabalho a prazo determinado e com regimento precário como forma de promoção de emprego não deram resultado. O modelo espanhol acabou sendo importado e adotado no Brasil, através da Lei 9.601/98. O contrato a prazo determinado brasileiro não vingou, especialmente pela forte reação dos sindicatos dos trabalhadores, cuja anuência na adoção, pela via da contratação coletiva, é pressuposto de validade.

⁷² Nesse sentido, por todos, José Carlos Arouca, histórico advogado de sindicatos de trabalhadores, nomeado juiz do TRT-SP (2ª Região) pelo quinto constitucional em 1999: “Nestes tempos de globalização, sob o domínio do pensamento neoliberal, fica aberto o caminho para a desregulamentação ampla do direito do trabalho que se aparelhará com a divisão dos trabalhadores em múltiplos sindicatos, todos pobres pequenos e fracos, incapazes de enfrentar seus adversários naturais, ricos, grandes e fortes”. (AROUCA, José Carlos. *O sindicato em um mundo globalizado*. São Paulo: LTr, 2003).

empecilho intransponível a uma negociação coletiva eficaz⁷³ e, diante desta premissa, sustenta-se que o contrato coletivo deve ser examinado com reservas e, principalmente, de forma subordinada às normas estatais.

Percebe-se, em síntese, que a discussão travada pressupõe um posicionamento sobre como *deveria ser* o sistema. Há uma clara polarização das posições: ou se adota um modelo intervencionista, com preponderância heterônoma estatal, ou se prega um modelo autônomo, em que prevalece a autonomia coletiva, como modo de regular de forma justa e equilibrada a relação contratual na qual, no campo individual, um dos pólos é hipossuficiente. Não se pode negar, outrossim, a existência de posições mediais.

Não se duvida da importância do debate neste nível, especialmente porque ele é força motriz da positivação do Direito. Entretanto, não se pretende nele ingressar, tanto porque já é surrada a discussão acerca da *flexibilização* do Direito, como porque se entende que ela versa sobre política legislativa. Do ponto de vista da investigação jurídica, o fato é que existe um sistema vigente onde convivem, como espécies normativas, a legislação estatal heterônoma de tutela e o contrato coletivo. Esta categoria jurídica deve ser examinada, para que bem se compreenda

⁷³ Assim, Márcio Túlio Viana, ao dizer: “Tal como há mais de cem anos, o discurso liberal exige que as pessoas assumam o controle de seus conflitos, o capital se sinta livre para voar e o Estado, por conseqüência, se afaste. Mas que não se afaste por inteiro, pois deve estar sempre à vista para subsidiar multinacionais, reprimir greves, salvar bancos, defender latifúndios, legislar por medidas provisórias... e anunciar súmulas vinculantes. No campo do Direito do Trabalho, o discurso tem duas faces: uma real, outra imaginária. Costuma-se dizer que *ninguém melhor do que as categorias para regular os seus interesses*. E de fato é assim, em nível teórico. Mas entre nós a prática desmente a teoria, pois não há equilíbrio de forças – mesmo em nível coletivo – que resista às fronteiras abertas, ao desemprego, ao subemprego, ao analfabetismo e à submissão da greve aos tribunais”. (VIANNA, Márcio Túlio. Novos rumos para o direito do trabalho. In: VIANNA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *O que há de novo em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, p. 24).

o seu papel dentro do ordenamento. Assim, o que se pretende aqui é, principalmente, deslocar o foco do campo meramente político e ideológico, para abordar a questão à luz do direito como manifestação da justiça e, também, a partir do ordenamento jurídico vigente no Brasil.

5. O plano da dissertação

Para atingir o objetivo, o trabalho é construído em dois capítulos. Inicialmente o contrato coletivo é examinado à luz do voluntarismo jurídico e do esquema de justiça aristotélico-tomista⁷⁴. Após, tendo o complexo de justiça aristotélico-tomista por premissa, se examina a relação entre os planos normativos heterônimo estatal e autônomo coletivo, investigando-se, ao fim, os limites materiais e os critérios de interpretação dos contratos coletivos. O fio condutor e exemplo será o modelo jurídico brasileiro de contratação coletiva no Direito do Trabalho.

No primeiro capítulo, em sua primeira parte (A), iniciamos com (1) o exame da formação do voluntarismo jurídico e do seu papel central na concepção moderna e, em parte, contemporânea de contrato. Feita tal análise, (2) passa-se a examinar a superação do paradigma voluntarista, inicialmente com a formação dos micro-

⁷⁴ A opção pelo cotejo apenas entre a concepção voluntarista e a aristotélica não ignora potenciais críticas de reducionismo ou simplificação. Nos inspira, entretanto, a possibilidade de reunir na concepção voluntarista boa parte dos fundamentos que nortearam o estudo acerca dos contratos coletivos, seja para consagra-lo, seja para degrada-lo. A alternativa poderia ser a de utilizar, também como fundamento para a discussão, as teorias funcionalistas. Assim fez MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 21, p. 101-112, mar. 2002. Entretanto, considerando a natureza do instituto examinado, não entendemos fundamental o exame das teorias funcionalistas, exceto em referências instrumentais.

sistemas jurídicos que passaram a tratar da relação contratual privada entre partes economicamente desiguais, como o Direito do Trabalho e do Consumidor⁷⁵, e, posteriormente, com a contemporânea reconstrução do instituto com base na idéia de troca econômica equilibrada. Por último, (3) identificam-se os equívocos que a utilização do modelo voluntarista gerou na construção histórica dos contratos coletivos, especialmente no exame de sua natureza jurídica, bem como os paradoxos criados pela compreensão dos contratos coletivos em chave voluntarista.

Na segunda parte do primeiro capítulo (B), examina-se a justiça como potencial elemento vinculante dos contratos e seus elementos componentes nas relações voluntárias coletivas. Inicialmente, (1) faz-se um exame no complexo da justiça aristotélico-tomista, no qual se a identifica como virtude prática, e não especulativa. A justiça, como *justo meio*, é examinada em seus muitos sentidos, com especial atenção à dicotomia entre o justo particular distributivo e o corretivo e, dentro deste, o justo comutativo aplicável às relações voluntárias. Se examina, ainda, a formação contemporânea do conceito de justiça social, correlacionando-o com a sistemática aristotélico-tomista. Em seguida, (2) examina-se a construção do conceito de autonomia privada coletiva e sua posição dentro do ordenamento jurídico. Finalmente, (3) identifica-se o poder do grupo como elemento central da compreensão dos contratos coletivos no esquema aristotélico-tomista de justiça, bem como suas diversas manifestações, como fato social e como garantia jurídica positivada.

⁷⁵ A intenção, aqui, é demonstrar que o Direito do Trabalho e, contemporaneamente, o Direito do Consumidor, não surgem propriamente como reação ao voluntarismo jurídico, mas antes como uma *adequação* a este de relações contratuais incompatíveis com a teoria da autonomia da vontade.

No segundo capítulo, faz-se, então, a aplicação desta idéia de justiça particular nos contratos coletivos. Na primeira parte (A), examina-se a relação entre os planos normativos heterônomo estatal e autônomo coletivo, sob o enfoque da justiça aristotélico-tomista. Inicialmente, (1) faz-se um exame principiológico dos planos individual e coletivo, sob a ótica do sistema constitucional de direitos fundamentais. No segundo segmento, (2) aplica-se os critérios de justiça na heteronomia estatal e na autonomia coletiva, procurando estabelecer correlação entre a distribuição e a comutação, respectivamente.

Por fim, a segunda parte do segundo capítulo (B) é destinada à aplicação da concepção dos contratos coletivos em chave de justiça comutativa em duas das mais tormentosas questões sobre o instituto. No primeiro momento (1), se examina se há (e como) relação de prevalência entre lei e contrato coletivo. No segundo (2), trata-se da hermenêutica dos contratos coletivos, investigando quais critérios devem ser utilizados para interpretação desta espécie contratual.

I – VONTADE E JUSTIÇA COMO FUNDAMENTOS DOS CONTRATOS COLETIVOS

A) Voluntarismo e superação

Inicialmente, se examina a formação do voluntarismo, a sua superação – sob dois enfoques – e a impossibilidade de se justificar o contrato coletivo a partir do paradigma voluntarista. Esta investigação será necessária para que, mais adiante, possamos tratar da questão relativa aos contratos coletivos sem os tradicionais pressupostos que, durante mais de um século, regeram as relações voluntárias privadas.

1. Formação do voluntarismo

O voluntarismo é a expressão comumente utilizada para confortar uma idéia de contrato ou, mais amplamente, para situar um momento histórico do Direito Privado, em que a liberdade contratual é dogma intocável e possui conteúdo peculiar. Segundo Martins-Costa, esta liberdade “é a *liberdade de iniciativa* da classe emergente, a qual se expressa pela *vontade*, fonte geradora de direitos e deveres, e é tutelada pela lei, uma lei que garante a expressão ‘livre’ da vontade individual, para isto assegurando-lhe um imenso espaço jurídico”⁷⁶. Roppo identifica este contrato

⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 182.

como eixo fundamental da sociedade liberal, antítese do modelo antigo, feudal, em que os privilégios decorriam de vínculos corporativos⁷⁷. A própria organização social passa a ser embasada no contrato, conforme a formulação de Rosseau⁷⁸.

A construção do contrato em chave voluntarista não é exclusivo produto da Revolução Francesa e tampouco surge apenas a partir das codificações oitocentistas – que buscaram naquele movimento revolucionário a sua grande inspiração –, embora é certo que se materialize de forma clara a partir dali. Ela está calcada em premissas anteriores que, somadas aos postulados do movimento de 1789⁷⁹, encabeçado pela burguesia inspirada no liberalismo clássico, puderam conceber a idéia de contrato que dominou todo o século XIX e parte do XX. A idéia da vontade como elemento vinculante único e bastante dos contratos é ainda hoje por vezes invocada⁸⁰. A evolução da construção desta idéia, mesmo que breve, é fundamental para o que aqui se pretende.

No direito romano clássico, o contrato não era figura geral ou abstrata, mas tipicamente prevista. Essencialmente formal, a vinculação derivava de circunstância objetiva, como a observância da forma ou a entrega da coisa. O relevante, aqui, era o *negotium* e não o contrato em si⁸¹. A *actio* é o elemento central, conforme sintetiza

⁷⁷ ROPPO, *O contrato...*, p. 28.

⁷⁸ Na obra “O Contrato Social”, de 1762.

⁷⁹ Sobre a importância da Revolução Francesa para o mundo, vale a transcrição de Eric J. Hobsbawm: “Sua influência direta é universal, pois ela forneceu o padrão para todos os movimentos revolucionários subsequentes, suas lições (interpretadas segundo o gosto de cada um) tendo sido incorporadas ao socialismo e ao comunismo modernos”. (HOBBSAWN, *A era...*, p. 86).

⁸⁰ Em que pese toda a reconstrução dogmática do contrato a partir dos paradigmas da igualdade e do equilíbrio, especialmente a partir da segunda metade do século XX, não é raro ouvir em bancos acadêmicos ou ler em manuais menos cuidadosos a simplificação do contrato como mero “somatório de vontades”.

⁸¹ Roppo afirma, para este período, uma clara superação prevalência do “ato de circulação de riqueza” sobre o contrato como formalização jurídica. (ROPPO, op. cit., p. 17). Esta idéia será fundamental para, no século XX, a reconstrução do contrato, em seu viés objetivo, em superação ao paradigma voluntarista, como adiante se observa.

Couto e Silva: “a obrigação não nascia somente porque as partes o quisessem, mas sobretudo porque existia uma ‘actio iuris civilis’ para a hipótese”⁸². No sistema justiniano a idéia de contrato aperfeiçoa-se, com a tentativa de se construir uma figura “inominada”, com a valorização do elemento subjetivo. Entretanto, a doutrina reconhece que não se conseguiu a construção da figura de um *consenso* que tivesse o condão de transformar o sistema, que permaneceu essencialmente objetivo⁸³.

O início do caminho da subjetivação, em direção ao voluntarismo, é aberto na Idade Média, com a consolidação do Cristianismo e a separação entre a política e a religião⁸⁴. O direito não deixa de ser sagrado, como no direito romano clássico, mas a sacralidade é agora transcendente, externa à vida humana⁸⁵. Ferraz Junior, nesse sentido, afirma que “após o século V, assumindo-se como instituição política, a Igreja adota a distinção romana entre *auctoritas* e *potestas*, reclamando para si a primeira e deixando a segunda, que não estava mais ‘nas mãos do povo’, como dizia Cícero, para os príncipes seculares”⁸⁶.

O direito romano é revitalizado através do exame dos digestos justinianos pelos glosadores e comentadores, especialmente da escola de Bolonha, a partir do

⁸² COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 47.

⁸³ Assim, COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 193-194.

⁸⁴ Assim observa Michel Villey: “Durante toda a sua vida espiritual, o cristão deixa de ser *parte* do organismo político, ele é um *todo*, um valor em si. Ele mesmo é um *fim* superior aos fins temporais da política”. (VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 127).

⁸⁵ Ver, nesse sentido, FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 63.

século XI⁸⁷. Aparece aqui a característica da dogmaticidade, que origina a ciência do direito⁸⁸. O direito romano revela-se o instrumento adequado à centralização política, pelo poder real⁸⁹. Para o que interessa ao exame dos contratos, começa a se formar o pano de fundo para o individualismo, peça central do modelo voluntarista. Este individualismo encontra sua gênese no cristianismo, no humanismo renascentista e no nominalismo. Assim reconhece Villey, ao apontar no cristão como *valor em si*, na redescoberta das doutrinas helenísticas centradas no indivíduo e no atomismo nominalista os lastros para o individualismo moderno⁹⁰.

Central para este exame e para a compreensão do Direito Privado Moderno, entretanto, é o jusracionalismo, corrente dominante entre 1600 e 1800. Com a definitiva separação do Estado e da Igreja, vigora o antropocentrismo e o individualismo. A razão e a vontade passam a ordenar a vida social. No Direito Privado, consagra-se a noção de sistema. Quanto aos contratos, a abstração é a tônica, com a construção de uma figura geral em oposição aos particularismos do direito romano clássico. Examinemos este período, por partes.

A doutrina reconhece em Grocio o fundador do moderno jusnaturalismo⁹¹, que forneceu os princípios gerais para a construção do jusracionalismo⁹². Esse

⁸⁷ Diz-se *revitalizado* por conta do hiato gerado com a queda do império romano até a retomada do Direito Romano como elemento unificador na Idade Média. No aspecto, por todos, WIEACKER, *História...*, p. 15-38 ("os fundamentos medievais da história do direito privado moderno"). A expressão revitalização é também de COSTA, *Direito das...*, p. 195.

⁸⁸ FERRAZ JUNIOR, *Introdução...*, p. 62.

⁸⁹ Conforme observa *Ibidem*, p. 65.

⁹⁰ VILLEY, *Filosofia...*, p. 127.

⁹¹ Assim, por exemplo, BOBBIO, *O positivismo...*, p. 20. Wieacker parece duvidar deste pioneirismo, ao dizer: "Como verdadeiro fundador do moderno jusnaturalismo é considerado, desde há muito, com razão ou sem ela, Hugo Grócio". (WIEACKER, *op. cit.*, p. 323). Na verdade, o autor alemão inicia o seu exame ainda antes, em Oldentorp, na escolástica tardia espanhola e em Althusius. (*op. cit.*, pág. 315 e seguintes). Nos parece, entretanto, que a formulação de Grócio estabelece a unidade que lhe assegura de fato o pioneirismo.

⁹² Conforme *Ibidem*, p. 304.

reconhecimento decorre, fundamentalmente, da sua construção de um direito internacional, supra-confessional, derivado de um direito natural aplicável para todos os homens. Este direito Grocio baseava na experiência comum de toda a humanidade, com especial valorização do direito romano⁹³. A razão era esse elemento potencialmente unificador. A definição de direito natural, em Grocio, é emblemática: “O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme a própria *natureza racional* do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto, vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza”⁹⁴.

Papel fundamental exerce, igualmente, Hobbes, a quem Villey atribui a fundação do individualismo moderno⁹⁵. A racionalização e a secularização do direito em Hobbes (que supera a de Grocio) visou precipuamente a destruição do pretense direito natural originário do soberano. A sua concepção de direito natural – “[...] é a liberdade que cada homem tem de usar o seu próprio poder, como quiser, para a preservação de sua própria natureza, o que vale dizer, de sua própria vida [...]”⁹⁶ – leva à de *Estado por instituição*, derivado da manifestação concorde de vontade dos homens⁹⁷.

⁹³ WIEACKER, *História...*, p. 326.

⁹⁴ Em BOBBIO, *O positivismo...*, p. 20-21.

⁹⁵ VILLEY, *Filosofia...*, p. 139.

⁹⁶ HOBBS, Thomas. Reproduzido em MORRIS, Clarence (Org.) *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 106.

⁹⁷ “Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concorda e pactua, cada um com cada um, que a qualquer homem, ou assembleia de homens, a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (isto é, de ser seu representante), todos, tanto aquele que votou a favor como aquele que votou contra, autorizaram todos os atos e decisões deste homem, ou assembleia de homens, como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz entre si e de serem protegidos dos outros homens [...]”. (Ibidem, p. 116).

A concepção jusracionalista, especialmente por sua tendência unificadora, teve a missão de abarcar toda a vida social⁹⁸. Além da original contribuição no plano do direito internacional, o direito do Estado é também informado pelo novo paradigma⁹⁹. A pretensão totalizante coaduna-se bem com a ciência moderna e, fundamentalmente, com o pensamento sistemático. Aliás, é consenso que a principal contribuição do jusracionalismo para o direito privado foi a idéia de sistema¹⁰⁰.

A utilização dos sistemas racionais no direito corresponde ao ingresso do direito na ciência moderna¹⁰¹. A crescente complexidade da sociedade, a internacionalização das relações e, conseqüentemente, da problemática jurídica, exigem uma formulação técnica, lógica e universal para o direito. Tendo o homem no centro do sistema, a concepção deveria seguir a mesma lógica das demais ciências modernas¹⁰². A análise crítica de Weber sobre a concepção jusracionalista de sistema elucida a fórmula:

Segundo os nossos atuais hábitos de pensamento, ela (sic, a sistematização) traduz: a concatenação de todas as proposições jurídicas, obtidas por análise, de tal modo que elas formem, entre si, um sistema de regras logicamente claro, em si logicamente livre de contradições e, sobretudo e principalmente, sem lacunas, o que requer: que todos os fatos possam logicamente subsumir-se numa das suas normas, ou caso contrário, a sua ordem abdica da garantia essencial.¹⁰³

⁹⁸ Assim pontua Wieacker, ao reconhecer que o principal contributo do jusracionalismo para a história do direito europeu “foi, antes de mais, uma ideologização total e impregnante da vida pública”. (WIEACKER, *História...*, p. 305).

⁹⁹ Como nas formulações de HOBBS e ROSSEAU.

¹⁰⁰ Conforme WIEACKER, op. cit., p. 309, por exemplo, corroborado e mencionado por FERRAZ JUNIOR, *Introdução...*

¹⁰¹ FERRAZ JUNIOR, *Introdução...*, p. 65.

¹⁰² Claus-Wilhelm Canaris, afirma sobre esta concepção de sistema: “Nos bastidores desta concepção encontra-se, manifestamente o conceito positivista de Ciência, elaborado tendo como ideais a Matemática e as ciências da natureza”. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *O pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 29).

¹⁰³ Reproduzido por CANARIS, op. cit., p. 29. E o próprio Canaris, no aspecto, sintetiza: “Numa teoria que devia legitimar-se perante a razão por meio da exatidão lógica da concatenação de suas

A idéia de contrato, em Grocio, segue estes postulados. O incremento das relações comerciais inspira o holandês a conceber uma idéia geral de contrato¹⁰⁴, que será fundante – mais ainda não idêntica – da concepção puramente voluntarista. Calcado em premissas jusnaturalistas, Grocio afirma a relevância da declaração de vontade na formação dos contratos¹⁰⁵. Conforme aponta Wieacker, o filósofo sustenta a força vinculativa dos contratos no *pacta sunt servanda* romano e, principalmente, na confiança da verdade do homem, como imagem de Deus¹⁰⁶. Entretanto, esta declaração livre de vontade, em que pese constituísse promessa obrigatória, não era ainda absolutamente autônoma¹⁰⁷, já que o jusracionalista Grocio ainda alicerça sua idéia de justiça contratual na concepção aristotélico-tomista, ou seja, na existência de equivalência entre as prestações¹⁰⁸. Não nos parece possível reconhecer em Grocio ou no jusracionalismo puro, portanto, os causadores bastantes e diretos do voluntarismo liberal¹⁰⁹, embora o tenham

proposições, o direito conquista uma dignidade metodológica especial. A redução das proposições a relações lógicas é pressuposto óbvio da formulação de leis naturais, universalmente válidas, a que se agrega o postulado antropológico que vê no homem não um cidadão de Deus ou, como no século XIX, do mundo histórico, mas um ser natural, um elemento de um mundo concebido segundo leis naturais”. (CANARIS, *O pensamento...*, p. 67).

¹⁰⁴ Sobre a influência do capitalismo nascente e, principalmente, à quantidade de tráfico econômico como elemento inspirador da evolução da teoria geral dos contratos, Roppo faz lógica vinculação, dizendo que não é por acaso “as primeiras elaborações da moderna teoria do contrato, devidas aos jusnaturalistas do séc. XVII e em particular ao holandês Grotius terem lugar numa época e numa área geográfica que coincidem com a do capitalismo nascente; assim como não é por acaso que a primeira grande sistematização legislativa do direito dos contratos (levada a cabo pelo código civil francês, code Napoleon, de 1804) é substancialmente coeva do amadurecimento da revolução industrial, e constituiu o fruto político direto da revolução francesa [...]”. (ROPPO, *O contrato*, p. 25-26).

¹⁰⁵ Sobre o direito ao cumprimento das promessas, o próprio Grocio refere: “[...] Um sólido exemplo do que dizemos é fornecido pelas Escrituras, que nos ensinam que o próprio Deus, que não pode ser obrigado por qualquer lei instituída, agiria de modo contrário a sua natureza se não cumprisse Suas promessas. Daí se conclui que o cumprimento de promessas provém da natureza da justiça imutável, que é, de certa maneira, comum a Deus e a todas as criaturas racionais [...]”. (GROCIO Reproduzido em MORRIS, *Os grandes...*, p. 93).

¹⁰⁶ WIEACKER, *História...*, p. 332.

¹⁰⁷ Observa neste sentido ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, v. 1, p. 15.

¹⁰⁸ Nesse sentido observa WIEACKER, op. cit., p. 333.

¹⁰⁹ Aqui se encontra aparente divergência doutrinária, representada por Alessandro Somma, para quem já neste momento histórico há um completo abandono do princípio da justiça substancial aristotélico-tomista em favor da total subjetivação da obrigação. (SOMMA, Alessandro. *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 38).

possibilitado, por seu método e premissas. O encontro do jusracionalismo com a revolução será a peça chave para a nova idéia.

Sobre a Revolução Francesa e sua importância no pensamento jurídico moderno e contemporâneo pouco é possível dizer de novo. Fruto de um consenso em torno das idéias do liberalismo clássico e conduzida por um grupo social definido e determinado – a burguesia¹¹⁰ – o movimento revolucionário desencadeia uma série de fatos que culminam, no campo do Direito Privado, na construção puramente voluntarista do contrato. A Revolução Industrial, o incremento do tráfico econômico e a consagração do capitalismo, a noção de sistema racional, o individualismo e o voluntarismo já elaborados pelo jusracionalismo exigem do contrato incidência¹¹¹ e papel ideológico, este concorde com um dos postulados revolucionários, qual seja o de consagrador da liberdade.

É desta época o mais alto nível de abstração do contrato¹¹², consagrado no movimento codificatório¹¹³, que encontrou início e auge no *Code Francês* de 1804¹¹⁴. O trabalho da pandectística alemã, com a elaboração dos conceitos de negócio jurídico, posteriormente positivado no Código Civil de 1900, e de direito

¹¹⁰ Importante destacar, como parece fazer Hobsbawn, que a motivação do burguês revolucionário é essencialmente econômica. Refere o historiador inglês: “Mas, no geral, o burguês liberal clássico de 1789 (e o liberal de 1789-1848) não era um democrata mas sim um devoto do constitucionalismo, um Estado secular com liberdades civis e garantias para à empresa privada e um governo de contribuintes e proprietários”. (HOBBSAWN, *A era...*, p. 91).

¹¹¹ Mário Júlio de Almeida Costa, fala em *hipertrofia* do contrato. Reconhece que, “neste período de rasgos de industrialização, de contínuos progressos técnicos, o contrato representava o grande instrumento jurídico dotado da necessária flexibilidade para permitir e mesmo impulsionar o dinamismo da economia”. *Direito das Obrigações*. 9ª edição. Coimbra: Almedina, 2001. Pág. 183.

¹¹² Para o que tiveram papel decisivo Domat e Pothier, conforme aponta COSTA, *Direito das...*, p. 195.

¹¹³ Sobre o movimento codificatório ver, por todos, CLAVERO, Bartolomé. *Codificación y Constitución: paradigmas de un binômio. Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 18, p. 79-145, 1989. No Brasil, ANDRADE, *Da codificação...*

subjetivo¹¹⁵, coroa o processo de abstração e subjetivação do instituto¹¹⁶. A reunião das leis em grandes códigos civis, sistemáticos e com pretensão totalizante, deixa claro o papel precípua (e secundário) do Estado: garantir o sistema de liberdade do direito privado¹¹⁷. Estabelece-se a prevalência do Código Civil sobre a Constituição, apontada por Canotilho: “Daí que a Constituição fosse, não a lei fundamental da ordem jurídica de uma coletividade politicamente organizada, mas sim e apenas o estatuto da organização política da sociedade”¹¹⁸.

Roppo identifica na *liberdade de contratar* a idéia única dos princípios ideológicos do contrato consagrado pela ciência jurídica e pelos legisladores do séc. XIX¹¹⁹. Esta liberdade operava por sobre a plataforma da igualdade entre os homens, fruto do ideário da Revolução Francesa. Esta igualdade, contudo, não era finalidade, mas premissa. Os homens sendo iguais e livres, e sendo igualdade

¹¹⁴ A relevância e a influência do Código Civil Francês de 1804 no sistema de direito ocidental moderno e contemporâneo é indiscutível. Nesse sentido, por todos, aponta BOBBIO, *O positivismo...*, p. 63-64.

¹¹⁵ Sobre o conceito de direito subjetivo, Villey aponta a diferença entre o direito subjetivo e o “jus” romano. Para este, jus é aquilo que é justo (aplicado para o indivíduo, “a palavra designa a parte que deveria ser-lhe atribuída (jus suum cuique tribuendum) com relação aos outros neste trabalho de repartição (tributio) entre vários que é a arte do jurista”). A contrário, reconhece que “o homem do ‘estado de natureza’ de Hobbes já tem seu direito subjetivo. O direito só está ligado ao *sujeito* de direito. Não é mais um *ter*, mas uma qualidade inerente ao indivíduo”. (VILLEY, *Filosofia...*, p. 142).

¹¹⁶ Sobre a importância da construção do negócio jurídico, como instrumento da ideologia burguesa, vale, por todos, a passagem de Carlos Ferreira de Almeida: “[...] atingindo o máximo grau na doutrina alemã do século XIX com a figura do negócio jurídico, integrado na parte geral do direito civil e servindo como instrumento ideológico-formal favorável aos interesses de uma burguesia interessada em fazer valer o seu poderio econômico, a coberto de uma igualização abstrata”. (ALMEIDA, *Texto e...*, p. 14).

¹¹⁷ Nesta concepção liberal, diz Ana Prata, que “a posição do Estado relativamente à vida econômica tem um conteúdo predominantemente negativo”. (PRATA, *A tutela...*, p. 27).

¹¹⁸ Citado em PRATA, op. cit., p. 33. No mesmo sentido, aponta Konrad Hesse: “Así llegó el Derecho Privado a ser el Derecho constitutivo de la Sociedad burguesa, junto al cual el Derecho Constitucional tenía una importancia secundaria. Le correspondía incluso una primacía material frente al Derecho Constitucional. Como sistema de las esferas y de los límites de la libertad asumió parcialmente el papel de los derechos fundamentales, que ellos mismos, como se ha expuesto, sólo con reservas podían desempeñar”. (HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 38).

¹¹⁹ ROPPO, *O contrato*, p. 32.

sinônimo de justiça, o resultado das suas vontades será justo¹²⁰. Conforme reconhece Prata, o contrato era o ótimo ponto de equilíbrio das relações entre privados¹²¹.

É deste período a construção do conceito de autonomia privada como autonomia *da vontade*. A partir da identificação do sujeito como titular de direitos e, fundamentalmente, no sistema capitalista, como proprietário, a sua liberdade de atuação é absoluta. Exceto raros limites negativos impostos na legislação, pela vontade tudo era possível, independentemente do conteúdo substancial da troca realizada na operação contratual. A subjetivação alcançava o seu ápice. A justiça substancial das operações econômicas é irrelevante; conforme reconhece Roppo “a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo fato de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes”¹²². Emblemática desta subjetivação é a referência em Kant, no sentido de que no contrato se adquire a promessa de alguém, e não o que foi prometido¹²³.

¹²⁰ Carlos Ferreira de Almeida, tratando do período, afirma que a matriz essencial do direito privado se orienta segundo os binômios vontade-liberdade e igualdade-justiça. (ALMEIDA, *Texto e...*, p. 8).

¹²¹ Ana Prata, diz: “[...] o contrato representava o ponto ótimo de equilíbrio de interesses contraditórios. Pressuposto do cumprimento desta função era, evidentemente, a colocação dos sujeitos que contratam numa rigorosa situação de igualdade e de liberdade. Igualdade e liberdade que não tinham de ser, nem podiam ser, mas do que formais: do livre jogo das forças individuais resultaria o seu preenchimento substancial e nesse processo não podia, nem devia, o Estado intrometer-se sem correr o risco de falsear todo o sistema.” (PRATA, *A tutela...*, p. 30).

¹²² ROPPO, *O contrato*, p. 35.

¹²³ Refere o filósofo alemão: “Mediante um contrato eu adquire alguma coisa externa. Mas o que é isto que adquire? Posto que se trata apenas da causalidade da escolha de um outro com respeito a um cumprimento que ele me prometeu, o que adquire diretamente mediante um contrato não é uma coisa externa, mas sim o ato dele, por meio do qual aquela coisa é submetida ao meu poder, de modo que a torno minha. Mediante um contrato, adquire, portanto, a promessa de um outro indivíduo (*não o que ele prometeu*) e, ainda assim, alguma coisa é somada aos meus haveres externos. Fiquei mais rico (*locupletior*) ao adquirir uma obrigação ativa sobre a liberdade e os recursos de outrem. Este direito é, todavia, tão-só um *direito em relação à pessoa*, a saber, um direito em relação a uma pessoa física específica e, efetivamente, um direito de atuar sobre a causalidade dela (sua escolha) para prestar alguma coisa para mim; não se trata de um direito a *uma* coisa, um direito em relação àquela pessoa moral que nada mais é do que a idéia da escolha de todos unida *a priori*, pela qual somente eu posso adquirir um direito contra todo o possuidor da coisa, que é o que constitui qualquer direito a uma coisa”. (KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 118-119).

A grande referência legislativa deste modelo de contrato era o art. 1134 do *Code* de 1804, segundo o qual “os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que os celebram”. Alguns autores, como Reale, reforçam a idéia da vinculação à palavra dada através de um apuro de tradução: “as convenções legalmente formadas têm lugar de leis (*tiennent lieu de lois*) para aqueles que a fizeram”¹²⁴. Em qualquer hipótese, é a consagração absoluta do *pacta sunt servanda*.

Em que pese a existência de algumas distinções relevantes, que inclusive após seriam centrais para a reconstrução do contrato¹²⁵, o outro grande código civil desta época – o alemão de 1900¹²⁶ – mantinha a mesma índole burguesa. A construção da figura do negócio jurídico, categoria mais geral do que o contrato, bem como a sua idéia de sistema, com uma parte geral gerando um nexo interno¹²⁷, levam o contrato a um nível máximo de abstração. Ainda assim, e apesar da cláusula geral de boa-fé¹²⁸, o BGB mantinha a vontade como elemento chave para a efetivação do negócio jurídico¹²⁹ e a irrelevância do equilíbrio substancial dos contratos¹³⁰.

¹²⁴ REALE, *Nova...*, p. 86.

¹²⁵ Conforme reconhece COUTO E SILVA, *A obrigação...*

¹²⁶ Para o qual foi fundamental a inspiração do sistema em Savigny e o movimento da jurisprudência dos conceitos, especialmente por Puchta, seu fundador.

¹²⁷ A expressão é de Judith Martins-Costa, que faz um exame definitivo sobre o sistema no BGB em cotejo com o do *Code*, para o qual nos reportamos, quer pela importância do estudo, quer pela impossibilidade de aprofundá-lo aqui dado o caráter meramente instrumental deste exame inicial. (MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 169-237).

¹²⁸ § 242 do BGB.

¹²⁹ Assim reconhece ROPPO, *O contrato...*, p. 49.

¹³⁰ Nesse sentido, por todos, WIEACKER, *História...*, p. 52.

Os dois grandes códigos civis inspiraram toda a codificação ocidental. Apenas para exemplificar, na Itália o sistema adotado em 1865 é visivelmente, até pela reprodução de artigos, influenciado pelo *Code*. O Código Civil Suíço de 1907 é fortemente inspirado no BGB¹³¹. Tiveram ambos, igualmente, forte influência no Brasil e na construção do Código Civil de 1916.

Com efeito, a concepção de sistema de Leibniz¹³², que havia orientado o trabalho de Teixeira de Freitas na primeira tentativa codificatória brasileira¹³³, foi mantida no texto de Beviláqua. A divisão entre parte geral e especial é oriunda das mesmas inspirações do BGB. Tratava-se de um Código tipicamente oitocentista, especialmente pela nítida tendência à totalidade, nos moldes do *Code*¹³⁴. O racionalismo impunha a cobertura absoluta de todas as possibilidades fáticas, impedindo que lacunas na lei deixassem campo livre para o subjetivismo. A intenção de Beviláqua era evidente e declarada: se o código “total” corre o risco de atrofiar o direito, por outro lado consagra certeza e segurança¹³⁵. Como fruto de sua época, refletia o iluminismo e sua orientação individualista, consagrando a vontade como centro de poder soberano nas relações privadas e pregando a igualdade não como fim a ser alcançado, mas como pressuposto.

¹³¹ Wieacker faz profundo exame de semelhanças e diferenças, no qual aquelas prevalecem. (WIEACKER, *História...*, p. 561 et seq.)

¹³² Filósofo, jurista e matemático alemão.

¹³³ Cumprindo determinação constitucional de 1824 e, também, com o intuito de conceder unidade à nossa legislação, em 1855 é entregue a Teixeira de Freitas a incumbência de consolidar as leis civis. Na verdade, a tarefa seria preparatória, pois em 1959 lhe foi encomendado um projeto de código civil. Embora a empresa não tenha sido concluída, tanto a Consolidação quanto o Esboço de Código inspiraram profundamente o trabalho de Beviláqua e, especialmente, o Código Civil Argentino de Velez Sarsfield, de 1969. Sobre estas questões históricas, ver ANDRADE, *Da codificação...*

¹³⁴ A boa doutrina reconhece que as concessões sistemáticas do Código brasileiro impediram que o texto envelhecesse tão rapidamente quanto o francês. Nesse sentido, COUTO E SILVA, Almiro. Romanismo e germanismo no Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 13, 1997.

¹³⁵ Sobre as críticas a Beviláqua e suas réplicas, MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 261.

Sobre o período, enfim, sintetiza Roppo: “liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – que se completavam reciprocamente – sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer “contratual” equivale a dizer “justo” (“qui dit contractuel dit juste”)¹³⁶, célebre fórmula de Fouillée. No mesmo sentido, aponta Ghestin, ao identificar o contrato da época como “acordo de vontades”. Segundo o jurista francês, o direito positivo deriva de um único princípio de direito natural: *pacta sunt servanda*. E cita Kant para situar a tese: “Quand quelqu’un decide quelque chose à l’égard d’un autre, dit-il, il est toujours possible qu’il lui fasse quelqu’injustice; mais toute injustice est impossible dans ce qu’il decide pour lui-même”¹³⁷.

Entretanto, o primado do voluntarismo contratual, consolidado no âmago do sistema capitalista, começa a sofrer oposição. A injustiça substancial, inicialmente em relações contratuais específicas de direito privado, questiona a construção. Mais adiante, o contrato como gênero é desafiado em sua lógica puramente subjetiva. Inicia a reação ao voluntarismo.

2. Reação ao voluntarismo

A reação ao voluntarismo vai aqui ser identificada em dois movimentos distintos¹³⁸. No primeiro (a), estruturado a partir de meados do século XIX, parece

¹³⁶ ROPPO, *O contrato*, p. 35.

¹³⁷ GHESTIN, Jacques. L’utile et le juste dans les contrats. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, v. 26, 1981, p. 36-37.

¹³⁸ A opção metodológica deriva de uma identificação que parece estabelecer o contraste que conforta a investigação desta dissertação, já que na primeira *reação*, ao contrário da segunda,

possível afirmar que não há propriamente uma negação do modelo voluntarista. A intervenção heterônoma no âmbito contratual privado, criando restrições ao conteúdo contratual, acabou por deixar intangível o primado da autonomia da vontade. No segundo (b), que ganha corpo especialmente a partir da segunda metade do século XX, a reação é frontal. Aqui não se separam tipos contratuais para um tratamento diferenciado. A oposição é direta e incide na estrutura do contrato, questionando se é de fato a vontade o fundamento de sua vinculatividade.

a) Direito do Trabalho e posteriores intervenções heterônomas

Partindo da base contratual voluntarista construída no sistema capitalista pós-revolucionário, conclui-se que o contrato era o campo da total liberdade. Quase não se encontravam limites. Estes eram ou puramente negativos, sob a forma de proibições¹³⁹, ou *biológicos*, vinculados à efetiva capacidade do contratante de exprimir livremente a sua vontade. Fora disso, vale a vontade livre, independentemente de qual seja a substância desta manifestação.

Contemporânea à Revolução Francesa, a Revolução Industrial estabelece uma nova forma de produção, em massa, para tanto necessitando de um grande número de trabalhadores que, atraídos pelas oportunidades geradas pela nova

sustentamos que, de fato, não há contrariedade propriamente dita ao modelo voluntarista, mas conformação. Nos interessa, como se poderá verificar no desenvolvimento do trabalho, o segundo modelo, este sim aplicável, a nosso ver, na estrutura da contratação coletiva.

¹³⁹ Conforme afirma Roppo, estas “deviam apenas assinalar, por assim dizer, do exterior, as fronteiras, dentro das quais a liberdade contratual dos indivíduos podia expandir-se sem estorvos e sem controles: não concluir um certo contrato, não inserir nele uma certa cláusula”. ROPPO, *O contrato*, p. 32.

sociedade, abandonam o campo e passam a se aglutinar em centros urbanos¹⁴⁰. A nova forma produtiva encontra o instrumento jurídico da época para vincular trabalhadores e proprietários das indústrias: o contrato de locação de serviços¹⁴¹. Do ponto de vista político, como já vimos, o Estado não intervém na relação entre os privados, exceto como poder de polícia, para garantir a liberdade individual e o regime capitalista.

O aumento da produção e do mercado consumidor, o incremento do comércio, especialmente o internacional, geraram forte concorrência e, conseqüentemente, a primeira grande crise na produção¹⁴². É nesta época que se desnuda o que antes já era óbvio, porém velado pelo início da industrialização e pela “novidade” do processo produtivo: eram diferentes – e não iguais como pregava o ideário da Revolução Francesa – trabalhador e industrial.

A história da Revolução Industrial é a da miséria do trabalhador. A lógica do lucro sempre contrariou a da justa contraprestação pelo trabalho. Há referências históricas de reivindicações de melhores salários na Filadélfia, já em 1806¹⁴³, e em

¹⁴⁰ Sobre a *cronologia* da Revolução Industrial, vale um exame em Hobsbawn. O historiador inglês identifica a década de 1780 como de início de uma fase que dura até 1840, quando se consolida a ferrovia e a indústria pesada na Grã-Bretanha. Desmistifica o evento como uma “bomba” na sociedade do início da Revolução Francesa, reconhecendo que a Europa da época permanecia predominantemente agrária e que os efeitos da Revolução Industrial de fato começaram a ser sentidos apenas com a derrocada do primeiro ciclo industrial, o do algodão, em 1830. (HOBSBAWN, *A era...*).

¹⁴¹ Ghestin aponta que era este o instrumento, tipificado no *Code*, a vincular o trabalhador e o industrial francês. (GHESTIN, Jacques. *Droit du travail*. Paris: Sirey, 1972, p. 3).

¹⁴² A partir de 1815, principalmente, tanto na Grã-Bretanha como na França, os salários passam a ser reduzidos em decorrência da redução da margem de lucro derivada da concorrência. (HOBSBAWN, op. cit.). O mesmo ocorre nos EUA, a partir de 1819, conforme aponta GUTNISKY. *Los presupuestos...*, p. 28.

¹⁴³ Sobre a evolução do sindicalismo americano é essencial o trabalho comparativo que faz SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Fundamentos do direito coletivo do trabalho nos Estados Unidos da América, na União Européia, no Mercosul e a experiência brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

Lancashire e Yorkshire, desde 1790¹⁴⁴. Entretanto, até por volta de 1815 não se tinha isso de forma tão clara, quer pela ainda incipiente industrialização, quer pela existência de condições ruins na indústria, mas ainda melhores do que aquelas experimentadas pelo homem no campo.

