



**João de Amaral Filho**

**A teoria da ação comunicativa de  
Habermas como fundamento de validade  
normativa das negociações coletivas de  
trabalho**

**Dissertação de Mestrado**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Gisele Guimarães Cittadino

Rio de Janeiro  
Abril de 2014.



**João de Amaral Filho**

**A Teoria da ação comunicativa de  
Habermas como fundamento de validade  
normativa das negociações coletivas de  
trabalho**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

**Prof<sup>a</sup>. Gisele Guimarães Cittadino**  
Orientadora  
Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof<sup>a</sup>. Márcia Nina Bernardes**  
Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof<sup>a</sup>. Daniela Trejos Vargas**  
Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof<sup>a</sup>. Mônica Herz**  
Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de  
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 02 de abril de 2014.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

## João de Amaral Filho

Graduou-se em direito no ano de 1998 pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós graduou-se em Direito Constitucional em 2004 pela Universidade Federal do Espírito Santo. É professor de Direito Empresarial, Direito Material e Processo do Trabalho, e de Introdução ao Estudo do Direito na Faculdade Doctum de Vitória, Estácio de Sá em Vila Velha e no Centro de Formação e Aperfeiçoamento da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo. É Advogado militante na área empresarial e trabalhista.

### Ficha Catalográfica

Amaral Filho, João de.

A Teoria da ação comunicativa de Habermas como fundamento de validade normativa das negociações coletivas de trabalho / João de Amaral Filho; orientadora: Gisele Guimarães Cittadino – 2014.

102 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2014.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Modelo Democrático. 3. Legitimação. 4. Validade e Faticidade. 5. Razão Procedimental. 6. Agir Comunicativo; 7. Processo Dialógico. 8. Espaço Público; Direito Coletivo do Trabalho. 9. Aplicabilidade. 10. Negociação Coletiva. I. Cittadino, Gisele Guimarães. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Às minhas filhas, Maria Clara e Clarice, à  
minha esposa, Cleide, aos meus pais, João e  
Tereza, às minhas irmãs, Letícia e Mariana, ao  
cunhado (irmão) Rodrigo e minha sobrinha  
Sophia.

## Agradecimentos

Agradeço à minha orientadora, Profa. Dra. Gisele Cittadino, por ter acreditado no tema, pela paciência e generosidade habituais, por ter compartilhado seu conhecimento e ter me estimulado à investigação.

Agradeço, ainda, aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica – Rio de Janeiro, especialmente às professoras doutoras Márcia Nina e Bethânia pelas importantes contribuições a este trabalho.

Também agradeço aos amigos do programa de mestrado, como Luiz Eduardo Salomão, Christiane Perdigão e Marco Antônio Redinz, pelo incentivo, suporte e discussões sempre estimulantes e instigantes.

Por fim, mas não menos importante, agradeço ao apoio administrativo dos funcionários das instituições de ensino.

## Resumo

Amaral Filho, João de; Cittadino, Gisele Guimarães. **A teoria da ação comunicativa de Habermas como fundamento de validade normativa das negociações coletivas de trabalho. 2014.** Rio de Janeiro, 2014. 102p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Com a modernidade em crise, a crítica aos ideais iluministas e até da noção tradicional da razão em cheque, passou-se a buscar uma melhor compreensão da realidade, como alternativa para suprir um crescente descontentamento social em função do distanciamento entre as decisões administrativas, incluindo as judiciais, e os efetivos anseios dos cidadãos. Dentre as propostas que aliam o novo ideal democrático ao contexto do mundo da vida, o filósofo alemão Jürgen Habermas propõe uma mudança de paradigma da Razão através de uma lógica dialógica, transferindo a noção da Razão Prática para um espectro procedimental, usando como ferramenta indispensável o agir comunicativo, o discurso e o consenso entre as partes interessadas; além disso, promove uma reconstrução do direito e do Estado, com a superação dos modelos teóricos existentes – liberal e republicano – e com a formatação de um Estado efetivamente democrático, posto que viabiliza a participação dos concernidos na criação dos direitos. Em outras palavras, Habermas aposta no sucesso processo de interação comunicativa, que se efetiva por meio de um acordo discutido, debatido e refletido em função dos motivos apresentados pelos interessados. Diante dessa linha habermasiana que envolve a atuação efetiva dos cidadãos e das instituições da sociedade civil, além do próprio Estado, no processo de formulação normativa e decisória surge, para alguns, a ideia da inaplicabilidade dessa teoria por entenderem que, em função da realidade brasileira, principalmente em relação ao déficit educacional da população, essa ideia ficaria prejudicada. O Direito Coletivo do Trabalho, como ramificação de nosso sistema jurídico, promove a derrocada dessa premissa de inaplicabilidade da proposta de Habermas que adota o agir comunicativo como instrumento para alcance do entendimento, do consenso dos interessados, promovendo, assim, uma harmônica relação entre a validade e faticidade da norma. Importante ainda ressaltar a convivência dos interesses individuais e dos coletivos, não havendo prevalência da simples vontade da maioria, mas sim da vontade melhor justificada dentro do processo dialógico, ocorrendo a preservação das garantias e direitos individuais fundamentais.

## Palavras-chave

Modelo Democrático; Legitimação; Validade e Faticidade; Razão Procedimental; Agir Comunicativo; Processo Dialógico; Espaço Público; Direito Coletivo do Trabalho; Aplicabilidade; Negociação Coletiva.

## Abstract

**Amaral Filho, João de;** Cittadino, Gisele Guimarães (Advisor). **The theory of communicative action Habermas as the foundation of normative validity of collective labor negotiations.** Rio de Janeiro, 2014. 102p. MSc Dissertation - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

With modernity in crisis, criticizes the Enlightenment ideals and even the traditional notion of reason in check, began to seek a better understanding of reality, as an alternative to supply a growing social discontent due to the distance between the administrative decisions, including judicial, and actual desires of citizens. Among the proposals that combine the new democratic ideal context of the living world, the German philosopher Jürgen Habermas proposes a paradigm shift of Reason through a dialogical logic, transferring the notion of Practical Reason for a procedural spectrum, using as the indispensable tool communicative action, discourse and consensus among stakeholders; Moreover, it promotes a reconstruction of law and state, with the overcoming of the existing theoretical models - liberal and republican - and the formatting of a democratic state effectively, since it enables the participation of concerned in the creation of rights. In other words, Habermas betting on the success of the process, which is effective communicative interaction through an agreement discussed, debated and reflected on the basis of the reasons given by those concerned. Given this Habermasian line that involves the effective participation of citizens and civil society institutions, and the state itself, the formulation of rules and decision-making process arises, for some, the idea of this theory inapplicable because they understand that, according to the Brazilian reality mainly in relation to the educational deficit of the population, this idea would be impaired. The Collective Labour Law, as a branch of our legal system, promotes the overthrow of this premise inapplicability of proposed which adopts Habermas communicative action as an instrument to reach understanding, consensus of stakeholders, thus promoting a harmonious relationship between the validity and facticity of the norm. Important to highlight the coexistence of individual and collective interests, with no prevalence of simple will of the majority, but the best justified within the dialogical process will occur and guarantees the preservation of fundamental individual rights.

## Keywords

Democratic model; legitimation; Validity and facticity; Procedural reason; Communicative Action; Dialogic process; Public Space; Collective Labour Law; Applicability; Collective Bargaining.

## Sumário

1	Introdução	12
2	O Direito sob o enfoque Habermasiano	16
2.1	Direito e Democracia: Crise entre a Validade e Faticidade	16
2.2	Modelo Democrático: Procedimentalismo e Substancialismo	21
2.2.1	Da Teoria da ação comunicativa	23
2.2.1.1	O Agir Comunicativo como fonte primária de Integração Social	23
2.2.1.2	Da razão prática à razão procedimental	25
2.3	Soberania popular como procedimento	29
2.3.1	O espaço público e sua relevância na proposta habermasiana	29
2.3.2	Do espaço público político	31
2.3.3	Proposta habermasiana de compatibilidade dos interesses: da relação entre soberania popular e direitos individuais fundamentais	34
2.3.4	Paradigma Procedimental	36
3	Da crítica à proposta habermasiana	38
3.1	Dos pressupostos para implantação da racionalidade procedimental	38
3.2	Da (in) aplicabilidade da proposta habermasiana no modelo democrático brasileiro	39
3.3	Do entrelaçamento do processo de desenvolvimento cognitivo individual e social	43
4	Negociação no âmbito do direito coletivo de trabalho e seu papel de integração social	46
4.1	Modelo legislado e modelo negociado	46
4.2	Da flexibilização dos direitos trabalhistas	48
4.3	Dos instrumentos de negociação coletiva de trabalho	51
4.4	Do pluralismo jurídico quanto às fontes normativas trabalhistas	53
4.5	Do fundamento de validade: função normativa	54
4.6	Negociação coletiva: procedimento de normatização	56
4.7	Da adequação com a proposta habermasiana	61



4.7.1 Modelo Misto de Normatização	61
4.7.2 Estabelecimento de racionalidade procedimental	63
4.7.3 Verificação de procedimento dialógico – o agir comunicativo e o discurso	65
4.7.4 Presença e atuação dos espaços públicos	69
4.7.5 Mecanismos trabalhistas de autocomposição: presença da teoria do agir comunicativo	74
4.7.5.1 Atuação sindical	75
4.7.5.2 Representação dos Trabalhadores na Empresa	77
4.7.5.3 Pactos sociais trabalhistas	80
5 O sindicalismo como modalidade de ação política	83
5.1 Evolução Histórica	83
5.2 Natureza Jurídica das Entidades Sindicais e aquisição de personalidade	87
5.3 Do Sistema Sindical Brasileiro – Das Instâncias Sindicais	88
5.4 Funções e campo de atuação dialógica	90
5.5 O Sindicalismo e a autonomia privada coletiva	92
6 Considerações Finais	95
7 Referências Bibliográficas	99

## Lista de abreviaturas

ACT – Acordo Coletivo de Trabalho

CCT – Convenção Coletiva de Trabalho

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

MTE – Ministério do Trabalho e Emprego

OIT – Organização Internacional de Trabalho

SDC – Seção de Dissídios Coletivos

STF – Supremo Tribunal Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

TST – Tribunal Superior do Trabalho

*“Somente quando o homem tiver adquirido o conhecimento de todas as coisas poderá conhecer a si mesmo. Porque as coisas nada mais são que as fronteiras do homem.”*

Nietzsche

## Introdução

Não se tem tornado raro em nosso cotidiano o questionamento de considerável parte da sociedade sobre a efetividade do regime normativo posto gerando, assim, abalos e ataques inconsequentes no calor de qualquer tragédia, escândalo, ou qualquer estremeamento da relação entre o mundo normativo e o mundo fático. Tudo isso proporciona riscos a uma das bases de um Estado Democrático de Direito, a saber, a Segurança Jurídica.

Diante de um sistema normativo oriundo de uma democracia representativa frágil, sendo os destinatários representados por políticos sem ideologia, e, em muitas oportunidades, com desvios de conduta, justificam-se as amarguras e reclamações, não devendo ser isso a mola propulsora de mudanças radicais, mas sim de aperfeiçoamento das instituições públicas e privadas e dos processos democráticos que permitam um maior envolvimento e participação dos cidadãos.

É de conhecimento pacífico entre os constitucionalistas as peculiaridades da evolução dos direitos civis, políticos e sociais na história brasileira. Enquanto que na Inglaterra, por exemplo, a evolução dos direitos se deu com o surgimento dos direitos civis, políticos e só após os sociais, no Brasil, primeiro se efetivaram os direitos sociais, em especial com o advento da regulamentação dos direitos trabalhistas nas décadas de 30 e 40 do século passado, para só após uma longa ditadura militar ocorrer a efetivação dos direitos civis e políticos, com o advento da Constituição Federal de 1988.

Durante a ditadura militar, os órgãos de representação política foram enfraquecidos e esquecidos, gerando reflexos prejudiciais mesmo após a superação dessa fase da história, visto que existiam mecanismos ineficazes de representação e sem a clara noção de que ter direitos políticos interfere diretamente na obtenção de direitos sociais.

Diante desse cenário, o processo de construção de nossa cidadania deixou em segundo plano uma efetiva participação política, gerando uma costumeira postura estática dos brasileiros em relação às aberrações, abusos e desvios de finalidade cometidos pela administração pública, com o auxílio ou omissão da classe política, que representaria os interesses dos cidadãos junto ao Estado.

O presente estudo tem como meta analisar a aplicabilidade da Teoria da Ação Comunicativa proposta por Jürgen Habermas na seara do Direito do Trabalho.

Como ponto de partida tem-se a contribuição dada por Jürgen Habermas que, em 1992, por meio de sua obra “Direito e Democracia: entre a facticidade e validade”, defende uma teoria discursiva do Direito partindo de uma racionalidade procedimental.

Habermas considera a validade falível, sendo que essa condição é inerente ao Direito, e, portanto, sempre poderá ser problematizada, discutida, questionada, e/ou até revogada, dependendo do procedimento legislativo adotado. Assim, Habermas parte da premissa de que a Normatividade advém de um procedimento oriundo da relação de integração entre os direitos humanos e a soberania popular, sendo este binômio um claro pressuposto para a constituição de um exemplar Estado Democrático de Direito.

Num primeiro momento, a proposta habermasiana sofre críticas quanto à restrição de aplicabilidade dessa teoria, sendo, para muitos, indispensável um cenário de sociedade complexa, desenvolvida e evoluída.

Habermas acredita que sujeitos capazes de linguagem e ação podem promover a reflexão e a crítica, ultrapassando a validade intuitiva de seus valores. O referido filósofo alemão aposta no sucesso do processo de interação comunicativa, que se efetiva por meio de um acordo, ora debatido e refletido em função das razões apresentadas pelos sujeitos. O discurso apresentado por cada interessado deve estar arraigado a uma fundamentação, uma justificativa.

A ética discursiva habermasiana recorre ao modelo de um amplo e irrestrito diálogo, no qual todos os participantes têm igual acesso e no qual prevalece a força do melhor argumento, também designada como “situação ideal de fala”.

Quando Habermas propõe a noção de espaço público para esse debate social, conseguiu estabelecer uma democratização dos processos de formação de opinião e vontade, pautada numa coesão social livre e não coagida. Essa interação social, classificada como não violenta, considera-se comunicativa por estabelecer que não poderá se apoiar em formas de coerção, mas apenas na técnica argumentativa e persuasiva que propõe a prevalência do “melhor argumento”.

De plano, pode-se constatar que a forma de interação social proposta por Habermas se dá por um entendimento comunicativo que não se limita a prevalecer a vontade de uma maioria, mas sim do estabelecimento de posições reflexivas e críticas para o alcance da decisão mais acertada; o que enseja numa ideia de democracia moderna por não se ater ao simples interesse da grande maioria, também chamada de tirania da maioria, mas também possibilitar a efetivação de interesses das minorias, se fundados em argumentos racionalmente aceitos.

Antes mesmo de se questionar sobre sua aplicabilidade no Brasil, nosso ordenamento já aponta sistemas e mecanismos jurídicos que podem se adequar à proposta habermasiana. Como exemplo, adota-se o Direito Coletivo do Trabalho.

Partindo desses apontamentos, a Teoria da Ação Comunicativa de Habermas poderia fundamentar o intrigante e diferenciado mecanismo de geração de fontes formais no Direito Coletivo do Trabalho, visto que, em vários casos, é dispensável a participação do Poder Estatal (seja pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário) no procedimento de construção e implantação normativa, sem prejuízo de sua validade.

A análise se atém à verificação do fundamento de validade normativa dos instrumentos de negociação coletiva de trabalho, que se apresentam como fontes normativas autônomas, fugindo do modelo tradicional de criação normativa que é pautado pela origem estatal. Propõe, ainda, analisar a motivação e validade de um

procedimento diferenciado de criação de normas jurídicas no Direito do Trabalho, tendo como pontos em evidência: a presença de Racionalidade Procedimental nos instrumentos de negociação coletiva de trabalho; a caracterização como fonte de integração comunicativa, privilegiando o agir comunicativo; entre outras semelhanças.