O contrato de trabalho, na verdade, era um contrato de condições impostas. Conforme aponta Ghestin, crianças trabalhavam desde os 5 anos e as jornadas alcançavam 14 ou 15 horas¹⁴⁵. Eram péssimas as condições de trabalho, gerando um grande número de mortes na indústria, ou pela fadiga, ou por acidentes. Os salários eram cada vez menores, tanto pela crise gerada pelo processo concorrencial aliado ao lucro desmedido, como pela inserção de mão de obra *dócil* e barata – mulheres e crianças – no processo produtivo.

Em face destas condições, o trabalhador não tinha escolha. Estava obrigado pela “lei” contratual, desamparado pelo Estado não-interventor e, fundamentalmente, isolado. Um dos aspectos mais nocivos do individualismo trazido como dogma pela Revolução Francesa foi a proibição de associação, definida na França pela *Loi Le Chapelier* em 1791 e tipificada como crime no Código Penal de Napoleão, em 1810¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Acerca da formação do sindicalismo e da história da revolução industrial inglesa, é insuperável o trabalho do historiador THOMPSON, E. P. *A formação da classe operária inglesa*. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

¹⁴⁵ GHESTIN, *Droit du...*, p. 4.

¹⁴⁶ A proibição de associações não ocorreu apenas na França. Na Grã-Bretanha, a Lei das Associações de 1799 jogou na clandestinidade milhares de trabalhadores nos mais importantes pólos industriais – Lancashire, Yorkshire e Derbyshire, conforme reconhece THOMPSON, op. cit., v. 3, p. 65.

Não obstante a proibição, o fato social se impôs. A identificação do problema comum, o quadro de opressão geral e a tomada de consciência de que apenas a atuação conjunta poderia gerar ao industrial pressão econômica análoga a que este impunha ao trabalhador fizeram com que, mesmo contra a lei¹⁴⁷, iniciasse nos países de maior industrialização um movimento associativo que levaria ao que depois foi consagrado como sindical¹⁴⁸. No início a atuação era desorganizada e violenta, limitada aos abandonos coletivos de postos de trabalho e depredação de máquinas¹⁴⁹. Com o tempo, a maior organização do movimento, apesar da clandestinidade, e a perplexidade gerada pela miséria do trabalhador “livre”, acabaram por fazer com que, paulatinamente, a proteção pela atuação das corporações fosse reconhecida como eficaz¹⁵⁰.

É correta a percepção da doutrina de Direito do Trabalho, portanto, quando diz que a gênese da proteção é coletiva¹⁵¹. As primeiras limitações realizadas no contrato individual de trabalho derivaram de ajustes impostos pela pressão do

¹⁴⁷ Nos EUA, sucessivas manifestações de Tribunais situavam a atuação sindical como conspiração criminal, a partir de caso pioneiro de 1806. Apesar disso, conforme reconhece Enoque Ribeiro dos Santos, “muitos trabalhadores se organizaram em sindicatos embora os tribunais declarassem suas associações fora-da-lei. Aparentemente, alguns trabalhadores achavam que tinham mais a ganhar de seus sindicatos, do que abandoná-los em face da declaração de ilegalidade”. (SANTOS, *Fundamentos...*, p. 5).

¹⁴⁸ Sobre a história do sindicalismo, por todos OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho sindical*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1995. No Brasil, centrais são os exames de BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 2000. e AROUCA, José Carlos. *O sindicato em um mundo globalizado*. São Paulo: LTr, 2003.

¹⁴⁹ Acerca da destruição das máquinas, como destruição do “mal”, vale a referência sobre o movimento conhecido como luddismo, na Grã-Bretanha, tratado em THOMPSON, *A formação...*, v. 3, p. 47 et seq.

¹⁵⁰ Do ponto de vista da evolução do sindicalismo, a doutrina costuma reconhecê-la em três fases: a da *proibição*, a da *tolerância* e a do *reconhecimento*. Sem que tenha havido uma perfeita concomitância cronológica, os países-berço da Revolução Industrial passaram pelo momento em que a aglutinação era criminalizada, como na França a partir de 1810. Após, foi reconhecida como fato social, como por exemplo na Inglaterra a partir de 1824, com a revogação da Lei das Associações. Muito mais tarde, já com o incremento da intervenção estatal no contrato de trabalho, os sindicatos e sua atuação são reconhecidos pelo Estado como fenômenos jurídicos. Sobre esta evolução, por todos, NASCIMENTO, *Compêndio ...*

¹⁵¹ A própria história do Direito do Trabalho é a história do sindicalismo, conforme unissonamente pontua a doutrina.

trabalhador, e não pelo Estado. Esta circunstância, central para a construção do argumento desta dissertação, será aprofundada em capítulo vindouro. Para o que nos importa aqui, contudo, estamos diante das primeiras manifestações tendentes a frear a amplíssima liberdade contratual, criando condições que, *a priori*, deveriam ser respeitadas pelo contratante mais forte economicamente. Essas limitações, até aqui, eram geradas por um poder privado, do grupo de trabalhadores, e, principalmente, “arrancadas” do industrial pela força, contra a determinação absenteísta do Estado.

Não eram todos os grupos, entretanto, que tinham capacidade para oferecer resistência ao poder do capital. Os trabalhadores menos qualificados e organizados, inseridos em atividades mais simples e menos rentáveis, ainda estavam à mercê da substancial injustiça contratual. Mesmo os trabalhadores com maior poder de aglutinação e, portanto, pressão, em épocas de crise perdiam a sua capacidade de barganha¹⁵². Em síntese, se era possível pensar em uma proteção eficaz pela atuação direta dos trabalhadores, ela certamente não era suficiente.

Sobre este período, aponta com razão Vieira de Andrade que

a liberdade individual e a concorrência econômica não tinham conduzido ao melhor dos mundos, mas a um mundo de injustiças flagrantes – designadamente, a liberdade contratual entre empresários e trabalhadores tivera como resultado uma exploração social infrene, que reduziu massas humanas a um nível degradante

¹⁵² A vinculação entre a qualificação do trabalhador e a pujança econômica da atividade em que está inserido e a capacidade de pressionar o empregador é verificada como dogma inafastável da experiência sindical. No início da história do sindicalismo, já se observava que era o trabalhador qualificado o mais capacitado às reivindicações. Assim eram os pioneiros nos EUA, na Inglaterra e na Suécia, conforme observa GUTNISKY. *Los presupuestos...*, p. 27. Isso também se observa no sindicalismo contemporâneo, consoante revela o exemplo brasileiro do *novo sindicalismo* do ABC paulista, no início da década de 80.

da sua dignidade e abriu uma 'questão social', em termos de afetar a própria segurança burguesa.¹⁵³

Esta insegurança burguesa, aliada a um efetivo espírito de justiça, faz com que a doutrina juslaboralista credite a Owen, industrial britânico, o pioneirismo na proteção ao trabalho, com a implantação de medidas protetivas nas suas unidades fabris¹⁵⁴. Aqui deve ser feita uma ressalva. Esse pioneirismo desconsidera a proteção coletiva e trata, na verdade, da forma heterônoma de proteção, em que a limitação é estabelecida unilateralmente por um centro de poder. O que faz Owen é o que contemporaneamente se define como norma regulamentar, estipulada unilateralmente pelo empregador (e por isso também por ele revogável) para reger as suas relações contratuais. De qualquer sorte, não se pode minimizar a importância histórica de Owen, especialmente pela sua colaboração em uma das primeiras manifestações legislativas limitando o poder contratual que se conhece: uma lei de 1819 proibindo o emprego de crianças menores de 9 anos¹⁵⁵.

Especialmente a partir de 1830, motivado por campanhas de trabalhadores em prol de leis de proteção e pelo quadro estarrecedor que o liberalismo contratual gerou, o Estado pontualmente passa a legislar tutelando a posição do trabalhador no contrato de trabalho e, com isso, visando minorar a sua incapacidade fática negocial. Alguns marcos legislativos são centrais, como, por exemplo, a lei na Inglaterra que em 1847 limitou a jornada normal de trabalho a 10 horas, em disposição de caráter

¹⁵³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 55-56.

¹⁵⁴ Neste sentido, por exemplo, SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 9.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 9.

geral¹⁵⁶. Na França, a primeira lei social é de 1841, proibindo o trabalho de menores de 8 anos¹⁵⁷.

Papel central nessa nova ordem ocuparam as doutrinas socialistas, em especial o manifesto comunista de Marx e Engels em 1848, e as sucessivas manifestações da Igreja Católica, culminando com a encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, que explicitamente pregava *justas condições de trabalho*. A segunda metade do século XIX é marcada pelo início de uma massiva intervenção da legislação no regulamento da relação entre trabalhador e tomador de trabalho. É deste período, também, o reconhecimento legal e conseqüente expansão do sindicalismo¹⁵⁸.

Este movimento vai culminar, em 1919, com o marco histórico de fundação do Direito do Trabalho como ramo autônomo da ciência do direito: a criação da Organização Internacional do Trabalho, como fruto do Tratado de Versalhes. É aqui que o Direito do Trabalho se universaliza, a partir da clara percepção de que o problema derivado da nova forma produtiva não é isolado e pontual, mas estrutural e intrínseco ao projeto capitalista baseado na lógica liberal e proprietária.

Esta breve evolução histórica do Direito do Trabalho deve ser compreendida a luz de outro movimento, qual seja o de construção e constitucionalização dos denominados direitos sociais. No particular, nos socorremos novamente de Vieira de Andrade, para quem a superação do liberalismo decorreu da ruína da própria

¹⁵⁶ Sússekkind observa que esta lei foi derivada de ampla pressão da classe trabalhadora, em ferrenha batalha pela jornada de 8 horas. (SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional...*, p. 10).

¹⁵⁷ Assim afirma Jacques Ghestin, que a reconhece como o *debüt* da intervenção estatal. (GHESTIN, *Droit du...*, p. 5.)

¹⁵⁸ A Inglaterra legislou sobre o tema em 1871. A França o fez em 1884, com a Lei Waldeck-Rousseau. Aparecem centrais sindicais, nos EUA (AFL-1886) e na França (CGT-1895).

sociedade¹⁵⁹. O autor afirma que, em decorrência, o “Estado começa a ser cada vez mais solicitado a intervir na vida social e a Administração ultrapassa definitivamente a sua condição de esquadra de polícia e repartição de finanças”¹⁶⁰. Esta foi a lógica que informou a Constituição Mexicana de 1917, a primeira a tratar do tema, bem como a de Weimar, na Alemanha, em 1919.

Veja-se que esta concepção de direitos sociais supera o individualismo e transcende o micro-cosmos das relações de trabalho¹⁶¹. Não apenas os trabalhadores, mas outros grupos de prejudicados reagem contra a abstenção do Estado Liberal, exigindo dos poderes públicos uma intervenção positiva em diversos domínios da vida em sociedade¹⁶², na busca da igualdade real. O que se examina não é mais o indivíduo isolado, mas situado¹⁶³, como trabalhador, aposentado, consumidor, inquilino, etc. Barroso identifica que “enquanto os direitos individuais funcionam como um escudo protetor em face do Estado, os direitos sociais operam como barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos”¹⁶⁴.

¹⁵⁹ GHESTIN, *Droit du...*, p. 54.

¹⁶⁰ *Ibidem.* pág. 55.

¹⁶¹ Nesse sentido, vale a distinção de Recaséns Siches: “os direitos individuais possuem predominantemente por conteúdo um não fazer dos outros indivíduos e principalmente do Estado e dos demais entes públicos. Já os direitos sociais têm por objetivo atividades positivas do Estado, do próximo e da sociedade, para conceder ao homem certos bens ou condições”. Reproduzido em SÜSSEKIND, *Direito constitucional...*, p. 15.

¹⁶² Assim também reconhece VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, p. 56.

¹⁶³ A expressão é de REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 9.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 101.

Disso decorre, ao longo do século XX, a construção de sistemas legislativos intervencionistas em relações contratuais entre privados, aumentando a incidência de normas imperativas e limitando o conteúdo da disposição contratual. É o que Roppo chama de *ordem pública de proteção*¹⁶⁵. Não é objeto deste exame um aprofundamento da questão, exceto pela fórmula da *reação*, mas, de qualquer sorte, é daqui que surge, por exemplo, a sistemática de proteção ao inquilino em face do proprietário¹⁶⁶ e, principalmente, do consumidor em face do fornecedor de bens e serviços¹⁶⁷.

Não se pode duvidar que esta intervenção heterônoma na relação entre os privados visa e atinge, ao menos parcialmente, o re-equilíbrio nas relações contratuais em que um dos pólos é economicamente mais forte. Entretanto, especialmente no Direito do Trabalho, não se pode dizer que a legislação intervencionista da segunda metade do século XIX e do século XX visou uma mudança na estrutura voluntarista do contrato. Ao contrário, o exame da legislação e da doutrina de Direito do Trabalho permitem concluir que, no espaço em que não há restrições geradas por normas imperativas, a autonomia da vontade reina absoluta. Nesse sentido a leitura que sempre se fez, no Brasil, sobre o art. 444 da CLT¹⁶⁸. A expressão “livre estipulação” é traduzida em seu viés subjetivo, ou seja, tudo o que for da vontade das partes, exceto o proibido pelo esquema de proteção estatal e coletiva, será *lei entre as partes*.

¹⁶⁵ ROPPO, *O contrato*, p. 333.

¹⁶⁶ Roppo identifica já em 1915, na Itália, legislação tratando da locação urbana com índole protetiva ao locatário. (Ibidem, p. 331).

¹⁶⁷ A proteção ao consumidor é disseminada no mundo inteiro, sendo o Brasil o País pioneiro em fazê-la no modelo de codificação. Sobre a questão, ver GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 7-12.

¹⁶⁸ Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha as disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Essa visão voluntarista se revela, igualmente, na doutrina que examina o tema *princípios de Direito do Trabalho*. Ao lado daqueles que cuidam especificamente da proteção – tutela, primazia da realidade, continuidade da relação de emprego e irrenunciabilidade de direitos¹⁶⁹ – em geral se nomina o princípio da *autonomia da vontade*, em seu viés subjetivista e liberal, facultando às partes, conforme a sua vontade e não a partir do equilíbrio de prestações, o ajuste de qualquer conteúdo contratual. Plá Rodriguez, aqui exemplificando esta visão, reforça o entendimento: “a autonomia da vontade como tal não está em jogo, mas se trata de evitar seu abuso”¹⁷⁰. O Direito do Trabalho, ainda hoje, está preso ao dogma.

Diferente é a lógica do Direito do Consumidor, mas isso parece ter explicação cronológica. A construção da idéia de tutela do consumidor hipossuficiente em uma sociedade de consumo é contemporânea ao início da reformulação da idéia de contrato, não em algumas das suas tipificações, mas como categoria geral. O contrato voluntarista de Direito Civil está em xeque. Esta é a segunda *reação*, que examinamos a seguir.

b) A reconstrução do contrato como categoria jurídica geral

A reação ao voluntarismo não se limitou à intervenção estatal positiva em relações jurídicas em que se identificou a existência de um pólo economicamente hipossuficiente, conforme revelado no subitem anterior. Paulatinamente foi se

¹⁶⁹ Esta é a clássica classificação do jurista uruguaio PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 78.

verificando que a vontade era insuficiente para justificar a vinculatividade dos contratos em geral, especialmente porque, em alguns momentos, a manifestação volitiva alcançava resultados notadamente injustos, em outros, sequer era possível. A reação de que agora se dá conta não é pontual, específica de algum tipo contratual, mas do contrato como categoria jurídica¹⁷¹.

A reconstrução do contrato cumpriu diversas etapas, as primeiras ainda tendo a vontade como elemento central, até chegar a uma objetivação em que o fundamento vinculante aproxima-se da justiça¹⁷². A intenção deste segmento não é – e nem poderia ser, pela amplitude do tema e pelo foco específico da dissertação – tratar profundamente de todas as teorias e institutos que compõem esta reconstrução. A escolha recaiu sobre alguns pontos determinados, não exaustivos e não necessariamente os mais importantes, mas que pelas características podem dar uma boa idéia sobre o caminho da atual concepção de contrato que propomos. De outra parte, servirão para que, ao final, possamos identificar o contrato em características que permitam uma transposição para o contrato coletivo, que é o foco deste trabalho.

Assim, o exame inicia ainda dentro do voluntarismo, com a mudança no processo hermenêutico operada pela transposição da teoria da vontade à teoria da

¹⁷¹ O exame da reconstrução do contrato pode ser realizado a partir de diversos critérios. Talvez o melhor deles fosse o histórico, em que se examina a evolução do instituto inserida na do próprio Direito como ciência. Alternativa não menos adequada seria a do exame evolutivo do contrato como categoria jurídica, aprofundando cronologicamente os eventos que formaram a nova concepção. A limitação deste exame, entretanto, faz com o que se escolha um caminho mais “geral” e, talvez por isso, menos sistemático. O que se pretenderá fazer é identificar, sem compromisso sistêmico e sem a profundidade de quem escreveria especificamente sobre o tema, marcos evolutivos centrais para a nova concepção que será utilizada para o encaixe da idéia desenvolvida no segundo capítulo desta dissertação.

¹⁷² Assim reconhece Roppo, ao afirmar que na teoria e disciplina dos contratos há uma tendência à objetivação. (ROPPO, *O contrato*.).

declaração e, após, com a formulação da teoria preceptiva, por Betti. Após, rapidamente se examina a redescoberta da cláusula *rebus sic stantibus*, a formulação da teoria da imprevisão e a releitura do instituto da lesão. Finalmente o percurso da objetivação é cumprido através da teoria da base objetiva, da objetivação da boa-fé e do movimento de funcionalização dos contratos. A intenção da escolha, além da importância dos institutos, derivou do fato de que alguns operam sobre o plano da validade do negócio, alguns sobre o da eficácia e alguns sobre ambos.

Tratar da reconstrução do contrato é falar na relativização do dogma da vontade como justificador único da sua força obrigatória. Historicamente, a dúvida sobre a obrigatoriedade se estabelece, ou porque desde a formação o contrato é substancialmente injusto, ou porque passou a sê-lo durante a sua execução. Este exame leva, principalmente, ao questionamento sobre o binômio interpretação / limites materiais. Da questão hermenêutica se tratou ainda dentro da era em que imperava o voluntarismo puro, e é por aí que se inicia a investigação.

Ainda na Idade Moderna é de se notar a relevante alteração na estrutura hermenêutica da própria teoria da vontade. Segundo esta, conforme reconhece Roppo, “as conseqüências do contrato devem ser perfeitamente conformes às representações mentais das partes”¹⁷³. O objeto da interpretação dos contratos é a reconstituição da vontade, necessariamente concorde com a declaração¹⁷⁴. O incremento da produção e do comércio, contudo, fez com que se buscassem maior celeridade, segurança e estabilidade nas relações. Com isso, se atenua a teoria da

¹⁷³ ROPPO, *O contrato*, p. 297.

¹⁷⁴ Nesse sentido o exame de ALMEIDA, *Texto e...*, v. 1, p. 72.

vontade, que cede à teoria da declaração, que pretendia “ligar os efeitos e o tratamento jurídico das relações aos *elementos objetivos, exterior e socialmente reconhecíveis*, dos atos pelos quais as relações se constituem, muito mais que aos elementos de psicologia individual, às atitudes mentais que permanecem no foro íntimo”¹⁷⁵. Em síntese, no caso de conflito entre as posições da psiquê e o que socialmente transparece, prevalece este último. A idéia aqui é a tutela do destinatário da declaração.

A evolução do processo hermenêutico prossegue, com clara tendência de objetivação. Central é teoria preceptiva, formulada por Betti¹⁷⁶, para quem a vontade não correspondia ao conteúdo do ato, sendo tão-somente sua força motriz, que reporta ao espaço criado pela lei¹⁷⁷. Mesmo aqui, contudo, em que pese o aparente desatrelamento da vontade real ou declarada no momento da formação do negócio, ainda estamos no campo da subjetividade, blindando o contrato contra fatores externos¹⁷⁸.

A doutrina reconhece que o processo de efetiva objetivação do contrato começa no início do século XX. Neste sentido, por exemplo, Martins-Costa afirma que há uma tendência em alguns países a retomar a cláusula *rebus sic stantibus* a

¹⁷⁵ ROPPO, *O contrato*, p. 298.

¹⁷⁶ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra, 1969.

¹⁷⁷ A crítica a esta concepção é contundente, conforme exemplifica aqui Carlos Ferreira de Almeida: “A configuração da “vontade” como *vontade normativa* constitui uma abstração “anêmica”, “descolorida” e axiomática, uma ficção de sabor legalista que, para além de não ser explicativa do ato e dos seus efeitos, encerra a ciência jurídica em si mesma, tornando-a auto-suficiente, em vez de se abrir sobre o conjunto da realidade social de que o direito é um aspecto importante mas particular.” (ALMEIDA, *Texto e...*, p. 93).

¹⁷⁸ Luís Renato Ferreira da Silva, sintetiza dizendo que estas teorias “ao contrário de minorarem ou atacarem o dogma oitocentista da vontade individual soberana, verdadeiramente exaltam-no e cumprem um papel quiçá mais favorável à ideologia do liberalismo puro que as primeiras manifestações voltadas ao dogma.” (FERREIRA DA SILVA, *Revisão dos...*, 21).

partir da 1ª Guerra Mundial¹⁷⁹. A crise econômica gerada pelo grande conflito fez com que os contratos de execução continuada sofressem duramente os efeitos da alteração das circunstâncias fáticas e da crise econômica. Elaborada na Idade Média, a partir de inspiração romana, se considerava a cláusula *rebus sic stantibus* implícita nos contratos de longa duração: só permanecem valendo se for mantido o estado de coisas em que estipulados¹⁸⁰. O voluntarismo vigente nas codificações oitocentistas fez com que a regra fosse ignorada, em nome do primado voluntarista da imutabilidade do pactuado. Assim ocorreu, por exemplo, no *Code* e no Código Civil Brasileiro de 1916.

Inspirada na cláusula *rebus sic stantibus*, embora temperada por rigores próprios do primado da imodificabilidade dos contratos, constrói-se então a teoria da imprevisão, que prega a possibilidade de revisão ou extinção dos pactos quando fatores supervenientes afetam o equilíbrio contratual. Com alguma variação, de acordo com a época e o ordenamento jurídico que a recebe, tem os seguintes possíveis pressupostos de aplicação: (1) existência de relação continuada (contratos de trato sucessivo ou execução continuada ou contrato de execução diferida); (2) imprevisibilidade do fato superveniente (a origem da causa deve ser imprevisível ou extraordinária¹⁸¹); (3) onerosidade excessiva (cria a impraticabilidade da prestação); (4) vantagem excessiva para o outro contratante¹⁸²; (5) ausência de fato imputável ao beneficiário (o fato superveniente deve manter uma relação de alteridade quanto

¹⁷⁹ Ver referência em MARTINS-COSTA, *A boa-fé...* No mesmo sentido, COSTA, *Direito das...*, p. 289.

¹⁸⁰ Conforme *Ibidem*, p. 291.

¹⁸¹ Segundo Ruy Rosado Aguir Júnior, a imprevisibilidade deve acompanhar a idéia de probabilidade. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 154-155).

¹⁸² Não são todos os ordenamentos que positivam a cláusula que prevêem o requisito: o Código Civil Italiano não; o Código Civil Brasileiro de 2002, sim, no art. 478.

às partes envolvidas); (6) fato fora da álea contratual (deve exorbitar os riscos inerentes à relação contratual). Importante reforçar que estes pressupostos não são sempre cumulativos. Na sistemática do Código Civil Brasileiro de 2002, por exemplo, a onerosidade excessiva e a vantagem excessiva do outro contratante não são pressupostos para os casos de revisão do contrato, conforme art. 317, embora o sejam para a hipótese de resolução, de acordo com o art. 478.

Vê-se que o avanço, aqui, já é significativo. A intenção manifesta é a de resguardar o equilíbrio contratual. Entretanto, a teoria da imprevisão é passível de críticas, especialmente porque ainda resguarda um viés subjetivista, na medida em que a *previsão* pressupõe que as partes deixaram deliberadamente de fora determinadas circunstâncias. Por outro lado, é de se observar que ignora o desequilíbrio de origem, condicionando a modificação a fatos supervenientes, o que igualmente protege a vontade do momento júri-genético¹⁸³. Mais do que isso, não se aplica nos contratos de execução instantânea, cuja incidência é regra em um sistema proprietário de troca de bens.

Para responder a esta última insuficiência, o caminho da objetivação perpassa o instituto da lesão. A lesão, assim como a imprevisão, também constitui causa que pode levar à extinção ou modificação dos contratos. Ao contrário da primeira, entretanto, não é superveniente à conclusão do contrato, e sim dela contemporânea ou concomitante. No Direito Romano a lesão, dita enorme, era tarifada: havia lesão quando o negócio dava-se por menos da metade do preço

¹⁸³ Nesse sentido, por todos Costa: “trata-se, pois, de um esquema susceptível de deixar sem amparo algumas hipóteses merecedoras de proteção, atendendo às regras da boa-fé”. (COSTA, Direito das..., p. 292).

real¹⁸⁴. Esta visão se coadunava com a concepção clássica de contrato, como troca equilibrada de prestações. Por todos os motivos já expostos, o instituto da lesão não foi bem recepcionado pelo paradigma voluntarista. E, quando o foi, sua justificação foi desvirtuada, de forma a adequar-se ao modelo, transformando-se em *anomalía*¹⁸⁵, como vício de consentimento¹⁸⁶.

Conforme destaca Ghestin, a lesão sempre envolveu questão de justiça comutativa¹⁸⁷, em que pese a tendência a subjetivá-la¹⁸⁸. O seu exame, mesmo após anos de construção objetiva, ainda revela resquícios voluntaristas. Assim como fizemos em relação à teoria da imprevisão, vejamos os seus possíveis pressupostos¹⁸⁹: (1) desproporção nas prestações deve ser concomitante à formação do contrato; (2) relação jurídica que pressuponha equivalência entre as prestações (aplicável aos contratos bilaterais (pelo menos), onerosos e comutativos); (3) falta de equivalência entre as prestações (assim identificada a partir da totalidade

¹⁸⁴ Sobre o histórico do instituto, especialmente de sua concepção pelo direito romano, por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

¹⁸⁵ A expressão é utilizada por BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 31.

¹⁸⁶ A lesão enorme foi prevista no Código Francês de 1804, exatamente como vício de consentimento e limitada ao extremo, conforme ressalta FERREIRA DA SILVA, *Revisão dos...* Sobre o aspecto, reforça Caio Mário da Silva Pereira: "a teoria dos vícios do consentimento por si só não basta a atender a todas as hipóteses em que o fenômeno ocorra, embora ela seja constantemente alargada de forma a abraçar negócios que os preceitos rígidos não tinham, por severa aplicação, força de vencer, mas que o direito se julga no dever de regular, por amor da lealdade e dos princípios morais". (PEREIRA, op. cit., 106-107).

¹⁸⁷ A expressão é desenvolvida por Tomás de Aquino e será adiante melhor abordada.

¹⁸⁸ GHESTIN, L'utile..., p. 48.

¹⁸⁹ É preciso esclarecer este exame. Assim como realizado na identificação da imprevisão, fez-se um apanhado doutrinário, buscando identificar o que é consenso e quais são as relevantes divergências. A classificação inicial respeita à realizada por BECKER, op. cit. As exceções e comentários são pontualmente identificados, ou entre parênteses, ou em nota de rodapé.

do contrato); (4) aproveitamento da situação de inferioridade pelo contratante beneficiado¹⁹⁰; (5) situação de inferioridade do contratante prejudicado¹⁹¹.

Se até aqui vemos uma tendência clara à objetivação, pode-se dizer que, tanto na lesão como na imprevisão, ainda estão presentes – considerando a concepção do instituto a ser adotada, especialmente se dermos relevância às expectativas dos contratantes, às suas condições pessoais, aos benefícios advindos do contrato desequilibrado e à necessária imprevisibilidade – elementos que justificam uma influência voluntarista. O mesmo não poderá ser dito, contudo, a partir da construção da teoria da base objetiva, da consagração do princípio da boa-fé objetiva como regente das obrigações e do movimento de funcionalização do contrato. Sem receio da acusação de reducionismo, nos parece que nesta tríade podemos encontrar a justificação do novo paradigma contratual.

A teoria da base, formulada inicialmente por Oertmann¹⁹², possibilita a relativização da força obrigatória dos contratos, independentemente dos condicionantes estabelecidos na construção inicial da teoria da imprevisão, desde que alterações fáticas modifiquem substancialmente as condições do negócio¹⁹³. Costa, fundado em Oertmann, afirma que nesta concepção “a base do negócio consiste na representação de uma das partes, reconhecida ou não contestada pela

¹⁹⁰ O requisito é polêmico, por conta justamente da possibilidade de conotar subjetivismo ao instituto. No BGB, o requisito foi expressamente previsto, o que parece atrair a idéia de dolo. No Código Civil Brasileiro de 2002, em que a lesão foi positivada em seu art. 157, não se fala em aproveitamento ou vantagem desproporcional, em clara tendência à objetivação.

¹⁹¹ Relevante, no aspecto, o art. 157 do CCB, que fala em *inexperiência* ou *premente necessidade*, conceitos jurídicos indeterminados à espera da integração pelo aplicador.

¹⁹² A teoria é elaborada em 1923, conforme FERREIRA DA SILVA, *Revisão dos...*, p. 134.

¹⁹³ Pelo escopo reduzido deste exame restou impossível aprofundar pontos de convergência entre as teorias da base e aquelas que justificam a imprevisão. A diferença fundamental, além da tendência subjetivista destas últimas, é a dispensa da imprevisibilidade do ato gerador do desequilíbrio. Esta distinção é magistralmente construída por (Ibidem, p. 106).

outra, ou na representação comum aos vários intervenientes, sobre a existência de certas circunstâncias tidas como fundamentais para a formação da vontade”¹⁹⁴. Entretanto, é evidente o cunho subjetivista da formulação, por levar em conta as expectativas dos contratantes, estando bastante próxima ao instituto do erro¹⁹⁵. Foi preciso dar um passo adiante, com a objetivação da base negocial.

A teoria da base objetiva do negócio então é formulada¹⁹⁶, em construção originária da doutrina alemã. Larenz reconhece que a lei não previu expressamente a teoria, mas a sua formulação foi possível a partir dos parágrafos 157, que autoriza a interpretação integradora do juiz, e 242, que consagra a regra de boa-fé, ambos do BGB¹⁹⁷. A base objetiva do contrato independe dos fins puramente subjetivos pretendidos pelas partes. Importará a finalidade objetivamente expressada no contrato, que não pode se tornar irrealizável, ainda que não seja impossível o adimplemento da prestação¹⁹⁸. Por outro lado, a base objetiva é aquela que assegura a manutenção da equivalência entre as prestações, contra alterações significativas que afetem a economia contratual¹⁹⁹.

¹⁹⁴ COSTA, Direito das..., p. 294.

¹⁹⁵ Diz isso taxativamente LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. 315. Assim reconhece também COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob. (Org.) *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 92. Diz que a formulação retoma as idéias de WINDSCHEID e de sua teoria da pressuposição. No mesmo sentido aponta PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 25, p. 224.

¹⁹⁶ O tema presta-se a tratados, dentre os quais alguns insuperáveis foram escritos. Não sendo o tema central desta dissertação, mas apenas um conceito-suporte, reportamo-nos, sobre o aspecto, para o exame realizado por Karl Larenz. No Brasil, por todos, COUTO E SILVA, *A obrigação...* e MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*.

¹⁹⁷ LARENZ, op. cit., p. 317.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 318.

¹⁹⁹ Sobre a necessidade de que haja alterações significativas na economia contratual, a ponto de justificar a invocação à teoria da base do negócio, relevante é o exame de FERREIRA DA SILVA, *Revisão dos...*, p. 144.

A objetivação operada pela teoria da base do negócio, entretanto, não pode ser entendida como a condenação à morte da autonomia contratual²⁰⁰. Fundamental, neste sentido, a ressalva que faz Ferreira da Silva ao estabelecer que a própria doutrina alemã, atualmente, inclui no exame da base do negócio também os riscos assumidos pelos contratantes, evitando a modificação do pactuado sempre que houve a explícita assunção do risco ou, não tendo havido, condicionando a intervenção no pactuado à existência de quebra objetiva que exorbite o risco normal do negócio²⁰¹. No mesmo sentido, atesta Larenz, para quem a decisão sobre a quebra da base deve partir de critérios deduzidos do contrato mesmo, de seu sentido e finalidade intrínsecos, como salvaguarda do mandamento ético da fidelidade contratual e da segurança do tráfico jurídico²⁰².

Esta posição medial é fundamental para que se compreenda o significado real da base objetiva do negócio jurídico, definida por Couto e Silva como a que “decorre de uma “tensão” ou “polaridade” entre os aspectos voluntaristas do contrato – aspecto subjetivo – e o seu meio econômico – aspecto institucional – o que relativiza, nas situações mais dramáticas, a aludida vontade, para permitir a adaptação do contrato à realidade subjacente”²⁰³.

Como vimos, na construção da teoria da base objetiva papel de relevo teve a cláusula geral de boa-fé, prevista no parágrafo 242 do Código Civil Alemão de 1900. Quando da sua adoção, recebeu a leitura possível ao legislador e jurista voluntarista

²⁰⁰ Este cuidado tem ROPPO, ao discorrer sobre o processo de objetivação do contrato mas, antes, deixar claro que está em posição medial entre aqueles que ignoram a relativização da concepção subjetivista e os que decretaram, definitivamente, o fim da liberdade contratual. ROPPO, *O contrato*, p. 295-297.

²⁰¹ FERREIRA DA SILVA, *Revisão dos...*, p. 137.

²⁰² LARENZ, *Derecho...*, p. 317.

²⁰³ COUTO E SILVA, *A teoria...*, p. 94.

da época, ou seja, como postulado ético exclusivamente vinculado à percepção, intenção ou declaração do sujeito. Entretanto, a evolução da sociedade e de seus valores possibilitou que a regra da boa-fé tomasse feição objetiva²⁰⁴.

A boa-fé objetiva protege o que Larenz chama de finalidade objetivamente expressada no contrato²⁰⁵ e, conforme reconhece Couto e Silva, endereça-se sobretudo ao juiz, no seu mister de corrigir ou integrar o conteúdo da obrigação²⁰⁶. Diferencia-se da subjetiva porquanto esta se vincula a intenção ou estado psicológico, enquanto aquela é modelo de conduta social, arquétipo do homem reto (honesto, leal e probo)²⁰⁷. Encontrar a solução, segundo a boa-fé, na lição de Larenz,

no es, por consiguiente, una decisión adoptada a tenor del 'sentimiento jurídico' o según el 'criterio de equidad' del llamado en cada caso a pronunciar la sentencia o solución del caso, sino una resolución tomada siempre según una medida necesitada de concreción, pero ampliamente determinable em sentido objetivo, que también permite desde luego la consideración de las particulares circunstancias del caso²⁰⁸.

A boa-fé objetiva não nega a liberdade contratual, mas opera independentemente dela²⁰⁹. O que faz é justamente alargar a base do negócio,

²⁰⁴ Sobre a leitura inicial e posterior releitura da cláusula geral do parágrafo 242 do BGB, o exemplar artigo de COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: O DIREITO privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. Também sobre as transformações hermenêuticas do contrato, vale a referência de Ghestin sobre a nova leitura do art. 1134 do Code, a partir da segunda metade do século XX, não mais para justificar a autonomia da vontade, mas para afirmar o caráter obrigatório dos contratos, norteado pelo interesse geral, pela utilidade pública e pela justiça objetiva. (GHESTIN, L'utile..., p. 37).

²⁰⁵ LARENZ, *Derecho...*, p. 316.

²⁰⁶ COUTO E SILVA, op. cit., p. 42.

²⁰⁷ A distinção está em MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 410-427.

²⁰⁸ LARENZ, op. cit., 144.

²⁰⁹ Na doutrina de Couto e Silva, a prestação principal do negócio é determinada pela vontade, sendo os deveres resultantes do princípio da boa-fé secundários, anexos e instrumentais, desvinculados da manifestação volitiva. (COUTO E SILVA, *A obrigação...*, p. 35-36).

reconhecendo a existência de deveres que refogem às expectativas subjetivas dos contratantes, permitindo que a equidade e o senso comum igualmente rejam os contratos²¹⁰.

A teoria da base objetiva do negócio, que incide nas obrigações principais dos contratantes, e a objetivação da boa-fé, que opera sobre os sujeitos criando deveres gerais de conduta, possibilitam a compreensão do contrato a partir do seu significado econômico. E, como instrumento operativo do tráfico jurídico, ressalta o seu viés de *função*.

Conforme reconhece Roppo, na sociedade contemporânea o contrato precisou se adequar à função de operador do sistema de produção e distribuição de massas²¹¹, o que em regra o inviabiliza como fruto de pura manifestação volitiva. A evolução da sociedade e as novas tecnologias fazem com que algumas relações jurídicas se estabeleçam independentemente de atos típicos de vontade, mas a partir do *contato social*²¹². É faticamente impossível pensar em chave voluntarista obrigações que nascem de mera oferta e aceitação, que não dependem de capacidade contratual e que, por vezes, fazem parte de um conjunto de prestações que o Estado contemporâneo estabelece em favor do indivíduo²¹³.

²¹⁰ Segundo MARTINS-COSTA, a boa-fé constitui uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela consideração dos interesses da contra-parte e indica um critério de interpretação dos negócios jurídicos e uma norma impositiva de limites ao exercício de direitos subjetivos e poderes formativos. (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 2, p. 33).

²¹¹ ROPPO, *O contrato*, p. 309.

²¹² Segundo Roppo, “comportamentos sociais valorados de modo típico, por aquilo que eles socialmente exprimem, abstraindo-se das atitudes psíquicas concretas dos seus autores”. (Ibidem, p. 302).

²¹³ Larenz trata o tema como *obrigações derivadas de conduta social típica*, mencionando que o Estado tem por missão criar condições para que a convivência humana seja possível. (LARENZ, *Derecho...*, 59).

Já vimos que, a partir das grandes guerras mundiais, o direito começa a derrubar a fronteira, outrora intransponível, entre o Público e o Privado, consagrando um movimento de constitucionalização²¹⁴ deste e, principalmente, de funcionalização de seus institutos centrais: a propriedade e o contrato²¹⁵. Isso atende ao que Reale chama de princípio da socialidade²¹⁶, que entre nós informa a Constituição de 1988 e, explicitamente quanto ao tema contrato, o Código Civil Brasileiro de 2002. Com efeito, a positivação da função social do contrato e do princípio da boa-fé objetiva, respectivamente nos art. 421 e 422, coroa no Brasil a idéia de que o contrato deve ser examinado enquanto função, e não como vazio arbítrio do indivíduo. O maestro do Código de 2002 brinda uma nova fase do Direito Moderno, inaugurada a partir do primeiro pós-guerra, que trouxe

uma nova compreensão da propriedade e do contrato, cuja função social passou a ser sempre mais reconhecida, com abandono tanto dos poderes do proprietário em conflito com legítimos interesses da coletividade como de uma exagerada compreensão da autonomia da vontade, fonte de avenças desprovidas de equilíbrio sócio-econômico.²¹⁷

Nessa nova ordem social, a iniciativa contratual não encontra, como outrora, limites apenas negativos. Da mesma forma, não estará restringida tão-somente em campos em que o Estado Social reconheceu a necessidade de tutelar positivamente a posição do contratante hipossuficiente. A função social do contrato exige a

²¹⁴ Marco relevante é a Constituição de Weimar e posterior legislação alemã, que lançou restrições de ordem social ao direito de propriedade, em especial da imobiliária. Sobre o aspecto, Wieacker reconhece que “nestes casos, a oneração social do proprietário do solo atingiu uma medida nunca alcançada na história da propriedade privada e que provavelmente não teria sido suportada pela consciência jurídica em nenhum dos séculos anteriores da história europeia”. (WIEACKER, *História...*, p. 640).

²¹⁵ Sobre o aspecto, interessante notar o estudo de Martins-Costa (O novo Código Civil Brasileiro: em busca da ética da situação) que sublinha o fato da positivação da função social do contrato decorrer da anterior positivação da função social da propriedade, posto que aquela instrumentaliza a aquisição desta. (MARTINS-COSTA, *Diretrizes...*, p. 156-160). No mesmo sentido, PRATA, *A tutela...*, p. 202.

²¹⁶ REALE, *O projeto...*

²¹⁷ REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 108-109.

perfectibilização do objetivo de solidariedade. Nas palavras de Prata, “a iniciativa econômica privada tem de visar, primariamente, um objetivo, que é o progresso coletivo, que necessariamente se sobrepõe e não se confunde com os objetivos privados do empresário”²¹⁸. No mesmo sentido aponta Perlingieri, para quem o exame de licitude e valor do resultado da autonomia privada deve compatibilizar, de um lado, o ato e atividade e, do outro, o ordenamento jurídico globalmente considerado²¹⁹.

Verifica-se, por tudo, que o somatório destas construções conduz a duas idéias centrais na nova teoria dos contratos: a de justiça e a de utilidade²²⁰. Justiça, aqui, no sentido objetivo, restaurando a fórmula aristotélico-tomista de comutatividade²²¹. O contrato será justo se houver equivalência entre as prestações, e não porque as partes declararam ou definiram determinado conteúdo²²². Utilidade, por sua vez, como norte a ser seguido, quer na relação entre os particulares, quer como satisfação do interesse geral²²³. O contrato será útil na medida em que satisfizer os interesses privados dos contraentes, mas, fundamentalmente, se levar em conta o interesse geral, inspirado no princípio da socialidade.

É possível, então, tentar estabelecer uma síntese. O contrato, que um dia foi um mero somatório de vontades subjetivas, alia o seu papel central na sociedade contemporânea com os postulados éticos do seu desenho clássico. Vincula pela

²¹⁸ PRATA, *A tutela...*, p. 203.

²¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 277.

²²⁰ Sobre o aspecto, central é o texto de Ghestin, já mencionado.

²²¹ Este exame será realizado em item vindouro.

²²² Ferreira da Silva, sobre o aspecto, sintetiza: “entende-se que o essencial no contrato não é a manutenção absoluta da vontade inicial, mas a conformidade com a justiça comutativa, atendendo-se à satisfação das necessidades dos contratantes”. (FERREIRA DA SILVA, *Revisão dos...*, p. 38).

²²³ Neste sentido aponta Ghestin, ao subdividir a utilidade do contrato em particular e pública. (GHESTIN, *L'utile...*).

função que exerce e pelo equilíbrio que revela, assim entendido segundo a comutatividade de formulação aristotélico-tomista para a justiça privada das trocas. Esta idéia deverá nortear, igualmente, os contratos coletivos, como adiante se constrói.

3. Paradoxos do voluntarismo nos contratos coletivos

Ainda cumpre que se examinem as dificuldades históricas da concepção voluntarista de contrato em relação aos contratos coletivos, que acabaram gerando imensa discussão acerca da natureza jurídica do instituto. A intenção, ao final, é afastar de vez a compreensão dos contratos coletivos em chave voluntarista, sem, entretanto, negar-lhe a natureza típica de contrato.

Já vimos que a incidência fática da contratação coletiva inicia no apogeu da concepção voluntarista de contrato. Nem as limitações posteriormente estabelecidas pelo Estado, em sua crescente tarefa de minimizar a desigualdade das partes contratantes através de normas imperativas, tiveram o condão de eliminar o primado da vontade individual dos contratantes. Era a época da separação estanque entre o Direito Público e o Direito Privado, operados pela lei e pelo contrato, respectivamente²²⁴. Nesse contexto, é natural que o aparecimento de instrumento

²²⁴ Sobre a construção e posterior superação da dicotomia Direito Público-Direito Privado, vale o exame em LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e direito privado: superação da dicotomia*. In: MARTINS-COSTA, Judith. (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito pátrio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

coletivo de contratação tenha gerado enorme perplexidade. Com efeito, conforme reconhece De La Cueva,

o problema da natureza do contrato coletivo de trabalho revestia um duplo aspecto: a) em primeiro lugar, deve-se determinar que era um contrato de direito privado e que seus efeitos consistiam na obrigação de incluir seu conteúdo nos contratos individuais de trabalho que se realizarão no futuro; b) em segundo lugar, havia que explicar qual era a razão de sua obrigatoriedade, posto que, pelo menos pelo lado dos trabalhadores, se outorgava por um grupo ou uma associação com personalidade jurídica para obrigar, não ao grupo como tal, mas aos seus membros.²²⁵

A doutrina examina diversas teorias que pretenderam explicar o fenômeno, que podem ser aglutinadas em três grandes grupos: contratualistas, normativistas e mistas ou ecléticas. Esta classificação sofreu variações e apuros conceituais, havendo quem trate as correntes normativistas como *reglamentares*²²⁶. Por outro lado, há quem estabeleça ainda uma subdivisão nas teorias, como Catharino, apontando que são, na verdade, quatro grupos: civilistas, intermediárias ou de transição, teorias jurídicos-sociais e monismo²²⁷. Não é relevante, aqui, discorrer sobre todas elas, mas apenas identificar, resumidamente, quais os critérios que as informam.

Os contratualistas foram os primeiros a tentar explicar o fenômeno. Segundo estes, quando celebram contratos coletivos os sindicatos fazem contratos que obrigam, através de suas cláusulas, os membros do grupo²²⁸. Em se tratando de

²²⁵ DE LA CUEVA, *Derecho...*, p. 493.

²²⁶ Assim, por exemplo, Nascimento, que aponta, com razão, que contratual ou regulamentar, o contrato coletivo será norma, em concepção pluralista. A mesma denominação é utilizada pela doutrina francesa, aqui representada por DESPAX, *Traité...*, p. 57-58.

²²⁷ CATHARINO, José Martins. A convenção sindical normativa. In: DE LA CUEVA, Mário (Coord.). *Derecho colectivo laboral*. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 233-255.

²²⁸ Relembramos, aqui, que as cláusulas mencionadas são as de conteúdo normativo, e não as obrigacionais, conforme delimitação do tema realizada ainda na Introdução.

ajustes entre privados, era nas figuras existentes de contratos, em sistema jurídico que se pretendia exaustivo, que deveria se buscar o enquadramento. Socorremos novamente de De La Cueva²²⁹, especialmente por sua síntese crítica, para verificação de algumas das teorias que sustentaram a natureza contratual:

*Teoria da gestão de negócios*²³⁰: segundo esta teoria, o contrato coletivo de trabalho se explicaria como uma gestão de negócios, realizada pelo grupo ou associação com personalidade jurídica em benefício de seus membros. Criticava-se a teoria porque, se acolhida, derrubaria a força dos contratos coletivos, já que os atos na gestão de negócios necessitavam de ratificação pelo dono. Assim, os destinatários poderiam ir contra o conteúdo, de forma eficaz.

*Teoria do mandato*²³¹: os trabalhadores e empresas seriam mandantes; as associações sindicais seriam mandatários. O objeto do mandato era condições de trabalho para os futuros contratos. Duvidava-se da teoria, especialmente pela ausência de mandato expresso. Ademais, mesmo que pudesse haver um mandato tácito, pela associação ao sindicato, como explicar a vinculação daqueles que passaram a integrar o grupo após a assinatura do ajuste coletivo? Ainda, se mandato fosse, haveria a possibilidade de revogação, o que não é possível nos sistemas em que os contratos coletivos atingem todos os membros do grupo, não obstante a ausência de vinculação subjetiva ao sindicato.

²²⁹ Este exame poderia ser feito, igualmente, pela ótica de Odeja Avilés, pela doutrina italiana, em Giugni ou pela doutrina brasileira, em Catharino, Nascimento ou Gomes. Entretanto, por ser um exame clássico e, fundamentalmente, pela rejeição do autor mexicano à concepção contratualista recomendam que a sua doutrina sirva como fio condutor deste segmento.

²³⁰ DE LA CUEVA, *Derecho...*, p. 494-495.

²³¹ *Ibidem*, p. 495-496.

*Teoria do mandato complexo*²³²: pretendia completar a anterior. Estabelecia que o mandato outorgado para os contratos coletivos de trabalho era complexo, obrigando-o em face da associação e em face dos demais membros do grupo. Segundo De La Cueva, a teoria ainda não conseguia explicar a ação coletiva dos sindicatos, porque, em caso de descumprimento do contrato coletivo, possibilitava uma ação individual de cada membro em face daquele que descumpriu, mas não outorgava ao representante uma ação por direito próprio.

*Teoria da estipulação em favor de terceiros*²³³: defendida por Planiol e justificada pelo *Code*, que previa a possibilidade de se estipular em favor de terceiros, “quando é a condição de uma estipulação que se faz para si mesmo ou de uma doação que se faz a outro”²³⁴. Segundo Planiol é a síntese de três explicações: a teoria da oferta a terceiro, a teoria da gestão de negócios e a tese do nascimento direto da ação em favor de terceiros. Explicava-se a partir do seguinte esquema: uma pessoa, chamada estipulante, ao celebrar um contrato e pactuar algo para si, estipula de seu contratante, que recebe o nome de promitente, uma prestação em favor de um terceiro. Para que o negócio jurídico se aperfeiçoe, é suficiente que o terceiro declare querer aproveitar a estipulação. Transportando a idéia para o contrato coletivo, a associação profissional é o estipulante, o empresário o promitente e os trabalhadores são os beneficiários. Isso eliminaria a necessidade da ficção do mandato tácito, o que possibilitaria a aplicação a pessoas futuras ou indeterminadas. E, fundamentalmente, concederia à associação profissional a possibilidade de, de forma direta, reclamar o cumprimento do ajuste. A associação

²³² DE LA CUEVA, *Derecho...*, p. 496.

²³³ *Ibidem*, p. 496-497.

²³⁴ *Code*: art. 1121.

profissional atuava, portanto, em nome próprio, e não na representação dos trabalhadores. De La Cueva rejeitava a teoria, afirmando que “os trabalhadores não adquiriam obrigações e podiam recusar a estipulação, o que privava o contrato coletivo de todos os seus efeitos”²³⁵. Além disso, ela exigia com que se vissem os trabalhadores como terceiros à associação profissional, o que parecia impensável na idéia de representação sindical.

*Teoria da personalidade moral fictícia da associação profissional*²³⁶: estava calcada na idéia de que a personalidade jurídica é ficção e que, portanto, os únicos destinatários das regras são os indivíduos. Quando uma pessoa jurídica contrata, os verdadeiros titulares dos direitos e obrigações são os membros da associação e, por isso, ficam obrigados ao seu cumprimento. De La Cueva afirmava que a doutrina superava as demais, mas não afastava os vícios das doutrinas civilistas. Ainda que a obrigação de respeitar o conteúdo do contrato coletivo nascesse imediatamente, ponderava o jurista, nada impedia que cada trabalhador e empresário pudessem chegar a acordos distintos.

*Teoria da personalidade real do sindicato*²³⁷: tratada por De La Cueva como “doutrina de transição”²³⁸, é apontada por Catharino como tipicamente contratualista²³⁹. Formulada por De Vischer, partia do pressuposto de que o contrato coletivo ligava trabalhadores e empregadores com força superior ao do contrato

²³⁵ DE LA CUEVA, *Derecho...*, p. 497.

²³⁶ *Ibidem*, p. 498.

²³⁷ *Ibidem*, p. 502-504.

²³⁸ O autor parte do pressuposto de que era necessário “evoluir” da concepção contratualista em direção à compreensão institucionalista, razão pela qual identificava momentos de transição. Na verdade, a teoria era nitidamente contratualista e privatista, como bem apanhou Catharino.

²³⁹ CATHARINO, *Convenção...*

individual, por uma “vontade coletiva unificada”²⁴⁰. Isso derivava de duas idéias: a de que ambos os lados estavam interessados na conservação e prosperidade do negócio, pois é fonte de vida comum, e a de que o contrato coletivo vivia para a comunidade, sendo mais perene do que os trabalhadores ou patrões, que podiam mudar. Resumindo, o contrato coletivo se explicava por um princípio duplo: a personalidade jurídica real das associações profissionais e a lei das maiorias (a partir das decisões das assembleias). De La Cueva critica a teoria, pois não se poderia falar em “comunidade” entre trabalhadores e empresários, já que são entidades distintas com interesses antagônicos. Catharino, por sua vez, afirma que a teoria deixa “sem cobertura a eficácia do instituto quanto aos que não são associados do sindicato, embora pertencentes a mesma profissão”²⁴¹.

A exposição sintética das teorias contratualistas e das suas críticas deixa claro que, com pequenas variações, tanto as formulações quanto as objeções partem de um pressuposto voluntarista. Sendo o contrato mero somatório de vontades livres, cujo conteúdo fica em segundo plano em relação à subjetividade de quem contrata, não poderia de fato explicar o fenômeno da contratação coletiva. Percebe-se que em todas as objeções formuladas às teorias contratualistas há um viés individualista e personalista, que culmina na dificuldade de assimilar a geração de efeitos do contrato coletivo a alguém que não os queira ou não tenha, representada ou pessoalmente, participado de sua formulação.

A alegada insuficiência das teorias contratualistas acabou gerando a explicação pelo viés normativista. Para os normativistas, os contratos coletivos

²⁴⁰ CATHARINO, *Convenção...*, p. 246 citando DE VISCHER.

²⁴¹ DE LA CUEVA, *Derecho...*, p. 247.

constituem verdadeiras leis profissionais, criando normas gerais e abstratas a incidirem nos contratos individuais de trabalho dos membros do grupo²⁴². Como gênero, em regra estas correntes são identificadas como *publicistas*, em contraposição às anteriores, *privatistas*, estabelecendo claramente que a distinção estará em conceber o contrato coletivo ou como instituto de Direito Público ou de Direito Privado²⁴³.

O apuro científico de Catharino fez com que tenha bipartido as teorias normativistas em jurídico-sociais (as três primeiras) e monista (a última)²⁴⁴. Sinteticamente, essa é a classificação do autor:

*Teoria do objetivismo solidarista*²⁴⁵: construída por Duguít. Segundo o jurista, a base do direito é a solidariedade ou interdependência social, por necessidade ou utilidade. O Estado não detém o monopólio legislativo. O contrato coletivo é “ato-regra”, lei em sentido material ou *lei intersocial*²⁴⁶, que cria situação jurídica impessoal e objetiva. É daqui a denominação do fenômeno como “convenção”²⁴⁷, na tentativa de desvincular o aspecto subjetivo do contrato.

²⁴² RUSSOMANO, *Princípios...*, p. 154-165, estabelece esta divisão dual, em contratualistas e normativistas.

²⁴³ Esta discussão na verdade é mais ampla e diz com a posição enciclopédica do próprio Direito do Trabalho. A dicotomia público-privado fez com que se inclinasse os cientistas para um ou para outro lado, tendo por critério base ou o interesse do Estado na relação contratual ou a natureza privada da relação jurídica-base. Houve quem enxergasse no Direito do Trabalho um *tertius genus*, Direito Social. No Brasil, teve grande êxito esta posição, especialmente pela doutrina de Cesarino Júnior. A concepção que este trabalho adota, na esteira da melhor e preponderante doutrina, é a de que, se relevante é a discussão e se válida a dicotomia, o Direito do Trabalho é direito privado, por preponderar na classificação enciclopédica a relação jurídica-base, privada, estudada por este ramo da ciência do direito. Adota-se, aqui, o exame e a posição de NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 41-49.

²⁴⁴ Faz isso tanto no *Tratado Elementar de Direito Sindical* (São Paulo. LTr, 1977) quanto no artigo anteriormente mencionado (*A convenção...*).

²⁴⁵ CATHARINO, *A convenção...*, p. 248-249.

²⁴⁶ A expressão é utilizada por DE LA CUEVA, *Derecho...*, p. 545.

²⁴⁷ Assim reconhece DE LA CUEVA, *Derecho...*, p. 545.

*Teoria do espontaneísmo jurídico-social*²⁴⁸: influenciada pela sociologia, tem por expoentes Ehrlich e Gurvitch. A teoria admite a formação do direito em agrupamentos inorganizados, independentemente da sanção do Estado.

*Teoria do institucionalismo*²⁴⁹: os seus expoentes são Santi Romano e Hariou. Segundo Catharino, sofre influência do tomismo e da sociologia e parte da distinção entre instituição²⁵⁰ e contrato, dando ênfase ao bem comum, em detrimento do indivíduo isolado, contrapondo a visão atomística da sociedade. Conforme bem aponta Catharino, “o institucionalismo, sob o enfoque não individualista, procura chegar à possibilidade ótima, eterna e evolutivamente procurada, de uma unidade política diversificada, mais viva e espontânea, mais orgânica e organizada, em que poder e liberdade sejam harmonizados”²⁵¹.

*Teoria do monismo*²⁵²: calcada na teoria pura do direito, de Kelsen, segundo a qual o direito é puro ordenamento jurídico, havendo identidade entre norma jurídica e Estado. O contrato coletivo, que trata por *convenção*²⁵³, opera por delegação da lei. Seria uma “forma intermediária entre o que se chama lei e o que se chama ato jurídico”²⁵⁴.

²⁴⁸ DE LA CUEVA, *Derecho...*, p. 249-250.

²⁴⁹ CATHARINO, *A convenção...*, p. 250-251.

²⁵⁰ HARIOU definia *instituição* como “toda a organização criada pelo costume ou pela lei positiva”, apontando a existência de *instituições corporativas* “nas quais se realiza o mais alto estado de direito, isto é, que possuem soberania de poder, organização constitucional de poder e autonomia jurídica”. Citado em DE LA CUEVA, op. cit., p. 548.

²⁵¹ CATHARINO, op. cit., p. 251.

²⁵² *Ibidem*, p. 251-252.

²⁵³ Na Teoria Pura do Direito, Kelsen trata da convenção como contrato criador de normas gerais, firmado por uma associação. O indivíduo adere a esta associação através de um contrato e, por este ato, passa ser obrigado em relação as suas convenções. (KELSEN, *Teoria...*, p. 290).

²⁵⁴ KELSEN apud CATHARINO, op. cit., p. 252.

Não é demais registrar que o dissenso entre os contratualistas e normativistas residia, também, na questão morfológica. Impressionava o instituto, criado a partir de associações privadas – típico contrato, portanto –, com conteúdo normativo abstrato e prospectivo, já que regrava relações futuras e imediatamente indeterminadas – características típicas da lei estatal. A dificuldade de solução desta contradição e a necessidade de se classificar o instituto fizeram com que aparecessem as denominadas teorias ecléticas ou mistas, que vislumbravam no contrato coletivo um terceiro gênero, atípico, *sui generis*. No aspecto, ficou famosa a definição de Carnelluti, tratando-o como um híbrido, com “corpo de contrato e alma de lei”. A posição mista fez sucesso na doutrina clássica brasileira, da qual são representantes Russomano²⁵⁵ e Catharino²⁵⁶.

No exame doutrinário sobre a natureza jurídica dos contratos coletivos é comum a identificação de que ela depende das normas de cada país sobre a matéria²⁵⁷. Essa circunstância derivaria, fundamentalmente, da evolução histórica do instituto, que foi manifestação de liberdade no final do séc. XIX, mas que, no período totalitário-corporativo de organização sindical, tomou feição publicista. Nesse sentido, é assente, especialmente na doutrina italiana, a distinção entre o contrato coletivo corporativo e o contrato coletivo de direito comum²⁵⁸. O primeiro era aquele com caráter publicista, inserido na categoria das “normas corporativas”²⁵⁹,

²⁵⁵ O jurista gaúcho, após sustentar a posição medial, afirma: “A hibridez de sua natureza não é surpreendente. Como disse um jurista, que certamente era poeta, também no reino jurídico existem sereias e centauros”. RUSSOMANO, *Princípios...*, p. 165.

²⁵⁶ Embora o autor afirme o que chama de “prevalência” do aspecto contratual, adota a concepção mista. CATHARINO, *Tratado...*, p. 223.

²⁵⁷ Assim, por exemplo, DE FERRARI, Francisco. *Naturaleza jurídica del convenio colectivo*. In: DE LA CUEVA, Mário (Coord.). *Derecho colectivo laboral*. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 281.

²⁵⁸ Sobre o aspecto vale o clássico exame de MAZZONI, Giuliano. *La conquista della libertà sindacale*. Roma: Soc. Editrice Leonardo, 1947, p. 206-211. Igualmente, o de GIUGNI, *Direito...*

²⁵⁹ Assim aponta Giugni, com base no art. 5º das disposições preliminares do Código Civil Italiano de 1942. (Ibidem, p. 100).

vinculando todos os sujeitos do grupo representado pelo sindicato, filiados ou não. Este, de feição pública, seria norma²⁶⁰. O segundo era aquele que ressurgiu com o processo de redemocratização dos sindicatos, fundado no direito à liberdade sindical previsto na Constituição democrática italiana de 1947, vinculando, em princípio, apenas os que voluntariamente aderiam às entidades representativas. Este, de caráter privado, seria contrato.

Entretanto, a definição da natureza jurídica a partir do direito positivo e da extensão da eficácia – a todos os membros do grupo ou apenas aos filiados – não parece ser a melhor escolha. Com efeito, o ordenamento jurídico positivo não tem o condão de conformar o fato social, e sim ao contrário²⁶¹. Mesmo antes do período corporativista de organização sindical, quando havia liberdade de atuação e não se duvidava da natureza contratual²⁶², a extensão *erga omnes* da eficácia dos contratos coletivos já era preocupação tanto dos atores da relação coletiva quanto dos juristas. Na Espanha, Alemanha e França, antes do sindicalismo corporativista, a questão se resolveu pela lei, em 1907, 1918 e 1919, respectivamente²⁶³. Na própria Itália pós-corporativa, mesmo sob a concepção de contrato coletivo de direito comum,

²⁶⁰ No Brasil, o sucesso das teorias normativistas se deu justamente pelo modelo sindical adotado, a partir de 1931, com umbilical vinculação entre sindicato e Estado.

²⁶¹ A referência não é sociologista. A concepção que se adota é a tridimensional de Reale, para quem o direito é fato humano histórico-cultural que se integra normativamente no sentido de certos valores, em implicação prospectiva, que o jus-filósofo denomina *historicismo axiológico*. (REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994).

²⁶² Sobre a certeza da natureza contratual, no período de formação dos contratos coletivos é a passagem de De Ferrari: “Por ello, durante toda esta etapa de formación, se entendió sensatamente que la convención colectiva era un instituto que tenía que ver con el poder de negociación de los grupos y no con poderes similares a los del Estado, ni con la capacidad de los sindicatos para crear un orden normativo. Debía moverse, por esto mismo, em la esfera de la autonomía de la voluntad, ya que nacía como consecuencia del encuentro de dos personas de derecho privado. Finalmente, era evidente que estos pactos gremiales se celebraban para tutelar un interés privado y no los intereses generales del grupo social”. (DE FERRARI, *Naturaleza...*, p. 283).

²⁶³ Acerca do modelo espanhol, OJEDA AVILÉS, *Derecho...*, p. 740. Sobre o modelo alemão, a referência está em GIUGNI, *Direito...*, p. 99. O sistema francês trazido pela Lei de 19/03/1919 é bem exposto por DESPAX, *Traité...*, p. 32-36.

privatista portanto, há histórico esforço, legislativo e jurisprudencial, para estender a eficácia subjetiva dos contratos coletivos a todos os membros do grupo, independentemente de filiação²⁶⁴.

Atualmente, os sistemas jurídicos se dividem acerca da extensão da eficácia dos contratos coletivos. Na América Latina, em regra, se estendem a todos os membros do grupo, independentemente da associação volitiva ao sindicato²⁶⁵. Na Europa, convivem os dois sistemas²⁶⁶. Nos Estados Unidos da América, a extensão depende de sindicalização²⁶⁷. Salvo em algumas exceções, como no Brasil, estes países adotam a regra de liberdade sindical plena preconizada pela OIT na Convenção 87, que consagra um sistema claramente privatista de organização sindical e de contratação coletiva.

Segundo posição da OIT, entretanto, a existência de modelos jurídicos nacionais que prevejam a extensão da eficácia dos contratos coletivos a todos os membros da categoria, por determinação legal ou construção jurisprudencial, não contraria a regra de liberdade sindical. Neste sentido, há explícita manifestação da sua Comissão de Especialistas sobre a compatibilidade entre a Convenção 98, que trata especificamente do direito à negociação e contratação coletivas, e qualquer um

²⁶⁴ Nesse sentido, já em 1959, a Lei n. 741, conforme GIUGNI, *Direito...*, p. 125.

²⁶⁵ Assim, por exemplo, no Brasil, Argentina e México. Sobre o sistema Argentino, ainda com forte intervenção estatal, vale o exame em ETALA, Carlos Alberto. *Derecho colectivo del trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 2002.

²⁶⁶ Conforme sintetiza o professor português Luis Gonçalves da Silva, na Alemanha, a regra é a da extensão apenas aos filiados, mas com exceções que dizem respeito à filiação do empregador. Nessa hipótese, deverá aplicar o contrato para todos. Na Espanha, a contratação coletiva produz efeitos gerais. Na França, há distinção decorrente do tipo de contrato coletivo. Na Itália, igualmente, convivem diversos tipos de contratação coletiva, alguns com eficácia *erga omnes*, outros com eficácia apenas para os filiados. A tendência jurisprudencial italiana é, entretanto, a de extensão a todos os membros do grupo, mesmo para o segundo tipo. (GONÇALVES DA SILVA, *Notas...*, p. 18-20).

²⁶⁷ Sobre o sistema americano, vale o exame de SANTOS, *Fundamentos...*

dos dois sistemas²⁶⁸. Essa posição reforça, portanto, que a eficácia *erga omnes* não é decorrência necessária de feição publicista do contrato coletivo, mas apenas sua potencial característica, dentro de uma visão não voluntarista e não individualista do contrato como gênero.

A polêmica sobre a natureza jurídica dos contratos coletivos parece atualmente resolvida: é contrato²⁶⁹. Essa conclusão, entretanto, não pode ser motivada tão-somente pelo fato de ser formado por privados no gozo livre das suas *vontades*. Isso acolheria, novamente, todas as críticas à concepção contratualista, bem como justificaria as explicações normativistas, acima narradas. Fundamental é compreender o contrato como operação econômica equilibrada, como acima se construiu e, essencialmente, como instrumento de viabilização de justiça no plano coletivo, como adiante se verifica, tanto pela concepção de justiça comutativa aristotélico-tomista, quanto pela caracterização da autonomia privada coletiva, que trata de interesses privados, e seus instrumentos de equilíbrio.

B) Justiça e autonomia privada coletiva

Afastado o voluntarismo como potencial elemento justificador da vinculatividade dos contratos, prossegue-se no exame a partir de um critério explicativo alternativo, qual seja o da satisfação da justiça entre os contratantes.

²⁶⁸ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horácio. Principípios da OIT sobre la negociación colectiva. *Revista Internacional del Trabajo*, v. 119, p. 37-59, 2000.

²⁶⁹ Assim se posicionam firmemente, no Brasil, por todos, GOMES, Orlando. Contrato coletivo de trabalho. In: DE LA CUEVA, Mario et al. (Org.) *Derecho Colectivo Laboral*. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 297-306. e NASCIMENTO, *Compêndio...*

Para isso se examina, inicialmente, (1) a concepção de justiça aristotélico-tomista, bem como a formação do atual conceito de justiça social. Após, (2) se examinam e se distinguem a autonomia privada individual e a autonomia privada coletiva. E, finalmente, (3) investiga-se as potencialidades da autonomia coletiva como elemento garantidor da justiça segundo as concepções aqui construídas. A idéia é possibilitar que, ao final, dadas as distinções entre justiça distributiva, comutativa e social, bem como com os elementos de equilíbrio agregados pela autonomia privada coletiva, se identifique que os contratos coletivos seguem a lógica da justiça comutativa aristotélico-tomista, inclusive dentro do sistema constitucional brasileiro.

1. Justiça distributiva, justiça comutativa e justiça social

O objetivo deste segmento é reconstruir o conceito de justiça, a partir da teoria de Aristóteles, complementada por Tomás de Aquino. Não se pode realizar tal tarefa sem que, incidentalmente, alcancemos o conceito de justiça social, construído a partir do final do séc. XIX e presente nas Constituições democráticas do Mundo, inclusive na brasileira, e que erroneamente por vezes é utilizado para justificar a vinculatividade dos contratos coletivos.

Conforme reconhecem alguns autores, Aristóteles é o fundador da filosofia do direito²⁷⁰. Com forte inspiração nas escolas filosóficas platônica e socrática²⁷¹, trata

²⁷⁰ Conforme VILLEY, *Filosofia...*, p. 59.

²⁷¹ De Sócrates, Aristóteles utiliza a idéia do direito como instrumento para alcançar o bem comum, bem como a importância da obediência à lei como limite entre a civilização e a barbárie. Em Platão, Aristóteles reconhece a justiça como a síntese de todas as virtudes, bem como que a lei é resultado de julgamento racional. Sobre as influências de Sócrates e Platão em Aristóteles, por todos, BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

da temática da justiça em sua obra, especialmente no livro V da *Ethica Nicomachea*. Parte do pressuposto de que a *eudaimonia*²⁷² é o bem maior do homem e que a vida plena só se perfectibiliza no meio social, na *polis*, que está assentada sobre o governo da ordem e da razão. A teoria da justiça que elabora tem lugar e aplicação justamente no melhor tipo de *polis*²⁷³, típica sociedade hierárquica e estamentada.

Aristóteles parte de uma primeira divisão, entre o que chama de “justiça geral” e “justiça particular”. Alcança esta dualidade ao identificar que o *justo* é tanto o *legal* quanto o *igual*²⁷⁴. Na “justiça geral”, o ato será justo se for realizado em conformidade com a lei, cujo objetivo único é o bem da comunidade (bem comum). Nesse sentido, afirma que “as ações que nascem da virtude em geral são, fundamentalmente, idênticas às ações que estão de acordo com a lei, uma vez que a lei prescreve a conduta que exhibe as várias virtudes particulares e proíbe a conduta que exhibe os vários vícios particulares”²⁷⁵. Toda virtude em relação ao outro pode ser considerada como justiça²⁷⁶. A justiça geral aristotélica se aproxima da

²⁷² Por vezes traduzida como “felicidade”, a *eudaimonia* é mais ampla. Segundo Aristóteles, no livro I da *Ética à Nicômaco*, é a mais desejável de todas as coisas boas, uma certa atividade da alma em conformidade com a virtude humana perfeita. (ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Tradução estudos bibliográficos e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2002, p. 39-63).

²⁷³ Ao contrário do que ocorre com a justiça em Sócrates na *República*, entretanto, impossível de ser encontrada em uma *polis* real, Aristóteles preocupa-se em elaborar uma teoria prática da justiça, e assim de fato o faz. Nesse sentido, reconhece MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2ª ed. São Paulo: Loyola, 1991, p. 104.

²⁷⁴ “O ‘justo’, portanto, significa aquilo que é legal e aquilo que é igual ou eqüitativo e o ‘injusto’ significa aquilo que é ilegal e aquilo que é desigual ou não eqüitativo”. ARISTÓTELES, op. cit., p. 136.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 140.

²⁷⁶ O caráter relacional da justiça em Aristóteles é bem apanhado por Villey, ao dizer que, sendo “a justiça o bem do outro”, conforme o filósofo grego, “o direito não é simplesmente atributo da minha pessoa, não é exclusivamente meu”. (VILLEY, *Filosofia...*, p. 73).

moral, embora com ela não se confunda plenamente. Nesse sentido alerta Villey, para afirmar que a justiça geral aristotélica não se confunde com o direito²⁷⁷.

Na “justiça particular”, por outro lado, o ato justo é aquele que se amolda ao padrão de igualdade, de equilíbrio²⁷⁸. Segundo Aristóteles, o igual é uma mediania que envolve quatro termos: dois indivíduos para os quais há justiça e duas porções justas. Em algumas situações serão relevantes os indivíduos e suas condições pessoais; em outras, importarão como medida de justiça apenas as porções. Essa possível distinção entre os indivíduos, própria da sociedade hierárquica para a qual Aristóteles formula a sua teoria da justiça, dá a noção da bipartição da justiça particular, em justiça distributiva e justiça corretiva.

Na justiça distributiva, o justo será o proporcional. Na distribuição, se considera uma qualidade pessoal do destinatário do bem ou encargo, *mérito* segundo Aristóteles²⁷⁹, apreciável segundo o regime adotado pela comunidade. Na concepção aristotélica de *polis*, a recompensa é realizada de acordo com a virtude²⁸⁰. A justiça distributiva relaciona as pessoas aos bens ou encargos, estabelecendo uma proporcionalidade compensatória, com vistas à igualdade entre pessoa e coisa²⁸¹. Na síntese de Radbruch, “a justiça distributiva vigora nas relações

²⁷⁷ O jus-filósofo francês faz esta ressalva para depois construir em sua obra a separação entre Direito e Moral (justiça geral), dentre outros para evitar a utilização da teoria aristotélica para justificar o positivismo legalista. (VILLEY, *Filosofia...*, p. 60-62). Alerta VILLEY que “a justiça ‘comutativa’ também serviu de base a enormes contra-sensos. Dela extraiu-se o princípio da igualdade dos contratantes, o sistema do liberalismo, que tratando pobres e ricos de maneira eqüitativa, na verdade esmaga os primeiros”. (Ibidem, p. 79).

²⁷⁸ Idéias do “adequado”, “justa medida” e “equilíbrio” são bases da cultura helênica, conforme reconhece BITTAR, *A justiça...*, p. 86.

²⁷⁹ ARISTÓTELES, *Ética...*, p. 141.

²⁸⁰ MACINTYRE, *Justiça...*, p. 118.

²⁸¹ Esta visão relacional é realizada perfeitamente por Barzotto, no trabalho de distinção entre justiça distributiva, corretiva e social. BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Revista da Procuradoria do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, n. 17, p. 15-56, 2003.

de subordinação e supra-ordenação”²⁸². Ela serve a um empreendimento comum, que é a vida na comunidade, o que lhe atribui um caráter funcional²⁸³, conforme reconhece Macintyre²⁸⁴.

Na justiça corretiva, o justo não será o proporcional, mas o igual absoluto, e se estabelecerá nas relações entre os privados. Aqui não se levará em consideração as condições pessoais dos envolvidos na relação, mas tão-somente a restauração do equilíbrio objetivamente rompido. Segundo Aristóteles, “o igual é uma mediania por meio de proporção aritmética entre o maior e o menor”²⁸⁵. O filósofo utiliza as expressões “perda” e “ganho” para exemplificar a restauração da igualdade tanto nas relações voluntárias, quanto nas involuntárias²⁸⁶. Haverá justiça quando, ao final da relação, as partes tiverem retornado ao *status quo ante*, considerados, entretanto, apenas os bens envolvidos e não as pessoas.

A teoria da justiça de Aristóteles separa as relações privadas voluntárias das involuntárias. No primeiro caso, temos o justo corretivo, revelado no necessário equilíbrio entre as prestações trocadas. Diz o filósofo que “se o resultado da transação não constitui nem um aumento nem uma diminuição, mas exatamente o que as partes possuíam elas mesmas, dizem que ‘tem o que lhes cabe’, e nem

²⁸² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 50.

²⁸³ Importante distinguir a referência da pura concepção funcionalista de direito privado que, conforme Cláudio Michelon, “concebe todas as instituições de direito privado como sendo instrumentos para a persecução de um objetivo socialmente desejável...” negando “que existam critérios de justiça internos à relação de direito privado”. (MICHELON, Um ensaio...) A justiça distributiva aristotélico-tomista, conforme aqui discorrido, encontra nela própria o fundamento da igualdade.

²⁸⁴ Sobre os princípios de merecimento, diz que só terão lugar em contextos que satisfaçam duas condições: “projeto comum para a realização de cujos objetivos os que são considerados mais merecedores contribuíram mais do que os que são considerados menos merecedores” e “visão comum de como tais contribuições devem ser medidas e como as recompensas devem ser classificadas”. (MACINTYRE, *Justiça...*, p. 121).

²⁸⁵ ARISTÓTELES, *Ética...*, p. 144.

²⁸⁶ Diz que, neste contexto, “que ter mais do que o que lhe cabe é chamado de ganho e ter menos do que aquilo que se tinha no início é chamado de perda”. (Ibidem, p. 145).

perderam, nem ganharam”²⁸⁷. Nas relações involuntárias, o justo é o reparativo²⁸⁸. Vale para as hipóteses de ilícitos civis e penais e não se confunde com a idéia de reciprocidade, o que deixa claro Aristóteles ao negar a hipótese de Talião e limitar a restauração do igual a uma retribuição proporcional²⁸⁹.

A concepção aristotélica de justiça ganha aperfeiçoamento em Tomás de Aquino²⁹⁰, que lhe acrescenta elementos do direito romano²⁹¹ e a universaliza, retirando-a do âmbito estreito da *polis* e a concebendo dentro da idéia de humanidade. Assim como em Aristóteles, a concepção de justiça em Tomás de Aquino também é trina.

A justiça geral aristotélica, em Tomás de Aquino, é justiça legal. Assim como em Aristóteles, a lei é produto da razão e destina-se ao bem comum²⁹². Diferencia-se, entretanto, pelo âmbito de aplicação. Enquanto para este a justiça geral se perfaz na *polis*, entre os cidadãos²⁹³, para aquele a justiça legal é a mesma para todos, dada a sua condição humana²⁹⁴. De acordo com o que aponta Reale, o jurista

²⁸⁷ ARISTÓTELES, *Ética...*, p. 145.

²⁸⁸ Conforme comenta Bittar, “a justiça reparativa é necessária medida de restituição das condições anteriores em que se encontravam as partes antes que se fizesse entre elas uma desigualdade involuntária”. (BITTAR, *A justiça...*, p. 105).

²⁸⁹ ARISTÓTELES, op. cit., p. 146.

²⁹⁰ A relevância de Sto. Tomás de Aquino na construção do pensamento jurídico é salientada por Villey. (VILLEY, *Filosofia...*, p. 114-115). Para o que importa a esta dissertação, é fundamental o seu complemento da teoria aristotélica para que, posteriormente, possa ser utilizada como base da idéia manifestada no segundo capítulo desta dissertação.

²⁹¹ Conforme reconhece BARZOTTO, *Justiça...*, p. 19.

²⁹² Assim consta no artigo terceiro da questão 90 da Suma Teológica: “... uma lei, propriamente dita, considera acima de tudo a ordem para o bem comum”. (MORRIS, *Grandes filósofos...*, p. 52).

²⁹³ Exemplar, nesse sentido, a seguinte passagem Aristóteles, na *Política*, sobre a distinção entre o senhor e o escravo: “[...] O senhor só é senhor do escravo; não pertence a ele, enquanto o escravo não é apenas o escravo do seu mestre, mas pertence por inteiro a ele. Daí vemos qual é a natureza e o ofício de um escravo; aquele que por natureza não se pertence, mas sim a um outro, e no entanto é um homem, é por natureza um escravo; [...]”. (Ibidem, p. 19).

²⁹⁴ Com efeito, respondendo à questão de ser a lei natural a mesma para todos os homens, disse Tomás de Aquino: “Logo, é evidente que, no que diz respeito aos princípios gerais, quer da razão especulativa, quer da razão prática, a verdade ou retidão é a mesma para todos, e é igualmente conhecida por todos. Por conseguinte, devemos dizer que a lei natural, no tocante aos princípios

subordina a sua teoria da justiça ao conceito objetivo de *lei*, ou seja, de *lex aeterna*, a qual ordena o cosmos de conformidade com a razão do Legislador supremo²⁹⁵. Barzotto ressalta o realismo de Tomás de Aquino, ao identificar que o beneficiário último do ato devido não é a comunidade, como ente autônomo, mas todos os membros da sociedade²⁹⁶.

Ao lado da justiça legal, Tomás de Aquino igualmente identifica a justiça particular, que subdivide em distributiva (nas distribuições de bens e encargos) e comutativa (nas trocas). Em que pese Villey tenha apontado que pouco foi acrescentado por Tomás de Aquino à Ética de Aristóteles no que tange a justiça particular²⁹⁷, parece relevante o reflexo da universalização dos destinatários, especialmente no viés distributivo²⁹⁸. Ainda assim, a justiça distributiva opera em uma sociedade estamentada, conforme reconhece Tomás de Aquino, ao dizer que o destinatário da distribuição “recebe o que lhe é devido quanto ao que diz respeito à sua posição social, posto e função”²⁹⁹. Da mesma forma, a justiça comutativa tomista é mais ampla: não mais apenas o juiz, como em Aristóteles, pode ser o sujeito da correção, mas qualquer um que participe de relações sociais³⁰⁰.

À concepção aristotélico-tomista de justiça, acima esboçada, foram acrescentados, a partir do século XIX, os elementos que auxiliaram na reação à concepção individualista de direito e voluntarista de direito privado, conforme

gerais, é a mesma para todos, tanto no que diz respeito à sua retidão como ao seu conhecimento”. (MORRIS, *Grandes filósofos...*, p. 61-62).

²⁹⁵ REALE, *Nova fase...* p. 11.

²⁹⁶ BARZOTTO, *Justiça...*, p. 20.

²⁹⁷ VILLEY, *Filosofia...*, p. 119.

²⁹⁸ Assim aponta Barzotto, ao mencionar que em Sto. Tomás a justiça distributiva se faz presente em todas as comunidades, e não apenas na comunidade política. (BARZOTTO, op. cit., p. 21).

²⁹⁹ Conforme (S.T.II-a-IIae, 61-66), citado em MACINTYRE, *Justiça...*, p. 217.

³⁰⁰ BARZOTTO, op. cit, p. 21.

discorreremos em item anterior. Até aqui, era possível afirmar que a justiça distributiva era a regente da sociedade, considerando a primazia pelos méritos, em Aristóteles, e pela relevância, em Tomás de Aquino³⁰¹. De acordo com o que reconhece Barzotto, os autores tomistas do século XIX e as Encíclicas sociais da Igreja Católica, especialmente a partir do século XX, substituem a concepção hierárquica da sociedade pela idéia de igualdade plena, planificada a partir do conceito de dignidade da pessoa humana³⁰². Derruba-se, definitivamente, o mérito ou a relevância como elementos ordenadores da vida em sociedade.

É daqui a construção do conceito de justiça social, cuja realização está em “exigir dos indivíduos quanto é necessário ao bem comum”³⁰³. Veja-se que a exigência transcende à qualificação do indivíduo; destina-se a todos apenas pela sua condição de seres humanos. A formação do conceito de justiça social é, na verdade, *transformação*, conforme aponta, com razão, Barzotto: “como a lei impõe direitos e deveres iguais para todos, a justiça legal torna-se justiça social, aquela em que todo o membro da sociedade vale tanto como qualquer outro, e todo o ato em conformidade com a lei redundando, beneficia igualmente a todos”³⁰⁴.

Esta evolução possibilita, finalmente, um exame comparativo, entre as concepções de justiça, em chaves social, distributiva e comutativa. Novamente, no aspecto, nos socorremos do brilhante trabalho esquemático de Barzotto. Na justiça social, o objeto é o bem comum, a atividade realizada é a de reconhecimento (no sentido de que apenas se tem os direitos que são reconhecidos nos outros), o

³⁰¹ Conforme BARZOTTO, *Justiça...*

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ PIO XI. Encíclica *Divini Redemptoris* In: ENCÍCLICAS e documentos sociais. São Paulo: LTr, 1991, v. 1, p. 129.