O presente estudo investigará se a produção normativa oriunda das negociações coletivas de trabalho, conforme previsto no artigo 7º, inciso XXVI da CRFB, ora consideradas fontes formais do Direito de Trabalho, pode ser dita como prova viva da importância da Teoria do Discurso de Habermas, visto que resultam de uma adequação setorial negociada pelos próprios interessados, de forma direta e democrática, atendendo à realidade de cada categoria, profissão ou região; ficando, assim, evidente uma razão comunicativa, em que prevalece o melhor fundamento (argumento) naquele momento.

## 2

### O Direito sob o enfoque Habermasiano

#### 2.1

##### Direito e Democracia: Crise entre a Validade e Faticidade

Recentemente, o Direito Pátrio vem se deparando com uma forte crise de seus paradigmas, através da tensão estabelecida entre as esferas pública e privada, induzindo a um debate sobre a justificação de determinadas ações estatais e sua legitimação junto à sociedade.

As manifestações públicas recentes, sejam concretas (nas ruas), sejam virtuais (nas redes sociais), deixam transparecer sistematicamente, de forma temerária, questionamentos que põem em discussão e/ou dúvida o atual sistema normativo brasileiro, atribuindo a este a característica de ultrapassado, antiquado para as atuais expectativas sociais, principalmente quando se analisa a relação conflituosa entre faticidade e validade normativa.

Jürgen Habermas, filósofo alemão, em sua obra “Direito e Democracia entre faticidade e validade“, propõe uma submissão constante das instituições existentes a um modelo democrático crítico e reflexivo de suas finalidades e funções, ou seja, a uma atualização político-democrática.

Habermas estabelece uma teoria crítica da sociedade por meio de um método reconstrutivo. A reconstrução, segundo Habermas, inspira-se na tensão entre faticidade e validade, e significa estabelecer um paradigma procedimental que promove uma constante atualização dos conteúdos do Estado Democrático de Direito, saindo da compreensão dogmática e tradicional, para uma reaparição como produto de processos democráticos estabelecidos pela sociedade. (NOBRE,135,136)



A proposta habermasiana de institucionalização de processos de formação política da opinião e da vontade, em meio a um cenário crítico e reflexivo, desemboca nas democracias contemporâneas existentes, visto que incentiva a participação da sociedade civil, dos movimentos sociais e das chamadas esferas públicas autônomas.

Quando se fala em mudança ou reconstrução do paradigma, é importante retomar seu conceito, segundo Thomas Kuhn (Kuhn, “A estrutura das revoluções científicas”, p. 218), sendo uma *“realização científica universalmente reconhecida em um determinado período de tempo e que se altera por meio de rupturas nos aspectos centrais das visões de mundo até então dominantes.”* Para Kuhn, o paradigma é *“um conjunto de aspectos metodológicos, convenções linguísticas e formas de realização/interpretação de experimentos, o que firma valores, crenças, técnicas, problemas e soluções modeladas compartilhadas pela comunidade de cientistas”*. (CRUZ, 12)

Apesar das previsões animadoras quanto a esta proposta de aprimoramento e incentivo à participação democrática, segundo alguns debatedores do pensamento habermasiano, ocorrem algumas objeções para sua implantação desse modo de reconstrução político-democrática no Brasil.

Como exemplo, Lenio Streck, em sua Obra “Jurisdição constitucional e hermenêutica”, publicada em 2004, estabelece a existência de uma defasagem histórica na realidade social, econômica e política do Brasil, em relação às democracias contemporâneas mais complexas e desenvolvidas.

Como principal crítica daqueles que entendem como inadequada a teoria habermasiana no Brasil, surge a alegação de que o ambiente proposto por Habermas para desenvolvimento dessa dialética reflexiva e crítica entre os atores sócio-políticos, pressupõe a ausência de forças de coerção, que acabam por gerar bloqueios discursivos que travam o desenvolvimento das relações sociais.

Outra crítica é o fato de Habermas desconhecer os estágios jurídicos do Constitucionalismo, como diferenças entre Estado Social de Direito e Estado

Democrático de Direito. Habermas já avança para um cenário de Estado Democrático de Direito, sendo este o mais evoluído, e correspondente aos países europeus.

Arguem ainda que a ausência de difusão da liberdade de autonomia individual, ora conferida somente às classes dominantes e forças de poder, justifica o papel das Cortes Constitucionais, como o Supremo Tribunal Federal, que dispõe do exclusivo papel na condução da adequada interpretação constitucional.

Como consequência negativa a esta função conferida ao STF está a sensação de distanciamento da opinião pública e da sociedade civil organizada em relação às principais tomadas de decisão e posição para o estabelecimento da justiça e paz social. Diante da percepção de concentração de poder em órgãos estatais, remete-se a quarto plano a possibilidade de consulta popular para as principais tomadas de decisão, que apesar de disponível em nosso ordenamento jurídico, como os instrumentos de referendo, plebiscito, iniciativa popular para projetos de lei, entre outros, não são oportunizados como instrumentos de efetiva participação popular.

O cenário atual reflete uma predominância de um ativismo judicial como mecanismo de adequação do sistema jurídico às variantes do cotidiano. Este acontecimento possui aspectos positivos de busca de adequação e ajustes normativos à demanda social em evidência; entretanto, estabelece um procedimento que não obedece às etapas de legitimação de uma norma jurídica, preterindo inclusive o papel do Legislativo, e, portanto, apresenta-se como decisões que carecem de uma interação social reflexiva e crítica, visto que não se submetem à consulta popular, seja de forma direta por instrumento de consulta pública, seja indiretamente junto aos representantes eleitos. As técnicas de Hermenêutica e Integração Jurídica seriam empregadas não só como forma de complementação normativa, mas como um perigoso mecanismo, não legitimado, de criação de norma formal.

Esse cenário, apesar de necessário em momentos que se percebe a inoperância e a lentidão da atividade administrativa pública em geral, acaba por ocasionar duas situações temerárias ao Estado Democrático de Direito, a saber: primeiro, criar uma tirania do Judiciário, em que os magistrados julgariam conforme suas convicções; segundo, mesmo que fundamentada, a decisão poderia ser impopular e não aceita pela população que, pelo fato de não ter sido consultada em momento algum, promoveria um profundo desgaste, não só do Judiciário, mas das instituições públicas em geral.

A alegada crise de representação política, ora levada às ruas nas manifestações de 2013, aponta para várias incorreções na construção e aplicação do sistema normativo. Diante disso, verifica-se a adoção de medidas paliativas, como o aumento excessivo de um ativismo judicial, que se observa na delegação excessiva de funções legislativas ao Judiciário, em especial aos Tribunais Superiores (STF, TST, TSE etc) que acabam por substituir o Poder Legislativo, ora acusado de inércia e desvios de finalidade.

Se por um lado, o presente ativismo judicial se mostra eficaz para evitar, conforme os preceitos constitucionais, a paralisação do Estado e o abandono da sociedade, torna-se, de certa forma, nocivo para uma democracia de participação efetiva, visto que se promove a preterição dos instrumentos de consulta popular para assuntos de repercussão social. Como consequência imediata desse modelo, é crescente a instabilidade política do sistema jurídico posto, promovendo, junto aos destinatários, resultados impróprios como descumprimentos, impunidades, desusos.

Allender de Lima Barreto da Silva, em recente artigo publicado em 2012, corrobora com esse temor aduzindo:

“(…) o triunfo do paradigma pós-positivista, fruto de nosso avançado texto constitucional de 88, tem servido de engodo para que juízes e tribunais decidam conforme o seu bel prazer. É que a normatividade dos princípios se tornou uma ‘arma poderosa’ nas mãos de quem não tem o mínimo de preparo ético-constitucional. Não há a menor dúvida que a normatividade dos princípios foi uma conquista das mais valiosas, permitindo um diálogo aberto e franco entre a moral, a política e o direito, firmando também os alicerces que estruturam o Estado brasileiro, ocorre que o seu sentido tem sido corrompido para beneficiar o sentimento individual do intérprete. Não se percebeu até o momento que a grande conquista do pós-positivismo é a normatividade da Constituição, e não a

discrecionalidade do indivíduo. O intérprete/aplicador está imerso em uma atmosfera constitucional, daí se deduzir que ele nunca poderá chegar a uma decisão que não esteja inserida nesse ambiente.

Para evitar possíveis equívocos, o problema não é em si o resultado das decisões que a Corte Constitucional brasileira tem tomado, que, diga-se de passagem, não têm rompido com os consensos sociais, tampouco o problema reside na ampla visibilidade do Supremo Tribunal Federal, já que isso lhe dá maior legitimidade, o problema reside, sim, em ‘como’ a fundamentação dessas decisões podem vir a manipular os resultados; e mais, a jurisdição constitucional brasileira não se restringe a Excelsa Corte, portanto, juízes e Tribunais estariam preparados constitucionalmente para proferir decisões constitucionais? A resposta é não. Não estão preparados. Há na verdade uma manipulação da principiologia constitucional em favor do intérprete. Juízes e Tribunais, deturpando o paradigma neopositivista que imprime normatividade aos princípios, proferem decisões carregadas de apreciações individuais ao invés de aplicarem as regras ou de se desencilharem da devida fundamentação de ordem constitucional. Tornou-se comum invocar, em razão da textura aberta, a dignidade da pessoa humana, a isonomia, a proporcionalidade, a separação de poderes, para dizer alguns dos princípios mais frequentes nas decisões judiciais, a fim de que se prevaleça o sentimento pessoal do intérprete/aplicador em detrimento da própria regra estabelecida em uma lei ou no texto constitucional. Outro recurso também pretensamente neopositivista é o ‘decido conforme a minha consciência’ que tem o condão de afastar a aplicação de uma lei “injusta”, porém constitucional (que paradoxo, não?), para prevalecer o voluntarismo do julgador. Ao que parece, no imaginário do jurista brasileiro, a normatividade dos princípios engendrada pelo neopositivismo foi uma carta de alforria em termos de interpretação. É dizer: faz-se o que se quer com os princípios.”

Quando os fatos do mundo da vida saltam do mero cenário privado e ganham o debate público, a não absorção destes para o mundo jurídico através da atuação das instituições públicas, põe em risco não só o papel destas, mas a finalidade do Estado. Daí a instabilidade, a insegurança geradas.

Assim, pode-se entender o paradoxo encontrado nas decisões judiciais que aplicam normas distantes do mundo real, contrariando determinado anseio majoritário da sociedade e provocando descontentamentos, decepções e frustrações entre os destinatários desses comandos.

Certamente o resultado que a democracia espera não é o sentimento de frustração, de decepção, de descontentamento, de revolta. A democracia aguarda um resultado cívico de aceitação, de entendimento, de reconhecimento, de convergência, e não de repulsa.

## 2.2

### Modelo Democrático: Procedimentalismo e Substancialismo

Diante da demanda de insatisfações políticas, importante se faz esta comparação inicial, confrontando a teoria substancialista e procedimentalista, e tecendo uma breve análise sobre os efeitos na percepção da jurisdição constitucional ou sobre as fronteiras e expectativas da atuação do Poder Judiciário.

Entre os alinhados à teoria procedimentalista, citamos Kant, Habermas, Hart. Já em relação aos adeptos da teoria substancialista, temos: Hegel, Mauro Capelleti, Dworkin.

Como basilares da teoria procedimentalista, verifica-se a preocupação em proteger, primeiramente, as condições do procedimento democrático, e também o respeito pela divisão dos Poderes. Diante disso, os procedimentalistas não aceitam uma atuação do Judiciário que venha transbordar e exceder suas atribuições clássicas. Vejamos:

“O paradigma procedimental do direito orienta o olhar do legislador para as condições de mobilização do direito. Quando a diferenciação social é grande e há ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência de grupos virtualmente ameaçados, impõem-se medidas que podem ‘capacitar os indivíduos a formar interesses, a tematizá-los na comunidade e a introduzi-los no processo de decisão do Estado’.” (HABERMAS, 1997, vol. 2, p. 185).

Como um dos argumentos dos substancialistas quanto ao direito, destaca-se a identificação de uma função mais intervencionista e mais atuante para o Poder Judiciário, tendo como destaque dois pontos: o Estado Democrático de Direito como um novo paradigma de Estado, e a positivação dos direitos humanos fundamentais em nível constitucional.

“Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais. A vontade geral implícita no direito positivo [...] é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça

constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional.” (STRECK, 2004, pp. 147, 148)

Dentre as principais discordâncias dos substancialistas estão três pontos: primeiro, afirma-se que Habermas não reconhece o verdadeiro sentido, por assim dizer, do modelo de Estado Democrático, visto que essa concepção implica admitir obrigações positivas por parte do Estado. Em seguida, entende-se que o Direito nesse novo modelo político estabelece um novo paradigma (Estado Democrático de Direito) que possui uma nova legitimidade. Essa legitimidade viria, então, da própria Constituição. A Constituição é a representação de um contrato social, que possui em seu interior valores históricos em contínua referência ao momento de sua formação. Por fim, questiona-se a proposta procedimentalista de Habermas em face de peculiaridades brasileiras. A proposta de Habermas visa não apenas a institucionalização legítima do direito – em seu âmbito interno – mas uma legitimidade com justificação moral. Esta, por sua vez, só pode ser alcançada por meio de um agir comunicativo (HABERMAS, 1989) que pressupõe condições ideais de fala e sujeitas autônomas.

Como ter cidadãos plenamente autônomos, como Habermas propugna, se o problema da exclusão social não foi resolvido? Como ter cidadãos plenamente autônomos se suas relações estão colonizadas pela tradição que lhes conforma o mundo da vida? (STRECK, 2004, p.p. 174, 175).

As duas teorias confrontadas possuem um mesmo motivo, ou seja, a busca de uma sociedade mais igualitária, equânime, harmônica. Quanto à divisão dos Poderes, os substancialistas aduzem que o cenário de um ordenamento pode deslocar para o Poder Judiciário a função intervencionista de realizar valores e princípios positivados em âmbito constitucional. Como exemplo disso, temos a atuação do STF e demais Tribunais Superiores.

Já Habermas concentra sua proposta na manutenção dos Poderes em suas respectivas atribuições, e que o filtro de legitimação, a ser realizado pelo Poder Legislativo, necessita de reformulação, para submeter à análise parlamentar temas cuja opinião pública esteja efetivamente deliberando.

Nesse estudo, a preocupação será analisar a aplicabilidade ou não do modelo procedimentalista ao sistema jurídico brasileiro, visto que, segundo o substancialista, não haveria possibilidade de implementação da Teoria do Agir Comunicativo em uma sociedade com problemas sócio-econômicos, ficando restrita a sociedades complexas.

## **2.2.1**

### **Da Teoria da ação comunicativa**

#### **2.2.1.1**

##### **O Agir Comunicativo como fonte primária de Integração Social**

Habermas sugere uma reconstrução da relação entre faticidade e validade, buscando o aprofundamento da democracia pela participação da sociedade civil, da ação dos novos movimentos sociais e da dinâmica de esferas públicas autônomas, por meio de uma racionalidade procedimental.

Quando Habermas requisita essa participação efetiva das instituições, da sociedade civil, promove um foco privilegiado de reflexão e crítica voltado à esfera jurídica. O direito transforma-se em meio de integração social, alcançado pela via do agir comunicativo.

Para Habermas, a integração social não se dá somente via agir comunicativo em busca do entendimento, visto que não se verifica o exercício democrático pela simples vontade da maioria, mas pela ótica do “melhor argumento”, apontando para uma visão de modernização social. Tal modernização social consiste no enfraquecimento de um poder histórico pertencente às autoridades religiosas e consuetudinárias que empregavam visões tradicionais do mundo.

Não se trata de uma transição simples, conforme inicialmente defendida pelos substancialistas, tendo em vista que, em primeiro lugar, pressupõe certa maturidade social para assimilação e aceitação difusas desse procedimento de normatização; dessa complexidade advém outro problema, que corresponde ao

fato da ação comunicativa prever interações entre os atores sociais por meio de procedimentos dialógicos, em que as partes buscam o consenso se valendo da verificação das justificativas e argumentações apresentadas por cada interessado. De outra parte, isso não significa que sempre representarão consenso, mas também riscos de dissenso e desagregação.