³⁰⁴ BARZOTTO, *op. cit*, p. 23.

destinatário é a pessoa humana (independente da sua qualificação), o dever de justiça está fundamentado na reciprocidade e a igualdade buscada é a igualdade na dignidade. Na justiça distributiva, o bem imediato é do particular, a atividade é a de distribuição de bens ou encargos, o destinatário é alguém qualificado pela sua condição pessoal, o dever de justiça está fundado na posse de determinada condição e a igualdade buscada é proporcional. Na justiça comutativa, o bem imediato também é do particular, a atividade é a de troca de prestações, o destinatário é um sujeito abstrato partícipe da relação, o dever de justiça funda-se na necessidade de equivalência entre as prestações e a igualdade buscada é a aritmética³⁰⁵.

A formulação levada a efeito pelo jus-filósofo resulta na seguinte síntese: segundo a justiça comutativa, é devido a cada um a mesma coisa; na justiça distributiva, a cada um segundo determinada condição ou qualidade pessoal; na justiça social, a todos é devido a mesma coisa. Esta síntese é central para que se examinem duas circunstâncias relevantes para o prosseguimento deste trabalho. A primeira diz respeito a presença, na Constituição Brasileira, de direitos que perfectibilizam os três critérios de justiça. Há direitos e garantias para o ser humano, apenas por esta condição³⁰⁶; há direitos próprios ao ser humano situado, decorrentes de sua condição pessoal³⁰⁷; há direitos previstos independentemente de quem é o destinatário, dependentes da capacidade pessoal e particular³⁰⁸.

³⁰⁵ Construção a partir do capítulo II do texto (*Justiça...*).

³⁰⁶ Assim o art. 196, que cuida do direito à saúde.

³⁰⁷ Por exemplo, art. 189, destinado aos sem-terra.

³⁰⁸ Nesse sentido, o direito à liberdade de exercício de atividade econômica, conforme art. 170, parágrafo único.

A segunda, em forma de conclusão, diz respeito à inexistência de paralelismo entre os denominados direitos sociais ou *de prestação* e a concepção de justiça social construída ao longo do século XX e positivada na Constituição da República. A justiça social, por tudo o que se viu, é devida a todos dotados de dignidade, independentemente da sua função social, condição, mérito ou relevância. Ao contrário, a condição específica de trabalhador, consumidor, inquilino, sujeitos, enfim, à proteção do Estado através de normas imperativas, atende a um critério de justiça distributiva. Esta idéia será aprofundada no Capítulo II.

Transportando esta conclusão para o exame dos contratos coletivos, e fixado que terão lugar justamente nestas relações em que, no plano individual, um dos pólos é provido pelo Estado de um conjunto de prestações compensatórias, a questão é saber se, também no plano coletivo, será a busca da igualdade proporcional o critério de vinculatividade ou, ao contrário, será a idéia de equilíbrio entre prestação e contraprestação. Para tal resposta, contudo, é preciso prosseguir no exame, aprofundando-se os fundamentos dos contratos coletivos.

2. Da autonomia privada individual à autonomia privada coletiva

Do exame sobre a reconstrução do contrato, não parece restar dúvida acerca da relevância da idéia de justiça comutativa, conforme formulação acima, na concepção que supera a voluntarista. A prerrogativa contratual, construída a partir da autonomia privada e não da autonomia da vontade, possibilitou um exame do contrato desde o seu objetivo, que se quer útil e justo, e não mais apenas da sua

origem, como mero somatório de vontades personalizadas. A questão central deste trabalho é saber se é possível aceitar este paradigma também para os contratos coletivos, mas para isso é necessário, antes, construir o conceito da autonomia privada coletiva³⁰⁹.

Conforme identificamos em item anterior, a reconstrução do contrato passa por uma evolução da idéia da autonomia da vontade para a de autonomia privada. Para Amaral Neto não se confundem, já que aquela tem conotação subjetiva, psicológica, enquanto "autonomia privada" significa o poder particular de criar relações jurídicas de que se participa³¹⁰. Conforme Prata, "autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se no poder *reconhecido* pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos"³¹¹. Vimos, outrossim, que este poder e esta liberdade não são absolutos, porquanto devem estar adequados aos ditames da utilidade e da justiça. Como critério de utilidade, não apenas a relevância da operação para os particulares, mas também a consideração do interesse geral, conforme apontou Ghestin³¹².

A superação do interesse meramente individual, a autonomia como poder e a funcionalização são elementos-chave para a compreensão também da autonomia privada coletiva. Já vimos que a coletivização dos interesses fez parte do

³⁰⁹ A elaboração deste instituto é fundamentalmente realizada pela doutrina jus-laboralista, pelo óbvio motivo de ser o Direito do Trabalho o campo originário de incidência dos contratos coletivos.

³¹⁰ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Autonomia privada*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo5.htm>>

³¹¹ PRATA, A *tutela...*, p. 11.

³¹² GHESTIN, L *utile...*

nascimento dos contratos coletivos e que, de certa forma, foi força motriz da construção dos denominados direitos sociais, essencialmente transindividuais. Se para a autonomia privada individual basta a compatibilização do interesse individual com o interesse geral, quando se fala em autonomia privada coletiva há uma superação do interesse individual. Ela não é, contudo, contrária à autonomia privada individual, mas extensão desta³¹³. De outra parte, a adstrição ao grupo faz com que não possa ser confundido o interesse coletivo com o geral. É, na verdade, interesse privado intermediário, entre o interesse de todos e o do indivíduo.

O interesse coletivo, na clássica definição de Santoro-Passarelli, é “o de uma pluralidade por um bem idôneo, apto a satisfazer uma necessidade comum”. Diz o autor italiano que “não é a soma dos interesses individuais, mas a sua combinação, e é indivisível, no sentido de que se satisfaz, não por muitos bens, aptos a satisfazerem necessidades individuais, mas por um único bem apto a satisfazer a necessidade da coletividade”³¹⁴. É fundamental para a compreensão do interesse coletivo o reconhecimento de uma relevância própria ao interesse do grupo considerado, superior e prevalente ao interesse do indivíduo pertencente ao grupo³¹⁵.

A autonomia privada coletiva trata justamente da possibilidade de que estes grupos intermediários satisfaçam o interesse coletivo, através da sua atuação,

³¹³ Assim reconhece RÜDIGER: “[...] pois parte do pressuposto de que a vontade seja exercida de uma forma coletiva na sociedade pluralista, pautada pelo poder dos grupos de se darem suas próprias normas”. (RÜDIGER, *O contrato...*, p. 94).

³¹⁴ RIBEIRO DA SILVA, *Autonomia privada...*, p. 33. A referência aqui é à Francesco Santoro-Passarelli, e não à Giuseppe Santoro-Passarelli, citado no segundo capítulo.

³¹⁵ Nesse sentido, nota PERSIANI, Mattia. *Saggio sull'autonomia privata collettiva*. Padova: CEDAM, 1972, p. 25.

independentemente de atuação estatal como promotora dos direitos sociais³¹⁶. De acordo com o já estabelecido na introdução deste estudo, o pressuposto metodológico da autonomia privada coletiva é a existência de um sistema normativo, composto por normas oriundas de uma pluralidade de fontes, estatais e não estatais³¹⁷.

Muito se discutiu sobre a natureza da autonomia privada, considerando a sua relação com o ordenamento jurídico estatal: trata-se de poder delegado ou reconhecido? Na concepção de Ferri, “a autonomia privada não é um poder originário ou uma liberdade contratual, mas um poder conferido pelo Estado”³¹⁸. Larenz, por sua vez, afirma que a autonomia privada é reconhecida pela ordem jurídica, como condição para o indivíduo existir socialmente³¹⁹. No mesmo sentido, Bobbio, ao fazer a distinção entre fontes reconhecidas e fontes delegadas, apontando o poder negocial dentre aquelas³²⁰.

Para o que interessa à autonomia privada coletiva, conceito construído e desenvolvido centralmente pela doutrina italiana, a história tem relevância na discussão. A experiência totalitarista do início do séc. XX, especialmente na Itália e na Alemanha³²¹, estabeleceu uma confusão entre o sindicato e o Estado e,

³¹⁶ Conforme aponta Giugni, o ordenamento estatal não esgota, e nem poderia fazê-lo, a infinita gama das relações juridicamente necessárias que se desenvolvem entre os homens. (GIUGNI, Gino. *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 78).

³¹⁷ Assim reconhece, RIBEIRO DA SILVA, *Autonomia privada...*, p. 28.

³¹⁸ FERRI, Luigi. p. 23. citado em ALMEIDA, *Texto...*, p. 236.

³¹⁹ Conforme LARENZ, *Derecho de...*, p. 65.

³²⁰ BOBBIO, *Teoria do...*, p. 37-43.

³²¹ A adoção de um modelo corporativo de representação sindical não foi exclusividade italiana e alemã. Portugal viveu longo período corporativo, entre 1926 a 1974. Sobre o aspecto, o ressalta o professor português Luís Gonçalves da Silva, que o ordenamento laboral corporativo português foi constituído sobre duas idéias-base: a de solidariedade entre a propriedade, o capital e o trabalho e a do primado da proteção legal da situação *individual* do trabalhador, em contraponto com a contenção das formas de ação coletiva laboral. (GONÇALVES DA SILVA, *Notas...*, p. 30). Na Espanha, o sindicalismo de Estado perdurou de 1936 a 1976, calcado na idéia de que o sindicato é

conseqüentemente, entre o interesse coletivo e o interesse público. É nesse modelo corporativo-estatal de representação que se assenta a idéia de que a atuação dos grupos deriva de autorização estatal, devendo ser exercida a partir de delegação e nos limites estabelecidos pelo Estado³²². Limites estes que, nos regimes totalitários, não apenas definiam mínimos, mas também máximos negociais, tolhendo a capacidade negocial do grupo em benefício dos seus representados³²³. O modelo foi seguido por inúmeros países, com variações de conteúdo, dentre eles o Brasil, a partir da legislação corporativista implementada por Vargas no Estado Novo³²⁴.

A reação a esta concepção inicia a partir do fim da 2ª Guerra, com o processo de redemocratização dos sindicatos³²⁵. A derrocada do modelo estatal-corporativo de organização sindical fez com que se elaborasse o conceito de liberdade sindical, que acabou consagrado na mais importante Convenção da Organização Internacional do Trabalho sobre a questão, a de número 87, de 1948. Um ano antes, a Constituição Italiana já tinha estabelecido, em seu art. 39, o direito à liberdade sindical, devolvendo os sindicatos à órbita privada e lhes assegurando amplos poderes de representação.

“instrumento al servicio del Estado, a través del cual realiza su política econômica”, conforme aponta OJEDA AVILÉS, *Derecho...*, p. 120. Na França, finalmente, o período compreendido entre 1936 e 1950 foi de intensa intervenção estatal nas relações sindicais, de acordo com o que aponta DESPAX, *Traité...*, p. 37-49.

³²² Exemplificando com o modelo alemão, Mazzoni aponta a supressão de todas as organizações sindicais por lei em 1934, com a substituição por uma associação única, não sindical, denominada Frente de Trabalho (Arbeitfront). (MAZZONI, Giuliano. *La conquista della libertà sindacale*. Roma: Soc. Editrice Leonardo, 1947, p. 137).

³²³ Exemplifica o modelo o período corporativista italiano, a partir da Lei 563, de 1926. Sobre os princípios do sindicalismo corporativo, por todos, MAZZONI, *ibidem*, p. 160-164.

³²⁴ O modelo é positivado inicialmente pelo Decreto 19.770, de 1931. Aqui não havia limites negociais máximos, em que pese a extrema intervenção legislativa no conteúdo da contratação coletiva.

³²⁵ Rüdiger fala em “reprivatização do direito sindical, um abandono do monismo estatal após seu colapso histórico, principalmente na Itália e na Alemanha”. (RÜDIGER, *O contrato...*, p. 95).

O modelo de autonomia privada coletiva é construído nesse contexto, tendo por premissa a liberdade sindical, liberdade multifária que tem por uma de suas facetas justamente a independência em relação ao Estado³²⁶. De outra parte, a identificação do interesse coletivo como interesse privado, a assunção da teoria pluralista quanto às fontes de Direito e a reação à intervenção estatal nos domínios dos grupos fizeram com que se elaborasse a autonomia privada coletiva como um poder originário, e não delegado do Estado. Sobre o aspecto, Giugni afirma que “a relevância do ordenamento extra-estatal se realiza na possibilidade de que os fatos normativos por este criados sejam aceitos, de uma ou outra forma, pela norma estatal”³²⁷.

Percebe-se, portanto, que o papel do Estado está em garantir o exercício da autonomia coletiva. Na definição de Santoro-Passarelli, “o ordenamento jurídico reconhece aos grupos sociais intermediários o poder de regular os próprios interesses do mesmo modo que ocorre com os indivíduos singulares”³²⁸. Monteiro Fernandes, tratando da Constituição Portuguesa, também afirma o caráter *originário* da autonomia coletiva: “esse atributo dos grupos profissionais organizados não é o resultado de uma ‘concessão’ ou ‘delegação’ de poder normativo por parte do Estado, constitui um dado ‘pré-constitucional’ inerente à fisiologia das organizações sócio-profissionais”³²⁹. Ojeda Avilés, sobre o sistema espanhol, afirma que a Constituição de 1978, em seu art. 37.1 afastou a idéia franquista da negociação coletiva como sistema normativo subalterno, optando por consagrar como soberana

³²⁶ O conceito de liberdade sindical é extraído da Convenção 87 da OIT. Mais adiante será esmiuçado.

³²⁷ GIUGNI, *Introducción...*, p. 68.

³²⁸ Citado em RIBEIRO DA SILVA, *Autonomia privada...*, p. 32.

³²⁹ MONTEIRO FERNANDES, Antônio. *Direito do trabalho*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 577.

a autonomia coletiva³³⁰. Na feliz síntese de Giugni, há uma bivalência na autonomia coletiva, porque pressupõe a identificação de uma esfera de liberdade e, ao mesmo tempo, o exercício de um poder de auto-regulamentação³³¹.

A Constituição brasileira de 1988 parece ter seguido o mesmo caminho, definindo a autonomia privada como poder originário. Com efeito, o art. 7º, XXVI, consagra como direito fundamental dos trabalhadores urbanos e rurais, o *reconhecimento* das convenções e acordos coletivos de trabalho. Não há, portanto, delegação, mas recepção da ordem normativa dos grupos³³². De igual forma, o caput do art. 8º acolhe a premissa da autonomia privada coletiva, qual seja o direito à liberdade sindical. Em que pese alguns dos incisos deste dispositivo – II e IV – restrinjam o direito em parte de suas facetas, não se pode negar que a correta hermenêutica constitucional potencializa o direito previsto no *caput*, em detrimento das restrições contidas nos incisos³³³.

Importante destacar que esse poder reconhecido ao grupo não anula e tampouco prevalece sobre o poder estatal. A autonomia privada coletiva e suas manifestações convivem com o ordenamento geral, especialmente porque a experiência institucional dos grupos é, na expressão de Giugni, aceitável como contribuição ao bem comum³³⁴. Por outro lado, como promotor do bem comum, o Estado define campos em que não poderá o interesse coletivo atuar, uma vez que,

³³⁰ OJEDA AVILÉS, *Derecho...*, p. 605-606.

³³¹ Conforme referência constante em RIBEIRO DA SILVA, *Autonomia privada...*, p. 34.

³³² Segundo Nascimento, “a ordem jurídica reconhece e dá validade” aos contratos coletivos, em clara adoção da posição, especialmente a partir da Constituição de 1988. (NASCIMENTO, *Compêndio...*, p. 268269).

³³³ Exame aprofundado do sistema constitucional brasileiro far-se-á no segundo capítulo.

³³⁴ GIUGNI, *Introducción...*, p. 80.

como interesse privado que é, igualmente estará limitado pelo interesse geral³³⁵. Essa limitação é reconhecida pela própria doutrina italiana, que mais longe levou o poder da autonomia privada coletiva³³⁶. A identificação da posição intermédia do interesse coletivo parece ser a chave da compreensão acerca das suas possibilidades. Assim como a autonomia privada individual sofre limitações, em benefício do interesse geral³³⁷, de igual forma sofrerá a autonomia coletiva³³⁸.

De outra parte, em relação ao interesse individual, o interesse coletivo prepondera³³⁹. A verificação de validade desta proposição requer, em primeiro lugar, a superação da perspectiva individualista³⁴⁰, o que já se conseguiu fazer ao longo do presente trabalho. Igualmente, permite a aceitação desta prevalência a distinção qualitativa e quantitativa entre o interesse coletivo, uno e indivisível, e o somatório de interesses individuais³⁴¹. O interesse de uma pluralidade de pessoas por um bem idôneo, para satisfazer a necessidade comum de todos, faz emergir a noção de solidariedade, a mesma que, na relação interesse geral-interesse particular, fez com que prevalecesse o primeiro. Isso não significa negação do direito individual, mas,

³³⁵ Exemplifica-se, aqui, com o sistema de contratação coletiva francês, conforme aponta DESPAX, *Traité...*, p. 65.

³³⁶ Giugni reconhece a legitimidade de leis que predispõe nível de tutela mínima, normas inderrogáveis *in pejus* por contratação coletiva. (GIUGNI, *Direito...*, p. 152).

³³⁷ A expressão *interesse geral* está sendo aqui, utilizada, como interesse social ou interesse público primário, conforme definição de MAZZILI: “o interesse social corresponde ao interesse público primário que, por sua vez, concerne ao interesse da sociedade ou da coletividade como um todo”. (MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 43.) Citado em SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*. São Paulo: LTr, 2003. p. 74.

³³⁸ Sobre o aspecto, Ojeda Avilés afirma que uma das relações existentes entre a atuação do Estado e do grupo, nas suas manifestações normativas – lei e contrato coletivo – é a de exclusão, ou seja, quando há uma reserva legal, planificando condições gerais, independentemente dos interesses do grupo. (OJEDA AVILÉS, *Derecho...*, 41).

³³⁹ Isso é próprio da lógica da liberdade sindical, estando previsto pela OIT desde 1951, através da Recomendação 91, em seu parágrafo terceiro.

³⁴⁰ Assim reconhece PERSIANI, *Saggio...*, p. 11.

³⁴¹ Relevante, aqui, a distinção doutrinária entre o interesse coletivo e o interesse individual homogêneo – este mero somatório de direitos individuais de origem comum – que no Brasil ganharam desenho normativo no Código de Defesa do Consumidor, no art. 81.

antes, sua consagração. Na feliz construção de Ojeda Avilés, “los intereses de la colectividad requieren a veces *limitar* los derechos individuales, y no es incompatible con los ámbitos de libertad personal, sino que los asegura, contribuyendo a la mejora de la situación de los trabajadores y de la sociedad en general”³⁴².

Em síntese, a autonomia privada coletiva significa o poder reconhecido aos grupos sociais de regerem seus interesses coletivos, soberanamente em relação aos indivíduos e independentemente do poder público³⁴³. Como autonomia privada que é, entretanto, deve harmonizar-se com o interesse geral e atuar em conformidade com os postulados de utilidade e justiça. A realização da justiça, no âmbito de atuação da autonomia privada coletiva, pressupõe ainda um outro exame, qual seja o das possibilidades de *poder* que concentra a atuação do grupo na defesa dos seus representados, especialmente nas relações em que, individualmente, há notória insuficiência econômica.

3. Poder e justiça nas relações coletivas

Estabelecida a autonomia privada coletiva como poder do grupo de reger os seus interesses coletivos, independentemente do poder público, mas limitado pelo interesse geral e pelos postulados de utilidade e justiça, a questão é saber se é possível, e como, atingir justiça nas relações contratuais coletivas. Isso porque, conforme já estabelecemos como premissa, o contrato coletivo tem vida e incidência

³⁴² OJEDA AVILÉS, *Derecho...*, p. 33.

³⁴³ Conforme observa RÜDIGER, *O contrato...*, p. 99.

naquelas relações em que, no plano individual, há um desequilíbrio entre as partes contratantes, em decorrência de hipossuficiência econômica de uma delas. Haverá nas relações coletivas – assim entendidas aquelas encabeçadas por sujeitos coletivos e cujos interesses são tipicamente coletivos – algum elemento que possa subverter o desequilíbrio júri-genético da relação travada no plano individual?

Esta é a questão a ser respondida, mormente porque já vimos que nas relações individuais que comportam um pólo hipossuficiente, o Estado Social se preocupou com a limitação do conteúdo contratual, através de inserções normativas de ordem pública, visando justamente uma minimização do desequilíbrio, em uma lógica de justiça distributiva. Será também este o critério de justiça presente nas relações coletivas? Nos parece que não, especialmente porque há componentes históricos e jurídicos apontando em sentido contrário.

A intenção deste segmento é examinar as possibilidades fáticas e jurídicas, no plano coletivo, do pólo hipossuficiente da relação equilibrar as potencialidades negociais. O exame não se pretende exaustivo, mas apenas instrumental, e foca especificamente a greve, em relação ao Direito do Trabalho, e o boicote no Direito do Consumidor, como meios de pressão potencialmente neutralizadores da desigualdade originária. Apesar de não serem as únicas possibilidades de atuação dos grupos na defesa dos seus interesses coletivos, são examinados justamente porque revelam as medidas extremas, que coroam a capacidade de re-equilibrar a relação no plano coletivo. Registramos que a intenção e a ambição deste trabalho não recomendam que se investigue profundamente a greve em sua evolução

histórica, natureza, características e limites³⁴⁴. O importante, aqui, é a sua fixação como direito constitucionalmente assegurado e como instrumento unilateral de contra-poder. Quanto ao boicote, a ausência de expressa previsão legal faz com que se veja o movimento enquanto emanção do direito à liberdade e, da mesma forma que em relação à greve, como instrumento unilateral de pressão à disposição da coletividade de consumidores.

Já se pôde observar que a história do Direito do Trabalho é a história do conflito. Há duas forças naturalmente antagônicas envolvidas no contrato entre um trabalhador e um empregador: de um lado o objetivo empresarial do lucro; do outro a natural busca por subsistência e melhores condições de vida. Na expressão de Ojeda Avilés, na relação de trabalho o conflito é tão imanente e contínuo quanto à sociabilidade humana³⁴⁵.

A história da greve se confunde com a do sindicalismo e com a do próprio Direito do Trabalho. Já tivemos oportunidade de apontar que as primeiras manifestações eficazes de re-equilíbrio na relação de trabalho introduzida pela Revolução Industrial foram coletivas. Ainda não concebidos como direito, mas como delito, os abandonos coletivos de postos de trabalho em protesto às condições ofertadas, e a promessa de apenas retomar as atividades sob determinadas (e melhores) condições, constituem o embrião do futuro direito de greve. Do ponto de vista evolutivo, a greve perpassa as fases de consolidação do próprio sindicalismo:

³⁴⁴ Sobre o aspecto, por todos, recomenda-se o exame do espanhol OJEDA AVILÉS, *Derecho...* sobre o direito de *huelga*, do argentino ETALA, *Derecho...*, do português MONTEIRO FERNANDES, *Direito...* e do italiano GIUGNI, *Direito...*, sobre o direito de *sciopero*. No Brasil, fundamental são os exames de NASCIMENTO, *Compêndio...* e CATHARINO, *Tratado...*

³⁴⁵ OJEDA AVILÉS, op. cit., p. 54.

foi proibida, tolerada como fato social e, finalmente, reconhecida pela ordem jurídica³⁴⁶. Essa evolução é simétrica às concepções sobre a sua natureza jurídica: de fato social anti-jurídico, passando por liberdade, a greve se consolida como direito³⁴⁷. Embora a OIT não tenha um diploma específico sobre o direito de greve, se entende que há implícita previsão na própria Convenção 87, como corolário do direito à liberdade sindical³⁴⁸. Por outro lado, diversas Constituições democráticas do período sindical pós-corporativo acabaram por elevar o direito ao nível constitucional³⁴⁹, em movimento que terá importância central às conclusões deste trabalho.

O conceito jurídico de greve dependerá dos contornos estabelecidos em cada ordenamento, mas é possível identificar caracteres comuns viabilizadores de uma definição geral. Na boa síntese de Ruprecht, “greve é a suspensão coletiva e concertada do trabalho, por tempo indeterminado, pacífica e com abandono dos lugares em que se cumprem as tarefas, determinada pela organização sindical, para exercer pressão sobre o patrão, com o fim de obter o reconhecimento de uma

³⁴⁶ A percepção da evolução do sindicalismo em fases de proibição, tolerância e reconhecimento é bem formulada por OJEDA AVILÉS, *Derecho...*, p. 100-102.

³⁴⁷ Sobre a natureza jurídica e sobre as concepções da greve como direito subjetivo, direito potestativo, superdireito, direito de igualdade, direito absoluto da pessoa, direito instrumental, vale o exame em Nascimento (*Compêndio...*). Ojeda Aviles, sobre a natureza jurídica, investiga cinco teorias, optando pela última: o autor espanhol fala em direito potestativo, direito de personalidade, direito social, direito de liberdade e direito de participação. (*Ibidem*, p. 460-461).

³⁴⁸ Assim reconhece Etala, professor argentino da UBA: “En opinión de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenciones y Recomendaciones de la OIT, el derecho de huelga queda admitido sobre la base del derecho que se reconoce a las organizaciones de trabajadores y de empleadores a organizar sus actividades y a formular su programa de acción con el objeto de fomentar y defender los intereses de sus miembros (art. 3º, 8º y 10, convenio 87).” (ETALA, *Derecho...*, p. 349).

³⁴⁹ Na Constituição brasileira, por exemplo, a greve compõe o rol de direitos sociais fundamentais, conforme art. 9º. Também é prevista, exemplificativamente, nas Constituições da Argentina, Itália, Portugal, Uruguai, Espanha, México, Venezuela. Em outros países há leis tratando o tema, conforme exemplificamos, em rol não exaustivo: Bolívia, Colômbia, Equador, Paraguai, Chile, Canadá, Estados Unidos da América, Japão, Noruega, Polônia, França. Sobre o aspecto, ver síntese em SUSSEKIND, *Direito constitucional...*, p. 450.

prestação de caráter profissional ou econômico”³⁵⁰. Trata-se, portanto, de um direito ao não-trabalho coletivo, através do qual se priva o tomador dos serviços da prestação principal que obtém através do contrato de emprego. A idéia de *suspensão* do trabalho tem dupla conotação: além da ausência fática do trabalho, a greve gera uma *suspensão* típica do contrato individual de emprego, na qual também paralisa a obrigação principal do empregador de pagar salário³⁵¹. Há durante a greve, portanto, uma simetria quanto às prestações contratuais, gerando, conforme reconhece Monteiro Fernandes, “o confronto de capacidades de resistência entre o empresário privado de recursos humanos e os trabalhadores desprovidos de condições de subsistência”³⁵².

A greve é estudada no âmbito dos conflitos coletivos e seus meios de solução, embora com estes não se confunda. É assente na doutrina que os conflitos se resolvem por autocomposição, heterocomposição ou auto-tutela. Nos conflitos coletivos, a negociação coletiva e a mediação são instrumentos de autocomposição; a arbitragem e a jurisdição, de heterocomposição³⁵³. A greve é expressão de auto-tutela, dado o poder unilateral de deflagração concedido ao grupo³⁵⁴. Entretanto, não configura propriamente uma *forma* de solução do conflito, porque não resolve, por si, a controvérsia. A greve é, fundamentalmente, instrumental. É, como reforçam Rivero

³⁵⁰ Citado por SUSSEKIND, *Direito Constitucional ...*, p. 454.

³⁵¹ A doutrina do Direito do Trabalho faz uma distinção entre suspensão e interrupção do contrato de trabalho. Em ambas o vínculo contratual permanece íntegro. Na primeira, paralisam as obrigações principais de empregado e empregador, o que ocorre, por exemplo, nos períodos de afastamento para gozo de benefício previdenciário, para cumprimento de serviço militar, em suspensões disciplinares ou em algumas hipóteses legais de ajuste contratual (art. 476-A da CLT, por exemplo). Na segunda, paralisa apenas a obrigação principal do empregado, como ocorre, por exemplo, nos afastamentos por doença inferiores a 15 dias e nas férias.

³⁵² MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho...*, p. 821.

³⁵³ Esta é a classificação clássica, aceita sem maiores divergências. Sobre o aspecto, por todos NASCIMENTO, *Compêndio...*, p. 255-263.

³⁵⁴ Catharino denomina “meio de ação direta” ou “conflito aberto”. CATHARINO, *Tratado...*, p. 252.

e Savatier, meio de pressão³⁵⁵.

Para o que importa a este exame, central é a identificação de que esta potencialidade de pressão coletiva é, salvo exceções pontualíssimas, unilateral. A greve constitui exercício de direito coletivo reconhecido a apenas um dos pólos da relação de trabalho, até por uma adequação conceitual: se greve é a paralisação do trabalho e se esta prestação é exclusiva do empregado, tão-somente este poderá fazer greve. Em tese, contudo, poder-se-ia cogitar da possibilidade de que os empregadores, coletivamente, utilizem meio de pressão análogo. O fato social correspondente à greve, pelo lado patronal, é o *lockout*. Segundo definição de Giugni, “consiste no fechamento total ou parcial da empresa e, portanto, na recusa de aceitar a prestação de trabalho, conseqüentemente, de pagar as retribuições”. Trata-se de um encerramento reativo das atividades, cujo objetivo, segundo Monteiro Fernandes é um reforço do poder patronal³⁵⁶, tendo em vista a greve dos trabalhadores.

Entretanto, este exercício coletivo de pressão pelo empregador é, em regra, vedado pelos ordenamentos jurídicos. Com efeito, ressalvado o sistema alemão que consagra o princípio da paridade das armas no que tange aos conflitos coletivos³⁵⁷,

³⁵⁵ Citados em SÜSSEKIND, *Direito Constitucional...*, p. 454.

³⁵⁶ MONTEIRO FERNANDES, *Direito...*, p. 875.

³⁵⁷ Sobre o sistema germânico e a consagração da possibilidade de lockout, vale a seguinte passagem de Wolfgang Däubler: “A greve só é admissível quando, apesar de esforços intensos, não se chega a um acordo. Para que a opção por este recurso fique mesmo como última hipótese, aumenta-se também o seu grau de risco: quem faz greve se arrisca, segundo a doutrina aplicada até hoje, a um possível lockout por parte da empresa, fato este que costuma exercer um forte poder de dissuasão sobre os empregados, já que os sindicatos, segundo a tradição alemã, devem arcar com grande parte da compensação salarial”. (DÄUBLER, Wolfgang. *Direito do trabalho e sociedade na Alemanha*. Tradução Alfred Keller. São Paulo: LTr, 1997).

o que a doutrina reputa como decorrência da devastação do pós-guerra³⁵⁸, ou a jurisprudência ou o próprio direito positivo expressamente vedam o *lockout*, tratando-o como ilícito contratual. Exemplificando, na Itália e na França a legislação é silente, mas a negativa vem através de sólida construção jurisprudencial³⁵⁹. Em Portugal, a vedação é constitucional, conforme art. 58, n. 3. Na Argentina, a legislação apenas aparentemente prevê a possibilidade, como exceção, distinguindo o *lockout* defensivo do ofensivo³⁶⁰. No Brasil, a lei 7.793/89, que regulamenta o direito constitucional de greve (art. 9º), faz proibição expressa do *lockout* em seu art. 17³⁶¹.

Esta assimetria se justifica porque, ao reconhecer os instrumentos próprios de auto-defesa coletiva, o ordenamento jurídico verifica a necessidade de implementar justiça distributiva. Não se pode esquecer que estamos no campo em que a relação jurídica é originariamente desnivelada. Assim, a greve é um contra-peso que não pode coexistir com o reforço de poder do *lockout*, sob pena de não exercer o seu papel equilibrador. Examinando o sistema italiano, que consagra a greve expressamente como direito constitucional e silencia em relação ao *lockout*, Giugni afirma que há uma deliberada negativa ao princípio liberal do paralelismo³⁶², na esteira da intenção prestacional do Estado Social. O jus-laboralista italiano reforça: “o legislador constitucional, pois, conferiu relevância jurídica à desigualdade entre

³⁵⁸ Nesse sentido anota Ojeda Avilés, embora afirme que a jurisprudência alemã começa e evoluir, lentamente, a partir da década de 70, para a restrição do direito de *lockout*. (OJEDA AVILÉS, *Derecho...*, p. 542).

³⁵⁹ Sobre o exame do Direito Comparado, por todos, recomenda-se MONTEIRO FERNANDES, *Direito...*, p. 875-881.

³⁶⁰ Nesse sentido, menciona ETALA, *Derecho...*, p. 391. Entretanto, nos parece que não é típica hipótese de *lockout*, vez que a autorização estaria condicionada a uma reação a uma greve abusiva, com ocupação de estabelecimento, ou a greves atípicas (como a greve de zelo). Seria, assim, mera ação defensiva ante uma ilegalidade, e não típico exercício de direito coletivo.

³⁶¹ 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 empregados (*lockout*). Parágrafo único. A prática referida no *caput* assegura aos trabalhadores o direito à percepção dos salários durante o período de paralisação.

³⁶² GIUGNI, *Direito...*, p. 206.

trabalhadores e empresários, atribuindo aos primeiros, e não aos segundos, o poder de suspender a relação de trabalho e as obrigações dela derivadas”³⁶³.

Definida como instrumento unilateral, é de se investigar qual a natureza do *poder* exercido pela greve. Conforme se depreende do seu conceito, a greve retira o elemento “trabalho humano” da atividade empresarial. Mais do que isso, é elemento característico da greve, por vezes explícito no ordenamento jurídico, como no brasileiro, a proibição de atos patronais que visem frustrar a eficácia do movimento. Nesse sentido, por exemplo, o parágrafo único do art. 9º da Lei 7.783/89 que, além de assegurar ao grevista a manutenção do contrato de emprego no curso da paralisação coletiva, expressamente proíbe ao empregador a contratação de trabalhadores substitutos³⁶⁴, ressalvada a hipótese de greve abusiva³⁶⁵.

Percebe-se, portanto, que ao direito do grupo de trabalhadores há um correspondente dever de sujeição do patronato³⁶⁶. O impedimento de substituição da mão-de-obra grevista revela, pela potencial precariedade da produção, um inafastável prejuízo de ordem econômica. Iluminando este caráter, Genro aponta que a greve se sustenta em um trinômio: ruptura da normalidade da produção, prejuízo para o capitalista e proposta de restabelecimento da normalidade

³⁶³ GIUGNI, *Direito...*, p. 206.

³⁶⁴ Diz o parágrafo único em questão: “É vedada a rescisão do contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas no art. 9º e 14”.

³⁶⁵ O abuso do direito de greve, segundo a própria lei (art. 14), se configura pelo exercício sem a observância das normas e condições previstas na Lei 7.783/89. Não é objeto do presente tema aprofundar a caracterização do abuso do direito de greve, mas desde logo deve ser sustentado que este trabalho defende a concepção mais ampla possível do direito de greve, tendo em vista a sua essencialidade no papel de equilíbrio da relação no plano coletivo, bem como a importância que se verifica na consagração do princípio de liberdade sindical no caput do art. 8º da Constituição brasileira.

³⁶⁶ Santoro-Passareli, no aspecto, afirma “... porque perante o seu exercício o empregador se põe em posição de mera sujeição coletiva, pois conferido a um grupo de trabalhadores para a tutela do seu interesse comum”. Citado em RÜDIGER, *O contrato...*, p. 127.

rompida³⁶⁷. Não foi por outro motivo que se consagrou no Brasil a definição de greve de Washington da Trindade, como “direito de causar prejuízo”³⁶⁸.

Resplandece, assim, a natureza econômica, claramente compensatória, deste contra-poder. Valdes Dal-Re afirma que a função da greve é a de “instrumento de equilíbrio das forças contratuais”³⁶⁹, visando uma igualdade substancial. Nascimento diz que a greve é, ao mesmo tempo, arma de ataque e defesa, já que também é reação “contra a resistência do empregador diante da reivindicação de melhores condições de trabalho”³⁷⁰. Para Mazzoni, a finalidade da greve é, sem dúvida, um constrangimento econômico³⁷¹. Exemplificando no direito norte-americano, na exposição de motivos do *Wagner Act*, de 1935³⁷², já havia expressa referência da atuação sindical e de seus meios de pressão como forma de restaurar a igualdade de poder negocial entre trabalhadores e empregadores³⁷³.

Não se pode duvidar que este poder será tão maior quanto for a capacidade de mobilização do grupo. A medida do potencial prejuízo gerado ao empregador será correlata a da capacidade negocial do grupo. Giugni aponta, com razão, que “uma greve prolongada pode conduzir o empresário a abandonar posições negativas

³⁶⁷ GENRO, Tarso Fernando. *Contribuição à crítica do direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1988, p. 43-44.

³⁶⁸ Citado em DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 174.

³⁶⁹ Citado em NASCIMENTO, *Compêndio...*, p. 405.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 411.

³⁷¹ “[...] lo scopo dell'atto è quello di una costrizioni economica in vista di una modificazione più favorevole delle condizioni di lavoro”. (MAZZONI, *La conquista...*, p. 212).

³⁷² Conforme aponta Valentin Carrion, o *Wagner Act* foi o grande marco da liberdade sindical e da negociação coletiva norte-americana, fazendo parte do grande plano de restabelecimento da economia do Presidente Roosevelt, o *New Deal*. *Evolução histórica do direito coletivo norte-americano*. (CARRION, Valentin. *Evolução histórica do direito coletivo norte-americano*. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Coord.). *Curso de direito coletivo do trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa*. São Paulo: LTr, 1998, p. 701-708.

³⁷³ Trecho reproduzido em OJEDA AVILÉS, *Derecho...*, p. 30-31.

diante das reivindicações dos sindicatos; uma greve, convocada pelas associações sindicais, mas que encontre pouca adesão dos trabalhadores, pode levar os mesmos a suavizar as próprias pretensões”³⁷⁴. Esta circunstância faz com que, por vezes, se entenda impossível equilibrar na origem, de fato, a relação coletiva, especialmente pela estrutural crise dos sindicatos³⁷⁵. Este raciocínio conclui pela falência dos instrumentos coletivos de proteção e, conseqüentemente, pela necessidade de que sejam vistos igualmente sob a ótica distributivista própria das relações individuais. Entretanto, a experiência histórica da atuação sindical³⁷⁶ e as incontáveis demonstrações da força dos grupos de trabalhadores apontam que não pode o sistema, concebido constitucionalmente para reconhecer a autonomia privada coletiva, pautar-se pela patologia. O que pretende este trabalho demonstrar é que, se não há paridade entre o poder sindical e o econômico, não é necessário ou possível adulterar a lógica construída pelo sistema para as relações coletivas. Basta que se reforce e amplie a produção normativa heterônoma³⁷⁷, esta sim pautada pelas opções e possibilidades próprias de um Estado promotor da justiça distributiva nas relações individuais.

³⁷⁴ GIUGNI, *Direito...*, p. 143.

³⁷⁵ Sobre a crise de sindicalização no Brasil, Zylberstajn examina o grande aumento do número de entidades sindicais de trabalhadores entre 1991 e 2001, comparando com a manutenção, em patamares reduzidos, da taxa de sindicalização. ZYLBERSTAJN, Hélio. Os metalúrgicos do ABC: tentando construir o novo/velho sindicato no Brasil. In: CHAHAD, José Paulo Zeetano, e CACCIAMALI, Maria Cristina (Org.). *Mercado de trabalho no Brasil: novas práticas trabalhistas, negociações coletivas e direitos fundamentais no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 286-308. Sobre o enfraquecimento dos sindicatos no cenário europeu, se identifica queda estrutural no número de filiados, com exceções da Suécia, Holanda e Itália. Há uma forte queda de filiação na França e no Reino Unido e uma leve tendência no mesmo sentido na Alemanha, durante a década de 90. Nesse sentido, aponta SUPIOT, Alain. (Coord.). *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 175-177. Nos Estados Unidos, Enoque Ribeiro dos Santos reconhece a descoletivização do mercado na década de 90, mas aponta momento atual de ressurgimento. (*Fundamentos...*, p. 76.).

³⁷⁶ Thompson, tratando do poder das manifestações coletivas na Inglaterra, em momento agudo do conflito industrial, no ano de 1831, aponta claramente que o empregador temia a greve: “A burguesia industrial desejava, de corpo e alma, que não ocorresse uma revolução, visto saberem que, no mesmo dia que se iniciasse, haveria um processo agudo de radicalização, onde líderes humanistas, sindicalistas e owenistas granjeariam um apoio crescente em praticamente todos os centros industriais”. (THOMPSON, *A formação...*, p. 414).

³⁷⁷ Assim igualmente reconhece CATHARINO, *A convenção...*, p. 235.

Dúvidas há, também, quanto à possibilidade de estender este mecanismo de auto-tutela, gerador de contra-poder, para outras relações que não a de Direito do Trabalho. Especificamente no campo do Direito do Consumidor, a alternativa do grupo à superioridade econômica do produtor ou fornecedor seria o boicote. Na definição de Weiss, boicote é o “acordo expresso ou tácito para evitar qualquer relação moral, comercial ou cultural com um indivíduo, uma empresa ou um Estado com a finalidade de exercer uma pressão”³⁷⁸. Originalmente, foi também meio de pressão utilizado pelos trabalhadores como reforço à greve, para que tanto eles quanto terceiros deixassem de consumir produtos de empresas que não atendiam as reivindicações de melhores condições de trabalho e salário³⁷⁹. Rüdiger especifica o conceito, tratando por *primário* o boicote exercido por terceiros, que tomam partido de trabalhadores, e *secundário*, quando realizado diretamente por consumidores³⁸⁰.