Apresenta-se aí uma importante crítica à teoria do agir comunicativo proposta por Habermas. Assim, também aduzem Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo (NOBRE, 138):

“(...) O discurso, pois, também gera dissenso e graves riscos de desagregação, e esses riscos são tanto maiores quanto mais pluralizadas forem as sociedades com respeito aos valores, às convicções e às formas de vida assumidas por seus membros. Com isso, a teoria do discurso é obrigada a admitir que a liberação de potenciais comunicativos na modernidade não consegue, por si mesma, preencher as condições para seu devido aproveitamento: nas sociedades profanizadas e pluralistas modernas, as certezas intuitivas do mundo da vida se mostram cada vez mais frágeis e expostas a questionamentos, não sendo capazes de, sozinhas, estabilizar de maneira prolongada os riscos de dissenso e de desagregação próprios da integração comunicativa.”

A interação comunicativa, que promove a busca do “melhor argumento” por meio de uma análise não monológica e sim dialética, dialógica, sofre a ameaça de outras formas de interação sistêmica, sejam oriundas do Estado, sejam oriundas da Economia, ora fundamentadas no Poder ou no Dinheiro. Tais fundamentos exercem forte influência de captação, que segundo Habermas, expandem-se e invadem os vários setores de reprodução simbólica da sociedade, influenciando e até substituindo os meios comunicativos legítimos. Consta-se a ideia de preterição do objetivo do melhor argumento em favor de objetivos econômicos ou burocráticos.<sup>1</sup>

Diante dessa problemática instabilidade em função das inevitáveis e crescentes interferências da “monetarização” e da “burocratização” sobre o mundo da vida, Habermas encontra um papel para o Direito, visto que este configura um

---

<sup>1</sup> “(...) Essa Invasão, por sua vez, é apresentada nos termos de uma ‘monetarização’ e ‘burocratização’ crescentes da vida social, segundo as quais as relações interpessoais passam a ser coordenadas não pelo entendimento recíproco dos participantes, mas pelos meios padronizantes e linguisticamente empobrecidos do dinheiro e do controle burocrático.” (NOBRE, Gonçalves Silva e Melo, 138)



médium de integração, sendo um liame entre as fontes originárias do agir comunicativo, ora refletido nos processos de formação democrática da vontade, e as fontes sistêmicas da Economia e do Estado, ora verificadas nas instituições privadas e públicas, no estabelecimento de mercados e organização do Poder Público.

“Como meio organizacional de uma dominação política, referida aos imperativos funcionais de uma sociedade econômica diferenciada, o direito moderno continua sendo um meio extremamente ambíguo da integração social. Com muita frequência, o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. À primeira vista, ele não denota se as realizações de integração jurídica estão apoiadas no assentimento dos cidadãos associados, ou se resultam de mera autoprogramação do Estado e do poder estrutural da sociedade; tampouco revela se elas, apoiadas neste substrato material, produzem por si mesmas a necessária lealdade das massas.” (Habermas, 1994, PP. 59-60)

Habermas afirma que o Direito possui a capacidade de aproximar as manifestações democráticas de reflexão e de crítica do sistema, às intervenções da Economia e do Estado na vida social, que de antemão não possuem objetivos necessariamente convergentes. Assim, o Direito possui uma característica ambivalente, sendo o âmbito jurídico um lugar onde ocorrerão os embates entre imperativos sistêmicos da vida social e os potenciais comunicativos.

### **2.2.1.2**

#### **Da razão prática à razão procedimental**

Não há dúvida que as ideias habermasianas emocionam seus receptores, visto que aponta para uma forma diferenciada de racionalidade que se apoia não na simples vontade da maioria, mas no alcance do “melhor argumento” para se chegar à solução mais adequada ao caso concreto, por meio de um processo de discurso, de debate, possibilitando não só o respeito aos ideais democráticos, como também à proteção da autonomia do indivíduo.

Nesse sentido, Habermas busca promover uma atenção à dialética entre liberalismo e democracia, entre liberdade e igualdade, unicidade e multiplicidade, direito de minorias e direito das majorias. Nessa proposta de racionalidade obtida

via procedimento, um trâmite, que garante o debate, o diálogo, promove, ao final, um resultado de aceitação e pacificação social.

Como fundador desse paradoxo, Rousseau entende liberdade como autonomia do povo, como participação igual de todos na prática de autolegislação. Kant ratifica que “(...) *apenas a vontade unânime e conjunta de todos, à medida que cada um delibera o mesmo sobre todos e todos sobre cada um, apenas a vontade totalmente conjunta do povo pode ser legisladora.*” (parágrafo 46 da Doutrina do Direito)

Um ponto crucial nessa discussão é a unificação da razão prática e da vontade soberana, como ocorre na conciliação dos temas direitos humanos e democracia. Ao mesmo tempo em que se garante o exercício da soberania popular, esta não possui força absoluta, pois não pode contrariar direitos humanos.

Habermas menciona e critica a chamada “tirania da maioria”, ressaltando, e aqui seguindo o liberalismo clássico de Tocqueville, que a soberania popular como princípio de igualdade necessita de limitação, que deverá ser promovida pelo Estado, sob pena de violência aos direitos humanos. Assim, a soberania popular só deve poder manifestar-se dentro de um espaço de debate possuindo um procedimento dialético e discursivo de formação de opinião e de vontade.

Esse cenário de debate, considerado como um espaço público discursivo, apresenta-se como pressuposto importante para validação desse procedimento de formação opinião e vontade.

A posição de Rousseau sobre autonomia, evidenciada por Fröbel, que serve de referência para Habermas, propõe: “*sempre há lei apenas para aquele que a fez ou lhe deu assentimento: para qualquer outro ela é um decreto ou uma ordem.*” (Julius Fröbel: Sistema da Política Social. 1948)

Como pressuposto de recepção, validade e legitimidade, as leis exigem um consenso referendado por todos. Já o legislador democrático segue o critério da vontade da maioria, gerando, assim, descontentamento da minoria vencida. É

importante reconhecer que é comum a verificação de conflito de interesses privados e públicos, ou até mesmo internamente entre interesses privados, conflitos de particulares, ou entre os públicos, conflitos burocráticos e competências; ou seja, o Estado, ao regulamentar direitos e obrigações, certamente não alcançará a unanimidade.

Na busca da solução desse impasse, abordando Fröbel e Rousseau, Habermas afirma que “uma coisa só é conciliável com a outra se a regra da maioria conserva uma referência interna à busca de verdade: o discurso público tem que fazer a mediação entre a razão e a vontade, entre a formação da opinião de todos e a formação da vontade majoritária dos representantes do povo” (HABERMAS, “Soberania Popular como Procedimento – um conceito normativo de espaço público”, p. 103).

Importante ressaltar que o procedimento proposto não cobra das minorias políticas um posicionamento de renúncia de seus objetivos, entretanto, exige que estabeleçam uma fundamentação razoável de acordo com o sistema vigente para que possam galgar uma aceitação posterior que viabilize a elevação dos seus anseios ao ordenamento político posto.

Fröbel difere de Rousseau quando aquele não aceita a ideia deste de implantar a razão prática na vontade soberana de um coletivo, propondo, o primeiro, como substituição, a razão procedimental, e estabelecendo um procedimento de formação de opinião e de vontade formal. Diferentemente da Razão Prática que se apresenta conteudista, a Razão Procedimental não se atém à fixação de conceitos, mas sim estabelece a abertura do procedimento a todos os membros da comunidade.

Enquanto Rousseau ilustra o papel do soberano, fixando o monopólio legal do poder por meio do contrato social, Fröbel acrescenta que para o eficiente funcionamento do contrato social de Rousseau é necessária a existência de uma “revolução legal e permanente”, não estagnada, sensível à faticidade. Assim, Fröbel entende como imprescindível a existência de mecanismos procedimentais de formação de opinião para substituir a violência, o atrito e a intransigência pelo

entendimento e pelo consenso, culminando com decisões majoritárias racionais e adequadas.

Fröbel alerta que o sucesso desse sistema procedimental depende do elevado grau de discernimento popular, ou seja, a educação do povo mostra-se primordial para espaços públicos férteis de opiniões, alcançando reflexão e crítica para obtenção da alternativa social mais adequada. O esclarecimento leva ao debate que leva ao entendimento, sem a indicação de vencedores e vencidos, visto que haverá também a possibilidade de mudança em caso de melhor fundamentação, ou seja, trata-se de um processo constante.

Outro embate interessante ocorre quando da análise do discurso sobre liberdade e igualdade pelo espectro social. No século XVIII, aflorou como grande problema a desigualdade social, que acabou por se relacionar com a desigualdade política, ou seja, daí surge o conflito entre socialismo e liberalismo.

Assim, diante dessa evolução sociopolítica, Habermas propõe um sistema eficaz de criação normativa, atendendo à relação validade e faticidade, não se atendo apenas à racionalidade prática, visto que se trata de modelo mais estático, mais conservador, pouco sensível às movimentações reais do cotidiano social, pertencentes ao mundo da vida.

Buscando sair desses engessamentos de uma visão tradicional, ora impregnada pela racionalidade prática, Habermas busca um modelo crítico e reflexivo, apoiado em método procedimental de busca de entendimento e consenso, para que sejam alcançadas a emancipação e a proteção de direitos latentes no mundo da vida. Dessa forma, fica estabelecido um processo que viabiliza a efetivação da gênese democrática e da validade do direito, visto que identificado e efetivamente convencionado pelos legítimos atores políticos da sociedade.

## 2.3

### Soberania popular como procedimento

#### 2.3.1

#### O espaço público e sua relevância na proposta habermasiana

Nos dias atuais, em especial no cenário político interno de nosso país, presencia-se um constante questionamento quanto à necessidade de liame entre o sistema político e a realidade social. No entanto, apesar das urgências das inúmeras demandas sociais, o direito demonstra não possuir o mesmo ritmo de recomposição, de compensação que as carências sociais e econômicas demandam, dando margem a uma percepção de atuação lenta do Estado.

Essa arritmia, esse descompasso poderão ficar mais acentuados se o processo de elaboração das normas não promover mecanismos de participação efetiva dos interessados, obtido através de um procedimento de emancipação via direitos, constituído num debate público, por meio de uma rede comunicativa, de encontros e desencontros de tomadas de posições e ações comunicativas, convergindo numa linguagem comum e natural e sintetizando opiniões públicas, dicotomias, diferenças, dilemas, disputas.

Analisando o aspecto da tensão facticidade e validade, o sistema das leis, a princípio, deve observar sua finalidade prática, ou seja, deve buscar uma sintonia entre os fatos cotidianos da sociedade e o sistema político-jurídico.

“Por conseguinte, as qualidades formais do direito são encontráveis na dimensão dos processos institucionalizados juridicamente, e se esses processos regulam discursos jurídicos que, por seu turno, são permeáveis a argumentações morais, então pode-se adotar a seguinte hipótese: a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade.” (Habermas, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, 2003, v. II, p. 203)

Habermas promove uma relação forte entre o direito e o mundo da vida. Entenda-se como mundo da vida a complexidade de fatores e circunstâncias que condicionam e determinam o agir social. Vejamos:

“Durante o agir comunicativo o mundo da vida nos envolve no modo de uma certeza imediata, a partir da qual nós vivemos e falamos diretamente. Essa presença do pano de fundo do agir comunicativo, latente e imperceptível, que tudo perpassa, pode ser descrita como uma forma condensada e, mesmo assim, deficiente, de saber e de poder”.<sup>2</sup>

A busca do reconhecimento recíproco justifica a necessidade de se buscar no mundo da vida a essência da convivência em sociedade. Habermas conceitua mundo da vida como um “complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidade pessoais” (Habermas, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 2003, p.42).

Através da teoria da comunicação, segundo Habermas, o mundo da vida deixará de ser analisado de forma partilhada, ramificada, havendo uma difusão de ideias e visões sobre os variados temas em discussão, que, por fim, buscarão um apoio para sua emancipação. Daí se delineia condições para o encontro do “melhor argumento”, no qual não se trata da simples vontade da maioria, mas da ideia alinhada aos valores, às instituições e às experiências acumuladas pela sociedade.

Ainda nessa linha de pensamento, constata-se um aprimoramento do ideal democrático, visto que este não se baseia somente na prevalência da vontade da maioria, mas na busca da decisão da maioria pelo “melhor argumento”, por meio do debate de opiniões, de ações comunicativas.

Inúmeras situações podem ser usadas como exemplo da evolução do ideal democrático partindo desse modelo. Um exemplo é o caso da violência doméstica, mais precisamente da violência contra a mulher, quando, por muito tempo a sociedade, dentro de suas castas privadas, negava-se a discutir a repressão à mulher nos relacionamentos conjugais. A tradição cultural ainda mantinha a ideia

---

<sup>2</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 2003, p. 41.

de preservação do ambiente familiar como forma de blindagem da vida privada do casal, não cabendo a ninguém, em qualquer ambiente de debate, cogitar tal problemática.

No entanto, por se tratar de fatos pertencentes ao mundo da vida, poderiam a qualquer instante sofrer uma reavaliação social, o que realmente foi feito quando da repressão severa aos agressores com o advento da Lei Maria da Penha. Chegou-se a um problema que era privado e submerso, para depois ser exposto a críticas na esfera pública, não só pelo fator da emancipação feminina, mas por atentar aos direitos humanos, e, por fim, ser elevado ao sistema político-jurídico.

Pode-se então perceber que o Direito possui a função de interferir nos fatos pertencentes ao mundo da vida, elevando-os ao sistema positivamente posto e gerando condutas administrativas próprias à justificação normativa. Trata-se, assim, de um equilíbrio entre a vontade da maioria e a defesa de interesses das minorias, visto que, sem esse elo, as normas jamais seriam integradas ao sistema político-jurídico. Daí fica evidente a coexistência de interesses que defendem a coletividade e os direitos individuais, em especial os direitos humanos.

### **2.3.2**

#### **Do espaço público político**

Habermas distingue o poder gerado de maneira comunicativa e o poder utilizado administrativamente, estipulando que no espaço público político se entrecruzam então dois processos em sentidos opostos: a geração comunicativa do poder legítimo e a obtenção de legitimação pelo sistema político, com a qual o poder administrativo é refletido. Como os dois processos – a formação espontânea de opinião em espaços públicos autônomos e a obtenção organizada de lealdade das massas – se interpenetram, é quem domina quem passa a ser uma questão empírica. Nesse ponto, Habermas se interessa principalmente pelo fato de que também a compreensão normativa de uma auto-organização democrática da sociedade tem de mudar de acordo com a maneira de como essa diferenciação se torna em geral empiricamente relevante. (Habermas, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, p. 270-271, v.II, 2011, Tempo Universitário, RJ)

Um dos pontos diferenciais propostos da teoria habermasiana é o da existência e da importância de um cenário sociopolítico fértil para reflexão e crítica, chamado de espaço público político. Nesse ambiente, Habermas entende que a sociedade civil seja também criadora de direito, de regras, assim como a própria letra da lei ou de atos produzidos pelo Poder constituído.

Cabe salientar que a relevância da teoria do agir comunicativo é depositada na constatação de que o poder político depende de justificações normativas, que deverá estar em conformidade com o direito. Havendo um poder legítimo assentado pelo modelo comunicativo, haverá influência deste sobre as justificativas das decisões administrativas.

Assim, o sistema político é extraído dos processos de formação de opinião e vontade dispostos pela sociedade. Dependendo do grau de aplicação ou não desses processos é que podemos não só determinar o sistema político posto, como também o modo de atuação administrativa. Quanto ao modo de atuação, cabe considerar que o sistema político lida com o direito de forma instrumental; os fundamentos normativos valem na linguagem do poder administrativo como justificação para suas decisões.

Habermas, inclusive, ilustra que quando a comunicação política, anterior ao sistema político, descredencia discursivamente os argumentos normativos introduzidos por ele, gera situações em que tudo o que é considerado fatível para o sistema político perde seu valor absoluto. Assim, sugere que os argumentos normativos, oriundos de uma democratização dos processos de formação da opinião e da vontade por meio do poder comunicativo, poderão ser responsáveis por um efeito regulador indireto do sistema político.

A presença de uma esfera pública atuante e efetiva, cujo funcionamento é pautado por uma condição dialogal, mostra-se cenário próprio para uma intensa capacidade produtiva de vontades democráticas nas tomadas de decisões da vida política e do discurso jurídico.



Fica evidente que a atuação de uma esfera pública depende de um pluralismo, de certas complexidades e capacidades das sociedades modernas para sua implantação e efetividade na busca de uma sintonia dessa diversidade.

Esse pluralismo, que caracteriza a esfera pública, representa a existência de grupos, instituições, associações e/ou partidos políticos cuja notoriedade lhes confere voz, prestígio e projeção suficientes para determinar opiniões. Fica evidente que no jogo de projeção desses entes existe uma disputa pela hegemonia de influência da opinião pública, que se dá de maneira aberta, democrática, renovadora, reciclável.

Habermas aduz sobre o papel da mídia e sua diferenciação do espaço público, visto que mesmo que a mídia exerça uma forte e crescente influência na determinação das orientações da esfera pública, esta ainda carece do público como destinatário e ratificador de suas práticas, necessitando, assim, de uma espécie de convalidação do público.

O espaço público não está condicionado às determinações das mídias, e nem do governo, demonstrando existir uma liberdade de encontros comunicativos; prova disso são as manifestações de rua no Brasil. As redes sociais se apresentaram como ambientes propícios à ausência de influência das mídias e do governo, representando um espaço público inovador de debates e de convergências políticas, cujas tomadas de decisões pouco se deixavam influenciar pelas tentativas iniciais de dispersão acenadas pelos meios de comunicação e pelo Governo.

Grande parte da imprensa, ao perceber que se tratava de um movimento alinhado com os anseios políticos da maioria dos cidadãos, promoveu uma nova leitura atenta a esses interesses, demonstrando que a mídia possui o papel de reprodução dos interesses e não de influência nas orientações da opinião pública.

Importante ressaltar que o direito não só repousa nas expectativas de comportamento extraídas desse modelo comunicativo, como também promove movimentações estratégicas, ora atribuídas às fontes sistêmicas da economia e do

poder administrativo. Por isso, Habermas afirma ser o Direito ambivalente.

Vejamos:

“(...) O direito é considerado pelo autor como meio de integração ambivalente, isto é, um meio de integração ligado tanto aos imperativos sistêmicos quanto à força socializadora do agir comunicativo – e, em virtude disso, virá a representar uma possibilidade de superação do paradoxo *a quo* considerado. Para Habermas, sua tensão constitutiva entre facticidade e validade explica por que o direito pode ser considerado aqui um instrumento capaz de aliviar os sobrecarregados processos de entendimento das tarefas de integração social, sem anular, em princípio, a liberação dos mecanismos comunicativos: de uma lado, a positividade do direito estabiliza expectativas de conduta por meio de coerções impostas facticamente a seus destinatários, sendo tal imposição considerada não uma expressão de mandamentos sagrados ou de leis naturais imutáveis, mas um fragmento da realidade social produzido artificialmente e que ‘só existe até segunda ordem’, já que pode ser modificado ou colocado fora de ação em qualquer um de seus componentes singulares. De outro lado, é a pretensão de legitimidade que empresta duração às normas jurídicas para que se oponham a possibilidade presente de virem a ser declaradas inválidas, sendo tal pretensão alojada na expectativa de as normas terem sido criadas pelos próprios destinatários, segundo formas de acordo alcançadas democraticamente.” (Habermas, 1994, p. 57)

Assim, o direito se assenta numa mediatriz, num meio termo, de interação envolvendo tanto as fontes de agir comunicativo, pelos processos democráticos de formação de opinião, bem como as proposições das instituições do direito privado e público que estabelecem parâmetros do mercado e da organização do Estado.

### 2.3.3

#### **Proposta habermasiana de compatibilidade dos interesses: da relação entre soberania popular e direitos individuais fundamentais**

As mudanças ocasionadas pela linguagem hermenêutica filosófica desloca o centro do reconhecimento, surgindo a ideia pragmática da comunicação.

Ao analisarmos a verdade para cada sujeito, com suas respectivas experiências, pode-se encontrar um leque de versões e releituras das verdades. Assim sendo, muda-se o paradigma, uma vez que o direito como resultado cultural de um pacto social seria uma substância a ser alterada pelos indivíduos que a convencionam, de forma que a verdade passa a figurar como uma ideia ligada ao consenso, um processo de interação entre sujeito-objeto.

Quando se refere ao consenso, Habermas pressupõe a decisão da maioria dos integrantes, do coletivo; no entanto, esse consenso pressupõe aceitação individual, e, portanto, o coletivo passa pelo indivíduo. Nesse diapasão, os direitos humanos passam a ser um processo dialético de conhecimento entre indivíduos que não só pactuam regras de convivência a estabilizar a sociedade, mas também adquirem a função de institucionalizar valores ético-jurídicos que reconhecem os cidadãos como entes semelhantes, como homens iguais. Sem essa condição igualitária para todos, haveria a exclusão de muitos desse processo de reconhecimento intersubjetivo.

Entre as teorias de justificação dos direitos humanos, destaca-se o procedimentalismo discursivo de Habermas, para quem os direitos não têm um fundamento subjetivo nem objetivo, mas intersubjetivo resultante das interações que se dão com o uso das liberdades comunicativas pelos cidadãos, e decorrem da força do melhor argumento.” (CARVALHO, p. 670)

Conforme a proposta habermasiana, os direitos resultam de uma construção racional fundada no debate, em que indivíduos podem formar um consenso fundado na verdade e na correção intersubjetiva; para tanto, o procedimentalismo deve assegurar a igualdade entre todos os participantes, ausência de coação e a prevalência do melhor argumento.

O procedimentalismo discursivo pressupõe condições ideais de fala, como dito por Habermas e, assim, a necessidade de que todos sejam ouvidos, uma vez que só dessa forma o indivíduo alcançaria o reconhecimento. A teoria do Direito como reconhecimento intersubjetivo está relacionada diretamente com a teoria discursiva, numa relação de interdependência e isso necessita ficar claro:

A teoria do discurso, ao contrário, opera com a intersubjetividade de mais alto nível dos processos de comunicação que passam tanto pelos corpos parlamentares como pelas redes informais da esfera pública. (Habermas, p. 118, 1995)

“(…) Estas linhas representam uma alternativa aos modelos liberal e republicano de Estado, os quais, segundo Habermas, são insuficientes como fundo teórico do Estado Contemporâneo, pois o modelo liberal compreende a política centrada na economia, ao passo que o modelo republicano, ao admitir que os cidadãos participem da formação e normatização do Estado, não abarca a possibilidade dos envolvidos defenderem seus pontos de vista com base exclusivamente em ações estratégicas. Enfim, trata-se da reconstrução. Assim, nesta primeira etapa do

capítulo será apresentado o pensamento de Habermas, abordando, em especial sua pretensão de um kantismo ampliado com base numa lógica dialógica, que só é possível em virtude de uma virada linguística; o princípio do discurso e a relação de complementaridade entre moral e direito; sua ideia de democracia deliberativa procedimentalizada, a qual vê o direito legítimo como fruto da participação de todos os concernidos.” (LIMA, Thiago Miniz de. p 70)

Diante desta análise reconstrutiva, os direitos humanos se apresentam como normas que institucionalizam a condição do ser humano tanto pela vertente do indivíduo quanto pelo aspecto político; nesse ciclo procedimental virtuoso, a proteção dos direitos humanos representa a garantia do processo de comunicação necessário para a construção de uma sociedade soberana e democrática.

#### 2.3.4

#### Paradigma Procedimental

Para Habermas, diante dessa ambivalência característica do Direito, que, ao mesmo tempo, reúne processos comunicativos de formação da consciência e vontade, e modelos sistêmicos de organização de mercado e do Estado, importante se faz uma reconstrução do entendimento do Direito, que, para o filósofo alemão, representa a alternativa fundada na razão de constituição de um agir comum, cuja obtenção se determinará por regras procedimentais<sup>3</sup>, garantindo assim uma convergência dos anseios sociais, econômicos e políticos, denominados fins comuns.

Tal racionalidade procedimental se justifica pelo fato de Habermas defender o direito como um instrumento necessário de experiências sociais, concentrando todas as vivências individuais em vivências coletivas,

---

<sup>3</sup> “No entanto, antes de tentar responder à pergunta sobre o que significa, nesse caso, ‘reconstrução’, convém ainda apresentar as razões alegadas por Habermas para a introdução dessa noção no que se refere à história da teoria. Ela representaria, para ele, um terceiro caminho para a defesa do conceito de racionalidade comunicativa sem resguardos metafísicos, que ele apresenta na introdução de maneira propedêutica. O primeiro caminho é representado, então, pelo desenvolvimento da própria pragmática formal, exposta a essa altura como um programa de reconstruções hipotéticas das regras universais dos atos de fala orientados ao entendimento recíproco. O segundo caminho consiste na tentativa de avaliar a fecundidade empírica das principais ideias da pragmática formal, e isso de três maneiras: 1) por meio de uma explicação dos padrões patológicos da comunicação; 2) por meio da evolução dos fundamentos das formas de vida sociocultural, a começar por uma antropogênese; 3) enfim, por meio de uma ontogênese das capacidades da ação, apoiada nos materiais estudados pela psicologia do desenvolvimento. (Habermas, 1984, v. I, p. 199ss)” (NOBRE, p. 45)

possibilitando, pela razão comunicativa, o exercício de escolhas entre diversos valores existentes, e garantindo, assim, uma coesão social e um crescimento da sensação de justiça.<sup>4</sup>

A proposta habermasiana, além disso, estipula como diferencial o entendimento de que o Direito não é obtido apenas através da produção estatal ou do que se extrai do corpo da lei, mas também da sociedade civil como centro produtor de direito, uma vez que a ela atribui a condição de esfera pública política.

---

<sup>4</sup> “Assim, pode-se, com Habermas, pensar no Direito como sendo um instrumento necessário da experiência social, mas, sobretudo, imprescindível para a vivência governada pela razão, enquanto razão comunicativa, em lugar da irracionalidade e do atomismo sociais. É assim que o Direito se anela à ideia de ser uma prática social de deliberação, compartilhamento e estabelecimento de referenciais do agir comum; é, certamente, linguagem, codificada ao nível normativo, comprometida com a salvaguarda da liberdade, o que só é possível por meio do exercício de escolhas entre valores diversos, para que comportamentos se tornem socialmente vinculativos, consentindo-se a sobrevivência da coesão social e o crescimento das perspectivas de alcance da justiça na vida compartilhada por uma comunidade linguística.” (BITTAR, Eduardo C. B., Curso de Filosofia do Direito, 9ª Ed., São Paulo, 2011, p. 513)

### 3

## Da crítica à proposta habermasiana

### 3.1

#### Dos pressupostos para implantação da racionalidade procedimental

Conforme constatado por Patrícia Tendrich, o problema do distanciamento entre o poder constituído e seus representados, que tornam inevitáveis as crises de legitimação, mostra a importância da presença de uma esfera pública que proporcione uma difusão de participação democrática em todos os ambientes da interação social.

Tendrich cogita a existência de pressupostos para que a ideia da esfera pública atuante seja uma realidade. Vejamos:

“É claro que a ideia de uma esfera pública que supere a lógica do individualismo burguês iluminista sem recair no comunitarismo tem alguns pressupostos, quais sejam: (1) uma base cultural mínima que consinta o compartilhamento de visões de mundo; (2) uma base democrática de expressão livre de vontade, onde haja possibilidade do encontro de diversos segmentos de representação da sociedade, sem a preponderância de nenhum; (3) uma base mínima de direitos que garantam a liberdade individual e a solidez do espaço da política; (4) uma base mínima de desenvolvimento moral e liberdade de crítica às regras estabelecidas pelo jogo político.”<sup>5</sup>

Como já foi dito anteriormente, a presença de uma esfera pública atuante e efetiva, cujo funcionamento é pautado por uma condição dialogal, mostra-se cenário próprio para uma intensa capacidade produtiva de vontades democráticas nas tomadas de decisões da vida política e do discurso jurídico. Entretanto, tais condições dependem de pressupostos para sua implantação.

Como requisito mais analisado está o da existência de desenvolvimento cultural, moral, político e social, para estabelecer um efetivo processo comunicativo acessível e reflexivo e assim garantir um procedimento

---

<sup>5</sup> TENDRICH, Patrícia. *O conceito de espaço público na concepção de J. Habermas*. In: Direito, Estado e Sociedade. PUC-Rio, 1997, p. 162-263

efetivamente democrático e socialmente mais justo, adequado aos anseios concretos da sociedade.

### 3.2

#### **Da (in) aplicabilidade da proposta habermasiana no modelo democrático brasileiro**

A principal crítica que se faz ao modelo habermasiano é a exigência de uma sociedade ideal, em que se afere alto grau de instrução e maturidade política, sendo assim, em tese, restrito a sociedades complexas e desenvolvidas, excluindo-se aquelas em desenvolvimento e com recente histórico de democratização.

Lenio Streck, em sua obra “Jurisdição constitucional e hermenêutica”, estabelece a existência de uma defasagem histórica na realidade social, econômica e política do Brasil em relação às democracias contemporâneas mais complexas e desenvolvidas.

Esse autor afirma que para compensar nossa inexperiência política deve-se apostar numa compreensão da Constituição como ordem concreta de valores, tendo como seu guardião máximo, o Supremo Tribunal Federal. Portanto, segue-se, no Brasil, um positivismo legalista, pautado na análise estritamente dogmática da norma.

Além disso, critica o positivismo ao detectar sua característica de não dissociar o texto da norma legal, limitando a atividade do intérprete que se atém à letra da lei ou à decisão judicial ou artigo jurídico para validar um raciocínio jurídico. Aponta ainda tal característica como grave vício na formação dos próprios operadores do direito, visto que não são treinados para questionar e auxiliar na evolução do sistema jurídico, mas apenas identificar e aplicar fontes formais do direito. (STRECK, 2004)

Como principal crítica daqueles que entendem inadequada a teoria habermasiana no Brasil (dentre eles, Streck), está a alegação de que sua ideia se pauta em uma liberdade de autonomia dos indivíduos, o que seria incompatível

com realidades de sociedades desiguais, sendo evidente a inacessibilidade de determinadas classes e segmentos sociais ao jogo político.

Outra crítica é o fato de Habermas desconhecer os estágios jurídicos do constitucionalismo, como diferenças entre Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito. Habermas já avança para um cenário de Estado Democrático de Direito, sendo este o mais evoluído, e correspondente aos países europeus. Arguem ainda que a ausência de difusão da liberdade de autonomia individual, ora conferida somente às classes dominantes e forças de poder, justifica o papel das Cortes Constitucionais, como o Supremo Tribunal Federal, que dispõe do exclusivo papel na condução da adequada interpretação constitucional.

Em nossa história recente verificaram-se inúmeras consultas ao STF, nossa Corte Constitucional; e este, ao decidir, acaba por fixar parâmetros de condutas para os indivíduos e para o Estado. Tais posições do STF poderão gerar descontentamentos junto à opinião pública e aos demais cidadãos. No entanto, a medida pode parecer a mais segura, caso a sociedade careça de uma evolução sociopolítica, não dispondo de maturidade para tomar decisões em lugar das instituições públicas competentes.

A pergunta que não quer calar questiona se realmente podemos afirmar a existência de índices precisos e claros de aferição de consciência e participação de uma sociedade. Será que existe na visão dos legalistas uma pré-concepção injusta e estagnada de que o Brasil foi, é e será sempre caracterizado como um país não desenvolvido ou em desenvolvimento?