A dificuldade enfrentada na mera transposição da lógica da greve para a do boicote diz, inicialmente, com a natureza dos direitos e interesses protegidos. Na expressão de Barbosa Moreira, os direitos ou interesses dos consumidores são os difusos ou *essencialmente coletivos*³⁸¹. A expressão serve para diferenciar daqueles que são *coletivos propriamente ditos*. Segundo Watanabe, “o traço que os diferencia (direitos coletivos em sentido estrito) dos interesses ou direitos “difusos” é a determinabilidade das pessoas titulares, seja através da relação jurídica base que as une (membros de uma associação de classe ou acionistas de uma mesma

³⁷⁸ WEISS, Dimitri. citado em RÜDIGER, *O contrato...*, p. 129.

³⁷⁹ Assim reconhece, dentre outros, CATHARINO, *Tratado...*, p. 254.

³⁸⁰ RÜDIGER, op. cit., p. 129.

³⁸¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 193-197.

sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária”³⁸². Ao contrário do que acontece no Direito do Trabalho, em que é perfeitamente identificado o grupo de trabalhadores, independentemente do critério de aglutinação, até porque são em regra organizados pelo próprio capital, no Direito do Consumidor o “grupo” é, na verdade, toda a coletividade, inorganizada e espalhada pela sociedade.

Em decorrência desta distinção, Roppo, por exemplo, duvida da eficácia da contratação coletiva no âmbito da relação de consumo. Diz que os consumidores não representam uma classe, mas “uma massa escassamente agregada de sujeitos portadores de interesses não homogêneos”³⁸³. Essa circunstância impossibilitaria, segundo o autor, a organização em contra-parte que pudesse estabelecer, de fato, uma paridade de poder³⁸⁴. No Brasil, cético quanto às possibilidades de equilíbrio na relação de consumo é Maciel Júnior, para quem a convenção coletiva de consumo é instrumento acanhado e inapropriado para a recepção do conteúdo relativo à negociação sobre os interesses difusos³⁸⁵.

No entanto, em que pese sejam de fato distintas as relações e aparentemente insanável o problema gerado pela diversidade de interesses envolvidos, não se pode concordar com essa posição. Isso porque parece possível reconhecer, a partir de aprofundamento conceitual, a importância do boicote como potencial elemento de pressão. Nesse sentido, relevante a construção de Mancuso sobre os direitos e

³⁸² WATANABE, Kazuo. [Comentários ao CDC]. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 511.

³⁸³ ROPPO, *O contrato*, p. 328.

³⁸⁴ No mesmo sentido parece se inclinar PRATA, *A tutela...*, p. 120.

³⁸⁵ MACIEL JÚNIOR, *Convenção coletiva...*, p. 115.

interesses dos consumidores, que fixa como *difusos* em regra, mas ressalva que podem transformar-se em interesses coletivos *stricto sensu*, desde que consigam adquirir certa organização e contornos definidos, deixando de apresentar as características dos interesses difusos³⁸⁶. Esta coletivização (em sentido estrito), colorida pela homogeneização dos destinatários e pela sua potencial organização, traria, em tese, dependendo do tipo de produto e serviço e da extensão do mercado consumidor, um poder de pressão considerável. Exemplifica-se através de boicote de inquilinos ao pagamento de aluguéis, na França, em 1980, com resultados positivos na posterior regulamentação legal deste tipo de contrato³⁸⁷.

De outra parte, não parece correto que, mesmo diante de interesses difusos, se elimine a hipótese de eficácia do meio social de pressão tão-somente pela existência fática de dificuldade de organização dos consumidores. Com efeito, conforme aponta Rüdiger, “se, realmente, for bem organizado, e aderido por centenas de milhares de pessoas, é (o boicote) um meio de pressão mais enérgico que a greve”³⁸⁸. Isso parece derivar justamente da sua feição de liberdade, despida de regulamentação legal e, fundamentalmente, desprovida daquele paralelismo prestacional existente na relação jurídica de emprego, em que a interdependência entre empregado e empregador faz com que a natural tendência das partes seja a de convergir rapidamente para a solução do conflito. Nas relações de consumo, salvo situações de monopólio ou de produtos e serviços essenciais, a coletividade organizada é capaz de substituir o bem ou serviço objeto do boicote, gerando

³⁸⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 102-103.

³⁸⁷ Experiência mencionada por RÜDIGER, *O contrato...*, p. 130.

³⁸⁸ *Ibidem*, 129.

prejuízos insanáveis à empresa³⁸⁹.

Por fim, é importante destacar a correta observação que faz Ojeda Avilés em relação ao conflito coletivo de trabalho, mas que parece se aplicar também ao de consumo. Segundo o jurista espanhol, o conflito coletivo é um jogo de negociação misto, em que não se persegue a derrota do adversário e tampouco a colaboração³⁹⁰. O fim é a solução negociada do interesse e a continuidade da relação coletiva, que, já vimos, é ínsita à vida em sociedade. A solução buscada, portanto, é aquela medial, derivada das potencialidades econômicas dos sujeitos coletivos da relação. No caso do empregador e do fornecedor a potência econômica é originária; em relação ao trabalhador e ao consumidor, apenas se perfaz pela atuação conjunta e pelos instrumentos, fáticos e jurídicos, que a asseguram.

A idéia de restauração econômica da igualdade, através do reconhecimento de um poder unilateral, derivado da autonomia privada coletiva e de seus instrumentos, faz com que Roppo reconheça a regeneração da liberdade contratual através da autonomia coletiva. O autor afirma que no campo coletivo as “posições de força contratual... encontraram um substancial equilíbrio... não já por efeito principal de intervenções autoritárias externas do poder público, mas sim mediante uma transformação interna dos pressupostos e dos mecanismos da contratação: sempre, pois, numa lógica de exercício da autonomia contratual”³⁹¹. Ora, se o contrato é operação econômica equilibrada, e se no plano coletivo há instrumento que viabiliza

³⁸⁹ Sobre exemplos históricos de boicotes eficazes, Rüdiger aponta os do vinho contendo amianto (1976), a alimentos com corantes (1977), a aerossóis (1978), à carne de vitela (1980), todos na França, e a supermercados (1966) nos Estados Unidos da América. (RÜDIGER, *O contrato...*, p. 129-130).

³⁹⁰ OJEDA AVILÉS, *Derecho...*, p. 397.

³⁹¹ ROPPO, *O contrato*, p. 306.

esse equilíbrio na origem, parece possível que tratemos o contrato coletivo sob a lógica da justiça comutativa aristotélico-tomista, conforme elaboração que se realiza no capítulo vindouro.

II – JUSTIÇA NOS CONTRATOS COLETIVOS

Até aqui, pudemos estabelecer as premissas acerca do contrato em sua atual concepção e as dificuldades de concebê-lo, individual ou coletivo, em chave voluntarista. Igualmente, identificamos a justiça comutativa aristotélico-tomista como potencial critério de vinculatividade dos contratos, demonstrando, em relação aos contratos coletivos, a autonomia privada coletiva como força motriz de negócios jurídicos, em suas caracterização e possibilidade de equilibrar relações que, no plano individual, revelam um pólo em inferioridade negocial. Cumpre, então, no Capítulo II testar a aplicação destes conceitos na sistemática de contratação coletiva. Assim, no primeiro segmento (A) faz-se um cotejo entre os planos individual e coletivo das relações contratuais, inicialmente (1) através dos princípios informadores e seus posicionamentos constitucionais e, partir daí, (2) demonstrando-se ser possível tratá-los, respectivamente, sob as lógicas de justiça distributiva e justiça comutativa. Definida esta separação, (B) aplica-se a sistemática em duas questões centrais acerca dos contratos coletivos, quais sejam (1) a dos limites materiais e (2) a dos critérios de interpretação. O fio condutor do exame será o sistema constitucional e legal brasileiro, através do qual tentaremos comprovar a perfeita adequação desta sistemática.

A) A justiça nos planos individual e coletivo

A referência às expressões plano individual e plano coletivo justifica-se pela identificação destas com as esferas normativas próprias da heteronomia estatal e da autonomia coletiva. De regra são utilizadas também para a dicotomia Direito Individual e Direito Coletivo do Trabalho. Aqui faremos um exame dos princípios e do posicionamento na sistemática constitucional, para depois procedermos no enquadramento na teoria de justiça aqui adotada.

1. Princípios informadores e reflexos constitucionais

Neste segmento pretende-se demonstrar que há relevante distinção entre os planos individual e coletivo, considerando os seus princípios informadores e reflexos no direito positivo. A intenção é revelar que as produções normativas heterônoma e autônoma possuem diferentes fundamentos. Como fio condutor metodológico da construção será utilizado o exame constitucional das relações de trabalho, por dois motivos centrais: primeiro porque o constitucionalismo social do séc. XX, em regra, cuida tanto das relações individuais quanto das coletivas; segundo porque o status constitucional da distinção permite que se adotem conclusões gerais aplicáveis em todo o sistema jurídico.

O exame comparativo entre os planos individual e coletivo de relações jurídico-negociais tem por pressuposto o pluralismo de fontes, já mencionado. De

outra parte, tem incidência histórica no Direito do Trabalho, que nasce sob a tensão individual-coletivo. Essa dualidade tem efeitos na própria construção dogmática do Direito do Trabalho como ramo da ciência do Direito. Discussão profícua ao longo do séc. XX, especialmente em sua primeira metade, dizia com a posição enciclopédica do Direito do Trabalho: é Direito Público ou Privado? O alto nível de inserção do Estado na relação de emprego, através de normas imperativas, bem como a concepção puramente voluntarista das relações privadas, fez com que o Direito do Trabalho fosse visto como ramo integrante do Direito Público. Entretanto, a autonomia reconhecida aos grupos para definirem normas gerais e abstratas, independentemente do Estado, e a existência de privados na relação jurídica-base ou situação normada³⁹², fortaleceu a tese antagônica, de que é Direito Privado. Finalmente, como já vimos, a junção de características díspares – interesse público e relação privada – fez com que se propusesse um *tertio genus*, como alternativa à dicotomia, tratando-o como Direito Social³⁹³. A questão relativa à posição enciclopédica não nos interessa centralmente por dois motivos: primeiro porque aceitamos como superada a necessidade de uma classificação estanque e *a priori* dos ramos da ciência do direito³⁹⁴; segundo porque a decisão sobre ela não influi nas conclusões a que se pretende chegar. Relevante do ponto de vista instrumental

³⁹² Sobre a solução para a classificação enciclopédica, aponta Ferraz Júnior que a doutrina se utiliza de lugares comuns consagrados pela tradição: *natureza jurídica* e *natureza das coisas*, ou seja, dependerá tanto das normas incidentes quanto da realidade normada. FERRAZ JUNIOR, *Introdução...*, p. 139.

³⁹³ Em especial, a partir de Gurvitch, conforme reconhece Radbruch, ao tratar da transformação do direito liberal em direito social, através de limitações do direito público ao direito privado, especialmente quanto às liberdades de propriedade e contratual. RADBRUCH, *Filosofia...*, p. 186-188.

³⁹⁴ A superação, aqui, não vem através do reconhecimento do caráter ideológico da dicotomia, como em KELSEN, *Teoria...*, p. 312-315, mas através da aceitação de que há uma inter-relação entre o público e o privado que dificulta traçar linhas de fronteira, que passam de qualitativas a quantitativas, pelo critério da predominância do interesse em jogo, como aponta PERLINGIERI, *Perfis do...*, p. 53-54.

é, contudo, uma segunda indagação comum no exame doutrinário, que diz com a possível autonomia do Direito Coletivo do Trabalho como ramo da ciência do Direito.

Nascimento afirma que para saber se há autonomia de um ramo do Direito devem ser consideradas quatro dimensões: a legislativa, a doutrinária, a didática e a jurisdicional. Por este critério, sobre o Direito Coletivo do Trabalho o autor conclui que não é ramo autônomo, mas segmento do Direito do Trabalho, assim como o é o Direito Individual do Trabalho³⁹⁵. Contudo, outro critério usualmente utilizado para definir autonomia é o da existência de princípios próprios³⁹⁶. Se aceitássemos este critério como prevalente, talvez fosse possível uma separação estanque. Não é isso que defendemos, na esteira de uníssona doutrina³⁹⁷. Há elementos insuperavelmente unificadores entre o Direito Individual e o Direito Coletivo do Trabalho, quais sejam, a mesma finalidade precípua e a mesma relação jurídica-base. Correto está Plá Rodrigues ao dizer que a finalidade da proteção ao trabalhador na relação de emprego norteia ambos os ramos do direito laboral, mas, principalmente, acerta quando reconhece que apresentam formas diversas de manifestação³⁹⁸. Pois essa diversidade de meios pelos quais se almeja a proteção estabelece uma dicotomia de princípios operativos, distintiva do Direito Individual e do Direito Coletivo do Trabalho. Nesse sentido, é comum que se identifiquem, como princípios regentes, idéias aparentemente antagônicas: a da proteção ou da tutela, no plano individual, e a da autodeterminação ou autonomia, no plano coletivo. Exemplificando a dicotomia, Däubler reconhece que o direito do trabalho se divide

³⁹⁵ NASCIMENTO, *Compêndio...*, p. 30.

³⁹⁶ Relae, por exemplo, diz que as exigências de ordem fática e axiológica podem dar autonomia a um segmento da ciência do direito. (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 371).

³⁹⁷ No Brasil, além de NASCIMENTO, op. cit, também aprofunda esta exame CATHARINO, *Tratado...* Na doutrina estrangeira, por todos, MONTEIRO FERNANDES, *Direito...*

³⁹⁸ PLÁ RODRIGUES, *Princípios...*, p. 26.

em duas partes: o direito de auto-ajuda e a garantia estatal de padrões mínimos³⁹⁹. Façamos, então, como ponto de partida, uma rápida reconstrução destas duas idéias fundantes.

Acolhemos, como critério condutor, a concepção de princípio jurídico formulada por Ávila⁴⁰⁰, que supera as distinções tradicionais entre princípios e regras. Segundo o autor, não basta para identificar princípios a exclusiva função de fundamento normativo, como em Esser ou Larenz, o conteúdo axiológico explícito, como em Canaris⁴⁰¹, ou a função de mandados de otimização, como em Alexy, para quem a distinção se resolve a partir da forma de solução de conflitos entre regras e entre princípios⁴⁰². Com efeito, princípios não são meras diretrizes, mas antes possuem conseqüências normativas relevantes, como no dever de se atingir ao fim colimado⁴⁰³. De outra parte, não se pode reconhecer apenas nos princípios, mas também nas regras, conteúdo axiológico⁴⁰⁴. Finalmente, há também a possibilidade de que se ponderem regras em conflito, especialmente pela necessidade de se estabelecer, até para afastar uma delas, a finalidade da regra⁴⁰⁵. Ávila, então, parte do pressuposto de que a distinção não pode ser feita *a priori*, de forma abstrata, mas apenas no plano concreto da aplicação das normas⁴⁰⁶. Em decorrência, admite a coexistência das espécies normativas em um mesmo dispositivo, que pode conter,

³⁹⁹ DÄUBLER, *Direito do trabalho...*, p. 47.

⁴⁰⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 26-27.

⁴⁰² Segundo Alexy, quando há conflitos de regras, uma delas é eliminada do ordenamento, sendo impossível a sua ponderação. Ao contrário, quando dois princípios entram em colisão, um deles cede ao outro, em ponderação, sem que isso implique na invalidação daquele afastado. As regras são razões definitivas; os princípios, razões *prima facie*. (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 87-90 e p. 101-102).

⁴⁰³ Ávila, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 46.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 48.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 57.

dependendo do caso concreto, dimensão imediatamente comportamental ou imediatamente finalística, caráter primariamente retrospectivo ou prospectivo, pretensão terminativa ou de complementaridade. Com as primeiras características, será regra; com as segundas, princípio. Sintetiza o autor definindo princípios como

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.⁴⁰⁷

No plano das relações individuais de trabalho já vimos que o princípio da proteção é fundamento e finalidade. Conforme reconhece Monteiro Fernandes, o ordenamento legal do trabalho surgiu e desenvolveu-se como uma reação às conseqüências da *debilidade contratual* do trabalhador, diante de um esquema negocial originariamente paritário como em qualquer contrato jurídico privado⁴⁰⁸. O autor português afirma que “o Direito do Trabalho apresenta-se, assim, ao mesmo tempo, sob o signo da *proteção ao trabalhador* e como um conjunto de *limitações à autonomia privada individual*”⁴⁰⁹. A proteção ao trabalhador vem através de normas imperativas, que criam por intervenção do Estado um conteúdo contratual *a priori*, que se sobrepõe à manifestação individual dos contratantes. Em apertada simplificação, é possível dizer que funciona como um instrumento de compensação, garantindo superioridade jurídica a quem é economicamente inferior.

⁴⁰⁷ ÁVILA, *Teoria...*, p. 70. Em contrapartida, regras são “normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual de fatos”.

⁴⁰⁸ MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, p. 17.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 18.

O princípio, entretanto, não se limita à inspiração ao legislador e à materialização em normas positivas, mas age como importante instrumento hermenêutico. Nesse sentido, se adota a clássica exposição de Plá Rodrigues⁴¹⁰ sobre as *formas de aplicação* do princípio da proteção, consubstanciadas em três máximas: *in dubio pro operario*, segundo o qual, na existência de vários sentidos possíveis a uma regra, deve prevalecer o mais favorável ao trabalhador; *aplicação da regra mais favorável*, segundo o qual a coexistência de mais de uma regra potencialmente aplicável ao caso concreto deverá atrair a incidência daquela que resulta em maior benefício ao empregado; *manutenção da condição mais benéfica*, que protege a situação concretizada, mais benéfica ao trabalhador, contra alterações legislativas posteriores. Essa classificação não é indiscutível, especialmente porque em relação às duas últimas máximas é possível identificar a aplicação de princípios gerais de direito⁴¹¹. Serve, entretanto, para estabelecer a extensão da idéia de proteção e, fundamentalmente, assenta o Direito Individual do Trabalho no plano da heteronomia, quer revelada no poder do Estado legislador, quer traduzida nas funções hermenêuticas do Estado-juiz.

No plano das relações coletivas, por sua vez, como já vimos construindo ao longo do texto, a palavra-chave é liberdade, consubstanciada, em seu viés normativo, na autonomia privada coletiva. Parte-se como pressuposto do sindicalismo livre, nascido no berço da Revolução Industrial como reação ao capital e ao Estado absenteísta e interventor policial, adotado no Estado contemporâneo no

⁴¹⁰ PLÁ RODRIGUES, *Princípios...*

⁴¹¹ Com efeito, não se pode pensar, como faz parte da doutrina jus-laboralista, que há uma inversão da regra da hierarquia das fontes, bem como que a *colisão* se resolve pela aplicação da regra mais benéfica. Na verdade, os direitos a prestações estabelecem um *mínimo legal*, razão pela qual não se pode pensar em típica colisão quando há regra dispondo de forma mais favorável. Esta questão

formato em que consagrado na Convenção 87 da OIT, após a derrocada na Europa do sindicato corporativista. O direito à liberdade sindical acaba consagrado como *direito humano*, no parágrafo 4º do art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a seguinte formulação: “toda a pessoa tem direito a fundar sindicatos e a sindicalizar-se para a defesa dos seus interesses”⁴¹². Na carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, é previsto explicitamente no art. 12⁴¹³.

O princípio da liberdade sindical revela liberdade complexa, conforme reconheceu Pergolesi⁴¹⁴. Na síntese de Nascimento, a liberdade sindical consagra o direito de fundar sindicatos, de administrar os sindicatos, de garantir a atuação dos sindicatos e de filiar-se ou não a sindicatos⁴¹⁵. Na concepção de Russomano, a liberdade sindical funda-se no seguinte tripé: sindicalização livre, autonomia sindical e pluralidade sindical⁴¹⁶. Examinando o sistema constitucional italiano pós-facismo, sobre a liberdade sindical Zangari aponta feição negativa, de não-intervenção do Estado na vida sindical, e positiva, de direito de organização e atuação, seja em face do Estado, seja em face da categoria econômica contraposta⁴¹⁷. O caráter multifário

será aprofundada no item B, 1, deste Capítulo. Por outro lado, a manutenção da condição mais benéfica parece transportar, com adaptação ao Direito do Trabalho, a garantia do direito adquirido.

⁴¹² A liberdade sindical como direito humano é consagrada em sucessivos documentos internacionais, como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 22, primeiro parágrafo) e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 8º, 1, “a”), ambos da ONU, além de outros instrumentos regionais, como no Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos de 1950 (art. 11), na Carta Social Europeia de 1961 (art. 5º e 6º) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (art. 8º). Sobre a liberdade sindical como direito humano e, especialmente, suas relações com os direitos civis, bem como sobre o controle da OIT acerca da aplicação do direito, vale, por todos, o exame em SWEPTON, Lee. Desarrollo de las normas sobre derechos humanos y libertad sindical mediante el control de la OIT. *Revista Internacional del Trabajo*, v. 117, n. 2, 1998.

⁴¹³ Art. 12. 1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação a todos os níveis, nomeadamente nos domínios político, sindical e cívico, o que implica o direito de, com outrem, fundarem sindicatos e neles se filiarem para a defesa dos seus interesses. CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Coimbra: Almedina, 2001.

⁴¹⁴ PERGOLESI, *Diritto sindacale*, 1961, p. 50. citado em RUSSOMANO, *Princípios ...*, p. 65.

⁴¹⁵ NASCIMENTO, *Compêndio...*, p. 97.

⁴¹⁶ RUSSOMANO, *Princípios...*, p. 65.

⁴¹⁷ ZANGARI, Guido. *Principi di diritto sindacale nel sistema della costituzione formale*. Milão: Giuffrè, 1962, p. 40.

da liberdade sindical, portanto, permite que se a compreenda como faculdades, poderes-deveres e imunidades⁴¹⁸.

O caráter positivo da liberdade sindical se manifesta, no plano normativo, no direito de negociação coletiva e no conseqüente reconhecimento da contratação coletiva e seus efeitos. Se o direito de contratação coletiva já estava implícito na Convenção 87 da OIT, dentro da lógica da autonomia sindical, ele é explicitado na Convenção 98, que em seu art. 4º estabelece: “deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego”⁴¹⁹. O seu pressuposto, como já se viu, é o reconhecimento da força vinculante dos contratos coletivos, sustentada no mundo democrático através de bases constitucionais, conforme reconhece Ojeda Avilés⁴²⁰. Como já vimos no capítulo anterior, o elemento condutor é a autonomia privada coletiva; sua força, o direito de auto-tutela. Ao contrário do que ocorre no Direito Individual do Trabalho, de feição heterônoma, em que o poder normativo é o do Estado, aqui o poder é exercido pelo grupo.

⁴¹⁸ Assim faz Rodriguez, sintetizando no seguinte conceito: “A liberdade sindical é um direito fundamental concretizado na faculdade de criação de sindicatos, imunes à vontade de qualquer ente e dotados de poderes deveres que devem ser exercitados em favor dos interesses da categoria”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical: direito, política e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 475.

⁴¹⁹ A Convenção 98 da OIT, ao contrário da 87, foi ratificada pelo Brasil e vige como direito interno, através do Decreto 33.196/53.

⁴²⁰ OJEDA AVILÉS, *Derecho...*, p. 40.

Importante ressaltar que esta dualidade não é artificial e tampouco produto de imposição cerebrina nos ordenamentos jurídicos. Antes, reproduz a manifestação natural da problemática envolvendo as relações de trabalho e, como decorrência, recebeu o tratamento normativo adequado. Relevante é fixar que a construção do Direito do Trabalho sempre assimilou essa dicotomia, desde o momento em que surge como pontuais inserções legislativas destinadas aos contratos individuais – época em que ainda não se reconhecia juridicamente o fenômeno sindical, embora já se o tolerasse como fato – até o momento em que a proteção ganha corpo normativo, inclusive adquirindo *status* constitucional, através da nova concepção de Estado Social e da formação dos direitos sociais como categoria jurídica.

O papel estatal de compensador de desigualdades substanciais na esfera privada, a partir do séc. XX, ganhou posição constitucional, sob o signo dos direitos sociais. Estes, como categoria jurídica, nascem nas Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919) e se espalham pelo Ocidente. Surgem como uma superação da perspectiva estritamente liberal que, conforme reconhece Böckenförde, amparada na liberdade e na igualdade jurídica assegurou a acumulação cada vez maior da propriedade e a contrapartida da crescente desigualdade social⁴²¹. Os direitos sociais visam uma maior participação nos bens materiais, impondo ao Estado não apenas as meras funções de unificação da sociedade e de garantidor da liberdade individual, mas também deveres de prestações positivas visando à promoção de igualdade material⁴²². O constitucionalismo contemporâneo reconhece

⁴²¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 74.

⁴²² Assim reconhece BARROSO, *O direito constitucional...*, p. 101.

os direitos sociais ou a *prestações* como espécie de direitos fundamentais, que visam a consagração da dignidade humana, junto com os direitos de defesa e os de participação⁴²³. Para o que nos importa, releva aprofundar a distinção entre os *direitos a prestações* e os *direitos de defesa*.

Segundo Vieira de Andrade os *direitos de defesa* são aqueles primariamente dirigidos a uma abstenção ou a prestações negativas, por parte do Estado e dos outros indivíduos. Conferem ao seu titular a indisponibilidade ou o domínio sobre determinados bens (imateriais) ou sobre um espaço de autonomia⁴²⁴. Os *direitos a prestações*, por sua vez, são aqueles que impõem ao Estado um dever de agir, quer contra a atividade ou omissão de terceiros, quer para promover ou garantir condições materiais ou jurídicas de gozo de bens jurídicos fundamentais. Podem vir sob a forma de prestações materiais (prestação de ensino ou cuidados médicos, por exemplo) ou jurídicas (pela emissão de normas regulamentadoras de determinadas relações)⁴²⁵. O autor português relativiza esta distinção, reconhecendo que, tanto nos direitos a prestações pode se encontrar a realização pela omissão⁴²⁶, quanto nos direitos de defesa a viabilização pode vir pela exigência de prestações estatais de proteção ou promoção, como, por exemplo, na hipótese de se exigir proteção policial contra terceiros violadores de bens jurídicos fundamentais⁴²⁷. Assim, embora reconheça os conceitos como pontos de partida, afirma que o critério definidor estará

⁴²³ Esta classificação tripartida não é uníssona, conforme reconhece Vieira de Andrade. O autor português a admite por possibilitar a descrição e a distinção do conteúdo nuclear dos diversos tipos de direitos fundamentais. (VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, p. 178).

⁴²⁴ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, p. 177-178.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 174.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 176.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 181.

na medida em que o direito se encontra determinado na Constituição ou dependa de opções do legislador ordinário⁴²⁸.

No Brasil, Barroso acolhe a divisão dos direitos fundamentais em *políticos, individuais, sociais e difusos*⁴²⁹. Para o que nos importa, caracteriza os *individuais*, também chamados de *liberdades públicas*, como os dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contemplando deveres de abstenção do poder público em preservação da autonomia dos particulares. Os *sociais*, por sua vez, impõem ao Estado certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material, através de intervenção neutralizadora de distorções econômicas geradas na sociedade⁴³⁰. Sintetiza afirmando: “enquanto os direitos individuais funcionam como escudo protetor em face do Estado, os direitos sociais operam como barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos”⁴³¹.

⁴²⁸ Afirma: “Daqui – e de outros elementos, como veremos – se pode partir para a afirmação de que, ao estabelecer dois regimes diferentes para os direitos fundamentais, a Constituição pressupõe dois tipos de direitos: aqueles cujo *conteúdo principal é essencialmente determinado ou determinável ao nível das opções constitucionais* e aqueles outros cujo *conteúdo principal* terá de ser, em maior ou menor medida, *determinado por opções do legislador ordinário*, ao qual a Constituição confere poderes de determinação ou concretização”. (Ibidem, p. 182). Esta distinção realizada no sistema constitucional português não é acolhida no Brasil, conforme aponta Sarlet, (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 203-204), fundado em LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 203-204.

⁴²⁹ BARROSO, *O direito constitucional...*, p. 99.

⁴³⁰ Ibidem, p. 101.

⁴³¹ Ibidem, p. 101.

Partindo destas premissas, não se pode duvidar que o Direito do Trabalho, enquanto promotor da menor desigualdade entre capital e trabalho, perfectibiliza a idéia de *direito social*⁴³². De fato, revela prestações do Estado, como interventor heterônomo, com a finalidade de equilibrar a relação contratual privada a que está submetido o trabalhador. Para isso, em níveis constitucional e infra-constitucional, de forma mais ou menos minuciosa, dependendo do modelo de cada País⁴³³, estabelece direitos ao trabalhador e restrições ao poder contratual do empregador.

Entretanto, mesmo que se possa acolher a posição enciclopédica do Direito do Trabalho como Direito Social, *tertius genus* na dicotomia público-privado, não parece possível, sem risco de reducionismo, tratá-lo exclusivamente como rol de *direitos sociais* ou *a prestações*. Releva, aqui, o retorno àquela dicotomia principiológica que, se não separa a heteronomia da autonomia enquanto função de promoção de igualdade, certamente as distingue como *modus operandi*: são duas lentes sobre o mesmo objeto.

Com efeito, ao lado do direito a prestações, indiscutivelmente sociais, o Direito do Trabalho consagra, em nível coletivo, uma liberdade ampla e multifacetada, a sindical, o que a coloca na condição de típico *direito de defesa* ou de *liberdade pública*. Nesse sentido, reconhece Vieira de Andrade ao afirmar, sobre

⁴³² Nesse sentido, por todos Ingo Wolfgang Sarlet: “De acordo com a tradição do constitucionalismo brasileiro desde 1934, também são denominadas de direitos fundamentais sociais as posições jurídicas diretamente vinculadas ao direito do trabalho, já que nesta esfera o antagonismo entre a liberdade e a igualdade real e formal se manifesta de uma forma particularmente aguda, de modo especial em virtude das gritantes desigualdades econômicas e sociais registradas nesta seara, salientando-se, contudo, mais uma vez, o fato de que apenas parte dos direitos atribuídos aos trabalhadores assume a feição de típicos direitos prestacionais”. (SARLET, *A eficácia...*, p. 203).

⁴³³ A questão é de preponderância. Há modelos jurídicos que privilegiam a intervenção estatal, outros em que a supremacia é da autonomia coletiva e, ainda, outros que misturam os dois sistemas. Sobre as espécies de modelos de Direito do Trabalho – *negociado*, *legislado* e *misto* – vale o exame de NASCIMENTO, *Teoria...*, p. 28-36.

direito à greve, à liberdade de escolha de profissão, à liberdade sindical e ao próprio direito ao trabalho, que: “embora sejam por vezes incluídos na designação de direitos sociais, a par dos direitos a prestações, não pode esquecer-se que estamos aqui fundamentalmente perante verdadeiras liberdades – direitos de autonomia, de defesa contra as intromissões do poder – ainda que definidas por critérios predominantemente sociais, por isso mesmo normalmente denominadas *liberdades sociais*”⁴³⁴. Outra não é a constatação acerca da autonomia privada coletiva, faceta do amplo direito à liberdade sindical, que já construímos como um poder *reconhecido* pelo Estado aos grupos de regerem os seus interesses coletivos de forma independente⁴³⁵. Isso é explícito em Canaris, que distingue, entre os direitos fundamentais, as proibições de intervenção e os imperativos de tutela. O autor sustenta que, como proibição de intervenção, cada direito fundamental contém uma proibição legal de intervenção no tráfico jurídico-privado, utilizando como exemplo a norma constitucional que diz serem nulos acordos que limitem ou impeçam a liberdade sindical⁴³⁶.

Ressalva-se desde já que esta distinção entre as espécies de direitos fundamentais não se destina a concluir pela hierarquia ou antagonismo entre os direitos de defesa e os direitos sociais. Ao contrário, conforme reconhece Lafer, a tensão entre eles está sujeita a uma dialética de mútua complementação, e não de

⁴³⁴ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, p. 58.

⁴³⁵ Assim como a liberdade sindical, no seu sentido de organização e participação, a faceta normativa e o direito de greve também foram elevados à condição de direito fundamental pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, em seu art. 28, que trata do direito de negociação e ação coletiva: “Art. 28. Os trabalhadores e as entidades patronais, ou as respectivas organizações, têm, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais, o direito de negociar e de celebrar convenções colectivas, aos níveis apropriados, bem como de recorrer, em caso de conflito de interesses, a acções colectivas para a defesa dos seus interesses, incluindo a greve”.

⁴³⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 53.

oposição⁴³⁷. Na mesma linha, sustentamos que não há exclusão entre a heteronomia e a autonomia coletiva, mas harmonia e complementaridade. Por ora, contudo, basta que se identifique, no contexto pluralista já assumido, que há coexistência entre os princípios e regras de Direito Individual e de Direito Coletivo do Trabalho. Assim é nos sistemas constitucionais democráticos contemporâneos, conforme já apontamos, desde as Cartas pioneiras em constitucionalismo social⁴³⁸. Não é diferente no sistema constitucional brasileiro que, já em 1934, consagrava a obrigação da lei de estabelecer as condições de trabalho (art. 34) e, ao mesmo tempo, previa o direito ao reconhecimento das convenções coletivas (art. 121, “j”).

Atualmente, a Constituição brasileira acolhe o dever estatal de prestação no âmbito das relações de trabalho e também o direito à autonomia privada coletiva. Na geografia do título destinado aos direitos e garantias fundamentais, nominados genericamente como *direitos sociais*, estão os direitos individuais e coletivos dos trabalhadores. No art. 7º se identificam os direitos individuais. A idéia da proteção já se estabelece no *caput*, que anuncia a enumeração de direitos dos trabalhadores. Pelo exame da norma, desde o *caput*, já se pode identificar duas características: primeiro que não atingem a todas as espécies de empregados, mas apenas aos *urbanos e rurais*⁴³⁹; segundo que o elenco de direitos previstos no dispositivo não

⁴³⁷ LAFER, Celso. *A reconstrução...*, p. 130.

⁴³⁸ O art. 123 da Constituição Mexicana de 1917 contemplava o campo de incidência das leis de proteção ao trabalho, a jornada de trabalho, o salário mínimo, a proteção ao salário, a participação nos lucros da empresa, a proteção especial ao trabalho das mulheres e dos menores, a garantia de emprego, a isonomia salarial, **o direito sindical, o contrato coletivo de trabalho, a greve**, a previdência social, a higiene e segurança no trabalho e a proteção à família do trabalhador. A Constituição de Weimar, por sua vez, inseriu no seu texto um capítulo sobre a ordem econômica e social, previu a criação de conselhos de trabalhadores nas empresas, nos distritos e no Reich, a criação de conselho econômico nacional, **assegurou a liberdade sindical** e colocou o trabalho sob a proteção especial do Estado. (SÜSSEKIND, *Direito constitucional...*, p. 14). Grifamos.

⁴³⁹ A intenção do legislador foi a de manter uma distinção em relação aos empregados domésticos, já anteriormente prevista na CLT (art. 7º, a), que ganharam disciplina especial a partir do parágrafo único da mesma regra constitucional. A novidade foi a equiparação dos empregados rurais aos urbanos, antes inexistente por força do art. 7º, b, Consolidado.

esgota a proteção estatal, considerando a expressão “[...] além de outros que visem à melhoria da sua condição social”⁴⁴⁰. Nos incisos que seguem há um vasto rol de direitos prestacionais, típicos *direitos sociais*, como o direito à proteção contra a despedida (I), ao seguro-desemprego (II), ao FGTS (III), a salário mínimo (IV), à limitação de jornada (XIII), ao descanso semanal remunerado (XV), a férias anuais (XVII), entre outros. No mesmo artigo também há incisos que, a rigor, não se coadunam com a lógica dos direitos a prestações, como, por exemplo, o XXIX, que trata da prescrição trabalhista⁴⁴¹.

O art. 8º da Constituição, por sua vez, inicia a traçar a face constitucional do Direito Coletivo do Trabalho no Brasil. A regra mais eloqüente, assim como no dispositivo anterior, está no *caput*. Ao dizer que “é livre a associação profissional ou sindical”, não apenas a Constituição está rompendo com um sistema intervencionista estatal criado desde os anos 30, mas, principalmente, está positivando o princípio da liberdade sindical, que irá irradiar o seu conteúdo multifacetado para todo o modelo jurídico de relações coletivas⁴⁴². Nos incisos que especificam o direito previsto no *caput*, encontra-se a posição brasileira acerca de diversas facetas da liberdade sindical, alguns a consagrando de fato e outros a restringindo. Há no Brasil liberdade de administração sindical, com independência do Estado (inciso I), liberdade de atuação na defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria (inciso III), liberdade de filiação e participação (incisos V e VII), garantia de negociação coletiva (inciso VI) e liberdade de atuação dos dirigentes sindicais (VIII). Em contrapartida, no

⁴⁴⁰ Diz o texto integral do *caput*: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:”.

⁴⁴¹ Sobre a aposição da regra prescricional como cláusula pétreia constitucional vale o exame na contundente crítica ao legislador constituinte formulada por SÜSSEKIND, *Direito constitucional...*, p. 307.

⁴⁴² Modelo jurídico aqui é utilizado no sentido que lhe empresta Reale, como estrutura normativa, em REALE, *Fontes...*

inciso II há restrição quanto à liberdade de organização sindical, já que a Constituição, embora entregue aos próprios interessados o poder de criação de entidades, estabelece limites quanto ao critério de aglutinação (categoria, obrigatoriamente⁴⁴³), quanto ao formato de entidade (mantém o sistema confederativo⁴⁴⁴), quanto à base territorial (município, no mínimo⁴⁴⁵) e quanto à quantidade de entidades (unicidade sindical)⁴⁴⁶. No inciso IV, por sua vez, ao término do dispositivo, a Constituição mantém o sistema corporativo de custeio, obrigando os atores da relação de trabalho ao pagamento da contribuição sindical compulsória, de caráter tributário⁴⁴⁷.

As restrições à liberdade sindical, previstas nos incisos II e IV do art. 8º da Constituição, têm levado a freqüentes afirmações de que não há liberdade sindical no Brasil. Esta assertiva deve ser vista com ressalvas. Não se pode duvidar que elas

⁴⁴³ O que acolhe as definições de categoria prevista nos parágrafos do art. 511 da CLT.

⁴⁴⁴ Estrutura piramidal criada pelo sistema corporativista, com entidades de três graus: sindicatos, federações e confederações. A manutenção deste sistema, aliada à obrigatoriedade sindicalização por categoria, impedem a concessão de personalidade sindical às centrais sindicais.

⁴⁴⁵ A regra mantém controle de base territorial, anteriormente existente na CLT (art. 517), eliminando, apenas, a possibilidade de criação de sindicatos distritais.

⁴⁴⁶ Segundo a OIT a unicidade sindical é incompatível com a liberdade sindical, que deve se pautar pela pluralidade sindical e, como meta, à unidade sindical pelo amadurecimento e aglutinação volitiva dos próprios trabalhadores. Esta posição fica clara na explanação de Swepston, em artigo escrito enquanto na condição de Chefe do Serviço de Igualdade e Coordenação dos Direitos Humanos do Departamento de Normas Internacionais do Trabalho e Direitos Humanos da OIT: “La unidad sindical no puede imponerse mediante la legislación, porque esta clase de unidad contraviene el principio de libertad de elección establecido en el artículo 2 del Convenio. Ello no es óbice para que los trabajadores o los empleadores decidan voluntariamente hacerse representar por una sola organización, a fin de evitar el problema de que existan varias organizaciones paralelas a nivel general, sectorial o de empresa. El artículo 2 del Convenio no toma partido ni a favor ni en contra de la unidad o de la pluralidad sindical. Tampoco hace obligatoria la pluralidad sindical, pero exige que, por lo menos, ésta sea posible em todos los casos”. SWEPSTON, Desarrollo..., p. 203. Ainda sobre a posição da OIT e os sistemas quanto à limitação legal do número de sindicatos, exemplar é o trabalho de NASCIMENTO, *Compêndio...*, p. 158-168.

⁴⁴⁷ Na liberdade de filiação contemplada pela ampla idéia de liberdade sindical preconizada pela OIT está incluído o direito de apenas contribuir volitivamente aos sindicatos. Neste sentido, o verbete 227 do Comitê de Liberdade Sindical da OIT: “A faculdade de impor obrigatoriamente a todos os trabalhadores da categoria profissional interessada o pagamento de contribuição ao único sindicato [...] não é compatível com o princípio de que os trabalhadores devem ter o direito de filiar-se às organizações que estimem convenientes. Em tais circunstâncias, a obrigação legal de pagar cotizações ao monopólio sindical, estejam ou não os trabalhadores filiados a ele, representa uma nova consagração e consolidação do dito monopólio”.

acarretam a incompatibilidade da Convenção 87 da OIT com o sistema constitucional brasileiro, o que impõe, até os dias de hoje, a não-ratificação daquela norma internacional em nosso território. Essa circunstância, entretanto, não contamina a previsão no *caput* do art. 8º do direito de liberdade sindical, instituto jurídico que vive, com todas as suas características, independentemente da sua regra formalizadora. A sua aposição no *caput* do dispositivo, consagrador de direito fundamental, não pode deixar dúvida quanto à função hermenêutica de nortear o sistema, desde os incisos que o sucedem até as normas infra-constitucionais. Não se pode deixar de observar, outrossim, que no momento em que regra de direito constitucional consagra uma liberdade, eventuais restrições ou serão com ela incompatíveis (no caso de normas infra-constitucionais), ou deverão ser examinadas restritivamente (no caso de outras normas constitucionais). Assim, ao mesmo tempo em que não se pode duvidar da validade e eficácia das restrições contidas nos incisos II e IV, é imperativo que, ao se aplicar e interpretar estes dispositivos, se o faça de forma restritiva, em homenagem à regra geral do *caput*⁴⁴⁸.