Ocorre que se faz necessária a revisão desta concepção quando nos deparamos com indícios evidentes de participação e expressão de vontade de todas as classes da sociedade. Quando os fatos do mundo da vida saltam do mero cenário privado e ganham um debate público e generalizado, a não absorção destes para o mundo jurídico através da atuação das instituições públicas põe em risco não só o papel destas, mas a finalidade do próprio Estado.



O Brasil ainda passa por um intenso processo de aperfeiçoamento de sua democracia, ora acelerado pelas Políticas de Inclusão Social, gerando um aumento de conflito de ideias e interesses, sejam comuns, individuais, ou de determinados grupos. A inquietude social gerada pela tensão existente nesta rede de interesses ficou aguçada nas manifestações públicas de 2013 que indicaram alarmes de insatisfação e repulsa popular quanto às imperfeições do sistema jurídico posto.

Para Streck, cuja visão substancialista é pautada pela técnica da hermenêutica da ponderação de valores, Habermas busca desvincular valores do texto constitucional de sua concretização, pressupondo a separação do direito positivo de seus valores substantivos. (SOUZA CRUZ, 18/19)

Daí pode-se entender o paradoxo encontrado em decisões judiciais que aplicam o sistema jurídico posto, contrariando determinado posicionamento majoritário da sociedade e provocando descontentamentos e frustrações entre os cidadãos. Pode-se questionar, então, se tal desfecho, ora tão desgastado e dolorido para a democracia e seus atores, seria normal ou aceitável para a manutenção do sistema?

Certamente, o resultado que a democracia proporciona não é o sentimento de frustração, de decepção, de descontentamento, de revolta, dentre outros. A democracia aponta para um resultado cívico de aceitação, de entendimento, de reconhecimento, de convergência, e não de repulsa.

Diante da constatação de que Habermas comunga de objetivos positivos de aceitação e validade da norma, fundando-se num agir normativo racional, que pressupõe um consenso que se dá por meio de procedimento, atingindo um reconhecimento intersubjetivo das normas, pergunta-se: tal procedimento pode ser inserido na realidade brasileira?

Como resposta da aplicabilidade ou não da proposta habermasiana de reconstrução teórica no ordenamento jurídico brasileiro, utiliza-se o direito coletivo do trabalho como ambiente experimental para nossas constatações.

Ao contrário da regra positivista legalista do Brasil, o sistema normativo trabalhista brasileiro é pautado não só por fontes formais oriundas do poder estatal, mas também por mecanismos que garantem uma participação direta dos interessados.

Em relação ao poder estatal como produtor normativo, pode-se verificar: o Legislativo, pela produção de leis; o Executivo, pela regulamentação de atos pela Administração Pública; o Judiciário, por meio de sentenças normativas (estas típicas do Direito Coletivo do Trabalho). É também compreendido pela existência de fontes formais que emanam de processos que garantem participação direta dos interessados, sem intervenção do Estado, atendendo a um procedimento dialógico na busca de um consenso, de um entendimento; proporcionando mecanismos mais ágeis, efetivos e pacificadores e contemplando, assim, uma viva relação entre validade e faticidade.

O direito coletivo de trabalho pode servir de exemplo como um desses mecanismos autorizados para geração de fontes normativas formais, a Negociação Coletiva de Trabalho, que se trata de uma forma autônoma de solução de conflitos trabalhistas, também classificada como Autocomposição, ou seja, forma de solução de conflitos entre as próprias partes sem auxílio de terceiro estranho à relação. Dessa forma, constata-se que dentro do sistema normativo brasileiro existe consagrado um mecanismo de procedimento crítico e reflexivo sobre a relação trabalhista, que oportuniza a aplicação do paradigma procedimental em contextos históricos sociais, aberto às transformações relevantes à faticidade das relações de emprego:

“Se as relações jurídicas individuais não oferecem originalidade quanto à sua constituição, muito embora ofereçam ângulos admiráveis no que diz respeito à sua regulamentação e ao seu desdobramento fático, as relações coletivas, ao revés, estão cheias de novidades jurídicas e, inclusive, da beleza que hoje emerge, para a terra firme do Direito, da infraestrutura das aspirações populares.”<sup>6</sup>

O capítulo seguinte colocará à prova a presente assertiva de que o Direito Coletivo do Trabalho serve como exemplo da viabilidade de inserção da

---

<sup>6</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios gerais de direito sindical*. 2. ed., p. 42.

metodologia democrática de reconstrução apresentada por Habermas, justificando, inclusive, o sucesso e a longevidade do sistema jurídico trabalhista pátrio.

### 3.3

#### **Do entrelaçamento do processo de desenvolvimento cognitivo individual e social**

Uma das duras críticas à proposta habermasiana de implantação de uma racionalidade procedimental e da promoção do agir comunicativo como forma de interação social é pautada na impossibilidade de verificação de um cenário propício para sua aplicação em sociedades em desenvolvimento, sem desenvolvimento intelectual e cultural de seus membros. Assim, a princípio, torna-se, para alguns, improvável ou não recomendada a aplicação dos fundamentos de Habermas em nosso modelo de sociedade democrática.

Habermas depura o princípio democrático de um *status* de independência em relação à moral, tudo em função da necessidade de se obter um fundamento imparcial, uma justificação neutra, ocasionada pelas diversas visões de mundo e pelo constante entrelaçamento do direito com o poder político.

“Somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas que, num processo jurídico de normatização discursiva, possam encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito.” (Habermas, 1994, p.141)

Importante se faz destacar que Habermas promove destaque à cultura, às experiências e aos processos de aprendizagem como pressuposto para aplicação da ação comunicativa e da interação social; no entanto, ao contrário do que entende Streck, não significa que esse processo evolutivo dependa exclusivamente das capacidades de aprendizagem dos membros individuais de sua sociedade. A matriz da evolução social está calcada no fator cultural não como conhecimento puro e simples, mas também como vetor de identidade, de identificação social, municada pelas experiências de seu cotidiano.

Os mecanismos de aprendizagem são buscados não só no campo psicológico, como também engloba conhecimentos disponíveis nas imagens do

dia a dia, do mundo; assim, Habermas vê um processo circular entre processos de aprendizagem sociais e individuais, atrelando o desenvolvimento cognitivo do indivíduo às condições sociais em que ele vive. (HABERMAS, 1994)

Habermas não propõe um modelo de exclusão; pelo contrário, propõe a inclusão de todos os interessados. As condições básicas para que ocorra o procedimento discursivo deve atender ao menos quatro exigências. São elas:

“(a) ninguém que possa dar uma contribuição relevante pode ser excluído da participação; (b) a todos se dará a mesma chance de dar contribuições; (c) os participantes devem pensar aquilo que dizem; (d) a comunicação deve ser isenta de coações internas ou externas, de tal forma que os posicionamentos de ‘sim’ e ‘não’ ante reivindicações de validação criticáveis sejam motivados tão somente pela força de convencimento das melhores razões.”<sup>7</sup>

Clodomiro José Bannwart Júnior, em sua tese de Doutorado pela Unicamp em 2008, com o tema “Estruturas normativas da teoria da evolução social em Habermas”, reforça:

“A aprendizagem é vista, portanto, da perspectiva de transformação individual e social com o direcionamento para a realização do ideal democrático. Visa à modificação do indivíduo em cidadão, conferindo-lhe condições de participar efetivamente de uma estrutura social assentada na soberania popular e no integral respeito aos direitos humanos. Significa, para Habermas, a existência da possibilidade sempre aberta da aprendizagem como condição de aperfeiçoamento da democracia, núcleo fundamental do estado de direito. O que permite dizer, para finalizar, que a aprendizagem, em Habermas, aponta como telos a realização, no mais alto grau, da situação ideal de fala alicerçada em pressupostos empíricos, os quais dependem, preferencialmente, de sua institucionalização em bases democráticas.”

Conforme Bannwart Júnior, importante se faz a garantia de instituições e espaços públicos que permitam o desenvolvimento da interação social, ou seja, a criação de um cenário social e político adequado, não se atendo à capacidade cognitiva individual dos membros.

Nesse diapasão, o Direito Coletivo do Trabalho demonstrará que a garantia de instituições (Ex.: Sindicatos, Empresas) e de procedimentos (Ex.: Negociação

---

<sup>7</sup> HABERMAS. Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 60-61.

Coletiva de Trabalho) que viabilizam o agir comunicativo, baseado na argumentação, busca um consenso e, por fim, a realização do ideal democrático.

## 4

# Negociação no âmbito do direito coletivo de trabalho e seu papel de integração social

### 4.1

#### Modelo legislado e modelo negociado

O sistema normativo trabalhista pode ser dividido entre os modelos legislado e negociado.

No primeiro modelo, tem-se um sistema caracterizado pelo intervencionismo estatal nas relações de emprego, que se faz necessário pelo reconhecimento da existência de desigualdades entre as partes, empregador e empregado, sendo este último considerado hipossuficiente, conforme critérios econômicos, sociais e contratuais. Além disso, objetiva preservar direitos e garantias fundamentais, ora considerados de ordem pública e indisponíveis, como liberdade, dignidade, integridade física etc.

Assim, corrobora Sérgio Pinto Martins:

“No modelo legislado, há um dirigismo do Estado, que determina as regras trabalhistas a serem aplicáveis aos trabalhadores e empregadores. Fica a negociação coletiva inibida, porque o Estado tudo prevê. A lei trata de tudo. O Estado é que sabe quais são as condições a proporcionar o bem-estar do trabalhador. Há uma identificação entre o Estado e a sociedade. (...) A vantagem do sistema é que a lei estabelece uma proteção mínima e irrenunciável ao trabalhador, impedindo que o empregador pretenda obter vantagens sobre o empregado, impondo condições de trabalho. Nem as partes ou a negociação coletiva podem estabelecer regras in pejus à relação de trabalho, se forem contrárias às regras legais.”<sup>8</sup>

Já o segundo modelo, o negociado, advém, como o próprio nome diz, do termo “negociação coletiva de trabalho”; conforme previsto na Constituição Federal:

---

<sup>8</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *O Pluralismo do Direito do Trabalho*, p. 64-66.

“Artigo 7º, CRFB – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

Inciso VI – irredutibilidade salarial, salvo o disposto em negociação coletiva.

(...)

Inciso XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

(...)

Inciso XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.”

Importante se faz os comentários de Sérgio Pinto Martins que delineiam bem os atributos dessa vertente:

“O modelo negociado, o Estado é abstencionista. As partes buscam entre si as soluções para os problemas trabalhistas. É um modelo de autocomposição, em que as próprias partes criam regras jurídicas. As normas e as condições de trabalho são fixadas nos instrumentos normativos. As questões são resolvidas pelos contratos, convenções e acordos coletivos de trabalho. No sistema negociado não se pretende alterar o modelo político do Estado. A lei é substituída pela norma coletiva. As iniciativas são tomadas pelos próprios interlocutores sociais. (...) É um modelo democrático e pluralista. Tem maior probabilidade de ser cumprida (a lei) espontaneamente pelas próprias partes, pois foram elas que fizeram as respectivas regras.”<sup>9</sup>

Podemos destacar como vantagem a eficiência de um sistema jurídico que se caracteriza pela descentralização e espontaneidade; e como principal desvantagem, a possibilidade de desequilíbrio de forças, caso os trabalhadores não estejam devidamente representados por um sindicato forte e atuante (fato que geraria injustiças).

No Brasil, ficou consagrado o modelo misto, visto que o sistema jurídico é composto tanto do estilo legal como o negociado. Existem no sistema jurídico trabalhista fontes que combinam um sistema intervencionista estatal com outro sistema de consenso entre os destinatários da norma:

“No sistema brasileiro, há a prevalência do modelo misto, em que a maioria das regras é legislada; nelas são estabelecidas normas de ordem pública, que permitem a existência de outras normas, como o contrato de trabalho, o regulamento de empresa e as normas coletivas.” (MARTINS, p. 68)

<sup>9</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Pluralismo do Direito do Trabalho*, p. 66.

Com o sistema misto, garantem-se certos direitos fundamentais do trabalhador pela legislação, podendo ocorrer negociação coletiva quanto às demais situações. Pode-se verificar que o Estado não intervém no sistema sindical, que é criado espontaneamente, em conformidade com o direito fundamental de liberdade de associação (Artigo 8º da CRFB). Os próprios contratos de trabalhos são fundados a partir da mescla de cláusulas legais e cláusulas acordadas individual e coletivamente. Importante destacar que em função de sua flexibilidade, torna-se o ambiente jurídico mais adequado para enfrentamento das épocas de crises econômicas.

## 4.2

### **Da flexibilização dos direitos trabalhistas**

Ao surgir o Iluminismo, iniciou-se uma série de transformações históricas, como a Revolução Francesa, que proporcionou a emancipação da autonomia privada, materializada na figura do contrato; a Revolução Industrial, esta já no século XVIII, que em função dos excessos da autonomia privada aliada a uma sociedade desigual, promoveu a revolta dos trabalhadores explorados.

Como forma de resolver as desigualdades nas relações de trabalho, a intervenção legislativa do Estado passou a ser importante fator para equilíbrio da relação entre empregado e empregador.

No entanto, pelo menos no Brasil, esta intervenção ocasionou um dilema de viabilidade econômica aos empregadores, que seria: ou atender as rigorosas e onerosas regras da legislação trabalhista brasileira, ou optar pelos riscos da informalidade.

A justificativa de proteção ao empregado se deu pelo fato deste representar o polo mais fraco da relação de emprego, por motivos de inferioridade hierárquica, econômica e social.

A intervenção estatal fica evidente quando analisada a legislação brasileira cumulada aos princípios inerentes ao Direito do Trabalho. Gustavo Filipe Barbosa



Garcia (fl. 33/34) enumera de forma detalhada a atenção que a Constituição Federal de 1988 dedica à relação entre empregados e empregadores, promovendo uma interferência nesse vínculo jurídico na busca de um equilíbrio de forças. Vejamos:

“Nesse sentido, a República Federativa da Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como ‘fundamentos’: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; **os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa** (art. 1º da CF/88).” (GARCIA, p. 32)

Chama a atenção a preocupação do legislador constituinte em ponderar a importância da valorização da mão de obra, mas também da iniciativa privada, representada pela empresa. Não só se observa a necessidade de proteção do trabalhador em função da sua hipossuficiência, como também se exalta a função social da empresa, que é responsável pela geração de empregos, recolhimentos de tributos e circulação de riquezas.

“De extrema importância, ainda, a previsão do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, ao prever que a ordem econômica é **‘fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa’**, tendo por fim **‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros, os princípios da função social da propriedade, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego.**

O art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, assegura a **liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão**, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

(...)

O art. 7º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, ao ressaltar outros direitos que visem à melhoria da **condição social de trabalhadores urbanos** e rurais, adota o princípio protetor, a ser estudado em seguida.

Além disso, verifica-se a incidência do princípio da igualdade no tratamento constitucional dos empregados urbanos e rurais. Cabe destacar que o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/1988) fundamenta o princípio da isonomia salarial. Além disso, o princípio da igualdade deve ser entendido em sua vertente não apenas formal, mas também material, tratando de forma desigual os desiguais, na medida de sua desigualdade.

O art. 7º, no inciso XXXI, da CF/1988, veda a discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. O mesmo art. 7º, no inciso XXXII, proíbe a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos. O princípio da não discriminação, no caso, significa não ser admitido o tratamento desigual sem razoabilidade nem

justificativa lógica, caracterizando injusta diferenciação sem parâmetros que possam ser admitidos ou mesmo justificados.

O inciso I do art. 7º da Constituição, fundamenta-se no princípio da proteção da despedida arbitrária ou sem justa causa, bem como remonta ao princípio da continuidade da relação de emprego, a ser estudado posteriormente.

O princípio da irredutibilidade salarial vem previsto no art. 7º, inciso VI, da Constituição da República. Não se trata de princípio absoluto, tendo em vista a ressalva contida na parte final do dispositivo, reportando-se à convenção ou ao acordo coletivo de trabalho.

A proteção em face da automação (art. 7º, inciso CCVII), a representação dos trabalhadores na empresa (art. 11) e a greve (art.9º), embora estejam previstas na Constituição Federal de 1988, podem ser entendidas como ‘direitos’ de natureza trabalhista, embora parte da doutrina também os arrole entre os princípios constitucionais do Direito do Trabalho.” (GARCIA, 33-34)

Importante ressaltar o reconhecimento do legislador constituinte quanto ao reconhecimento da natureza privada que envolve a relação de emprego. Entretanto, busca ponderar o fato de existir um desequilíbrio econômico e hierárquico em desfavor do empregado, confrontado com a presença de sujeitos civilmente capazes e livres para contratar. Nesse diapasão, o legislador constituinte promoveu ao *status* constitucional o sistema de organização sindical e seus instrumentos de negociação coletiva de trabalho, como forma de efetivar a natureza privada da relação trabalhista:

O art. 8º, *caput* e incisos I e V, da Constituição Federal, assegura o princípio da liberdade sindical, embora o texto constitucional estabeleça certas restrições ao referido princípio. Tanto é assim que o art. 8º, inciso II, prevê o princípio da unicidade sindical, ao vedar a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial.

O princípio da autonomia coletiva dos particulares é o fundamento da previsão do art. 7º, inciso XXVI (que reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho), bem como do art. 8º, inciso VI, sobre a participação dos sindicatos na negociação coletiva, ambos da Constituição da República (...).” (GARCIA, 32-34)

Cabe ainda considerar o fato de que a competência para legislar sobre matéria trabalhista é privativa da União, remetendo somente ao Congresso Nacional essa tarefa, o que geraria uma estagnação dos anseios de empregados e empregadores, visto que existem inúmeras demandas represadas, ocasionando um congestionamento no Poder Legislativo.

“Artigo 22 da CRFB – Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.”

Diante desse detalhamento acerca da proteção legal aos trabalhadores, ora elevada a direitos constitucionais, fica evidente a preocupação estatal quanto à vulnerabilidade dos empregados.

A negociação coletiva resulta numa “adequação setorial negociada”, ou seja, a negociação coletiva serve exatamente para adequar e flexibilizar o rigor legal para a realidade de cada categoria, profissão ou região do país. (Chohfi, 17)

### 4.3

#### **Dos instrumentos de negociação coletiva de trabalho**

Recentemente, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) completou 70 (setenta) anos; apesar de reclamações quanto a seu rigor, não se discute a eficiência do sistema jurídico trabalhista como um todo.

No Direito do Trabalho brasileiro atual, as formas relevantes de solução dos conflitos são: negociação coletiva, conciliação, mediação, arbitragem e jurisdição. Ainda que as três últimas sejam promovidas por autoridades administrativas, seja de forma obrigatória seja voluntária, representam formas de soluções extrajudiciais contrapondo-se à jurisdição prestada pelo Estado (Poder Judiciário).

Segundo Ivan Simões Garcia (Direito do Trabalho, Vol. 9, Lumen Juris, RJ, 2009, p. 299), a negociação coletiva é modalidade de autocomposição que se manifesta sempre por meio de transação. Dos instrumentos Normativos de Negociação podem-se verificar a Convenção Coletiva de Trabalho e o Acordo Coletivo de Trabalho.

A Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, em seu artigo 611, define a Convenção Coletiva de Trabalho como o acordo de caráter normativo, pelo qual

dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais do trabalho. Nesse instrumento existem entidades sindicais dos dois lados da relação, e os efeitos se estendem por toda a categoria (filiados ou não filiados, atuais ou futuros empregados).

O §1º do mesmo artigo 611 da CLT define os Acordos Coletivos de Trabalho como ajuste firmado pelo sindicato de empregados com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, estipulando condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às relações de trabalho. Esse instrumento apresenta-se mais restrito aos trabalhadores, empregados das empresas envolvidas no referido acordo. É obrigatória apenas a presença do sindicato dos trabalhadores.

Uma característica marcante de ambos os instrumentos, seja Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho, é a ambivalência, visto que além de representar um contrato (cláusulas contratuais), também correspondem a uma lei sob seu aspecto material. Como uma lei, os instrumentos de negociação coletiva de trabalho possuem características de comando geral, abstrato, impessoal.

O posicionamento doutrinário classifica os instrumentos de negociação coletiva de trabalho, tanto de natureza contratual como de natureza normativa; nesse diapasão, Renato Saraiva aduz: “É contratual, pois é fruto de um acordo de vontades entre os celebrantes do instrumento normativo. E é normativa, pois tem efeitos *erga omnes*, gerando direitos e obrigações para todos os integrantes das categorias profissionais e econômicas, mesmo aos não associados.” (SARAIVA, p. 485)

Ao analisarmos a Convenção 154 do OIT, em especial no artigo 2º, pode-se compreender o termo “negociação coletiva de trabalho” como todas as negociações entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, de um lado, e uma organização ou várias organizações de trabalhadores, de outro, com o fim de fixar condições de trabalho e emprego, ou regular as relações entre empregadores e

trabalhadores, ou regular as relações entre empregadores e suas organizações e uma organização ou várias organizações de trabalhadores.

#### 4.4

#### **Do pluralismo jurídico quanto às fontes normativas trabalhistas**

Quando se analisam as fontes formais do direito do trabalho, constatam-se não só aquelas inerentes à produção estatal, seja pelo Executivo (atos administrativos), seja pelo Judiciário (Súmulas Vinculantes, Sentenças Normativas), seja pelo Legislativo (Leis estrito senso), mas também, chamando a atenção, a existência de fontes formais de natureza autônoma, ou seja, não oriunda do Estado, mas dos próprios interessados, ora obtidas da Negociação Coletiva entre empregados e empregadores.

Jorge Neto e Cavalcante estabelecem que (p. 131) *“a norma jurídica é emanada de várias fontes: (a) fontes estatais – as normas oriundas do Estado e que são divididas em legislativa, jurisdicional e administrativa; (b) fontes não estatais – as normas são emanadas de outras organizações e fontes. Subdividem-se em: (1) negocial, que se caracteriza por meio de ajustes diretos dos interessados; (2) consuetudinária, proveniente da sociedade e dos usos e costumes que cria; e (3) doutrina (...).”*

Pode-se, assim, classificar a negociação coletiva de trabalho como um tipo de fonte normativa não estatal, sendo que a normatização trabalhista se caracteriza por um marcante pluralismo jurídico.

Amauri Mascaro Nascimento faz a seguinte análise:<sup>10</sup>

“O Pluralismo Jurídico sustenta a diversificação de processos de formação do direito, entendendo-se por pluralismo jurídico a teoria da origem estatal e não estatal do direito positivo. O direito positivo, segundo o pluralismo, revela-se multiforme. Existem normas jurídicas criadas pelo Estado e também por outros grupos sociais, como a Igreja, as corporações profissionais etc. A lei estadual não encerra todo o direito positivo, de tal modo que o grupo social particular dá

---

<sup>10</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro Nascimento. *Curso de Direito do Trabalho*, 24. ed., p 252.

origem a uma ordem jurídica própria, total ou parcialmente desvinculada do Estado e, em alguns casos, até mesmo contrária à ordem jurídica estatal.”

## 4.5

### **Do fundamento de validade: função normativa**

Quando se menciona negociação coletiva, importante se faz entender a preexistência de um conflito coletivo. Isso envolve não apenas interesses da categoria como também interesses individuais dos trabalhadores:

“O conflito coletivo é aquele em que estão em jogo os interesses abstratos da categoria – interesses reflexíveis a qualquer um que se encontra fazendo parte da categoria profissional, tanto que o conflito individual é aquele que se promove em vista da tutela de um interesse concreto individual.” (NICOLA JAEGER *apud* JORGE NETO, fl. 1263)

Apesar da inobservância do Poder Público na produção normativa dos instrumentos de negociação coletiva, ficando a cargo das partes sua formulação, não se pressupõe a ausência de uma formalidade ou procedimento para ser efetivado.

O fundamento de validade da negociação coletiva é a lei estatal, ou a tolerância do Estado. Como prova irrefutável dessa validade, cita-se a Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XXVI, que reconhece as convenções ou acordos coletivos como fontes normativas trabalhistas, a saber:

“Artigo 7º, CRFB – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXVI – reconhecimento de convenções ou acordos coletivos de trabalho;”

Da mesma forma, diante da amplitude de efeitos sobre interesses tanto coletivos como individuais, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) ratifica a importância da negociação coletiva atribuindo força de regra geral às convenções ou aos acordos coletivos de trabalho, dispostos no artigo 611 e nos seguintes da CLT.

Sérgio Pinto Martins, em sua obra “O Pluralismo do Direito do Trabalho”, enriquece tal desenvolvimento ao se reportar ao Direito Comparado para justificar a função normativa dos instrumentos de negociação coletiva:

“A Constituição espanhola declara que a lei garantirá o direito de negociação coletiva laboral entre os representantes dos trabalhadores e empregadores, assim como assegura força vinculante aos convênios (art. 37). A expressão força vinculante significa que o pacto é lei entre as partes, aplicando-se automaticamente às relações individuais do trabalho. Define o art. 82 do Estatuto dos Trabalhadores os convênios coletivos como resultado da negociação desenvolvida pelos representantes de trabalhadores e empregadores, constituindo a expressão de acordo livremente adaptado por aqueles em virtude de sua autonomia coletiva. Confere o art.82 aos convênios coletivos eficácia jurídica normativa e não contratual.  
(...)

Na maioria dos países, a negociação coletiva é obrigatória por força de lei, como no México (art. 387), na Costa Rica (Art. 56 do Código de Trabajo) e na Venezuela (art. 50 de Ley de Trabajo).  
(...)

Na Argentina, considera-se prática desleal a não negociação (art. 53 da Ley nº 23.551, de 1998), que também ocorre no Panamá e na República Dominicana. No Chile, a lei estabelece multas ao patrão que não negociar.” (MARTINS, p. 130-131)

Acrescenta GARCIA:

“Logo, deve-se entender a convenção coletiva de trabalho como instituto no qual se fazem presentes tanto a natureza contratual, por decorrer da autonomia coletiva dos particulares, estabelecendo condições de trabalho e obrigações aos entes que a pactuam, como também a natureza normativa, constituindo fonte formal do Direito, fixando normas jurídicas a serem aplicadas na regulação da relação jurídica de trabalho. Por isso, no que tange à natureza jurídica dos acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho, vislumbram alguns autores tratar-se de ‘corpo de contrário e alma de lei’ (Carnelutti), ou modalidade de ‘ato-regra’ (Duguit), por ser um ato jurídico (*rectius*: negócio jurídico), com força normativa, criadora de novas disposições ou regras (ou seja, lei em sentido material, dotada de conteúdo normativo e vinculante), diferenciando-se do ‘ato-condição’, que apenas aplica a lei existente.” (GARCIA, 5ª ed., p. 1300)

Os instrumentos de negociação coletiva se comportam como atos normativos, visto que reúnem características semelhantes à lei, possuindo caráter de regra geral, abstrata e impessoal. Prova disso, é o corriqueiro exemplo do trabalhador que é admitido numa relação de emprego e passa após oito meses de

firmado e vigente a atual convenção coletiva da categoria à qual ele pertence agora. Mesmo que o trabalhador não tenha feito parte da categoria ou participado do procedimento de negociação coletiva, mesmo ingressando oito meses depois, estará sujeito às cláusulas coletivas vigentes. Assim, pode-se constatar o caráter geral, abstrato e impessoal dos instrumentos coletivos de trabalho.

## 4.6

### **Negociação coletiva: procedimento de normatização**

Para que seja estabelecida força normativa, isto é, para que seja válida, deve-se observar formalidade condizente para que seja ratificada sua função normativa. Assim, reforça Renato Saraiva:<sup>11</sup>

“A convenção coletiva de trabalho, conforme determinação da norma consolidada, deve preencher certos requisitos e formalidades para ser considerada válida, como, por exemplo, em relação à obrigatoriedade da assembleia geral, duração, registro, divulgação ou difusão e revisão.

Vejamos alguns deles:

- a convenção coletiva é um ato formal, devendo, portanto, ser celebrada por escrito, sem emendas nem rasuras, em tantas vias quantos forem os sindicatos convenentes ou as empresas acordantes, além de uma destinada a registro (CLT, art. 613, parágrafo único);
- a legitimidade para celebrar convenção ou acordo coletivo pressupõe capacidade sindical, adquirida com registro sindical no Ministério do Trabalho e Emprego;
- para celebrar convenção ou acordo coletivo, os sindicatos deverão convocar assembleia geral específica, com quórum de 2/3 dos associados da entidade (em caso de acordo coletivo), em primeira convocação, e em segunda convocação 1/3 deles, conforme preceitua o Artigo 612 da CLT;

---

<sup>11</sup> SARAIVA, Renato. *Curso de Direito de Trabalho*, ed. Método, SP, 2011, p. 485/486.



- o quórum de comparecimento e votação será de 1/8 dos associados em segunda convocação, nas entidades sindicais que tenham mais de 5.000 associados;
- as convenções coletivas deverão obrigatoriamente conter: designação dos sindicatos convenentes ou dos sindicatos e empresas acordantes, prazo de vigência, categorias ou classes de trabalhadores abrangidas pelos respectivos dispositivos, condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência, normas para a conciliação das divergências surgidas entre os convenentes por motivos da aplicação de seus dispositivos, disposições sobre o processo de sua prorrogação e da revisão total ou parcial de seus dispositivos, direitos e deveres dos empregados e empresas e penalidades para os sindicatos convenentes, os empregados e as empresas, em caso de violação de seus dispositivos, tudo conforme previsto o art. 613 da CLT;
- depósito e registro na Delegacia Regional do Trabalho – DRT: determina o artigo 614 da CLT que os sindicatos convenentes ou as empresas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 dias da assinatura da convenção ou acordo, o depósito de uma via do mesmo para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho (atualmente Secretaria de Emprego e Salário), em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos Órgãos Regionais do Ministério do Trabalho, nos demais casos;
- a Instrução Normativa TEM/SRT 01/2004 também dispõe sobre o depósito, registro e arquivo das convenções e acordos coletivos;
- a convenção e os acordos coletivos entrarão em vigor somente 3 dias após a data da entrega no órgão competente do Ministério do Trabalho, conforme art. 614, § 1º, da CLT;
- para efeitos de publicidade, cópias autênticas das convenções e dos acordos deverão ser afixadas de modo visível, pelos sindicatos convenentes, nas respectivas sedes e nos estabelecimentos das empresas compreendidas no seu

campo de aplicação, dentro de 5 dias da data do depósito (art. 614, § 2º, da CLT);

- prazo de validade: não será permitido estipular duração de convenção ou acordo por prazo superior a 2 anos (CLT, art. 614, § 3º);
- a SDI-I do TST publicou no DJ de 09.12.2003 nova orientação jurisprudencial, a 322, declarando inválida cláusula de termo aditivo que prorogue a vigência do instrumento normativo (CC ou AC) por prazo indeterminado, entendendo que a prorrogação deve se limitar ao prazo máximo de vigência previsto no art. 614, § 3º, da CLT);
- o processo de prorrogação, revisão, denúncia ou revogação total ou parcial de convenção ou acordo coletivo ficará subordinado à aprovação de assembleia geral específica (CLT, art. 615, da CLT), respeitado o quórum previsto no artigo 612, sendo que em caso de aprovação, o referido instrumento de prorrogação, revisão, denúncia ou revogação, será devidamente depositado e registrado no órgão competente no Ministério do Trabalho, entrando em vigor 3 dias após sua efetivação (CLT, art. 615, §§ 1º e 2º);
- o art. 617 da CLT esclarece que os empregados de uma ou mais empresas que decidirem celebrar acordo coletivo de trabalho com as respectivas empresas darão ciência de sua resolução, por escrito, ao sindicato representativo da categoria profissional, que terá o prazo de 8 dias para assumir a direção dos entendimentos entre os interessados, devendo igual procedimento ser observado pelas empresas interessadas com relação ao sindicato da respectiva categoria econômica;
- o mesmo art. 617 consolidado dispõe que expirado o prazo de 8 dias sem que o sindicato tenha se desincumbido do encargo recebido, poderão os interessados dar conhecimento do fato à federação a que estiver vinculado o sindicato e, na falta dessa, à correspondente confederação, para que, no mesmo prazo, poderão os interessados prosseguir diretamente na negociação coletiva, até o final;

- havendo convenção, acordo ou sentença normativa em vigor, eventual dissídio coletivo deverá ser instaurado dentro dos 60 dias anteriores ao respectivo termo final, para que o novo instrumento possa ter vigência no dia imediato a esse termo (art. 616, § 3º, da CLT);
- o art. 60 da CLT determina que quaisquer prorrogações de jornada em atividades insalubres somente poderão ser acordadas mediante prévia inspeção da autoridade fiscal do Ministério do Trabalho;
- contudo, o TST, por meio da Súmula 349, firmou entendimento no sentido de que a validade do acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho;
- nas empresas com mais de 200 empregados, é assegurada a eleição de um representante desses, com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores (CF, 1988, art. 11). (SARAIVA, p. 485-488)”

Como se pode verificar, o procedimento aplicado à validação dos instrumentos de negociação coletiva reafirma o compromisso com a constante consulta, o debate e a participação direta dos interessados, ou seja, empregados e empregadores. Facilmente se percebe, então, a similitude deste modelo procedimental com a proposta do agir comunicativo de Jurgen Habermas.