A previsão da liberdade sindical na Constituição de 1988, em seu amplo caráter de princípio informador do plano coletivo do Direito do Trabalho, não se esgota na regra geral do *caput* do art. 8º e nos incisos que o conformam. Também o art. 9º e o art. 7º, XXVI, perfectibilizam a múltipla faceta da autonomia no plano coletivo. Eles compõem, junto com art. 8º, especialmente em seus incisos III e VI, o

⁴⁴⁸ Há inúmeros exemplos sobre esta leitura hermenêutica na jurisprudência brasileira. Sobre a controvérsia acerca da extensão da Contribuição Confederativa prevista no art. 8º, IV, a todos os membros da categoria ou apenas aos sócios do sindicato, o STF firmou a Súmula 666: “A Contribuição Confederativa de que trata o art. 8º, IV, da constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”. Trata-se do reconhecimento de que, quanto a fontes de custeio, vale a regra da liberdade sindical, exceto em relação à “contribuição prevista em lei”, por expressa previsão constitucional daquele inciso. No mesmo sentido, a uníssona posição acerca da não-recepção pela Constituição do quadro de categorias previsto na CLT (art. 577). Ou seja, reconhece-se a restrição da organização em categorias, porque expressamente prevista na Constituição, mas não se limita a liberdade de criação de novas categorias, como corolário da regra da liberdade sindical.

modelo jurídico constitucional da contratação coletiva. O art. 9º eleva ao nível de direito fundamental a capacidade instrumental de auto-tutela do grupo de trabalhadores, através da greve⁴⁴⁹. O inciso XXVI do art. 7º, por sua vez, reconhece, como direito individual do trabalhador, os efeitos da autonomia privada coletiva⁴⁵⁰. Perfazem o que Nascimento chama, para distinguir dos direitos humanos do trabalhador, de *garantias de efetividade* desses direitos, que possuem natureza instrumental. Segundo o autor, “assim são o direito de organização sindical (fundado na liberdade sindical), o direito de negociação coletiva (fundado na autonomia privada coletiva) e o direito de greve (fundado no reconhecimento da autotutela)”⁴⁵¹. Releva notar que, no âmbito da contratação coletiva, não há espaço para leitura pessimista do modelo constitucional brasileiro de liberdade sindical. Mesmo que se entenda que as restrições dos incisos II e IV do art. 8º maculam irremediavelmente a sistemática de organização e custeio sindicais, não se adotando, assim, a leitura hermenêutica proposta acima, em relação à autonomia coletiva em sua faceta normativa não se encontra qualquer restrição.

Há, portanto, um paralelismo constitucionalmente estabelecido entre heteronomia e autonomia coletiva. A proteção através do Estado promotor da igualdade substancial e a auto-regulação dos grupos são, ambas, consagradas como direito fundamental pela ordem constitucional. Entretanto, como se demonstrou, sem que revelem oposição e hierarquia, operam de maneira distinta: a primeira através de prestação positiva do Estado; a segunda através de liberdade pública que assegura independência em relação ao Estado. Acerca do

⁴⁴⁹ Art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

⁴⁵⁰ Art. 7º, XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

⁴⁵¹ NASCIMENTO, *Teoria...*, p. 292.

reconhecimento constitucional da dicotomia, De La Cueva já dizia: “o Direito Coletivo do Trabalho é a norma que garante a independência das forças econômicas entre si e frente ao Estado”⁴⁵². De fato, a idéia não é nova: Sinzheimer já distinguia os planos individual e coletivo com as expressões “legislação de liberdade trabalhista” e “legislação de proteção trabalhista”⁴⁵³. Esta distinção é fundamental, entretanto, porque acolhe os critérios de justiça particular – distributiva e comutativa – aristotélico-tomistas, conforme adiante se procura demonstrar.

2. Critérios de justiça na heteronomia estatal e na autonomia coletiva

O exame constitucional acima realizado e as premissas fixadas acerca da autonomia privada coletiva permitem que se investiguem agora os fundamentos de justiça utilizados na norma heterônoma estatal e na norma autônoma coletiva. A intenção, conforme já anunciado, é sustentar que o plano individual é regido pela justiça distributiva e o plano coletivo pela justiça comutativa. Para tanto, inicialmente retoma-se brevemente os significados de justiça social, distributiva e comutativa, para após proceder na tarefa de enquadramento nos critérios de justiça aristotélico-tomistas. Novamente o fio condutor será a Constituição brasileira de 1988 e seu sistema de relações de trabalho.

A elaboração do conceito de justiça social é iniciada na Doutrina Social da Igreja, partindo da idéia de justiça geral aristotélica e justiça legal tomista. Na

⁴⁵² DE LA CUEVA, *Derecho...*

⁴⁵³ Obra de 1932. Citado em DÄUBLER, *Direito do...*, p. 47.

concepção de Aristóteles, à idéia de justiça geral corresponde as de ordem, harmonia e boa relação com os demais membros da *polis*⁴⁵⁴. Conforme apontava Tomás de Aquino, a justiça legal visa o bem comum como objeto próprio e determina os deveres dos cidadãos e dos governantes em relação à comunidade⁴⁵⁵. Essa correlação com a cidade ou a comunidade, após a construção da idéia da dignidade humana, justifica a posterior denominação justiça *social*, “pois determina aquilo que é devido à sociedade como um todo para que esta possa realizar o seu fim, o bem comum”⁴⁵⁶. A justiça social não é devida a *alguém* ou sob determinadas *condições*, mas a todos, incondicionalmente, tão-somente pela sua condição humana⁴⁵⁷. Esse é o elemento que planifica a justiça social, tornando-nos todos iguais em direitos e obrigações em relação à sociedade.

Já vimos, por outro lado, que a construção aristotélico-tomista de justiça não se esgota na justiça geral ou legal, mas cuida também das situações particulares dos indivíduos. A justiça particular não antagoniza com a legal, mas continua subordinada à noção de dignidade da pessoa humana. Na síntese de Barzotto, a justiça particular “dá a cada um o que é seu em consideração ao bem comum”⁴⁵⁸. Com as correções tomistas, a justiça particular se divide em distributiva e comutativa, de acordo com os critérios de igualdade colimados.

⁴⁵⁴ Assim define VILLEY, *Filosofia...*, p. 59.

⁴⁵⁵ BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 183.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 183.

⁴⁵⁷ Condição humana como a soma total das atividades e capacidades humanas ou “tudo o que adentra o mundo humano, ou para ele é trazido pelo esforço humano”, conforme ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 17.

⁴⁵⁸ BARZOTTO, *A democracia...*, p. 184.

A justiça distributiva opera a distribuição de bens e encargos na sociedade, através de decisão política⁴⁵⁹. A igualdade será a geométrica, atingida pela destinação proporcional dos bens ou encargos. Aqui importará *quem* são as partes envolvidas na relação, já que esta circunstância norteará a decisão sobre *quanto* será distribuído. Segundo a concepção aristotélica, era a virtude que definia a distribuição; segundo a tomista, a relevância. O Estado Social Democrático de Direito⁴⁶⁰ e seu correspondente constitucionalismo reconhece as discrepâncias sociais e econômicas da sociedade e, a partir delas, decide distribuições segundo a necessidade⁴⁶¹, visando obter igualdade substancial. Aqui importará a condição pessoal do indivíduo, não apenas enquanto pessoa humana, mas socialmente situado.

A justiça comutativa, por sua vez, é elaborada na concepção aristotélico-tomista para reger as relações entre os privados, nas relações voluntárias e involuntárias. A igualdade será a aritmética, atingida pela absoluta equivalência numérica. Aqui não importará *quem* são as partes envolvidas na relação, mas tão-somente a correspondência entre as prestações, nas trocas, e entre dano e indenização, nas relações involuntárias: “a justiça da relação é determinada em

⁴⁵⁹ Assim reconhece Macintyre, desde a formulação aristotélica: “Os princípios que de fato governam a distribuição dos bens em cada *polis* particular, segundo Aristóteles, variam de um tipo de constituição política para outra”... “Todos, diz Aristóteles, concordam que a justiça na distribuição deve estar de acordo com algum tipo de merecimento. Tipos diferentes de *polis* e partidos diferentes numa mesma *polis* têm visões correspondentemente diferentes no que concerne ao merecimento”. (MACINTYRE, *Justiça...*, p. 11).

⁴⁶⁰ A expressão é utilizada por Carlos Roberto Siqueira Castro, para identificar o Estado contemporâneo. SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 389.

⁴⁶¹ Michael Walzer, afirma que a igualdade a ser buscada pela justiça distributiva é complexa e norteadada por três princípios distributivos: livre intercâmbio, mérito e necessidade. WALZER, Michael. *Esferas da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 25-33. Todavia, o caráter prestacional dos típicos direitos sociais parecem claramente norteados por este último.

função da coisa”⁴⁶². Esta objetivação levada a efeito pela justiça comutativa norteia, como vimos, a reconstrução dogmática do contrato como categoria geral, que passa a vincular pela comutatividade e não mais pela mera subjetiva manifestação de vontade.

Restabelecidas tais premissas, é de se fazer, então, o cotejo com as manifestações normativas heterônomas estatais e autônomas coletivas. A primeira investigação diz com o potencial enquadramento da idéia de justiça social como critério norteador de ambas as espécies normativas. E, em uma primeira e simplista conclusão, é possível afastar tal correlação. Com efeito, já vimos que a justiça social ordena a todos, independentemente de sua posição, apenas pela condição humana e em promoção do bem comum. Nesse sentido, um complexo normativo destinado a reger relação específica, situada, como é a de trabalho, não poderia estar em consonância com um critério geral de justiça. Entretanto, a questão precisa ser melhor examinada. Inicialmente, porque é indissociável a condição humana da condição de contratante. Já vimos que há uma necessária correlação entre justiça social e a justiça particular⁴⁶³. Assim, todas as normas – heterônomas ou autônomas – que visam a proteção da condição humana do trabalhador poderão ser enquadradas como integrantes do modelo de justiça social. Ocorre que, como garantidoras da dignidade da pessoa humana, não serão unilateralmente destinadas, mas beneficiarão igualmente – tão-somente pela condição humana – todos os contratantes envolvidos.

⁴⁶² BARZOTTO, *A democracia...*, p. 187.

⁴⁶³ Assim reafirma Barzotto: “A justiça social, embora vise imediatamente ao bem comum, está dirigida mediatamente ao bem dos particulares, das pessoas humanas que compõem a comunidade política”. (*Ibidem*, p. 184).

Pode-se dizer, portanto, que *também* ao trabalhador são destinadas normas que perfectibilizam os critérios de justiça social, mas não por ser trabalhador, e sim pela sua natureza humana. Parece relevante, aqui, a distinção que faz Nascimento entre o que chama de *direitos humanos do trabalhador* e *direitos trabalhistas*⁴⁶⁴. Estes, segundo o autor, são mais amplos, patrimoniais e extra-patrimoniais, de natureza diversificada, expressando-se por meio de regras de organização e de comportamento, enquanto aqueles são inerentes à pessoa do trabalhador. Afirma o jus-laboralista que “essa distinção é necessária para evitar a generalização dos direitos do trabalhador em função da tutela que lhes é dispensada; nem todos os direitos trabalhistas podem ter a mesma proteção que deve ser dispensada aos direitos humanos do trabalhador, estes, sim, merecedores da máxima tutela do Estado, transcendentais da relação de trabalho, identificáveis ou não com direitos humanos civis e direitos de personalidade”⁴⁶⁵. Reconheça-se que, em algumas situações, fica difícil distinguir a fronteira entre a função promocional da condição do trabalhador e a de proteção da dignidade humana. Entretanto, parecer ser possível utilizar como critério identificador a existência de igual tutela ao homem, independentemente da sua inserção na relação jurídica de trabalho. Assim, por exemplo, os direitos de personalidade, à vida, à saúde e à integridade física, mesmo quando destinados ao trabalhador, podem ser concebidos sob a lógica da justiça social. Isso porque são devidos a todos, independentemente da sua posição na organização social⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ NASCIMENTO, *Teoria...*, p. 284-286.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 286.

⁴⁶⁶ Sobre o aspecto, recorre-se novamente a Nascimento: “Há direitos comuns às pessoas e ao trabalhador, e outros específicos do trabalhador. São direitos humanos *comuns*, ao trabalhador e ao indivíduo, os *direitos de liberdade*, dentre os quais os principais são: a liberdade de trabalho; a liberdade de consciência; a liberdade de opinião; a liberdade de convicção política ou ideológica; a liberdade de crença religiosa; a liberdade de escolha de profissão; a integridade moral; o respeito à vida; o respeito à saúde; o respeito à integridade física; e o direito de não ser discriminado. Não só o trabalhador tem esses direitos subjetivos. Todo o homem os tem. São direitos comuns que se

De outra parte, não se pode duvidar que a especial condição de trabalhador é relevante para a atribuição de justiça. O Estado destina ao homem nesta posição, inserido em uma relação contratual privada, um rol de direitos que visa equilibrar ou minimizar os efeitos de uma substancial inferioridade econômica. Não são direitos gerais, destinados a todos indivíduos, mas apenas àqueles que detêm a condição especial de trabalhador integrante de relação jurídica específica, qual seja a de emprego. Salta aos olhos, portanto, o enquadramento da norma heterônoma, provinda do Estado, na lógica da justiça distributiva. Com efeito, a distribuição deriva de uma decisão político-normativa, que atribui mais a um dos pólos, visando uma igualdade proporcional. Há uma perfeita correlação entre o princípio da proteção, que identificamos como informador da produção estatal heterônoma do Direito do Trabalho, e o critério aristotélico-tomista de justiça distributiva. A unilateralidade da destinação os une umbilicalmente.

Os típicos direitos trabalhistas prestacionais contidos na Constituição brasileira movem-se pela lógica da justiça distributiva. Nesse sentido há explícito reconhecimento doutrinário, conforme exemplifica Barzotto, ao tratar do art. 7º como exemplo de justiça distributiva. Diz: “[...] a condição pessoal de trabalhador é causa de uma distribuição de bens como salário, repouso remunerado, aposentadoria, etc. O critério de distribuição pode ser formulado como ‘a cada um segundo a sua posição’. A posição de trabalhador é causa de um débito em uma distribuição de bens realizada pelo empregador ou pelo Estado”⁴⁶⁷. No mesmo sentido explicita a doutrina jus-laboralista, aqui representada por Nascimento, que ao cotejar Direito do

realizam em condições diferentes para o homem em geral e para o trabalhador em especial, embora sejam idênticos em sua essência, comportando, quando muito, variações de formulação.” (NASCIMENTO, *Teoria...*, p. 291).

⁴⁶⁷ BARZOTTO, *A democracia...*, p. 186.

Trabalho e realização da justiça, afirma que aquele, dentre outras, tem função distributiva ao tratar do problema de repartição dos bens econômicos sob o prisma do Estado Social⁴⁶⁸.

Importante salientar, ainda sobre o caráter distributivo das normas estatais heterônomas, que a proteção constitucional sob a forma de direitos a prestações não é exaustiva. Isso se torna relevante sob dois enfoques. Inicialmente, não é exaustiva no sentido de que não se esgota na previsão constitucional. A proteção estatal heterônoma faz-se através de um complexo normativo, partindo da Constituição. Trata-se de característica dos direitos a prestações, conforme aponta Canaris, ao reconhecer ao legislador infra-constitucional um amplo espaço de livre conformação, já “que a realização da função de imperativo de tutela é, em regra, possível com os meios do direito ordinário, e que este, por sua vez, não é, de forma alguma, todo ele constitucionalmente pré-determinado, na medida em que tem como objeto a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos”⁴⁶⁹. A posição do jurista é a de que a previsão detalhada dos imperativos de tutela acabaria por desnaturar a Constituição, o que também é acolhido pelo constitucionalismo português⁴⁷⁰. A controvérsia que envolve a inflação constitucional dos direitos fundamentais, entretanto, não releva aqui⁴⁷¹. O fundamental é apontar que a imperatividade da

⁴⁶⁸ NASCIMENTO, *Teoria...*, p. 58.

⁴⁶⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 66.

⁴⁷⁰ Vide nota 428, sobre a posição de VIEIRA DE ANDRADE.

⁴⁷¹ A expressão “inflação jurídica ou de direitos fundamentais” vem sendo utilizada para discutir a sistemática constitucional brasileira de 1988. Reportamo-nos, sobre o tema, por todos para FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos fundamentais: questões jurídicas, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988*. In: ASPECTOS do direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 279-292. Também para BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 47-59.

norma heterônoma estatal estabelece um modelo jurídico legal⁴⁷², verdadeira estrutura normativa de proteção, visando a igualdade contratual através da unilateralidade distributiva.

De outra parte, reconhecer que a previsão constitucional não é exaustiva significa também identificar o seu caráter de imperativo *mínimo* de tutela. Os direitos a prestações no campo da relação de trabalho são explícitos em sua finalidade, qual seja a de promover os interesses de um dos pólos do contrato. Assim, a Constituição fornece um critério e um limite ao legislador infra-constitucional. O critério é a tutela; o limite, o mínimo constitucional. Não fosse óbvia do ponto de vista estrutural, esta constatação fica evidente pelo exemplo da Constituição brasileira que, como já vimos, explicita no art. 7º a não exaustividade (*caput*) e, em regra, a imperatividade absoluta de seus comandos (*incisos*).

À norma heterônoma estatal infra-constitucional⁴⁷³ cumpre, portanto, a complementação do desenho constitucional de proteção. E assim o faz de acordo com decisões que incumbem à política e conforme as possibilidades fáticas. Nesse sentido, na esteira da lógica da justiça distributiva, reconhece Vieira de Andrade que ao legislador ordinário é delegado um poder de conformação, exercido a partir de opções políticas e dos recursos sociais existentes⁴⁷⁴. Isso porque não se pode

⁴⁷² Mencionado aqui no sentido em que formula REALE, *Fontes...*

⁴⁷³ Aqui mencionada em sentido amplo, considerando as diversas espécies normativas previstas na Constituição e respeitadas as suas competências.

⁴⁷⁴ Afirma o constitucionalista português: “Em segundo lugar, e no que toca à nova categoria de direitos, os direitos a prestações, a medida, o critério de conteúdo, deixa de ser a vontade do indivíduo ou as suas necessidades. O conteúdo concreto desses direitos depende dos *recursos* sociais existentes e é determinado por *opções* políticas, por vezes conjunturais, na sua afetação. Enquanto direitos de quota-parte, estão especialmente condicionados ela sua disponibilidade pelos poderes públicos, pela riqueza social a distribuir e pelas decisões coletivas de distribuição. Não são apenas direitos limitados ou limitáveis por uma função social: são, em si, direitos *sob reserva de possibilidade social*.” (VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, p. 59).

perder de vista que a tarefa distributiva tem evidente reflexo econômico, o que tornará relevante, além da necessidade de quem recebe a tutela, também um exame da capacidade daquele que sofrerá os efeitos da distribuição. Nesse sentido, reconhece Sarlet, ao sustentar colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de “reserva do possível”⁴⁷⁵. A conformação através de opção política ou imperativo econômico faz com que Canaris também sustente a possibilidade de que se reduza ou mesmo elimine, pela mudança da lei, padrão de proteção anteriormente alcançado, desde que seja respeitado o mínimo constitucional⁴⁷⁶. Sintetiza o jurista alemão dizendo que “a Constituição impõe (apenas) a proteção como resultado, mas não a sua conformação específica”⁴⁷⁷.

Deste exame, portanto, parece indiscutível que o padrão de obtenção de igualdade através das normas heterônomas estatais segue a lógica da justiça distributiva. A condição de empregado assegura ao homem um patamar geral e igual de proteção. A igualdade buscada não apenas diz respeito ao equilíbrio prestacional da relação privada, mas também a uma planificação desta faceta humana. Essa função de planificação da condição é bem apanhada por Perone: “o Estado se propõe, efetuando sua função de equilíbrio e moderação quanto às disponibilidades sociais, a assegurar um direito genérico de igual participação na vida social, que se acentua em direitos específicos para algumas prestações por parte dos poderes públicos”⁴⁷⁸. Há interesse do Estado de criar uma ordem de proteção que eleve e iguale a condição econômica de todos os trabalhadores envolvidos na relação

⁴⁷⁵ SARLET, *A eficácia...*, p. 265.

⁴⁷⁶ CANARIS, *Direitos fundamentais...*, p. 118.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 122-123.

⁴⁷⁸ E arremata, sobre os direitos prestacionais: “Os direitos postulam programas legislativos dirigidos à realização de uma situação na qual os cidadãos participem de forma igual à repartição dos recursos e ônus sociais”. (PERONE, Giancarlo. Os direitos do trabalhador como indivíduo: os

jurídica de emprego⁴⁷⁹. Mas, ao mesmo tempo, nesta tarefa promocional não há imposição de limites máximos, o que abre espaço para a atuação da autonomia, individual ou coletiva, como potencial promotora de melhores condições.

Por outro lado, se parece fácil identificar a justiça distributiva com a norma heterônoma estatal, mais complexa é a tarefa de vincular a justiça comutativa com a norma autônoma coletiva. Um primeiro caminho a ser trilhado pode ser o do exame estrutural. Vimos que a justiça distributiva tem por objeto as relações da comunidade com os seus membros (Estado-particular). A justiça comutativa, por sua vez, opera nas relações entre dois privados (particular-particular). Transportando esta distinção para a estrutura do contrato coletivo, firmado por uma associação privada representativa de trabalhadores, de um lado, e uma empresa ou associação privada representativa de empresas, de outro, fica fácil o enquadramento pretendido. Registre-se que se pressupõe, aqui, o sindicato como entidade associativa privada, livre e desvinculada do Estado, conforme preconizado pela OIT e admitido pelo constitucionalismo contemporâneo democrático, inclusive o brasileiro.

Entretanto, é de se admitir que este argumento, meramente morfológico, não é suficiente para convencer. Afirmar que a existência de relação entre privados atrai

direitos sociais. In: OS NOVOS paradigmas do direito do trabalho: homenagem a Valentin Carrion. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 61-71).

⁴⁷⁹ Sobre a noção de igualdade nos direitos sociais, vale a ressalva de Vieira de Andrade: “Quanto aos direitos sociais (a prestações) de certas categorias de indivíduos (trabalhadores subordinados, cidadãos diminuídos, idosos, etc.) ainda aqui os direitos fundamentais pretendem ser direitos de igualdade. Não, certamente, da igualdade formal, abstrata, niveladora e uniformizadora, mas da igualdade material, que exige a consideração da realidade em que as pessoas se movem e, conseqüentemente, a diversidade de tratamento e de estatuto daqueles que pelas suas qualidades específicas ou pela situação no processo social, precisam de uma proteção (diferente) necessária e adequada à sua (igual) dignidade de pessoas. Não se trata de privilegiar castas, classes ou grupos fechados, mas de realizar efetivamente a igualdade em situações sociais específicas e, por isso mesmo, representadas em *categorias abertas*, que são ou podem ser preenchidas por qualquer pessoa. De todo o modo, está-se ainda a pensar em todos, na universalidade, e não em alguns, na particularidade.” (VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, p. 134-135).

necessariamente, como critério de igualdade, a justiça comutativa constituiria artificialismo que nega décadas de intervenção estatal heterônoma nas relações contratuais. Pelo mesmo óbice, não convenceria eventual conclusão a partir da identificação de que os interesses envolvidos na contratação coletiva – coletivos em sentido estrito – são privados, conforme já se estabeleceu em segmento anterior. Ora, os interesses individuais do trabalhador também o são, mas ainda assim regidos por diversas normas de conteúdo distributivo. O caminho, então, parece ser justamente o da investigação sobre a posição estatal acerca dos interesses coletivos e dos contratos coletivos.

Nesse sentido, convém retomar rapidamente o exame realizado acerca da autonomia privada coletiva, em cotejo com a identificação principiológica do item anterior. Já conceituamos, com o auxílio de Rüdiger, a autonomia privada coletiva como o poder *reconhecido* aos grupos sociais de regerem seus interesses coletivos, soberanamente em relação aos indivíduos e independentemente do poder público⁴⁸⁰. De outra parte, o exame constitucional antes realizado nos revela que o Estado não *promove* a contratação coletiva, mas apenas *garante* a sua efetividade. Não há, portanto, ao menos aparentemente, atribuições substanciais unilaterais, exceto limitativas⁴⁸¹, que possam guiar a contratação coletiva em direção à justiça distributiva.

Esse argumento parece mais convincente, mas ainda terá que superar a objeção – que nos remete à constatação de Plá Rodrigues, identificada no item

⁴⁸⁰ Conforme observa RÜDIGER, *O contrato...*, p. 99.

⁴⁸¹ As limitações são impostas pelo conteúdo das normas heterônomas estatais imperativas, que compõem o campo da justiça distributiva. O exame sobre a fronteira entre o heteronomia estatal e a autonomia coletiva será realizado a seguir, no item B, 1.

anterior – de que a *idéia da proteção* informa tanto o Direito Individual do Trabalho quanto o Direito Coletivo do Trabalho. Assim, no momento em que constatamos uma umbilical vinculação entre o princípio da proteção, a heteronomia estatal e a justiça distributiva, impossível seria divorciar esta última da lógica dos contratos coletivos. Contudo, essa objeção é falsa e, para ultrapassá-la, retornamos à idéia de que heteronomia estatal e autonomia coletiva operam, ambas, proteção, mas com sentido de promoção de igualdade. O *modus operandi*, como já se disse, é distinto. E, o que os distingue, parece ser o elemento chave para a conclusão: na primeira há unilateralidade; na segunda, bilateralidade.

Com efeito, quando se estabelece proteção do hipossuficiente através de conteúdo normativo imperativo estatal compensatório, a justificativa não é premial. A finalidade é busca da igualdade. Por outro lado, quando privados utilizam o seu poder negocial e celebram contratos, dentro da lógica contemporânea objetiva de contrato como operação econômica, o que se espera é também igualdade, mas entre as prestações. Ou seja, em ambas as hipóteses, a proteção se satisfaz pelo atingimento da justiça, no sentido aristotélico de igualdade. No primeiro caso, a igualdade se estabelecerá pela atuação unilateral do Estado: a norma é propositalmente destinada à posição de um dos contratantes, segundo um projeto político-social promotor de planificação mínima. No segundo caso, a igualdade é buscada pela soma de duas parcialidades: a norma não se destina a um dos pólos da relação, mas a ambos, em típica relação sinalagmática.

Esta bilateralidade do contrato coletivo é o que impõe definitivamente a sua percepção sob a lógica da justiça comutativa. A negociação e a conseqüente

contratação coletiva desde sempre envolveram troca de prestações, embora esta circunstância tenha ficado mais evidente a partir dos anos 70, na Europa, e da Constituição de 1988, no Brasil. Já observamos que, nos primórdios da relação de trabalho fruto da Revolução Industrial, foi a atuação coletiva – ainda proibida ou não institucionalizada – que obteve as primeiras conquistas aos trabalhadores. Ou em decorrência dos pioneiros abandonos coletivos de postos de trabalho, ou das greves típicas já legalizadas, ou da mera pressão negocial do grupo de trabalhadores, não se pode duvidar que as contratações coletivas sempre envolveram troca de prestações econômicas. De um lado, a coletividade de trabalhadores obtendo melhores condições de trabalho; de outro, o empregador contratando a paz no ambiente produtivo e a própria continuidade da produção, bens com notório reflexo econômico⁴⁸².

A mesma bilateralidade se identifica no que se pode chamar de *efeito econômico externo*, quando a contratação coletiva é formulada em nível categorial, ou seja, abrangendo trabalhadores e empresas representadas por seus sindicatos⁴⁸³, hipótese em que a concreção do interesse coletivo em norma jurídica impõe uma planificação em relação à concorrência produtiva. Esta faceta é bem apanhada por Lopes, ao dizer que a contratação coletiva atende ao princípio da

⁴⁸² A vantagem econômica do empregador na contratação coletiva já é há muito reconhecida, conforme aponta a Orlando Gomes, na clássica obra *A convenção coletiva de trabalho*, de 1936: “Ao patrão também aproveita a regulamentação convencional do trabalho, por isso que, em consequência do acordo celebrado com seus empregados, tem, durante esse período, a garantia de que não irromperão greves, visando a melhoria das condições de trabalho”. (GOMES, *A convenção...*, p. 43).

⁴⁸³ No sistema brasileiro isto ocorre através da espécie *convenção coletiva de trabalho*, firmada entre categorias, profissional e econômica, conforme previsão no art. 611, *caput*, da CLT.

igualdade ao afastar a “possibilidade de distinção ou de estabelecimento de privilégios e o fim da concorrência desleal, na medida em que fixa patamares mínimos uniformes para a contraprestação devida pelo empregador, atraindo a situação das diversas empresas que atuam na mesma frente de produção”⁴⁸⁴. Esta função histórica de planificação dos custos da atividade produtiva é atualíssima, conforme aponta, com razão, Bollani⁴⁸⁵.

Entretanto, por hipótese, se pudéssemos examinar os contratos coletivos exclusivamente sob o prisma de satisfação de interesses positivos, com reflexos normativos objetivos nos contratos individuais a que se relacionarão, talvez até fosse possível reconhecer unilateralidade no desenvolvimento histórico do instituto. Neste sentido, a firme doutrina de Nascimento que, antes da década de 80, apontava para o papel *exclusivo* e tradicional dos contratos coletivos como instrumento de promoção de direitos, para os trabalhadores, acima dos previstos em lei⁴⁸⁶. Ocorre que, a partir de meados da década de 70, com a crise mundial do petróleo, surge uma reação estrutural, com viés liberal, às normas protetivas do trabalhador, gerando uma mudança de paradigma na discussão entre autonomia e heteronomia. Conforme aponta Delgue, “a questão não é se a convenção pode melhorar a norma estatal, mas – pelo contrário – se a autonomia de negociação pode diminuir os limites legais”⁴⁸⁷. A bilateralidade, a partir daqui, fica explícita.

⁴⁸⁴ LOPES, *A convenção...*, p. 115.

⁴⁸⁵ Assim refere o doutrinador italiano: “Secondo una concezione primitiva del fenomeno della contrattazione collettiva – concezione chem tuttaviam ci pare ancora idônea a fotografare l'interesse di parte datoriale – la certezza di regole e l'uniformità della loro applicazione esplica un effetto di garanzia della concorrenza tra le imprese, rendendo omogenea l'incidenza del costo del lavoro”. BOLLANI, Andrea. *Contratto collettivo e interpretazione*. Pádova: CEDAM, 2004, p. 141-142.

⁴⁸⁶ NASCIMENTO, *Teoria...*, p. 141.

⁴⁸⁷ DELGUE, Juan Raso. *Conflito entre lei e convenção coletiva*. In: PLÁ RODRIGUES, Américo (Coord.) *Estudos sobre as fontes do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 152.

Ainda não estamos falando sobre a possibilidade de superação do legislado pelo negociado, controvérsia da qual adiante se cuida. Por ora, é de se identificar que a partir dos anos 70 e 80 proliferou na Europa legislação, a qual Giugni chama *de emergência* ou *de crise*⁴⁸⁸, que autoriza à contratação coletiva descer abaixo dos níveis de tutela indicados pela lei. Na expressão de Supiot, nesta sistemática a negociação coletiva apresenta-se como uma alternativa à aplicação da lei, quando esta “autoriza explicitamente a conclusão de acordos que derroguem as suas disposições”⁴⁸⁹. Questões como política de emprego (compromissos patronais de criação ou manutenção de postos de trabalho), formação e qualificação profissional, reorganização do tempo de trabalho, organização de representação em nível de empresa, proteção da saúde, planos complementares de previdência social, combate às discriminações fazem parte das pautas atuais das negociações coletivas. E, conforme salienta Supiot, “a inclusão destas questões no campo da negociação coletiva leva a tratá-las de maneira diferente, fazendo delas um objeto de troca coletivo”⁴⁹⁰.

A tendência normativa na qual a imperatividade cede à contratação coletiva é geral, como podemos exemplificar pelo modelo de Portugal⁴⁹¹ e pela atual legislação da Argentina, que prevê pontualmente a disponibilidade coletiva⁴⁹². A justificativa é

⁴⁸⁸ GIUGNI, *Direito sindical*, p. 152.

⁴⁸⁹ SUPIOT, Alain. *Transformações...*, p. 152.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, 156-157.

⁴⁹¹ O item 2 do art. 13 do Decreto-lei 49.408/68 (Lei do Contrato de Trabalho) afirma a possibilidade da lei prever o seu próprio afastamento por convenção coletiva de trabalho. Nesse sentido, aponta MOURA, José Barros. *A convenção colectiva entre as fontes de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1984, p. 165.

⁴⁹² O art. 198 da LCT prevê disponibilidade coletiva em matéria de jornada de trabalho, no que tange a métodos de cálculo. Por outro lado, há previsões quanto a regime de férias, pagamento fracionado de salário anual complementar (13º) e extinção do contrato de trabalho, exclusivamente para as pequenas empresas sujeitas à regime legal especial. Sobre o sistema argentino e a disponibilidade coletiva, ETALA, *Derecho...*, p. 322-323.

claramente econômica⁴⁹³ e, como se vê, provoca uma mudança na linha tradicional da ordem pública de proteção. Para o que nos importa – a investigação sobre a unilateralidade ou bilateralidade da contratação coletiva – essa nova sistemática põe pá de cal na discussão.

Vejamos o exemplo do Brasil. Especialmente a partir da Constituição de 1988, proliferaram normas utilizando a técnica difundida no cenário europeu a partir da década de 70. No próprio nível constitucional, em três incisos do art. 7º foram consagradas normas de cogência relativa, em que a ordem imperativa estatal, prevendo direitos mínimos ao trabalhador, cede à autonomia privada coletiva. Assim é na possibilidade de reduzir salários (inciso VI), na compensação e redução de jornadas (inciso XIII) e no elástico de jornada para empregados que trabalham em turnos ininterruptos de revezamento (inciso XIV)⁴⁹⁴. A legislação ordinária posterior, em diversas manifestações, seguiu o modelo, prevendo a derrogação da imperatividade legal pelo conteúdo de contratos coletivos. Assim foi, por exemplo, na criação de contratos de trabalho a prazo determinado com menores custos e encargos sociais (Lei 9.601/98), na criação do banco de horas (nova redação do art. 59, § 2º, da CLT) e na suspensão do contrato de trabalho para qualificação profissional (art. 476-A da CLT)⁴⁹⁵. Estas previsões, em princípio, não atendem aos interesses individuais dos trabalhadores. Poderão, em época de crise, atender aos interesses coletivos, especialmente a de redução salarial, normalmente negociada

⁴⁹³ Na feliz justificativa de, Amauri Mascaro Nascimento: “[...] quando as condições de trabalho não se adaptam às possibilidades de sobrevivência da empresa, esta reage.” (NASCIMENTO, *Teoria...*, p. 141).

⁴⁹⁴ A possibilidade legal de redução de salários, em situações de crise, através de negociação coletiva, já existia no Brasil desde a Lei 4.923/65. Entretanto, a disposição não vingou, conforme reconhece AROUCA, José Carlos. *O sindicato em um mundo globalizado*. São Paulo: LTR, 2003, p. 439.

⁴⁹⁵ Aqui como suspensão típica, paralisando as obrigações principais do contrato de trabalho, de parte a parte: não trabalha e não remunera.

em troca da manutenção de emprego. Entretanto, não se pode ter dúvidas que revelam, ao menos em tese, interesses patronais.

Nem todas as “novidades” normativas foram e são freqüentemente utilizadas pelas categorias econômicas nos processos de negociação coletiva. A redução salarial, pela contundência e pela óbvia rejeição obreira no curso da negociação, é usada apenas em situações extremas⁴⁹⁶. O contrato a prazo determinado da Lei 9.601/98, pela duvidosa constitucionalidade e difícil operabilidade⁴⁹⁷, muito pouco foi implementado na prática. Entretanto, rara é a negociação coletiva que não contemple, na “pauta patronal”, a previsão de banco de horas. Expondo pesquisa do ano de 2001, Zylberstajn afirma que 27% das empresas brasileiras utilizam banco de horas, percentual que cresce para 45% nas empresas com mais de dois mil empregados⁴⁹⁸. E aponta: “o banco de horas tem sido ‘trocado’ por garantias de emprego”⁴⁹⁹.

Mas não é só. A contratação coletiva, dependendo do sistema adotado em cada país, consagra outro interesse econômico relevante ao pólo empresarial. No

⁴⁹⁶ Por exemplo, foi utilizada no setor metalúrgico de autopeças de São Paulo, em 1998, entre as entidades patronais SINDIPEÇAS, SINDIFORJA e SINPA e os sindicatos de trabalhadores vinculados à Força Sindical. A cláusula 2ª da Convenção Coletiva de Trabalho dizia: “Durante a vigência da Convenção poderá a empresa praticar uma redução de jornada de trabalho de até 25% com uma redução salarial de até 10%. Quando a redução da jornada for igual ou inferior a 20% a redução salarial será equivalente a 50% (metade) da redução salarial”. Na cláusula 5ª, há uma penalidade para a empresa que despedir no período de 7 meses a contar do início da redução, qual seja a de pagar as diferenças decorrentes da redução. Na cláusula 6ª foi prevista a proibição de horas extras. Informações disponíveis no site do DIEESE – <http://www.dieese.org.br>

⁴⁹⁷ A duvidosa constitucionalidade decorre de problema isonômico. A lei impõe a contratação de trabalhadores nos dois sistemas – o da CLT e o da lei – concomitantemente, sendo que o contratado sob a égide da lei especial tem reduzida proteção normativa. De outra parte, prevê o pagamento de FGTS, direito social constitucionalmente reconhecido, em percentual menor do que o legal (2% ao invés de 8%). A dificuldade operativa diz com a necessidade de usar o contrato necessariamente para aumento de postos de trabalho, além de exigir uma série de negativas tributárias, obrigações difíceis de cumprir por empresas que lançam mão do instituto justamente em épocas de crise.

⁴⁹⁸ ZYLBERSTAJN, *Mercado de trabalho...*, p. 97-98.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 102.

sistema positivo brasileiro, há expressa previsão de vigência temporária dos contratos coletivos, no máximo de dois anos⁵⁰⁰. As majoritárias jurisprudência e doutrina trabalhistas, por sua vez, sobre a questão que envolve a incorporação dos direitos previstos em contratos coletivos nos contratos individuais, acolhe a teoria da *aderência limitada pelo prazo*. Por esta, o conteúdo das cláusulas estabelecidas pela via contratual coletiva não aderem *ad aeternum* aos contratos individuais, mas tão-somente enquanto houver previsão vigente em contrato coletivo⁵⁰¹. Essa circunstância faz com que a contratação coletiva seja utilizada como instrumento de gestão de pessoal e custos, ou seja, possibilita que haja a concessão de benefícios em maior número ou valor, em momentos de prosperidade, e que se os diminua ou não preveja, em épocas de crise, sem afrontar a previsão distributiva estatal de que é ilegal a alteração do contrato individual de trabalho de forma prejudicial ao trabalhador⁵⁰².

Não se pretende com estas demonstrações estabelecer opinião política acerca dos benefícios ou malefícios da contratação coletiva como instrumento de promoção da condição do trabalhador. Conforme definido desde a introdução, o objetivo deste exame é tratar do sistema de contratação coletiva como ele é, e não como deveria ser. Sob esta premissa, o fato é que as características do modelo jurídico legal de contratação coletiva, especialmente o brasileiro, deixam claro que há inúmeras prestações a serem trocadas no processo negocial. De um lado, a pretensão dos trabalhadores, coletivamente considerados, de promover seus

⁵⁰⁰ Conforme CLT, art. 614, § 3.

⁵⁰¹ Alternativas à teoria da *aderência limitada pelo prazo* são as da *aderência irrestrita* e da *aderência limitada por revogação*. Posiciona-se em favor desta última, embora reconheça a posição majoritária da primeira, DELGADO, *Direito coletivo...*, p. 157-158. Representa a corrente majoritária, por todos, LOPES, *A convenção...*, p. 134.

⁵⁰² Por força do art. 468 da CLT.

interesses e alcançar um patamar contratual que supere suas possibilidades negociais individuais e a destinação protetiva mínima distribuída pela heteronomia estatal, inclusive com a participação decisória nos desígnios da atividade produtiva⁵⁰³; do outro, a empresa, singular ou coletivamente considerada, visando o atingimento da paz no ambiente produtivo, a planificação em relação à concorrência, a promoção de alguns interesses contratuais e a viabilização de hábil instrumento de gestão.

Essa bilateralidade – já existente desde os primórdios da contratação coletiva, mas explícita no sistema atual – faz parte da estrutura da sociedade, revelando o processo de negociação coletiva como um esquema de adoção de compromissos momentâneos e cedências mútuas, próprio da inerente conflituosidade entre grupos sociais contrapostos em função da posição que ocupam na produção. Ela se revela, como já vimos em item anterior, também na correlação “poder x contra-poder”, identificável apenas quando estamos no plano coletivo. A bilateralidade é o que permite o tratamento do contrato coletivo sob chave de justiça comutativa. Isso porque possibilita a aferição do equilíbrio prestacional, que é pressuposto desta faceta da justiça e fundamento de vinculatividade dos contratos como categoria jurídica.

A identificação da correspondência entre justiça distributiva e norma estatal heterônoma, de um lado, e justiça comutativa e contratação coletiva, de outro, possibilita que se examine, no último segmento deste trabalho, duas questões que centralizam o debate sobre contratação coletiva. A primeira diz com seus limites

⁵⁰³ DÄUBLER, *Direito do...*, p. 128. ressalta a importância da idéia de co-gestão na atual sistemática de negociação coletiva alemã. No Brasil, o direito já é previsto, como norma programática, no art. 7º, XI, da Constituição.

materiais: há relação de prevalência entre os planos da heteronomia estatal e da contratação coletiva? A segunda, diz com a interpretação dos contratos coletivos: interpretam-se como leis ou como contratos?

B) Aplicações na sistemática de contratação coletiva

O último segmento deste trabalho destina-se a examinar se esta concepção dos contratos coletivos, como manifestação de justiça comutativa aristotélico-tomista, pode auxiliar em duas das questões mais relevantes sobre o tema. No primeiro segmento, trataremos da problemática dos limites materiais dos contratos coletivos, especificamente em sua relação com a lei. No segundo, investigaremos a questão hermenêutica.