Para Manoel Alonso Garcia<sup>12</sup>, a negociação coletiva tem como características:

“(a) é um procedimento, uma forma empregada para conseguir um objetivo determinado, sem que, por si mesma, seja uma instituição definitiva e substantiva, servindo a outra;

(b) constitui a forma empregada para chegar a uma convenção coletiva, não a outra figura diferente, e sua finalidade é, precisamente, a de alcançar aquela;

(c) trata de pôr fim a um conflito ou exercer uma pretensão, mas não quer dizer que se possa dar sem a existência prévia de um ou de outra; assim sendo,

---

<sup>12</sup> GARCIA, Manoel Alonso. *Curso de derecho del trabajo*. 4. ed., p.673

enquanto se considere sob esse aspecto, o conflito ou a pretensão são pressupostos necessários para que a negociação se inicie, pois noutro caso não passará a convenção coletiva da expressão formal de um instituto de direito material.”

Acrescenta Sérgio Pinto Martins:

“A legitimidade da convenção coletiva depende da observância dos requisitos formais e essenciais exigidos pela lei, como a capacidade do sindicato de celebrá-la. Todas as cláusulas da convenção coletiva devem incidir sobre fatos, pessoas ou relações jurídicas, de maneira a tornar efetiva sua aplicação. Sua interpretação deve ser feita de acordo com a vontade dos convenientes na época em que a celebram. As cláusulas podem ter eficácia limitada, obrigado apenas os sujeitos convenientes e seus respectivos associados, ou eficácia geral, *erga omnes*, que obrigam não apenas os estipulantes, mas também pessoas estranhas aos quadros de associados. No Brasil, este é o modelo adotado.” (MARTINS, Direito do Trabalho, p. 805)

Importante lembrar que, no Brasil, os efeitos da norma coletiva atingem todos os empregados pertencentes à categoria, filiados ou não ao sindicato, visto que o texto constitucional veda qualquer tratamento diferenciado entre os trabalhadores, conforme previsto no princípio da liberdade de associação (artigo 8º da CRFB).

A teoria do agir comunicativo de Habermas se mostra presente no procedimento acima disposto, o qual consiste na produção normativa, visto que, ao se analisar o artigo 612 da CLT, fica demonstrada a obrigatoriedade da realização de assembleia específica para o fim de acordo ou convenção coletiva de trabalho. Além disso, também fixa o respectivo quórum de participantes, no caso, os trabalhadores. Assim, fica evidente o ímpeto democrático verificado no sistema procedimental adotado, ora corroborado nas ideias de consenso de Habermas.

Importante ressaltar que a motivação da obrigatoriedade do procedimento é a de preservar a oportunidade de diálogo e discussão dos interessados, garantindo, assim, um resultado de consenso, ou que, pelo menos, aproxima-se dele. Diante disso, verifica-se a diminuição da tensão na relação entre validade e faticidade normativa, o que proporciona uma relevante aceitação social quanto às regras jurídicas postas, aproximando-se de uma sensação de pacificação social.

## 4.7

### Da adequação com a proposta habermasiana

#### 4.7.1

##### Modelo Misto de Normatização

Conforme já exposto, o sistema normativo trabalhista no Brasil adota um modelo que mescla uma heteronomia estatal, caracterizada pelo intervencionismo do Estado na produção legislativa, e uma autonomia privada coletiva, marcada pela delegação desse poder normativo aos interessados, aos destinatários da regra, as partes. Em suma, o modelo misto possui uma parte rígida, que estabelece direitos e garantias mínimas e indisponíveis, que correspondem a regras de ordem pública, e outra parte flexível, a qual deixa a cargo das partes interessadas, observados os requisitos e formas legais, a possibilidade de resolverem pelo consenso demandas inerentes às suas respectivas relações.

Habermas argui exatamente esse entrelaçamento do interesse coletivo com o individual em que ambos os sistemas estabelecem um limite fronteiro e tenso envolvendo o Estado, que representa o poder, e a Economia, que representa o dinheiro, sendo este relacionado à existência de sujeitos livres e iguais.

“À medida que o Estado e a Economia, institucionalizados através dos mesmos direitos, desenvolvem um sentido sistêmico próprio, levando os cidadãos a assumir o papel periférico de simples membros de uma organização, torna-se evidente a síndrome entre a privatização da cidadania e o exercício do papel periférico de simples membros de uma organização, torna-se evidente a síndrome entre a privatização da cidadania e o exercício do papel de cidadão do ponto de vista da defesa de interesses de clientes. Os sistemas da economia e da administração tendem a fechar-se contra os seus respectivos ambientes, obedecendo apenas aos imperativos do dinheiro e do poder. Eles detonam o modelo da comunidade que se determina a si mesma através da prática comum dos cidadãos. Por isso, ideia republicana da integração política e autoconsciente de uma ‘comunidade’ de sujeitos livres e iguais parece não se adaptar a condições modernas, dada sua concretude e simplicidade, principalmente quando é pensada como uma nação etnicamente homogênea ou como uma comunidade de pessoas que têm o mesmo destino e seguem as mesmas tradições.

Felizmente, o direito é um médium que permite uma ideia muito mais abstrata acerca da autonomia cidadã. Hoje em dia, a soberania cidadã do povo se retrai para o interior de procedimentos juridicamente institucionalizados e para os processos informais de uma formação da opinião e da vontade mais ou menos

discursiva, viabilizada pelos direitos fundamentais. Eu parto da ideia segundo a qual existe um entrelaçamento entre diferentes formas de comunicação, as quais têm que ser organizadas de modo que possamos supor que elas são capazes de ligar a administração pública a premissas racionais e de disciplinar o sistema econômico sob pontos de vista sociais e ecológicos, sem arranhar sua lógica própria. Este seria um modelo de política deliberativa. Nele não se trata mais do macrossujeito de uma totalidade social, e sim de discursos encadeados anonimamente. Ele coloca o peso principal das expectativas normativas nos processos democráticos e na infraestrutura de uma esfera pública política que se alimenta em fontes espontâneas. Hoje em dia, para fazer valer os seus direitos de participação política, a massa da população tem que integrar-se num fluxo informal de comunicação pública que brota de uma cultura política libertária e igualitária e tentar influir nele. Ao mesmo tempo, as deliberações, no âmbito das corporações parlamentares, têm que ser permeáveis a temas, valores, contribuições e programas que nascem em esferas públicas políticas não encampadas pelo poder.” (HABERMAS, II, p. 294-295)

Continuando, Habermas estabelece uma importante análise sobre a tensão entre direitos humanos (individual) e soberania do povo (público, coletivo):

“A ideia dos direitos humanos e a da soberania do povo determinam até hoje a autocompreensão normativa de Estados de direito democráticos. Não devemos entender esse idealismo, ancorado na estrutura da constituição, apenas como uma fase superada na história das ideias políticas. Ao invés disso, a história da teoria é um componente necessário, um reflexo de tensão entre faticidade e validade, entre a positividade do direito e a legitimidade pretendida por ele, latentes no próprio direito. Essa tensão não pode ser trivializada nem ignorada, porque a racionalização do mundo da vida impede cada vez mais que se cubra a necessidade de legitimação do direito estabelecido – apoiada nas decisões modificáveis de um legislador político – lançando mão da tradição e da eticidade consuetudinária. (...)

Os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as ideias em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno; e isso não é mera casualidade. Pois a essas ideias vêm somar-se os conteúdos que sobrevivem, de certa forma, depois que a substância normativa de um *ethos* ancorado em tradições metafísicas e religiosas passa pelo crivo de fundamentações pós-tradicionais. Na medida em que as questões morais e éticas se diferenciaram entre si, a substância normativa, filtrada discursivamente, encontra a sua expressão na dimensão da autodeterminação e da autorrealização. Certamente os direitos e a soberania do povo não se deixam subordinar linearmente a essas duas dimensões. Entretanto, existem afinidades entre esses dois pares de conceitos, que podem ser acentuadas de modo mais ou menos intenso. (...)” (HABERMAS, I, p. 128 e 133).

Fica evidente a conexão entre a proposta de entrelaçamento do público e privado sugerida por Habermas e a sistemática normativa trabalhista que dispõe de um modelo misto, ou seja, uma parte rígida, fixa, objetivando a proteção de regras de ordem pública, como regras administrativas e direitos humanos, e outra

parte flexível, atendendo a ordem privada, o cenário da Economia, particulares envolvidos e que estabelecem os parâmetros normativos.

#### 4.7.2

#### **Estabelecimento de racionalidade procedimental**

Habermas justifica a necessidade do paradigma procedimental, tecendo considerações sobre a crise latente entre norma e realidade; propondo, assim, um processo, um procedimento de política deliberativa, como essência da democracia participativa com o objetivo de suprir tais instabilidades.

“Podemos sintetizar o resultado de nossa análise, afirmando que os cidadãos racionais não teriam razões suficientes para manter as regras do jogo democrático, caso se limitassem a uma autodescrição empirista de suas práticas. Parece claro que uma teoria com pretensões de justificação não pode escamotear o sentido normativo genuíno da compreensão intuitiva da democracia. E, uma vez que o problema da relação entre a norma e realidade não pode ser evitado pelo caminho das definições empiristas, temos que retornar aos modelos de democracia já introduzidos, os quais possuem um conteúdo normativo, para averiguar se as suas concepções implícitas de sociedade oferecem âncoras para uma ciência social.

De acordo com o resultado de nossas considerações sobre a teoria do direito, o processo da política deliberativa constitui o âmago do processo democrático. E esse modo de interpretar a democracia tem consequências para o conceito de uma sociedade centrada no Estado, do qual procedem os modelos de democracia tradicionais. No entanto, há diferenças, não somente em relação à concepção do Estado tido como protetor de uma sociedade econômica, como também em relação ao conceito republicano de uma comunidade ética institucionalizada na forma de Estado.”<sup>13</sup>

Diante da possibilidade de adoção de parâmetros procedimentais para produção normativa trabalhista, fica evidente a perfeita aplicabilidade dos preceitos habermasianos sobre a racionalidade procedimental, sendo aplicados e previstos no ordenamento jurídico pátrio.

O Direito Coletivo do Trabalho, por meio dos procedimentos típicos de elaboração de instrumentos coletivos de trabalho, propõe uma reflexão quanto à aplicabilidade da Teoria do Agir Comunicativo no Direito Pátrio.

---

<sup>13</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade II*, Tempo Universitário, RJ/RJ, p.18.

Sob o pretexto de que nossa sociedade não possui maturidade política suficiente para exercício de uma democracia direta e constante, promove-se uma exclusão dos destinatários quando do processo de produção da norma, gerando um inevitável distanciamento entre a validade e faticidade que, segundo Habermas, representa um binômio de sucesso para o sistema normativo vigente.

Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo no artigo “Crítica e reconstrução em Direito e Democracia”, constante no Livro “Habermas e a Reconstrução”, coordenado por Marcos Nobre e Luiz Repa (p. 158-159), apontam importantes considerações habermasianas sobre a Racionalidade Procedimental:

“Quando a procedimentalização se dirige às pré-concepções paradigmáticas envolvidas na prática de criação e aplicação normativa, ela passa a ganhar uma relação com a práxis jurídico-democrática sem paralelo nos capítulos anteriores. Nesse momento, é a própria teoria que passa a estabelecer uma relação de complementariedade com a prática, na medida em que elabora intuições procedimentais inacabadas de vertentes da dogmática jurídica que se veem encurraladas entre as críticas direcionadas ao paradigma do estado social e a recusa a um retrocesso neoliberal.

(...)

Para Habermas, a concorrência de paradigmas fez com que a compreensão social deixasse de ser um pressuposto encoberto no âmbito do raciocínio jurídico, tornando-se foco de um debate explícito que incorpora conhecimentos das ciências sociais. Ora, a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que, se existe uma teoria social que serve como pano de fundo da história dos processos vinculados ao direito, o discurso jurídico não pode se furtar à justificação do modelo social em que se ancora. Uma vez que a compreensão paradigmática do direito já não pode ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tem de desafiá-lo para uma justificação autocrática.

(...)

O pressuposto de Habermas de que há uma ligação estreita entre discurso teórico e autocompreensão jurídico-política nos remete à necessidade de não nos fixarmos em uma única orientação disciplinar. Por essa razão, as reconstruções interna e externa operaram de pontos de vista metodológicos abertos, serviram a diferentes finalidades teóricas, adotaram perspectivas diversas (do juiz, da política, do legislador, do cidadão) e assumiram variados enfoques para a pesquisa, pois a teoria do discurso contribui não apenas para o enfoque crítico, mas também para explicações hermenêuticas, descritivas e analíticas.” (NOBRE, p. 163)



### 4.7.3

#### **Verificação de procedimento dialógico – o agir comunicativo e o discurso**

Já devidamente inserido na dinâmica da negociação coletiva de trabalho, o presente estudo reafirma a compatibilidade do modelo habermasiano à realidade de estruturação normativa brasileira, em especial quanto ao atendimento do critério da validade da norma a partir de sua faticidade, de sua relação com a realidade de seus destinatários.

A Negociação Coletiva se apresenta como forma mais eficiente de solução de controvérsias coletivas de trabalho, não coincidentemente pelo fato da negociação coletiva representar o entendimento direto das partes, o que se pode chamar de autocomposição. Além disso, é considerada pela doutrina como a forma mais legítima e democrática de entendimento no mundo laboral.

Seguindo a conceituação de Amauri Mascaro Nascimento (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 19. ed., p. 1135), a autocomposição *“é a técnica de solução dos conflitos coletivos pelas próprias partes, sem emprego de violência, mediante ajustes de vontade. Na autocomposição, um dos litigantes ou ambos consentem no sacrifício do próprio interesse, daí a sua classificação unilateral.”*

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto Cavalcante são categóricos ao reconhecerem o caráter dialógico no processo de negociação coletiva. Vejamos:

*“A negociação coletiva de trabalho, para nós, representa o processo de diálogo entre os atores não estatais do direito do trabalho, ou seja, entre um grupo de trabalhador ou grupos de trabalhadores, de um lado, e empregador ou grupos de empregadores, do outro, representados ou não pelas entidades sindicais, no qual se busca a solução para os interesses conflitantes diretamente pelas partes e que poderão resultar em instrumentos normativos, materializados pela autonomia privada coletiva dos atores, mas não se confundindo com os mesmos. Trata-se da principal forma de autocomposição.”* (JORGE NETO e CAVALCANTE, p. 1281)

Enoque Ribeiro dos Santos (Jorge Neto e Cavalcante, p. 107) considera a negociação coletiva “como processo dialético por meio do qual os trabalhadores e as empresas, ou seus representantes, debatem uma agenda de direito e obrigações, de forma democrática e transparente, envolvendo as matérias pertinentes à relação de trabalho-capital, na busca de um acordo que possibilite o alcance de uma convivência pacífica, em que impere o equilíbrio, a boa-fé e a solidariedade.”<sup>14</sup>

CRUZ (p. 89-92) esclarece que:

“O discurso pressupõe essa ‘situação ideal de fala’ que, sinteticamente, exige como pré-requisitos contrafactuais imanentes à própria linguagem: simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala; a ideia subjacente de ego e alter ego (como pressuposto da diferença e do pluralismo); o médium linguístico [supondo uma dimensão sintática (gramaticalmente adequada à compreensão), uma dimensão semântica (o entendimento das expressões) e uma dimensão pragmática (que será adiante vista no que concerne ao conceito de mundo da vida)]; ilimitação de tempo para se obter o acordo; e, a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada e a ausência de coação interna ou externa na execução do discurso.