1. Limites materiais dos contratos coletivos

Conforme vimos na Introdução do trabalho⁵⁰⁴, uma das questões que centraliza o debate sobre o Direito do Trabalho, em geral, e o contrato coletivo, em particular, diz com as possibilidades materiais deste em face da lei heterônoma estatal. Embora tenha tomado fôlego no início deste século no Brasil, com a proposta governamental de projeto de lei rotulado de “prevalência do negociado sobre o legislado”, a discussão não é recente, já sendo objeto da ciência do direito

⁵⁰⁴ Item 4 da Introdução.

há muito tempo. Alerta-se desde logo que a pretensão não é a de criar solução nova para o problema. Ao contrário, o resultado alcançado é o mesmo que, em regra, é exposto pela boa doutrina que trata do tema. O que se pretende é colaborar com o argumento, dando relevância à idéia da justiça comutativa como fundamento de vinculatividade dos contratos coletivos. Antes de adentrar na controvérsia em si, convém definir o problema e apresentar as soluções comumente propostas sobre ele.

Inicialmente, deixa-se claro que o nosso ponto não diz com o que deve ser alterado no ordenamento jurídico para que tenhamos um sistema que faça prevalecer a contratação coletiva, como abordou Pinto e Silva⁵⁰⁵, e tampouco faz coro com a corrente que defende um aumento da tutela estatal, aqui representada por Souto Maior⁵⁰⁶. Esse debate é relevante, mas pressupõe alteração no ordenamento jurídico. Este estudo não é reformista ou programático. A questão é objetiva e diz com a análise do modelo jurídico positivo e vigente, tendo por fio condutor o ordenamento jurídico brasileiro.

Objetivamente, o que se pretende examinar são os limites materiais da contratação coletiva, a partir da seguinte questão: à luz do ordenamento jurídico

⁵⁰⁵ A contratação coletiva como fonte do Direito do Trabalho. Na obra, após fazer análise do modelo italiano e brasileiro, o autor define quais são as transformações necessárias em nosso sistema para que se estabeleça uma prevalência do negociado sobre o legislado, inclusive tratando sobre uma "redefinição do papel do Estado". (PINTO E SILVA, Otávio. *A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 112-129).

⁵⁰⁶ Diz o autor: "O direito do trabalho não pode, sozinho, alterar essa realidade, mas pode, pelo menos, fazer a sua parte. A sua contribuição, para, como proposto, tentar mudar o rumo dessa história, é buscar a valorização do trabalho, já que a diminuição do ganho do trabalhador, como visto, apenas nos empurra mais para o fundo do poço. É preciso, por isso, revitalizar a função distributiva do direito do trabalho, pois a acumulação de riquezas é um dos piores males da nossa sociedade e uma economia saudável é uma economia em que o dinheiro está em circulação e na qual as riquezas se produzem pelo trabalho e não por técnicas especulativas. MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Modernidade e direito do trabalho*. Disponível em: <<http://www.lpp-uerj.net/outrobrasil>>

brasileiro é válido o contrato coletivo que diverge da norma heterônoma estatal? Se sim, quais os fundamentos desta possibilidade e em quais situações isso pode ocorrer? Se não, por quê? Como possíveis respostas a este questionamento, identificamos as seguintes hipóteses:

1^a – Sim, em qualquer hipótese é possível divergir, não importando se para criar condição mais ou menos favorável ao hipossuficiente da relação individual a qual se refere o contrato coletivo;

2^a – Não, é impossível divergir, havendo prevalência absoluta do conteúdo da norma heterônoma estatal sobre a autônoma coletiva;

3^a - Sim, é possível divergir, desde que o conteúdo do contrato coletivo, no cotejo com a lei, seja sempre mais benéfico para ao hipossuficiente da relação individual;

4^a – Sim, é possível divergir, inclusive derrogando norma imperativa estatal, desde que o contrato coletivo respeite as previsões constitucionais e, no seu conjunto, tenha conteúdo mais benéfico ao hipossuficiente da relação individual.

5^a – Sim, é possível divergir, desde que o conteúdo do contrato coletivo seja mais benéfico ao trabalhador ou, não sendo, quando a própria lei prevê a possibilidade de divergência através da contratação coletiva.

A primeira hipótese corresponderia a estabelecer uma prevalência do plano normativo autônomo coletivo em relação ao heterônomo estatal. Significaria o afastamento do Estado do papel regulador das relações de trabalho, independentemente da matéria tratada, sempre que houvesse normação pelo grupo. Na expressão de Ojeda Avilés, este seria o *Estado mediador*, com papel exclusivamente promocional da negociação coletiva, sem interferir com normas imperativas de tutela⁵⁰⁷. Com esta abrangência, a hipótese é impensável porque negaria toda a construção de direitos sociais do constitucionalismo contemporâneo. Do ponto de vista do sistema jurídico brasileiro vigente, mais impensável ainda, pelo fato de que há normas imperativas destinadas à tutela, tanto na Constituição quanto na legislação infra-constitucional, como já vimos.

A segunda hipótese corresponderia a uma absoluta prevalência da norma heterônoma estatal sobre a autônoma coletiva. Significaria a negação do papel do grupo como potencial regulador das relações individuais, mesmo que o tratamento em contrato coletivo gerasse benefício aos trabalhadores. Com esta abrangência, a hipótese é impensável porque ignora o pluralismo de fontes, a autonomia privada coletiva e o caráter mínimo da norma heterônoma estatal, restabelecendo, em extremo, o Estado totalitário. Sob a ótica do direito positivo brasileiro, a hipótese é impensável, considerando a previsão expressa das normas heterônomas estatais de tutela como conteúdo mínimo (art. 7º, *caput*, da Constituição), bem como a igualmente explícita consagração da autonomia privada coletiva e seus efeitos (art. 7º, XXVI, da Constituição).

⁵⁰⁷ O autor reconhece, por detrás desta *promoting legislation*, uma ideologia liberal, própria dos países próprios e dominantes. OJEDA AVILÉS, *Derecho...*, p. 41/42. De fato, esse modelo se aproxima do modelo norte-americano, conforme reconhece SHIEBER, [Direito do trabalho], p. 41-42. Vide nota na Introdução.

A terceira hipótese considera possível a divergência, mas apenas quando o conteúdo da previsão contratual coletiva estabelece condição mais favorável ao hipossuficiente da relação individual. Significaria a absoluta consagração da contratação coletiva como exclusivo instrumento de elevação da condição do trabalhador. Com esta feição, a hipótese nega o papel assumido pela contratação coletiva a partir dos anos 70, de instrumento de adequação econômica das relações individuais. Aplicada ao ordenamento jurídico brasileiro, ela ignora o conteúdo das disposições constitucionais e infra-constitucionais que, expressamente, autorizam o afastamento da tutela dispensada como regra geral na relação individual, desde que realizado através da contratação coletiva (art. 7º, VI, XIII e XIV, da Constituição e demais dispositivos infra-constitucionais apontados no item “A”, supra).

Restam, para exame, as duas últimas hipóteses, mais palatáveis que as anteriores. Nesta comparação é que devemos nos deter. Vejamos o que as identificam e o que as distinguem. Em ambas, acolhe-se a coexistência entre os planos normativos heterônimo estatal e autônomo privado coletivo. Nas duas é previsto o afastamento da norma heterônoma estatal em benefício da contratação coletiva. Entretanto, na primeira este afastamento poderá ocorrer sem que haja uma previsão explícita na fonte heterônoma estatal, desde que se identifique, no plano geral da contratação coletiva, um resultado mais benéfico ao hipossuficiente. Na segunda, por sua vez, não importará se a troca da lei pela contratação coletiva resultou em maior benefício; ela simplesmente não poderá ocorrer, exceto naquelas situações em que a própria fonte heterônoma estatal assim previu.

Nesta controvérsia, e não na primeira hipótese desde logo afastada, é que está centrada a questão sobre se há relação de prevalência⁵⁰⁸ entre os planos normativos heterônomo estatal e autônomo privado coletivo. Das duas que restaram, entretanto, apenas poderemos pensar em *prevalência* se acolhermos a quarta hipótese, já que só ela cogita de efetivo choque, entrelaçamento ou possibilidade de escolha entre os planos. A quinta hipótese, ao contrário, permite que se trace uma linha de fronteira, claramente identificável, que balizará os limites entre a norma heterônoma estatal e a autônoma privada coletiva.

Para que melhor se compreenda esta questão é necessário, antes, que se desfaça um equívoco comum. A escolha de uma, entre mais de uma regra de Direito do Trabalho potencialmente aplicáveis para um mesmo caso concreto, por vezes é examinada sob o ponto de vista da hierarquia, como se houvesse, nessa multiplicidade normativa, efetiva colisão. O que se costuma dizer é que a norma aplicável é a mais benéfica ao trabalhador, o que seria um desvirtuamento ou correção da tradicional pirâmide kelseniana. O topo da hierarquia seria, portanto, não a Constituição, mas a norma que traz mais benefício ao trabalhador⁵⁰⁹. Contudo, a aplicação do critério do maior benefício é correta, mas não a premissa de que há, entre as normas de menor ou maior benefício, verdadeira colisão.

⁵⁰⁸ No sentido de *preponderância, predomínio*. (PREVALÊNCIA. In: DICIONÁRIO Aurélio. Versão eletrônica)

⁵⁰⁹ Nesse sentido, por todos, DELGADO: "O critério normativo hierárquico vigorante no Direito do Trabalho opera da seguinte maneira: a pirâmide normativa constrói-se de modo plástico e variável, elegendo a seu vértice dominante a norma que mais se aproxime do caráter teleológico do ramo justralhista. ... Esse princípio direcionador, como visto, é o da norma mais favorável ao trabalhador". (DELGADO, *Direito coletivo...*, p. 152).

Conforme acentua Moura, a escolha entre duas normas nesta condição dificilmente decorre de efetivo conflito. Isso porque, reconhece, “são peculiares do direito do trabalho as normas em que o comando imperativo tem um caráter mínimo”⁵¹⁰. Excetua-se aqui as normas denominadas proibitivas, estas sim com comando completamente imodificável em qualquer sentido, como, no sistema brasileiro, a que veda o trabalho noturno, insalubre ou perigoso ao menor de 18 e qualquer trabalho ao de 16 anos⁵¹¹. Não são estas, mas aquelas a regra geral.

Assim, está correto Castillo, para quem entre lei e contrato coletivo há uma relação de complementaridade, sendo que “considerar a lei como um mínimo superável atende pois ao plano de ver o progresso como uma sucessiva acumulação de benefícios”⁵¹². Desta forma, quando um contrato coletivo se aplica em detrimento da lei geral, isso decorre de uma natural disposição da lei de ser sobrepujada⁵¹³. Na construção de Monteiro Fernandes, as fontes heterônomas estatais possuem um elemento *imperativo* – a proibição do estabelecimento de condições inferiores – e um elemento *permissivo* – a admissibilidade da fixação de termos superiores aos expressos na norma⁵¹⁴.

⁵¹⁰ MOURA, José Barros. *A convenção colectiva entre as fontes de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1984, p. 150.

⁵¹¹ Art. 7º, XXXIII, da Constituição.

⁵¹² CASTILLO, Santiago Perez del. Hierarquia das fontes no directo do trabalho. In: PLÁ RODRIGUES, Américo (Coord.) *Estudos sobre as fontes do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 30-64 (p. 43).

⁵¹³ *Ibidem*. Pág. 43.

⁵¹⁴ MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, p. 102.

Essa correção é relevante porque, afastando-se a idéia de que há colisão ou divergência entre fontes heterônomas estatais e autônomas coletivas, é possível abrir espaço para a identificação de que atuam em campos distintos. Essa idéia nos aproxima da quinta e última hipótese acima aventada e, conseqüentemente, nos distancia da quarta. Vamos retomar, com base em dois expoentes da atual doutrina nacional, os argumentos de uma e de outra, para melhor verificação.

Pela corrente relacionada à quarta hipótese, identificamos a posição de Lopes, para quem se aplica a norma mais benéfica, mesmo que isso signifique afastar comando imperativo estatal. Sobre como escolhe-la, reconhece a dificuldade: “o grande dilema estará quando o proveito do conteúdo da disciplina coletiva não estiver tão transparentemente delineado ou mesmo quando a previsão for contrária ao teor da garantia vinda da lei”⁵¹⁵. Segundo a autora, que resguarda apenas o conteúdo da Constituição nesta construção aplicativa, o problema reside “na definição do que seja conteúdo normativo mais favorável dentro do contexto total da negociação coletiva e dos meios que se outorgam ao intérprete para desenvolver este quase enigma, notadamente pela maleabilidade e pela ampla gama de interesses que a relação de trabalho envolve”⁵¹⁶. E arremata: “não se poderá, em sã consciência, acompanhar o arcaísmo da corrente composta pelos que entendem, de forma absoluta, que a lei tem preponderância hierárquica sobre a convenção”⁵¹⁷.

Esta posição admite, portanto, que o conteúdo imperativo da lei ceda à contratação coletiva, mesmo que não haja na fonte estatal heterônoma comando

⁵¹⁵ LOPES, *A convenção...*, p. 155.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 156.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 156.

que a relativize em favor da regulação coletiva⁵¹⁸. Cabe ao intérprete e, na hipótese de conflito, ao Juiz a decisão acerca da maior favorabilidade. Transportando recurso normalmente aplicado para comparar dois contratos coletivos potencialmente aplicáveis ao mesmo caso concreto, essa corrente sugere seguir a *teoria do conglobamento*, segundo a qual se compara o todo orgânico de duas normas, aplicando por completo aquela que, no conjunto, possui conteúdo mais favorável⁵¹⁹. Aqui, não se pode negar, há conflito entre as regras. Na tarefa decisória, ressalta Lopes, deverá ser utilizada a compreensão das variáveis ponderadas pelo sindicato quando da contratação coletiva, bem como resultará a escolha, caso a caso, “da estrita análise dos móveis de cada situação concreta”⁵²⁰.

A última hipótese é a preponderante na doutrina e jurisprudência, estando aqui representada por Delgado. O autor afirma que o dilema sobre em que medida a contratação coletiva pode se contrapor à norma estatal heterônoma remete a um princípio que denomina *da adequação setorial negociada*. Segundo este, são dois os critérios autorizativos para a prevalência da norma coletiva autônoma: “a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas

⁵¹⁸ Exemplifica jurisprudencialmente este entendimento a seguinte ementa: “Negociação coletiva. Reconhecimento. A Constituição reconhece a eficácia e a validade das negociações coletivas, assegurando ampla liberdade às categorias para ajustarem as cláusulas que melhor atendam os seus interesses ainda que aquém de disposições legais mínimas, desde que respeitadas as exigências do art. 82 do Código Civil”. (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO, 3ª Região. RO-11208/93. Relator Tarcísio A. Giboski.) LOPES, op. cit., p. 256.

⁵¹⁹ Sobre as teorias para se identificar qual a norma mais favorável, havendo mais de uma possível, são identificadas na doutrina, em regra, três teorias: o *conglobamento*, acima explicitado; a *incindibilidade dos institutos*, segundo a qual se considera o conjunto das cláusulas de cada instituto de Direito do Trabalho e se as aplica organicamente; e o *cúmulo* ou *teoria atomista*, segundo a qual se compara cada regra e se escolhe, pontualmente, qual é a mais benéfica. No que tange ao cotejo entre contratos coletivos, a escolha recai, em regra, no *conglobamento*, porque mantém o equilíbrio interno da norma. Sobre a questão, por todos, na doutrina brasileira vale o exame em NASCIMENTO, *Teoria...*, p. 79-81. Na doutrina estrangeira completo é o trabalho de PLÁ RODRIGUES, *Princípios ...*, p. 57-60.

⁵²⁰ LOPES, *A convenção...*, p. 159.

autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta)⁵²¹. O “padrão geral” previsto no primeiro critério é o que o autor chama de *patamar civilizatório mínimo*, estabelecido pelas normas constitucionais, pelas normas internacionais vigentes no plano interno e pela legislação infra-constitucional⁵²². O segundo critério remete ao que Nascimento chama de estipulações *in pejus* de direitos assegurados por lei, “admitidas quando autorizadas por lei, porque a lei é a expressão da vontade geral e, por expressar o interesse geral, pode sobrepor-se ao particular”⁵²³.

Em que pese Delgado fale em *prevalência*, insiste-se que a questão não pode ser analisada com este matiz. Veja-se que, no primeiro dos critérios que aponta, não se pode falar em preponderância ou superação da lei pela contratação coletiva, posto que não há efetiva divergência entre a fonte heterônoma estatal de direitos mínimos e a regra oriunda da autonomia coletiva que prevê melhor favor ao trabalhador. O mesmo ocorre em relação ao segundo critério, já que a própria norma heterônoma estatal prevê o seu afastamento para que, no seu lugar, atue a norma autônoma coletiva. Só se poderia falar em prevalência se houvesse entre elas uma colisão, mas não nesta hipótese de clara cedência de espaço normativo.

Pois bem, a escolha entre estas duas posições, visivelmente incompatíveis, pode ser bem encaminhada pelo exame dos critérios de justiça perseguidos, respectivamente, pela norma heterônoma estatal e pela contratação coletiva. Para tanto, devemos aceitar que o Estado de Direito está preso e subordinado a um

⁵²¹ DELGADO, *Direito coletivo...* p. 159.

⁵²² *Ibidem*, p. 161.

⁵²³ NASCIMENTO, *Compêndio...*, p. 318.

direito justo⁵²⁴, bem como que a justiça, que tem por fim “a boa divisão de bens”⁵²⁵, não se estabelece necessariamente sempre pelo mesmo meio. Como já vimos, a justiça particular, como expressão do igual, pode ser atingida, tanto pela atuação distributiva do Estado em relação ao privado, quanto pela atuação de privados nas trocas. E mais: não são caminhos excludentes, mas, antes, complementares e conjuntamente previstos no constitucionalismo democrático contemporâneo. Como bem identifica Barzotto em relação à Constituição brasileira, estão presentes os três tipos de justiça (social, distributiva e comutativa), o que impõe a adoção de uma teoria constitucional da justiça⁵²⁶, que leve em consideração, em forma de modelo jurídico, esta diversidade de critérios.

Nesse sentido, adotar a quarta hipótese acarretaria em sério problema, que diz justamente com a negação desta multiplicidade de facetas, retirando do Estado-legislador um objetivo, caráter típico da função distributiva já esmiuçada, qual seja o de planificar as relações objeto da tarefa promocional. Já se pôde observar ao longo deste texto que a distribuição deriva de uma decisão político-normativa que visa o interesse de todos, enquadráveis na condição objeto da atuação heterônoma estatal. Isso pressupõe que o conteúdo distribuído não é relevante apenas pelo seu “quanto”, mas também pelo seu “o quê”. A distribuição não é meramente quantitativa, mas também qualitativa, já que o Estado tem por função igualar, ainda que em patamares mínimos, a condição daqueles que se agrupam por

⁵²⁴ Assim reconhece FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2.

⁵²⁵ A expressão é de VILLEY, *Filosofia...*, p. 118. O jusfilósofo francês reafirma, ainda hoje, que a essência do direito é “uma boa proporção na divisão dos bens entre os membros de um grupo”. (Ibidem, p. 74).

⁵²⁶ BARZOTTO, *A democracia...*, p. 183.

necessidade⁵²⁷. A partir do momento em que se autoriza uma violação deste conjunto orgânico de proteção, mesmo com um resultado geral mais benéfico para determinado grupo, espécie do gênero trabalhador, há uma violação interna no equilíbrio buscado através da justiça distributiva, que deixa de satisfazer o seu ideal de igualdade. Justiça distributiva e comutativa, assim, ficariam em situação de oposição.

Ao acolhermos a concepção complexa de justiça, no molde aristotélico-tomista, a relação será de complementaridade: a lei define condições mínimas; a contratação coletiva a ela se amolda⁵²⁸. Não há choque entre as normas heterônomas estatais e as autônomas coletivas, já que elas não se superam ou se anulam, mas apenas coexistem. Não há entrelaçamento entre os planos, e sim uma definição de fronteira. Um começa onde o outro termina. A linha divisória é definida pela norma heterônoma estatal⁵²⁹, não por questão de prevalência, mas por característica da justiça que a informa: o papel distributivo é igualar pela base. Sobre a base corrigida pela relação Estado-particular, atuam os sujeitos coletivos, trocando prestações de acordo com as suas possibilidades de poder e contra-poder. A chave está, conforme toda a construção de Giugni, em reconhecer a pluralidade de meios

⁵²⁷ Conforme já observado, partindo do exame de Michael Walzer este parece ser o critério de distribuição no constitucionalismo social. WALZER, *Esferas da...*

⁵²⁸ Essa relação de complementaridade, já identificada em CASTILLO, é também realçada por Garcia-Perrote Escartín, citado em OJEDA AVILÉS, *Derecho sindical...*, p. 41.

⁵²⁹ Nesse sentido, é luminar a lição de Moura, tratando sobre os pressupostos da eficácia normativa dos contratos coletivos: “É à lei, ao Estado, que compete harmonizar o direito de produção estadual com o de produção não estadual, definindo-lhes as respectivas áreas de influência e, também, as condições de prevalência de um sobre o outro na aplicação aos casos concretos. Sem dúvida que, deste modo, a lei assegura a força vinculativa (portanto, condições de efectividade prática) à convenção coletiva. Mas também impede que a vontade das partes possa “invadir” áreas reservadas ao Estado e substituir-se, aí, à vontade deste. Por outro lado, a convenção colectiva, como qualquer outra norma jurídica deve conformar-se aos parâmetros gerais da produção normativa”. (MOURA, *A convenção...*, p. 145).

corretores da desigualdade⁵³⁰. Essa relação de coexistência é explicitada pelo autor italiano:

La existencia de tales alternativas confirma, de forma evidente, la perfecta autonomía de la valoración normativa estatal, que no tiende a ser reflejo de la naturaleza de las cosas, sino, a lo sumo, a modificarla, o a asimilar en el propio sistema lo que de la experiencia institucional de los grupos es aceptable como contribución al bien común, y que parece coherente con la particular función técnico-organizativa de la que el Estado, en un sistema de valoraciones y autolimitaciones, si está investido en relación de los sujetos a la propio soberanía.⁵³¹

Sob este enfoque, parece criticável a posição de Plá Rodrigues, quando afirma: “uma vez restabelecida a igualdade por meio da força sindical que deriva da união, desaparece a razão de ser do tratamento desigual por parte do Estado. Deve-se buscar a desigualdade compensatória por um caminho ou por outro, pois estabelecê-la simultaneamente por ambas as vias pode significar uma superposição de proteções que engendre outro desequilíbrio de sentido oposto, que teria um efeito perturbador”⁵³². A compreensão da justiça como bem de realização complexa não admite esta visão exclusivista ou maniqueísta. A igualdade se perfaz pela harmônica e suplementar atuação dos poderes da heteronomia estatal e da autonomia privada coletiva.

O sistema jurídico brasileiro segue rigorosamente esta lógica. Se examinarmos o art. 7º, caput, vemos que a regra é a imperatividade (“são direitos dos trabalhadores”). O formato das disposições contidas nos incisos tipicamente prestacionais – já vimos que nem todos o são – revela, em regra a mesma cogência

⁵³⁰ Diz o autor: “La ulterior garantía, la que corrija definitivamente la desigualdad derivada de la desigualdad distribución del poder económico requiere la utilización de medios correctores, de elegir en base a concretas valoraciones de oportunidad [...]”. (GIUGNI, *Introducción...*, p. 79).

⁵³¹ *Ibidem*, p. 80.

⁵³² PLÁ RODRIGUEZ, *Princípios...*, p. 26.

absoluta. Prescrevem a inafastável intenção do Estado quanto à planificação das condições do trabalhador. Junto a elas, entretanto, há regras nas quais o legislador admite que a imperatividade, em seu formato planificador, ceda à autonomia privada coletiva. Entretanto, ao assim proceder não autoriza a negação do conteúdo distributivo, mas justamente a sua obediência; é a própria fonte estatal que altera a fronteira. O plano infra-constitucional, por sua vez, é informado pela mesma lógica constitucional, tanto por uma natural aptidão dirigente da norma fundamental, quanto pela expressa remissão do art. 7º, *caput* (“[...] além de outros que visem a melhoria de sua condição social”). Assim, as ordens imperativas estatais deverão ser adotadas incondicionalmente, exceto quando a própria norma heterônoma prever o afastamento em benefício da contratação coletiva. Há, portanto, uma nítida separação entre os planos. Nem implícita, nem explicitamente, conseguimos vislumbrar em nosso sistema jurídico norma – regra ou princípio – que autorize uma típica escolha, que envolva renúncia em relação à outra, entre as normas heterônoma estatal e autônoma privada coletiva.

No mesmo resultado é comum que se chegue por um outro exame hermenêutico, qual seja o do formato da regra. Com efeito, se o legislador previu expressamente em algumas situações pontuais a possibilidade do afastamento do comando imperativo estatal em benefício da contratação coletiva, e em outras não, nestas últimas há o silêncio eloqüente da vedação⁵³³. A conclusão é perfeita, mas

⁵³³ Exemplifica este argumento a seguinte ementa: “Restrição a direito. Impossibilidade. Cláusula de CCT que contenha restrição a direito do trabalhador, assegurado por lei, não tem qualquer valor jurídico, por ser nula. É o caso da cláusulação que reconhece como de efetivo serviço o tempo demandado em condução do empregador para depois afirmar que este tempo não será pago como hora *in itinere*. Prevalece o princípio segundo o qual ‘odiosa restringenda, favorabilia amplianda’. A pactuação coletiva não pode contar cláusula que renuncie a direito derivado do próprio texto da lei. São nulos acordos que direta ou indiretamente causem prejuízo ao trabalhador”. (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO-PR. RO-3214/91 Relator José Montenegro Antero. *DJPR*, 10 jul. 1992, p. 62). LOPES, *A convenção...*, p. 228.

ela se fragiliza por tratar da forma da regra, ao invés do seu fundamento. A pontual abdicação legisferante do Estado, sem renúncia a sua função normativa⁵³⁴, não revela recurso de estilo, mas deliberada adequação ao objetivo final de consagração da justiça.

Essa posição, que parece emanar do correto exame do sistema normativo brasileiro, constitui regra também no direito comparado. No sistema italiano, como nos revela Giugni, é impensável a utilização de critério de fungibilidade geral, sem expressa previsão legal⁵³⁵. Na Alemanha, Däubler, fundado na jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho, afirma que “também as partes de um contrato coletivo ou de um acordo a nível de empresa precisam respeitar os direitos básicos dos respectivos empregados”⁵³⁶. Em Portugal e na Argentina, como já vimos em título anterior⁵³⁷, o afastamento da norma estatal imperativa pressupõe uma expressa autorização, na própria norma, em benefício da contratação coletiva. Na Espanha, Ojeda Avilés, tratando dos princípios que regem os conflitos de normas, faz dois sobressair: o da hierarquia estabelece que não se derroga norma estatal por fontes privadas; o da norma mais favorável, faz como que se aplique esta, salvo quando o legislador prevê solução distinta⁵³⁸. O autor reconhece, entretanto, que a norma heterônoma estatal define os limites⁵³⁹.

⁵³⁴ A expressão é de Catharino, que no mesmo texto ressalta a compatibilidade entre os planos. CATHARINO, *A convenção...*, p. 243.

⁵³⁵ Afirma: “Se é inegável, todavia, que existe tendência a permitir que a autonomia coletiva desça, em algumas matérias, abaixo dos limites impostos pela lei, é também verdade que a conferência de poderes derogadores da autonomia coletiva pode existir somente em situações especiais, mesmo se não meramente episódicas, e se mostra como exceção que confirma a regra”. (GIUGNI, *Direito sindical*, p. 155).

⁵³⁶ DÄUBLER, *Direito do...*, p. 148.

⁵³⁷ Especialmente a partir dos exames de MOURA, *A convenção...*, e ETALA, *Derecho colectivo...*, respectivamente.

⁵³⁸ OJEDA AVILÉS, *Derecho sindical...*, p. 69.

⁵³⁹ “Tales son los principios generales que regulan la dinámica de los grupos normativos en nuestro país, todavía aquejada de cierta inmadurez. Conviene reiterar que se utilizan sólo cuando no ha previsto una asignación específica de competencias entre las diversas fuentes: así, entre

Pode-se concluir, a guisa de síntese, que a quinta hipótese é a que mais se aproxima da correção. Entretanto, ela ainda deve ser apurada, na medida em que não há propriamente uma *divergência* entre os planos normativos. Correto é, então, o entendimento de Monteiro Fernandes, para quem “[...] não podem as convenções limitar o exercício dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, nem contrariar normas legais imperativas, nem incluir qualquer disposição que importe para os trabalhadores menos favorável do que o estabelecido por lei”⁵⁴⁰.

De fato não há contrariedade, mas adequação. Pensar em contrariedade, divergência ou conflito significaria, obrigatoriamente, reconhecer a prevalência de um plano sobre o outro. Isso não se justifica, quer do ponto de vista da teoria da justiça aqui recepcionada, quer a partir de um eloqüente paralelismo encontrado na Constituição brasileira. Com efeito, não se pode colocar na conta da coincidência a consagração, no mesmo dispositivo (art. 7º), dos planos normativos heterônomo estatal e autônomo privado coletivo. Não fossem todas evidências já apontadas, essa circunstância parece suficiente para que concluamos que não há prevalência, mas harmônica coexistência entre os planos, cuja fronteira é definida pelo conteúdo mínimo da fonte heterônoma estatal.

Neste sentido, tem razão Delgue, ao dizer que se a pretensão de determinado ordenamento jurídico é tornar maior o campo de atuação da contratação coletiva, deverá fazê-lo através da alteração normativa heterônoma estatal, com a criação de

reglamento y un convenio se aplicará el principio de norma más favorable cuando la ley no establece, por ejemplo, que se estará en todo caso a lo que decida el convenio.” (Ibidem, p. 70).

⁵⁴⁰ MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, p. 683.

normas dispositivas⁵⁴¹. Por outro lado, se acolhemos a crítica de que a contratação coletiva, pelas mazelas sociais e fáticas da organização sindical, não é capaz de diminuir a desigualdade na relação entre capital e trabalho, o caminho será, como sugere Souto Maior⁵⁴², um aumento da carga normativa estatal heterônoma. O que não se pode pensar, em qualquer hipótese, é violentar a harmonia constitucional, vislumbrando prevalência não prevista.

2. Interpretação dos contratos coletivos

Ao lado da controvérsia que se estabelece em relação aos limites materiais, posta-se a relativa à interpretação⁵⁴³. A intenção aqui é auxiliar na resposta a uma questão que é premissa para escolha dos cânones hermenêuticos, nas hipóteses em que há dúvida quanto ao conteúdo dos contratos coletivos, qual seja a da utilização de critérios aplicáveis para leis ou para contratos. Novamente, o que se pretende não é alcançar conclusão nova, já que parte significativa da doutrina e jurisprudência, inclusive no Brasil, inclina-se à segunda opção⁵⁴⁴. A pretensão, da

⁵⁴¹ Disse o professor uruguaio: “Somos da opinião que uma forma eficaz de prevenção é a de aprovar leis trabalhistas que estabeleçam os direitos dos trabalhadores..., mas que facultem à fonte autônoma (por exemplo, a convenção coletiva) ajustar esses direitos – dentro de determinados limites que a mesma norma estatal poderá impor – às realidades das diversas unidades de produção”. (DELGUE, *Conflicto entre...*, p. 158).

⁵⁴² Vide nota 505.

⁵⁴³ O objeto não é o conflito entre fontes. O pressuposto da investigação sobre interpretação aqui levada a efeito é a existência de uma regra de contrato coletivo, sobre a qual paira dúvida quanto ao conteúdo.

⁵⁴⁴ A doutrina e a jurisprudência italiana são quase uníssonas no sentido de que a interpretação se faz através de regras próprias aos contratos, conforme se verá logo adiante. Na França, Despax reconhece preponderância da jurisprudência neste sentido (DESPAX, *Conventions...*, pág. 263). Na Espanha, embora firme posição híbrida, Ojeda Avilés admite a posição jurisprudencial no sentido da interpretação “contratual” (OJEDA AVILÉS, *Derecho...*, pág. 776). Aqui no Brasil, Russomano exemplifica a mesma tendência (RUSSOMANO, *Princípios de...*, p. 201). Também Orlando Gomes, que desde 1936 defende a natureza contratual do instituto (GOMES, *A convenção...*). No sentido contrário LOPES, *A convenção coletiva...*, p. 119-120.

mesma forma que em relação à questão anterior, é colaborar com o argumento, tornando relevante a idéia de que os contratos coletivos são expressões de justiça comutativa.

Antes de tudo, alertamos que o objetivo deste exame não é individualizar e aprofundar todos os possíveis métodos e alternativas de interpretação dos contratos coletivos. Isso seria matéria para um segundo momento investigativo, posterior à definição que aqui pretendemos ratificar. O aprofundamento das técnicas hermenêuticas dos contratos coletivos – já definido de que para eles se olhará com olhos de contrato – é tarefa ainda a ser realizada no Brasil, porque a nossa doutrina, em geral, tem tratado apenas da questão preliminar⁵⁴⁵. Necessário reforçar, outrossim, que este exame tenta ser absolutamente despido de pendor ideológico; parte-se do pressuposto de que a interpretação dos contratos coletivos é problema jurídico, e não político, que deve ser resolvido a partir das normas – regras e princípios – vigentes no ordenamento de cada país.

Inicialmente, convém que fixemos brevemente a noção sobre interpretação. Para tanto, nos socorremos da lição de Almeida, acerca de significado e interpretação:

⁵⁴⁵ A pesquisa realizada sobre o tópico encontrou, em algumas obras nacionais sobre Direito Sindical, poucas páginas destinadas ao tema interpretação dos contratos coletivos. E, em geral, a investigação de fato cessa após a decisão sobre se interpreta-se como leis ou como contratos. Mesmo as monografias específicas sobre contratação coletiva pesquisadas, mencionadas ao longo deste trabalho e também neste tópico, decidem a questão preliminar (interpreta-se como lei ou contrato?) e não avançam para a segunda (quais regras e métodos interpretativos devem ser utilizados?). Assim é, por exemplo, o trabalho de MEDEIROS, Mauro. *A interpretação da convenção coletiva de trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. Exceção, reconheça-se, é o trabalho de LOPES, *A convenção coletiva...* Ao contrário, o tema é bastante desenvolvido na doutrina estrangeira, especialmente na italiana, conforme apontam algumas obras recentes utilizadas para a construção deste tópico.

Significado é o *que* se compreende de um acto de comunicação. Por sua vez, a interpretação é o acto ou actividade que consiste na determinação *daquilo que* terá sido compreendido de um acto de comunicação. O significado é portanto o objecto imediato da compreensão e o objecto mediato (objectivo) da interpretação. Esta incide directamente sobre a compreensão e só pela sua mediação, nos limites do horizonte do destinatário, procura o significado⁵⁴⁶.

Por outro lado, vale ressaltar as limitações estabelecidas por Irti, para quem o trabalho de interpretação pressupõe a efetiva existência de dúvida e ambigüidade no objeto da interpretação, e não no estado psíquico de quem interpreta⁵⁴⁷.

A controvérsia central acerca da interpretação dos contratos coletivos está há muito isolada, conforme revela Cessari, em um dos trabalhos pioneiros sobre o tema⁵⁴⁸: “per l’intepretazione dei contratti collettivi si può trar luce dai principi ispiratori del diritto del lavoro?” A questão é, portanto, de escolha, conforme estabelece De La Cueva: “la doctrina de la interpretación distingue dos métodos, según se trate de la interpretación de la ley o de los contratos”⁵⁴⁹. Desnecessário dizer que a opção pela primeira corrente significa admitir – na esteira dos cânones hermenêuticos anteriormente examinados no princípio da proteção – a interpretação unilateral, tendente aos interesses do hipossuficiente da relação individual.

A divergência envolvendo a interpretação dos contratos coletivos comumente remete a doutrina ao velho debate sobre a natureza jurídica. De fato, as cláusulas

⁵⁴⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1992, p. 178.

⁵⁴⁷ Afirma: “Le due parole, usate dal legislatore ed appena ora rammentate, esprimono un *fenomeno giuridico*, e non uno stato psichico dell’interprete. Il dubbio e l’ambiguità sono *del contratto*, e non dei lettori del *testo linguistico*.” IRTI, Natalino. Principi e problemi di interpretazione contrattuale. In: *L’interpretazione del contratto nella dottrina italiana*. Padova: CEDAM, 2000, p. 624.

⁵⁴⁸ CESSARI, Aldo. *L’interpretazione dei contratti collettivi e il problema dell’autonomia sindacale. Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, v. 1, gen./giug. 2004; CESSARI, Aldo. *L’interpretazione del contratto collettivo*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 295. O texto original é de 1963.

⁵⁴⁹ DE LA CUEVA, *Derecho...*, p. 626.

normativas geram perplexidade, considerando que nascem de uma relação de autonomia negocial, mas se aplicam a relações vindouras, com um grau de abstração semelhante ao da lei⁵⁵⁰. Nesse sentido, aqueles que reconheceram nos contratos coletivos natureza de lei optaram pela interpretação correspondente. Assim é a clássica posição de De La Cueva:

Partimos de la idea de que el contrato colectivo de trabajo es una fuente autónoma de derecho objetivo, por lo que resulta evidente que el método de interpretación aplicable es el que corresponde a las normas jurídicas y no el que se usa para la interpretación de los contratos⁵⁵¹.

Por outro lado, os que identificam na contratação coletiva fenómeno tipicamente contratual apontam para o sentido inverso, como revela o próprio Cessari: “l'utilizzazione diretta di quei principi (de Direito Individual do Trabalho) può avvenire solo in sede d'interpretazione della legge, non degli atti che hanno origine negoziale”⁵⁵².

Outra tendência comum é estabelecer uma solução eclética, na esteira de uma alegada “natureza híbrida” do contrato coletivo. Aqui, separam-se as cláusulas obrigacionais e as normativas: para as primeiras, utilizam-se cânones de interpretação contratual; para as segundas, de interpretação legal. Esta é a posição de Krotoschin:

⁵⁵⁰ Aponta esta umbilical vinculação, por todos, BOLLANI: “La riflessione dottrinale sul tema dell'interpretazione è stata infatti alimentata, da sempre, dalla consapevolezza che tal tema possa costituire un significativo punto de emersione della peculiare natura del contratto stesso. Se è indubio che il contratto collettivo costituisce espressione dell'autonomia negoziale degli stipulanti (e perciò rientra nella nozione di contratto accolta dall'art. 1321 c.c.), altrettanto vero è che esso è in grado di realizzare gli effetti tipici di un atto normativo, fungendo da fonte di regolamentazione dei rapporti individuali di lavoro. Tale ambivalente natura è stata efficacemente compendiata nella celebre metáfora carneluttiana, secondo la quale il contratto collettivo ‘ha il corpo del contratto e l'anima della legge’. *Contratto collettivo...*, p. 16.

⁵⁵¹ DE LA CUEVA, *Derecho...*, p. 630.

⁵⁵² CESSARI, *L'interpretazione dei...*, p. 302.

En efecto, mientras la parte netamente obligacional se encuentra sometida a las reglas que rigen la interpretación de los contratos, las cláusulas normativas deben ser interpretadas de acuerdo con los principios de interpretación de la ley⁵⁵³.

Se acolhermos a idéia de que a natureza jurídica, legal ou contratual, é suficiente para definir os critérios utilizados para a interpretação dos contratos coletivos, a questão parece resolvida. Com efeito, ao longo do presente trabalho – quer pela formação histórica, quer pela autonomia privada coletiva como fonte, quer pela intrínseca bilateralidade – já foi possível estabelecer a natureza contratual dos pactos coletivos. O problema é que as particularidades do contrato coletivo, com parcial (mas inegável) similaridade com a lei, fazem com que a controvérsia permaneça, não obstante a decisão de que seja, de fato, contrato. Esta dificuldade reconhece a própria doutrina italiana, mesmo que firmemente penda para uma interpretação contratual do instituto⁵⁵⁴. Por isso, a investigação deve ir adiante, perpassando os fundamentos de vinculatividade dos contratos coletivos.

Comecemos com um exame no argumento favorável à interpretação como lei. Aqui nos interessa tanto a posição “pura”, exemplificada em De La Cueva, como a “ecclética”, de Krotoschin e Carnelluti, já que o objeto deste trabalho é justamente a parte normativa do contrato coletivo. Sintetiza a posição pela aplicação de princípios interpretativos das leis trabalhistas, em caso de dúvida sobre o conteúdo do pacto coletivo, Plá Rodrigues. Diz o mestre uruguaio:

⁵⁵³ Citado em DE LA CUEVA, *Derecho...*, p. 630.

⁵⁵⁴ Nesse sentido, GIUGNI, comentando já em 1957 a transição do modelo corporativo para o modelo privado de contratação coletiva: “La nuova realtà giuridica emersa dall’elaborazione dottrinale del decennio teste concluso, ha modificato il corso di questa evoluzione, riconducendo il contratto sotto le categorie dogmatiche di diritto comune ed incidendo in profondità sul raggio di efficacia spaziale di esso; ciò che non ha modificato, nè poteva modificare, è la funzione economico-sociale dell’atto collettivo, la sua particolarissima fisionomia che lo porra sempre ai margini tra il contratto e la legge, comunque oscillerà il pendolo delle scelte di opportunità del legislatore”. (GIUGNI, Gino. *Appunti*

É sabido que toda a norma trabalhista tem um propósito protetor. Que esse propósito tenha sido concretizado pelo legislador em um texto legal ou pelo sindicato em uma convenção coletiva atuando como representante dos próprios trabalhadores, não altera substancialmente as coisas. O certo é que a norma está inspirada pela finalidade de proteção ao trabalhador e, em consonância com essa finalidade, a aplicação deve se efetuar com intuito de proteção, ou melhor, resolve os casos de dúvida em favor de quem deveria ser protegido. Não que se suponha que a norma esteja mal redigida ou que padeça de ambigüidade ou de outras deficiências, como consequência da debilidade do trabalhador individual a quem se vai aplicar a norma. A desigualdade que se deve compensar surge no momento da aplicação e não no da elaboração da norma, por isso não interessa a forma pela qual tenha sido construída⁵⁵⁵.

No mesmo sentido, mas em posição ainda mais extrema, se posicionou Genoud. Segundo o autor, há princípios interpretativos que servem tanto para as cláusulas obrigacionais como para as normativas. Dentre eles posiciona o do *in dubio pro operario*, com sentido ainda mais parcial. Diz, acerca do cânone:

Otro principio que se puede y debe aplicar en todos los casos es el conocido como *pro operario*, que generalmente se suele presentar bajo la forma retaceada de *in dubio pro operario*. Esta última se limita a los casos de duda, mientras que la buena doctrina aconseja la primera, que consiste en que toda interpretación se debe hacer de la manera más favorable al trabajador o, mejor dicho, de todas las interpretaciones posibles se debe elegir la que más conveniente sea para éste⁵⁵⁶.

Ao justificar a posição, afirma: “La respuesta es muy simple: lo que aquí interesa – como apuntamos antes – es la voluntad de las partes en cuanto legisladores, y por ello hay que recurrir a los métodos de exégesis legal”⁵⁵⁷.

sull'interpretazione del contratto collettivo. In: *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*. Vol. 1, gennaio-giugno 2004. *L'interpretazione del contratto collettivo*. Milão: Giuffrè, 2004. p. 253-275. p. 267).

⁵⁵⁵ PLÁ RODRIGUES, *Princípios...*, p. 52.

⁵⁵⁶ GENOUD, Héctor. La interpretación de los convenios colectivos. In: DE LA CUEVA, Mario et al. (Org.) *Derecho Colectivo Laboral*. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 152.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 154.

A síntese destas duas posições permite que sejam mapeados os argumentos acerca da concepção “legalista” de interpretação e, conseqüentemente, que deles se possa divergir. Inicialmente, a afirmação de que “toda a norma trabalhista tem propósito protetor” já foi examinada em momento anterior. Se é fato que a idéia da proteção informa normas heterônomas estatais e autônomas coletivas, convém lembrar que esta idéia tem um fim, que não é premial, mas de busca da justiça, no sentido de igualdade. Os meios utilizados para alcançar este fim são distintos, o que nos remete para igualmente diversas estruturas de poder usadas para combater a prevalência econômica: de um lado imperatividade estatal; do outro, contra-poder econômico exercido pelo grupo.

Decorre desta distinção de meios, por outro lado, a identificação de que o resultado da imperatividade estatal é a unilateralidade na destinação, enquanto que, na atuação dos grupos, há bilateralidade como dado característico⁵⁵⁸. Os contratos coletivos refletirão os interesses coletivos dos pólos, respeitadas as suas capacidades e habilidades negociais. Assim, a presença externa de proteção – revelada na tarefa hermenêutica – ignora a comutatividade⁵⁵⁹ como elemento intrínseco aos contratos coletivos. Ao proceder em interpretação tendente à proteção de um dos pólos, na esteira do que se faz em relação às normas heterônomas estatais, estará o intérprete somando unilateralidade com bilateralidade, em equação cujo resultado é evidente desequilíbrio. Em decorrência disso, não parece ser irrelevante ao momento aplicativo “a forma pela qual tenha sido construída” a norma,

⁵⁵⁸ Por isso parece haver igualmente um equívoco de premissa quando se diz que “o propósito tenha sido concretizado... pelo sindicato”, já que não há disposição unilateral do resultado como na lei, mas, ao contrário, necessário trabalho dialético negocial, de mútuas concessões e conquistas.

⁵⁵⁹ Apenas para ilustrar, vale a referência em Costa, sobre o que caracteriza os contratos comutativos, com especial ênfase à correspondência das prestações desde o momento juri-genético: “[...] as vantagens de cada uma das partes podem ser apreciadas no momento da

já que ela revela também o seu fundamento de justiça, ou seja, por onde almeja a igualdade.

Finalmente, na síntese de Genoud se encontra um argumento comumente utilizado para justificar a interpretação “legalista”. Por trás da alegação de que o contrato coletivo revela “a vontade das partes enquanto legisladores” há mais do que a mera concepção normativista do contrato coletivo. O óbice está na inderrogabilidade do conteúdo pelo sujeito individual e pela potencial eficácia *erga omnes* do contrato, já que em alguns sistemas, como no brasileiro, os contratos coletivos atingirão a todos os membros do grupo, independentemente de filiação volitiva. Deste argumento já se tratou em item anterior, mas vale ainda um aprofundamento.

É comum a posição doutrinária que define os critérios interpretativos – de leis ou de contratos – a partir da questão relativa à extensão da eficácia dos contratos coletivos. Este é, por exemplo, o entendimento de Ojeda Avilés, para quem é relevante o fato de que, na Espanha, há pactos com eficácia *erga omnes*, ao contrário de outros países. Em decorrência disso, o juslaboralista distingue os níveis de contratação coletiva para definir os cânones hermenêuticos: para as convenções coletivas, mais gerais, se usam os critérios próprios das leis⁵⁶⁰; para os acordos coletivos, menos abrangentes, se usam critérios de contratos⁵⁶¹. O problema deste

celebração do contrato, visto que as correspondentes atribuições patrimoniais derivam logo, necessariamente, desse facto”. COSTA, *Direito das obrigações*, p. 335.

⁵⁶⁰ OJEDA AVILÉS, *Derecho...*, p. 777.

⁵⁶¹ Afirma o autor: “La jurisprudência no há vacilado por cuanto hace a interpretarlos con los criterios para los contratos, especialmente con el de intención de las partes, de donde tiene plena lógica la repetida afirmación de que esos instrumentos componen um todo unitário de imposible desmembración para reclamar unos aspectos y dejar otros, pues las concesiones de cada parte guardan un delicado equilibrio cuya ruptura haría peligrar la estabilidad obtenida”. (Ibidem, p. 791/792).

argumento reside em que, se de fato há distinções entre os “convenios colectivos” e os “acuerdos colectivos” – como legitimidade para negociar, matérias tratáveis, procedimentos de negociação, nível de abrangência⁵⁶² –, existe pelo menos um dado unificador: justamente a eficácia a não-vinculados subjetivamente às entidades sindicais. Ou seja, não parece que a eficácia *erga omnes* seja de fato o óbice para a unificação dos critérios.

Ao contrário, no aspecto parece adequada a posição adotada pela doutrina italiana, agora representada por Persiani⁵⁶³. O autor reconhece que inderrogabilidade e eficácia geral são em regras características da lei, mas que isso não é decisivo para a questão da interpretação dos contratos coletivos. A previsão destes efeitos para a contratação coletiva, antes de tudo, exprime a valoração da idoneidade da autonomia coletiva na tarefa de promoção dos interesses dos trabalhadores⁵⁶⁴. E, especificamente quanto à eficácia *erga omnes*, que na Itália é definida por lei, afirma:

Queste leggi presuppongono, appunto, che quel contratto non abbia de per sè efficacia generale e si limitano a valutare che, in particolare situazione, la disciplina sindacale è idônea ad individuare il più equilibrato temperamento di tutti gli interessi coinvolti nel sistema produttivo. Valutazione di idoneità che, se estende gli effetti del contratto collettivo di diritto comune oltre l'ambito degli iscritti ai sindacati stipulanti, non ne modifica la natura che rimane quella di atto di autonomia privata collettiva⁵⁶⁵.

⁵⁶² OJEDA AVILÉS, *Derecho...*, p. 784-787.

⁵⁶³ PERSIANI, Mattia. Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro. In: *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*. Vol. 1, gennaio-giugno 2004. *L'interpretazione del contratto collettivo*. Milão: Giuffrè, 2004, p. 30-61.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 42.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 43-44.

Vale aqui lembrar que a própria OIT já manifestou entendimento de que a existência de ordenamentos que estendam os efeitos dos contratos coletivos a todos os membros do grupo, e não apenas aos inscritos nos sindicatos, não afeta a concepção de liberdade sindical. Ao contrário, entretanto, a interpretação dos contratos coletivos de acordo com cânones utilizados para a norma heterônoma estatal pode negar a regra da liberdade sindical. Nesse sentido, vale novamente a referência a Persiani, para quem uma nova e altamente criticada corrente jurisprudencial italiana, que interpreta o contrato coletivo de acordo com o “direito do trabalho vivo”⁵⁶⁶, acaba por tornar irrelevante as valorações utilizadas pelos sujeitos coletivos acordantes, os interesses opostos na relação e o específico contexto que determinou o ajuste⁵⁶⁷. Conclui dizendo que esta concepção, daí sim, revela frontal discordância com a regra de liberdade sindical: “anzi, nella sostanza, quella giurisprudenza nega l’esercizio di questa libertà e, con ciò, si pone in contrasto con la stessa *ratio* che presiede alla legislazione del lavoro”⁵⁶⁸.

O argumento pode ser reforçado por premissas já estabelecidas acerca do objeto do contrato coletivo. A inderrogabilidade pelo indivíduo significa reconhecimento de que são distintos o interesse coletivo e o mero somatório de

⁵⁶⁶ Segundo esta corrente, cujo argumento é exposto por Magrini, a intenção é conseguir a “oggettiva conformazione del contenuto della clausola ambigua ai predetti valori proprio perché le due fonti contrattuali possono intrecciarsi ma non contraddirsi”, com o último corolário da “sindacabilità in sede de legittimità di interpretazione della contrattazione collettiva non coerente(i) con i principi fondamentali del diritto del lavoro”. MAGRINI, Sergio. Recenti novità giurisprudenziali sull’interpretazione dei contratti collettivi. In: *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*. Vol. 1, gennaio-giugno 2004. *L’interpretazione del contratto collettivo*. Milão: Giuffrè, 2004, p. 117-127, p. 123. O autor critica esta orientação, porque possibilita a discordância, mesmo havendo sentido claro no contrato coletivo, quando não houver coerência com o “direito do trabalho vivo”. A posição clássica e remansosa da jurisprudência italiana é no sentido da utilização dos critérios próprios dos contratos, conforme revela a seguinte ementa de decisão da Corte de Cassação: “L’interpretazione dei contratti collettivi di diritto comune è riservata al giudice di merito ed è censurabile in sede di legittimità solo per vizi della motivazione e per violazione delle regole legali di ermeneutica contrattuale”. (Decisão 2360 de 17/02/2003. Citada em *Dialoghi...*, p. 367).

⁵⁶⁷ PERSIANI, *Il contratto...*, p. 59.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 60.

interesses individuais. Essa distinção justifica a eficácia *erga omnes*, já que o interesse coletivo não pode ser pensado em chave individualista e meramente voluntarista. Como já tivemos oportunidade de demonstrar, a coletivização de interesses não pressupõe a estatização dos mesmos; são ainda interesses privados, embora intermediários entre o interesse geral e o interesse individual.

Por todos estes argumentos, parece possível afastar a corrente “legalista” e, conseqüentemente, acolher a que entende aplicáveis à interpretação dos contratos coletivos as regras próprias dos contratos. Entretanto, deve-se ter um cuidado inicial, qual seja o de esclarecer que esta opção não significa necessariamente assumir postura voluntarista. Faz-se tal ressalva porque é comum que se verifique, em algumas decisões da jurisprudência nacional, a invocação da *autonomia da vontade* como fundamento de vinculatividade dos contratos coletivos⁵⁶⁹. Aliás, o risco desta “voluntarização” da interpretação é argumento determinante para quem assume a corrente “legalista”⁵⁷⁰.

Contudo, como já se pôde perceber do segmento em que se examinou a reconstrução do contrato como categoria geral, não há uma necessária vinculação entre negócio jurídico privado e absoluta subjetividade, muito menos entre interpretação subjetiva do contrato e voluntarismo. Como já vimos, a teoria geral dos

⁵⁶⁹ Exemplifica a corrente a seguinte ementa: “Acordo Coletivo. Vontade das partes. Retroatividade das normas. O Acordo Coletivo de Trabalho representa a vontade livre e consciente de se estabelecer condições de trabalho, inclusive no que pertine à limitação temporal de determinados benefícios. Havendo previsão expressa a respeito da retroatividade de alguma vantagem, tal condição deve prevalecer, eis que foi a vontade das partes”. (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 3ª Região. Relatora: Juíza Ana Etelvina Lacerda Barbato. DJMG 22.6.1993.) Reproduzido em MEDEIROS, *A interpretação...*, p. 91.

⁵⁷⁰ Assim, novamente a posição de Ojeda Avilés: “A nuestro juicio, desde el próprio momento de su entrada em vigor afecta el convenio a una masa de personas que nada tienen que ver con su gestación, por el carácter *erga omnes* ya conocido, por lo cual no deberían utilizar-se elementos subjetivos con prevalencia sobre los objetivos”. OJEDA AVILÉS, *Derecho...*, p. 777.

contratos relativizou o dogma, reaproximando-se da concepção aristotélico-tomista de justiça comutativa, que compara prestações e não vontades. Este processo de objetivação, não se pode duvidar, é perfeitamente aplicável ao âmbito dos contratos coletivos⁵⁷¹.

Em apertada síntese do que disse Roppo sobre as diferenças entre a interpretação subjetiva e a objetiva do contrato, pode-se concluir que, na primeira, busca-se a intenção comum das partes, enquanto que, na segunda, almeja-se o sentido que melhor corresponda à objetiva sensatez, à equidade e à funcionalidade⁵⁷². A investigação sobre comum intenção não corresponde à individualização de atitudes psíquicas ou volitivas reais dos contratantes quando da contratação, mas a valoração do comportamento global, durante e, mesmo, depois das negociações⁵⁷³. A interpretação objetiva, por sua vez, não é antagônica à autonomia privada, mas supre suas deficiências respeitando a lógica e o espírito das suas escolhas⁵⁷⁴. Veja-se que interpretação subjetiva não corresponde à interpretação voluntarista, mas a uma indagação sobre significado da intenção

⁵⁷¹ Nesse sentido, a referência explícita em Andrea Bollani: “La dottrina in esame, quindi, tende ad imporre limiti sociali all’autonomia negoziale, limiti che influiscono anche sulla teoria dell’interpretazione, incentrata così sull’individuazione dell’intento pratico, dell’interesse in senso oggettivo, quale trova soddisfazione nel precetto posto in essere. Il *precetto*, appunto, costituisce il contenuto del negozio e la sua determinazione rappresenta, in sostanza, il fine ultimo del procedimento interpretativo”. E conclui: “Ora, la teoria generale del negozio giuridico, come elaborata già al sorgere del vigente código civile, risulta imperniata su elementi ed osservazione che bem possono attagliarse anche al contratto collettivo”. BOLLANI, *Contratto collettivo...*, p. 65-67.

⁵⁷² ROPPO, *O contrato*, p. 171-172.

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 171.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 173-174.

comum, como bem aponta Irti⁵⁷⁵, levando em consideração também o seu entorno, conforme nota Betti⁵⁷⁶.

A doutrina reconhece que, como regra geral em matéria de contratos, a interpretação subjetiva prefere à objetiva⁵⁷⁷, e, portanto, apenas na impossibilidade da busca da intenção comum é que se deve lançar mão dos critérios objetivos. Isso porque a utilização destes gera uma atenuação das diferenças entre os processos interpretativos da lei e do contrato⁵⁷⁸. Entretanto, é possível dizer que a objetivação da interpretação, mas ainda em chave contratual, é *especialmente* aplicável à sistemática de contratação coletiva, o que decorre de algumas particularidades do instituto.

Com efeito, na esteira do que alerta Santoro-Passarelli, não apenas a existência de preceitos gerais (cláusulas normativas), mas também o processo de formação dos contratos coletivos lhe dá nota peculiar. O fato de serem sucessivamente renovados, pelos mesmos sujeitos, mas com potencial diferença de conteúdo, atenua a importância do critério subjetivo⁵⁷⁹. Difícil é, igualmente, percorrer o caminho das tratativas negociais na busca da intenção das partes, já que talvez em nenhuma outra espécie contratual haja tamanha divergência entre as

⁵⁷⁵ Tratando da polissemia da expressão comum intenção prevista no art. 1362, 1º, do Código Civil Italiano, Irti afirma: "Non si tratta di accertare volontà, ma significati di parole: *l'indagine sulla comune intenzione è deputata a sciogliere la polissemia*, e quindi a muoversi entro, e non oltre, le potenzialità espressive del testo". IRTI, *Principi e problemi...*, p. 609-641.

⁵⁷⁶ Afirma Betti: "Così, ad un'interpretazione puramente grammaticale e atomistica che porterebbe a isolare la dichiarazione dalla cornice delle circostanze socialmente rilevanti in cui è emessa e a mettere la lettera al di sopra dello spirito, si contrappone un'altra interpretazione che integra la fattispecie della dichiarazione e la inquadra nell'intero comportamento reciproco e nell'insieme delle circostanze in cui si svolge". Citado em SANTORO-PASSARELLI, *Quale disciplina...*, p. 133.

⁵⁷⁷ Assim, ROPPO, op. cit, p. 173.

⁵⁷⁸ Conforme reconhece GIUGNI, *Appunti sull'interpretazione...*, p. 261.

⁵⁷⁹ SANTORO-PASSARELLI, *Quale disciplina...*, p. 136.

propostas iniciais e o resultado final⁵⁸⁰. Isso se revela pelo conteúdo das pautas de negociação e, ao final, o das normas resultantes do processo negocial.

As mesmas particularidades, que apontam para a objetivação da interpretação, já tinham sido identificadas por Giugni. Contudo, o jurista italiano dá especial ênfase à necessidade de se tutelar a confiança, decorrente da outorga pelos membros do grupo de poderes tendentes à contratação. Reconhece que, no processo negocial, os representantes das partes ficarão presos entre duas responsabilidades – a política em relação aos mandantes e a da boa-fé em relação à contraparte –, o que gera uma contradição nos comportamentos e nas próprias declarações⁵⁸¹.

Disso resulta, e aqui convergem Giugni e Santoro-Passarelli, que o único ponto sólido de referência para identificação do conteúdo final é, necessariamente, o documento, o texto contratual⁵⁸². Persistindo dúvida, papel central terá a equidade, que na concepção aristotélica é concreção da justiça⁵⁸³. Da mesma forma, terá relevo a natureza e o objeto do contrato, o que atrai o caráter comutativo e sinalagmático ínsito aos contratos coletivos. Na síntese de Giugni, estas são regras

⁵⁸⁰ Afirma Santoro-Passarelli sobre a questão: “Di regola la conclusione del contratto avviene sulla base di un compromesso, che spesso risulta distante dai punti di partenza indicati nelle piattaforme contrattuali e nelle direttive delle assemblee, le quali finiscono per avere un significato più político che un valore giuridicamente rilevante”. (Ibidem, p. 136).

⁵⁸¹ Sintetiza Giugni, no aspecto: “Non di rado ciò produrrà una sorta di sdoppiamento nei comportamenti: è fenomeno ben noto, la voce grossa nelle dichiarazioni ufficiali, il dimesso spirito di accomodamento nelle trattative dirette”. GIUGNI, *Appunti sull'interpretazione...*, p. 268.

⁵⁸² SANTORO-PASSARELLI, *Quale disciplina...*, p. 136; GIUGNI, *Appunti sull'interpretazione...*, p. 269.

⁵⁸³ Na expressão de Aristóteles: “Esta é a natureza essencial do eqüitativo, ou seja, é uma retificação da lei onde a lei é lacunar em função da sua generalidade”. ARISTÓTELES, *Ética a...*, p. 160.

che, a benconsiderare, non sono altro che l'esplicazione dello stesso principio, secondo il quale l'interpretazione deve rispecchiare quell'equilibrio di interessi che sta a fondamento della specifica fattispecie negoziale⁵⁸⁴.

Percebe-se, portanto, que assim como pôde justificar a decisão relativa aos limites materiais dos contratos coletivos, a idéia de justiça comutativa, como igualdade aritmética na troca de prestações, pode auxiliar na decisão acerca da interpretação. Com efeito, se pôde fundamentar a vinculatividade dos contratos coletivos, pela paridade de poder e pela bilateralidade de interesses, atuando sobre uma base já corrigida pelo distributivismo da norma heterônoma estatal, é natural que permaneça agindo no momento hermenêutico. E, veja-se, isso deverá ocorrer não pelo viés subjetivo das vontades das partes, mas pela naturalidade da própria característica da justiça comutativa, que compara objetivamente as prestações definidas pelas partes dos contratos coletivos.

Se quisermos transportar estas idéias para o modelo jurídico de contratação coletiva brasileiro, não teremos dificuldades de adequação. Ao contrário do que ocorre no sistema argentino, por exemplo, no nosso não há uma regra legal específica indicando os critérios de interpretação a serem utilizados⁵⁸⁵. Isso nos remete ao modelo constitucional de contratação coletiva como decorrência da autonomia privada coletiva, consagrada no art. 7º, XXVI, faceta da liberdade sindical prevista no art. 8º. De outra parte, contrato que é, sinalagmático e comutativo, será regido pelas regras de interpretação previstas no Código Civil, como, por exemplo, as dos art. 112, 113, 421 e 422. E, antes que gere qualquer estupefação a utilização

⁵⁸⁴ GIUGNI, *Appunti sull'interpretazione...*, p. 271.

⁵⁸⁵ Etala afirma que a interpretação judicial segue duas limitações: "a) la norma del art. 16 da LCT que veda la aplicación – y consecuentemente la interpretación – extensiva o analógica de los convenios colectivos, y b) la que en caso de duda sobre la interpretación o alcance de una norma laboral,

do Código Civil Brasileiro, considerando a existência de previsão infra-constitucional sobre contratação coletiva na legislação específica trabalhista, ressalta-se a existência, na própria CLT (art. 8º), de uma cláusula geral que tem por função abrir o sistema, possibilitando, assim, conexões inter-sistemáticas entre o micro-sistema de Direito do Trabalho e o Código Civil⁵⁸⁶.

Conforme anunciado no curso deste trabalho e reiterado no início do tópico, não é objeto do exame um aprofundamento das teorias da interpretação dos contratos coletivos. Entretanto, as referências acima contidas – já escolhido o caminho da interpretação através dos cânones próprios aos contratos – servem para revelar que a contratação coletiva poderá receber leitura tendente ao equilíbrio entre as partes, sem que, com isso, se divorcie da liberdade revelada na autonomia privada coletiva e tampouco da justiça comutativa almejada pela concepção aristotélico-tomista.

impone la elección del sentido más favorable al trabajador (art. 9º, LCT). ETALA, *Derecho Colectivo...*, p. 324.

⁵⁸⁶ Sobre a utilização da técnica das cláusulas gerais, como possibilitadoras de mobilidade ao sistema jurídico, especialmente com ênfase no Código Civil Brasileiro de 2002, por todos, MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil Brasileiro: em busca da ética da situação. In: *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87-168.

CONCLUSÃO

O presente trabalho não pretende enaltecer o contrato coletivo em sua importância na regulação das relações jurídicas em que tem incidência. Da mesma forma, não minimiza a sua relevância social como instrumento regulatório de interesses coletivos. O escopo não é a proposição de um sistema ideal, que assimile o contrato coletivo com esta ou aquela função. Ao contrário, pretendeu partir do contrato coletivo, espécie da categoria jurídica contratos, da forma como é vigente no ordenamento jurídico, especialmente no brasileiro, e, a partir desta premissa, examinar-lhe em perspectiva específica. A definição, a natureza jurídica e as características do contrato coletivo tiveram papel meramente instrumental. A finalidade foi identificar o critério de justiça que revela e, a partir daí, demonstrar a sua posição em relação à norma heterônoma estatal, os seus limites e as suas possibilidades interpretativas.

Para que se possa avançar na compreensão dos contratos coletivos é fundamental pensá-lo dentro da teoria geral dos contratos. Assim, o texto teve o cuidado de examinar a construção da concepção voluntarista de contrato, de larga preponderância no direito moderno. Após examinou as reações ao voluntarismo, inicialmente a partir da formação do micro-sistema do Direito do Trabalho e demais

manifestações de intervenção heterônoma estatal nas relações jurídicas privadas. Aqui, se pôs em relevo a importância do contrato coletivo na gênese da proteção ao hipossuficiente das relações de trabalho. Ao mesmo tempo, identificou que o dogma da vontade sobreviveu à intervenção estatal, ao menos no Direito do Trabalho, soberano quanto aquilo não regrado em normas imperativas. O segundo momento de reação posto em relevo foi aquele que incidiu na teoria geral dos contratos, afetando diretamente o dogma da vontade. A utilização de exemplos de teorias e institutos procurou dar uma idéia geral de como, nessa nova concepção, o contrato foi se reaproximando de uma objetiva e equilibrada troca de prestações.

O caminho na direção da objetivação dos contratos ajuda na compreensão dos contratos coletivos, já que a lente voluntarista sempre gerou perplexidade no exame da espécie. Com efeito, por trás da discussão acerca da sua natureza jurídica – contratual, normativa ou mista – sempre esteve a dificuldade de compreender como poderiam afetar a esfera jurídica daqueles que não manifestaram, direta ou indiretamente, a sua vontade no momento júri-genético, tampouco de como poderiam reger relações futuras. Entretanto, a concepção privatista construída a partir da segunda metade do séc. XX, consagrada pela idéia de liberdade sindical disseminada pela Organização Internacional do Trabalho, fez compreender que tais características não são incompatíveis com a lógica contratual, especialmente se concebermos o contrato como mais do que mero somatório de vontades.

Assim, o trabalho procurou demonstrar que a chave para a compreensão está no fundamento de vinculatividade dos contratos coletivos. Para isso utilizou como fio condutor a teoria da justiça aristotélico-tomista, procurando relevar a sua atualidade

e pertinência na fundamentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. A distinção entre justiça distributiva e justiça comutativa e a posterior formação e identificação do conceito de justiça social, todas previstas no sistema constitucional brasileiro, foram o lastro que, ao final, permitiu a conclusão. Há uma inegável vinculação entre a justiça comutativa e a reconstrução da idéia de contrato, perfeitamente aplicável no âmbito dos contratos coletivos.

A justiça comutativa de concepção aristotélico-tomista pressupõe a troca equilibrada de prestações e, portanto, no âmbito dos contratos coletivos, deve ser antecedida pelo exame da autonomia privada coletiva. Por isso, o trabalho enfoca a construção da autonomia privada coletiva como um poder reconhecido aos grupos sociais para a tutela de seus interesses, que não são individuais nem gerais, mas privados e coletivos. O reconhecimento da autonomia privada coletiva como poder originário e do interesse coletivo como supremo em relação ao individual legitimam a contratação coletiva, com sua independência em relação ao Estado e com sua eficácia *erga omnes*.

De outra parte, não se pode esquecer que os contratos coletivos têm vida e incidência junto àquelas relações jurídicas que, no campo individual, apresentam disparidade econômica, pela presença de um pólo hipossuficiente. Assim, por exemplo, no Direito do Trabalho e no Direito do Consumidor. Por isso, vinculado ao exame da autonomia privada coletiva fez-se o dos seus instrumentos de pressão, que viabilizam a eficácia da contratação coletiva. A greve e o boicote, meios extremos de contra-poder econômico, consagrada como direito fundamental a primeira e autorizado pelo silêncio legal o segundo, de fato têm o condão de re-

equilibrar a relação que, no plano individual, está maculada pela desigualdade original.

Estabelecidas tais premissas, o trabalho dedica-se a resolver três questões. A primeira diz com o encaixe da teoria aristotélico-tomista de justiça particular – nas suas espécies distributiva e comutativa – nas lógicas normativas heterônoma estatal e autônoma coletiva. Feita esta adequação, busca argumentar, com o auxílio da idéia, nas questões que envolvem os limites materiais dos contratos coletivos e os critérios de interpretação para eles utilizados.

O exame da incidência da justiça distributiva, para as normas estatais heterônomas, e da justiça comutativa, para as autônomas coletivas, é realizado em dois momentos. Inicialmente, o texto busca traçar uma linha distintiva entre os princípios informadores do Direito Individual do Trabalho e do Direito Coletivo do Trabalho, como reveladores das correspondentes motivações normativas. A investigação é realizada a partir do texto constitucional brasileiro, o que permite, por um lado, a clara definição das diferenças estruturais, e, por outro, o paralelismo das categorias em suas condições de direitos fundamentais. O Direito Individual do Trabalho, assim como a sua manifestação normativa típica, é informado pela lógica da *prestação* pelo Estado. O Direito Coletivo do Trabalho, por sua vez, pela idéia de *liberdade*, consagrada na autonomia privada coletiva.

Posteriormente, o trabalho testa a aplicação das características antes identificadas nas lógicas de justiça social, distributiva e comutativa. O enquadramento resultante revela que não é a justiça social que informa a proteção

que o Estado estabelece em relação ao hipossuficiente de determinada relação privada, e sim a justiça distributiva, que define o tratamento desigual de determinado grupo social a partir de suas necessidades. Por outro lado, não só a existência de relação entre privados, mas, fundamentalmente, a bilateralidade dos contratos coletivos, natural e normativa, é que atrai a lógica da justiça comutativa.

Diante disso, é possível que se enfrente a questão que diz com a relação entre os planos normativos heterônomo estatal e autônomo privado, especialmente se há, entre eles, relação de prevalência. Como já dito, a pretensão não foi a de tratar de um sistema ideal, mas de investigar, à luz do ordenamento vigente, se há possibilidade de sobreposição da norma coletiva autônoma à heterônoma estatal, ou vice-versa. O exame revela resposta negativa. Da forma como positivamente concebido, não há sobreposição, mas justaposição entre os planos. A fronteira entre eles é definida pela norma heterônoma estatal, que por característica é “mínima” e, assim, possibilita sempre o tratamento em patamares superiores aos seus. Em situações pontuais ela não é imperativa em seus limites mínimos, ocasiões em que prevê, ela própria, o seu afastamento para a atuação de outro centro de poder, qual seja o da autonomia privada coletiva. Essa concepção acolhe o complexo aristotélico-tomista de justiça, que prevê de modo distinto a forma de alcançar a igualdade e que, objetivamente, é previsto na Constituição brasileira.

Finalmente, a mesma lógica permitiu que se investigasse a questão que diz com a interpretação dos contratos coletivos, que há muito se estabelece entre a utilização de cânones próprios para a interpretação da lei ou para a dos contratos. A interpretação nos moldes da lei traz a incidência, no plano coletivo, da tendência

unilateral do plano individual, revelada em seu aspecto hermenêutico no cânone *in dubio pro misero*. Conforme identificado, com o precioso auxílio da doutrina italiana, esta concepção ignora o equilíbrio interno dos contratos coletivos, revelado pelas capacidades de poder e contra-poder dos sujeitos, e, assim, quebra a comutatividade que lhes é ínsita. Ademais, o afastamento do voluntarismo como fundamento de vinculatividade dos contratos ajuda a derrubar boa parte dos argumentos utilizados pelos “legalistas”, especialmente porque a interpretação não precisa mais ser concebida a partir do arbítrio das partes, podendo levar em maior consideração o equilíbrio prestacional que caracteriza a justiça comutativa como regente das trocas entre privados.

O fio condutor de toda a investigação foi o contrato coletivo de Direito do Trabalho. Isso derivou do fato de que neste ramo da ciência do direito o instituto nasce e se desenvolve, sendo consagrado em todos os ordenamentos jurídicos democráticos do mundo como um potencial regulador das relações de trabalho. Os exemplos, os modelos jurídicos legais e a doutrina aqui são férteis. Entretanto, nos parece que as construções e as conclusões aqui definidas podem informar o contrato coletivo como categoria geral, sendo, assim, aplicáveis a outras relações jurídicas que possam comportar a contratação coletiva como instrumento regulatório.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Autonomia privada*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo5.htm>>

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Tradução estudos bibliográficos e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2002.

AROUCA, José Carlos. *O sindicato em um mundo globalizado*. São Paulo: LTr, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

AVILÉS, Antônio Ojeda. *Derecho sindical*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 193-197.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. *Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. *Revista da Procuradoria do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, n. 17, p. 15-56, 2003.

BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra, 1969.

BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BOLLANI, Andrea. *Contratto collettivo e interpretazione*. Pádova: CEDAM, 2004.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *O pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRION, Valentin. Evolução histórica do direito coletivo norte-americano. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Coord.). *Curso de direito coletivo do trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa*. São Paulo: LTr, 1998.

CARTA dos Direitos Fundamentais da União Européia. Coimbra: Almedina, 2001.

CASTILLO, Santiago Perez del. Hierarquia das fontes no directo do trabalho. In: PLÁ RODRIGUES, Américo (Coord.) *Estudos sobre as fontes do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

CATHARINO, José Martins. A convenção sindical normativa. In: DE LA CUEVA, Mário (Coord.). *Derecho colectivo laboral*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

_____. *Tratado elementar de direito sindical*. São Paulo: LTr, 1977.

CESSARI, Aldo. L'interpretazione dei contratti collettivi e il problema dell'autonomia sindacale. *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, v. 1, gen./giug. 2004. Milão: Giuffrè, 2004.

CHAHAD, José Paulo Zeetano; MENEZES-FILHO, Naércio Aquino de. *Mercado de trabalho no Brasil: salário, emprego e desemprego numa era de grandes mudanças*. São Paulo: LTr, 2002.

CLAVERO, Bartolomé. Codificación y Constitución: paradigmas de un binômio. *Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 18, p. 79-145, 1989.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

COUTO E SILVA, Almiro. Romanismo e germanismo no Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 13, 1997.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob. (Org.) *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob. (Org.) *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

DÄUBLER, Wolfgang. *Direito do trabalho e sociedade na Alemanha*. Tradução de Alfred Keller. São Paulo: LTr, 1997.

DE FERRARI, Francisco. Naturaleza jurídica del convenio colectivo. In: DE LA CUEVA, Mário (Coord.). *Derecho colectivo laboral*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

DE LA CUEVA, Mário. *Derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1970.

DE MASI, Domenico (Org.). *A sociedade pós-industrial*. São Paulo: Senac, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2003.

DELGUE, Juan Raso. *Conflito entre lei e convenção coletiva*. In: PLÁ RODRIGUES, Américo (Coord.) *Estudos sobre as fontes do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

DESPAX, Michel. *Traité de droit du travail*. Paris: Librairie Dalloz, 1966. v. 7: *Conventionis Collectives*.

ETALA, Carlos Alberto. *Derecho Colectivo del Trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos fundamentais: questões jurídicas, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988. In: ASPECTOS do direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 279-292.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FINK, Daniel Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do ante-projeto*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GENOUD, Héctor. La interpretación de los convenios colectivos. In: DE LA CUEVA, Mario et al. (Org.) *Derecho Colectivo Laboral*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

GENRO, Tarso Fernando. *Contribuição à crítica do direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1988.

GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horácio. Princípios da OIT sobre la negociación colectiva. *Revista Internacional del Trabajo*, v. 119, p. 37-59, 2000.

GHESTIN, Jacques. *Droit du travail*. Paris: Sirey, 1972.

_____. L'utile et le juste dans les contrats. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, v. 26, 1981.

GIUGNI, Gino. Appunti sull'interpretazione del contratto collettivo. In: *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, v. 1, gen./giug. 2004. Milão: Giuffrè, 2004.

_____. *Direito sindical*. Tradução Eiko Lúcia Itioka. São Paulo: LTr, 1991.

_____. *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. Granada: Comares, 2004.

GOMES, Orlando. Contrato coletivo de trabalho. In: DE LA CUEVA, Mario et al. (Org.) *Derecho Colectivo Laboral*. Buenos Aires: Depalma, 1973,

_____. *A convenção coletiva de trabalho*. Edição fac-similada. São Paulo: LTr, 1995.

GONÇALVES DA SILVA, Luís. *Notas sobre a eficácia normativa das convenções coletivas*. Coimbra: Almedina, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

GUTNISKY, Alberto. Los presupuestos socio-economicos del derecho colectivo del trabajo. In: DE LA CUEVA, Mario et al. (Org.) *Derecho Colectivo Laboral*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.

HOBBSBAWN, Eric J. A era das revoluções. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

IRTI, Natalino. Princìpi e problemi di interpretazione contrattuale. In: L'INTERPRETAZIONE del contatto nella dottrina italiana. Padova: CEDAM, 2000.

JAVILLIER, Jean-Claude. [Direito do trabalho] In: PRADO, Ney (Coord.). *Reforma trabalhista: direito do trabalho ou direito ao trabalho?* São Paulo: LTr, 2000. p. 183-188.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1.

_____. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução J. Sosa Brito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES, Mônica Sette. *A convenção coletiva e sua força vinculante*. São Paulo: LTr, 1998.

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

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula *Convenção coletiva de consumo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2ª ed. São Paulo: Loyola, 1991.

MAGRINI, Sergio. Recenti novità giurisprudenziali sull'interpretazione dei contratti collettivi. In: *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, v. 1, gen./giug. 2004. Milão: Giuffrè, 2004.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A fúria. *Revista LTr*, São Paulo, p. 1297-1309, nov. 2002.

_____. *Modernidade e direito do trabalho*. Disponível em: <<http://www.lpp-uerj.net/outrobrasil>>

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t. 2.

_____. O novo Código Civil Brasileiro: em busca da ética da situação. In: Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito pátrio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MASINI, Nildo. [Direito do trabalho] In: PRADO, Ney (Coord.). *Reforma trabalhista: direito do trabalho ou direito ao trabalho?* São Paulo: LTr, 2000.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MAZZONI, Giuliano. *La conquista della libertà sindacale*. Roma: Soc. Editrice Leonardo, 1947.

MEDEIROS, Mauro. *A interpretação da convenção coletiva de trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

MICHELON, Cláudio. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 21, p. 101-112, mar. 2002.

MONTEIRO FERNANDES, Antônio. *Direito do trabalho*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

MORRIS, Clarence (Org.) *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MOURA, José Barros. *A convenção colectiva entre as fontes de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1984.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho sindical*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

OLEA, Manuel Alonso. *Pactos colectivos y contratos de grupo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955.

PASTORE, José. *O desemprego tem cura?* São Paulo: Makron, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. Hierarquia das fontes no directo do trabalho. In: PLÁ RODRIGUES, Américo (Coord.) *Estudos sobre as fontes do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERONE, Giancarlo. Os direitos do trabalhador como indivíduo: os direitos sociais. In: OS NOVOS paradigmas do direito do trabalho: homenagem a Valentin Carrion. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 61-71.

PERSIANI, Mattia. Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro. In: *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, v. 1, gen./giug. 2004. Milão: Giuffrè, 2004.

_____. *Saggio sull'autonomia privata collettiva*. Padova: CEDAM, 1972.

PINTO E SILVA, Otávio. *A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

PIO XI. Encíclica Divini Redemptoris In: ENCÍCLICAS e documentos sociais. São Paulo: LTr, 1991. v. 1.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 25.

PRADO, Ney. Os princípios do direito do trabalho e a economia informal. In: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Os novos paradigmas do direito do trabalho: homenagem a Valentin Carrion*. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

PREVALÊNCIA. In: DICIONÁRIO Aurélio. Versão eletrônica.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos de direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Lições preliminares de direito*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Nova fase do direito moderno*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIBEIRO DA SILVA, Walküre Lopes. Autonomia privada coletiva e o direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 97, p. 27-39, 2000.

RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos*. São Paulo: Mbooks, 2004.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical: direito, política e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

RÜDIGER, Dorothee Susanne (Coord.) *Tendências do direito do trabalho para o século XXI*. São Paulo: LTr, 1999.

_____. *O contrato coletivo no direito privado: contribuições do direito do trabalho para a teoria geral do contrato*. São Paulo: LTr, 1999.

RUPRECHT, Alfredo J. *Derecho colectivo del trabajo*. México: Universidad Nacional Autónoma, 1980.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios gerais de direito sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. Quale disciplina per l'interpretazione del contratto collettivo? In: *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, v. 1, gen./giug. 2004. Milão: Giuffrè, 2004.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Fundamentos do direito coletivo do trabalho nos Estados Unidos da América, na União Européia, no Mercosul e a experiência brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*. São Paulo: LTr, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHIEBER, Benjamin. [Direito do trabalho]. In: PRADO, Ney (Coord.). *Reforma trabalhista: direito do trabalho ou direito ao trabalho?* São Paulo: LTr, 2000. p. 179-183.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOMMA, Alessandro. *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*. Milano: Giuffrè, 2000.

SUPIOT, Alain (Coord.). *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Alcance e objeto da flexibilização do direito do trabalho. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coord.). *A transição do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 1999. p. 33-40.

_____. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994.

_____. *Direito constitucional do trabalho*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SWEPSTON, Lee. Desarrollo de las normas sobre derechos humanos y libertad sindical mediante el control de la OIT. *Revista Internacional del Trabajo*, v. 117, n. 2, 1998.

THOMPSON, E. P. *A formação da classe operária inglesa*. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. 3 v.

VIANNA, Márcio Túlio. Novos rumos para o direito do trabalho. In: VIANNA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *O que há de novo em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WATANABE, Kazuo. {Comentários ao CDC}. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução Antônio Manuel Botelho Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

ZANGARI, Guido. *Principi di diritto sindacale nel sistema della costituzione formale*. Milão: Giuffrè, 1962.

ZYLBERSTAJN, Hélio. Os metalúrgicos do ABC: tentando construir o novo/velho sindicato no Brasil. In: CHAHAD, José Paulo Zeetano, e CACCIAMALI, Maria Cristina (Org.). *Mercado de trabalho no Brasil: novas práticas trabalhistas, negociações coletivas e direitos fundamentais no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 286-308.