O conceito do agir comunicativo está formulado de tal maneira que os atos do entendimento mútuo, que vinculam os planos de ação dos diferentes participantes e reúnem as ações dirigidas para objetivos numa conexão interativa, não precisam de sua parte ser reduzidos ao agir teleológico. Os processos de entendimento mútuo visam a um acordo que depende do assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de um procedimento. O acordo não pode ser imposto à outra parte, não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações: o que manifestamente advém graças a uma intervenção externa não pode ser tido na conta de um acordo. Este assenta-se sempre em convicções comuns. A formação de convicções pode ser analisada segundo o modelo das tomadas de posição em face de uma oferta de ato de fala. O ato de fala de um só terá êxito se o outro aceitar a oferta nele contida, tomando posição afirmativamente, nem que seja de maneira implícita, em face de uma pretensão de validade em princípio criticável.”

Souza Cruz (p. 89) salienta as considerações tecidas por Habermas sobre o agir comunicativo, quando este distingue entre atos de fala ordinários e uma forma especial de comunicação, o discurso, que consiste na fala destinada à justificação de pretensões de validade das opiniões e normas sociais.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos humanos na negociação coletiva*. 5. ed., p. 351.

<sup>15</sup> “Este quadro consiste basicamente na contraposição entre duas formas de comunicação: 1) Atos comunicativos, através dos quais os participantes aceitam ingenuamente, sem discussão, pretensões de validade que formam o consenso básico. 2) Discursos ou discussões, nas quais os participantes não trocam informações, não conduzem ou realizam ações, nem fazem experiências novas, mas procuram argumentos aptos a fundamentar pretensões de validade.” (Siebeneichler,

Em sua teoria do discurso, Habermas suscita a intersubjetividade de processos de entendimento, que só se efetivam por meio de procedimentos democráticos ou na rede comunicacional de esferas públicas políticas:

“O fluxo comunicacional que serpeia entre formação pública da vontade, decisões institucionalizadas e deliberações legislativas, garante a transformação do poder produzido comunicativamente, e da influência adquirida através da publicidade, em poder aplicável administrativamente pelo caminho da legislação. Como o modelo liberal, as fronteiras entre “Estado” e “sociedade” são respeitadas: porém, aqui, a sociedade civil, tomada como base social de esferas públicas autônomas, distingue-se tanto do sistema econômico, como da administração pública. Dessa compreensão da democracia resulta a exigência normativa de um deslocamento de pesos nas relações entre dinheiro, poder administrativo e solidariedade, a partir das quais as sociedades modernas satisfazem suas necessidades de integração e de regulação. Aqui as implicações normativas são evidentes: a força social e integradora da solidariedade, que não pode ser extraída apenas de fontes do agir comunicativo, deve desenvolver-se através de um amplo leque de esferas públicas autônomas e de processos de formação democrática da opinião e da vontade, institucionalizados através de uma constituição, e atingir os outros mecanismos da integração social – o dinheiro e o poder administrativo – através do médium do direito.”<sup>16</sup>

Habermas aduz que para uma teoria do agir comunicativo não se limita simplesmente no modo de pensar Kantiano, acentuado na perspectiva Kelsiana, pois o modelo habermasiano requisita um entrelaçamento entre a esfera da interioridade e da exterioridade, visto que o agir comunicativo pressupõe a participação do juízo moral na produção de decisões social e juridicamente relevantes. Tal cumplicidade entre a interioridade e exterioridade tem como premissa sociedades racionalizadas, burocratizadas, procedimentais e normatizadas, em função da complexidade que as caracteriza. Os preceitos da moral somente encontram efetividade objetiva quando convertidos para a linguagem jurídica:

“Por conseguinte, se as qualidades formais do direito são encontráveis na dimensão dos processos institucionalizados juridicamente, e se esses processos regulam discursos jurídicos que, por seu turno, são permeáveis a argumentações morais, então pode-se adotar a seguinte hipótese: a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas

---

Flávio Beno. Jurgen Habermas: Razão Comunicativa e Emancipação, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003, p. 96)

<sup>16</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Validade e Facticidade II*, p.22.

jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental.”<sup>17</sup>

Como já dito, a crítica que se faz é que não necessariamente podemos nos classificar como uma sociedade complexa e racionalizada pelo aspecto econômico, visto que, para os que questionam a teoria habermasiana, simplesmente denomina-se racionalizada somente nações economicamente desenvolvidas.

Colocando-se à prova essa premissa, aponta-se o procedimento de normatização do direito do trabalho pela via da autocomposição prevista nas negociações coletivas de trabalho.

Para Habermas, a participação política dos personagens sociais remonta a uma institucionalização jurídica de uma reconstrução pública da opinião e da vontade, que representariam fontes materiais determinantes nas resoluções sobre leis e políticas. Essa participação política se daria por formas de comunicação centradas no princípio do discurso, sob dois aspectos: o cognitivo e o prático. Vejamos:

“O princípio do discurso tem inicialmente o sentido cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. Entretanto, o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o sentido prático de produzir relações de entendimento, as quais são ‘isentas de violência’, no sentido de H. Arendt, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa. O poder comunicativo de convicções comuns só pode surgir de estruturas de intersubjetividade intacta. E esse cruzamento entre normatização discursiva do direito e formação comunicativa do poder é possível, em última instância, porque no agir comunicativo os argumentos também formam motivos. Tal cruzamento se faz necessário, porque comunidades concretas que desejam regular sua convivência com meios do direito não conseguem separar as questões referentes à colocação de fins comuns, o que seria possível numa comunidade idealizada de pessoas moralmente responsáveis. As questões políticas distinguem-se das morais.” (HABERMAS, 190-191, *Direito e Democracia I*)

---

<sup>17</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: facticidade e validade*, 2003, v. II, p. 203.

Em suma, o direito se mostra como uma mediatriz, ou como chamado por Habermas, um médium, para estruturação das comunidades jurídicas sob efeito do critério de espaço (ambiente social) e de tempo (heranças histórico-culturais).

“A ideia da autolegislação, que significa autonomia moral para a vontade particular, adquire para a formação coletiva da vontade o significado da autonomia política, porque o princípio do discurso encontra aplicação a outros tipos de normas de ação, assumindo ele próprio uma figura jurídica ao lado do sistema dos direitos. O que distingue a autolegislação moral da política não é apenas a forma jurídica, mas a contingência da forma de vida, dos fins e situações de interesses, que determinam preliminarmente a identidade da vontade que se autodetermina. Enquanto a boa vontade moral de certo modo se dilui na razão prática, a vontade política fundamentada racionalmente mantém a contingência na medida em que o valor dos argumentos é relativo a contextos casuais. E, por essa razão, a comunhão das convicções obtidas discursivamente pelo legislador político se expressa na figura do poder comunicativo.” (HABERMAS, 197-198, Direito e Democracia I)

Ângelo Vitório Cenci aduz que em razão dos limites identificados no conceito moderno de razão prática e amparado na nova perspectiva da teoria do discurso, Habermas coloca o direito como elemento central para a solução do problema da integração social em sociedades complexas. Continua dizendo que nestas, a fundamentação se torna fraca, uma vez que depende do solo frágil das pretensões de validade. A seu juízo, a moral não consegue dar conta do problema da integração social em tais sociedades. Cenci explica ainda que a passagem da sociedade tradicional para a sociedade moderna provoca uma modificação significativa na relação entre moral e direito. A moral se manteria como uma forma de saber cultural, mas sem força suficiente para exigir dos sujeitos tal passagem. O direito, diferentemente, adquire obrigatoriedade também no nível institucional, a fim de se estruturar como capaz de coordenar a ação mediante seu poder de coerção. (NOBRE e REPA, 122 e 123)

#### 4.7.4

#### **Presença e atuação dos espaços públicos**

A ideia do agir comunicativo entre os atores sociais, por meio de procedimentos e instrumentos, garante a captação de um consenso entre os interessados, aproximando o direito ao ápice do modelo democrático moderno.

Importante ressaltar que a proposta do agir comunicativo precisa ocorrer dentro de um lugar propício, ora denominado por Habermas como o chamado espaço público político, ora comparado a uma caixa de ressonância onde os problemas e problemáticas políticas ganham eco, ganham atenção da sociedade.

Para Habermas, Esfera ou Espaço Público é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis; tampouco ela constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões. Nela, os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. (HABERMAS, 92-93, Direito e Facticidade II).

Nessa toada, Habermas aduz um comparativo entre o mundo da vida e a esfera pública, sendo o primeiro tomado globalmente e o segundo se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural, estando em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana.

Continuando, Habermas informa que o mundo da vida se apresenta como se fosse um reservatório para interações simples, do dia a dia, e os sistemas de ação e saber especializados, desde funções gerais de reprodução deste ambiente, como a religião, a escola, a família; bem como de diferentes aspectos de validade do saber comunicado através da linguagem comum, como ciência, moral, arte etc. A esfera pública constitui uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, caracterizando-se como um espaço social de relações interpessoais que se firma quando os participantes tomam posição perante os atos de fala dos outros, não configurando apenas um encontro de observações mútuas. Salienta ainda que as estruturas comunicacionais da esfera pública aliviam o público da

tarefa de tomar decisões; as decisões proteladas continuam reservadas a instituições que tomam resoluções. (HABERMAS, II, 94)

Habermas chama a atenção para o fato de que um processo público de comunicação não está caracterizado pela simples difusão de conteúdos e tomadas de posição através de meios de transmissão efetivos, mas, sim, pela estruturação de uma opinião pública qualificada, visto que a sua qualidade permite aferir a qualidade procedimental de seu processo de criação.

Importante distinção é feita por Habermas entre o poder produzido comunicativamente e o poder empregado administrativamente. Enfrenta-se um dilema no modo como o sistema administrativo pode ser implantado através das políticas e leis oriundas de processos de formação pública da opinião e da vontade. A Administração, no espaço normativo, atém-se a requisitos próprios quanto à racionalidade, visto que a atuação administrativa não leva em conta a simples razão prática da aplicação de normas, mas, sim, possui um modo instrumental, procedimental, de trato ao direito. Na linguagem do poder administrativo, os argumentos normativos que justificam a adoção de determinadas políticas, ora escolhidas, além do conjunto de normas estabelecido, já foram previamente eleitos e abduzidos do mundo da vida. Assim, o poder legítimo produzido comunicativamente pode influir no sistema político, caso os argumentos estejam em sintonia com a racionalização das decisões administrativas. (HABERMAS, II, 270-271).

Diante dessas posições habermasianas, pode-se entender que nem todo acontecimento ou fato pertencente ao mundo da vida tornam-se automaticamente incorporados ao sistema político. Faz-se necessária uma prévia discussão sobre tais ocorrências, por meio de discursos e debates ocorridos no espaço público, os quais promovem a formação de uma opinião pública, que se de qualidade, demonstrará a eficiência do procedimento estabelecido.

No entanto, a opinião pública por si só não promove automaticamente a inserção de temas e direitos no sistema político. Isso ocorre porque o poder administrativo possui entraves burocráticos e políticos, de forma que,

constantemente, não consegue atualizar o sistema político às demandas propostas pela opinião pública.

Importante se faz a exemplificação dessa lógica. Vejamos que recentemente a violência doméstica (seja entre cônjuges, seja entre familiares) era tida como um fato isolado e de cunho restrito à família, não podendo ser do interesse público, digo, da “intromissão pública”. A partir do momento em que as vítimas passaram a denunciar e ficava evidente a agressão aos direitos humanos fundamentais, tal tema passou a ser discutido nas esferas públicas competentes, repercutindo no firmamento de posicionamento uníssono da opinião pública para que passasse a ser assunto de atuação e intervenção do Estado, em função dos crimes cometidos nessas relações familiares. Diante da posição da opinião pública, o sistema político cedeu às pressões promovendo regulamentação e a criminalização de condutas antes moralmente aceitas ou não contrariadas. Como exemplo, ocorreu a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006).

Outro exemplo, agora dentro do âmbito trabalhista, foi a constatação de uma grave e histórica distinção jurídica aplicada a categoria do trabalhador doméstico em relação aos demais empregados, figurando como uma mancha vergonhosa estampada no texto constitucional. Quando o antigo parágrafo único do Artigo 7º da Constituição Federal de 1988 excluía alguns direitos trabalhistas dos empregados domésticos em relação aos demais empregados, ficava evidente que os possíveis anseios dos domésticos encontravam-se abduzidos e restritos ao mundo da vida, não surgindo como tema de pressão e de debate nas esferas públicas disponíveis.

Quando as aspirações dos domésticos começaram a ecoar junto à opinião pública, ficando evidente a função de um espaço público político, o pleito dos domésticos foi elevado ao status de norma, passando a integrar-se ao sistema jurídico.

Recentemente, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 72, de 3 de abril de 2013 (PEC 66/2012) que garantiu às domésticas direitos como o seguro-desemprego, o fundo de garantia, a irredutibilidade salarial, o adicional



noturno, o salário-família, a assistência em creches e em pré-escolas, entre outros. Com isso, a classe dos empregados domésticos passou a ter direitos iguais aos de qualquer trabalhador.

Cabe ressaltar que a Teoria do Agir comunicativo de Habermas não busca contemplar pura e simplesmente a vontade da maioria, pois sendo assim, não necessitaria de postura ativa de exposição de fundamentos de cada interesse. O objetivo é a reflexão, a internalização do direito, a busca do consenso, pois assim podemos destacar que a proposta de Habermas não busca a vontade da maioria, mas, sim, 223 a proposta de melhor argumento.

Apesar de muitos cidadãos que possuem participação política ativa se beneficiarem desse tipo de serviço, a princípio, ficariam contra se analisado seu interesse de empregador. No entanto, analisando os argumentos dos domésticos e a conjuntura do sistema jurídico brasileiro, ora pautado pela isonomia e reprovação de práticas discriminatórias, houve consenso quanto à necessária equiparação jurídica dos domésticos.

Na produção de Normas Coletivas de Trabalho podem-se identificar cenários ou ambientes propícios para repercussão de anseios e problemáticas no mundo da vida presentes no âmbito das relações de trabalho.

Ao trabalhador ou grupo de trabalhadores que procura emancipar direitos ou propor adequações nas condições de trabalho, não basta promover uma discussão junto à opinião pública por meio dos espaços públicos. Caberá ao interessado submeter os argumentos e propostas aos procedimentos para que alcance o *status* normativo. O sistema normativo trabalhista estabelece não só uma racionalidade procedimental pela via de produção estatal, como também pela não estatal, envolvendo os próprios interessados, o que, segundo Habermas, proporciona um vínculo harmônico entre a faticidade e validade de uma norma, gerando, assim, maior efetividade.

#### 4.7.5

### **Mecanismos trabalhistas de autocomposição: presença da teoria do agir comunicativo**

Dentre as formas de solução de conflitos existentes, a autocomposição se apresenta em evidência, visto que deve ser buscada primordialmente por ser a melhor das vias. Isso porque não há nada melhor que as próprias partes para resolverem, pelo entendimento, seu conflito, pois somente estas conhecem seus problemas, necessidades e possibilidades, e a negociação direta se mostra o mecanismo mais efetivo de pacificação.

Maurício Godinho Delgado estabelece um liame entre as especificidades da autocomposição que se alinham ao consenso direto e à racionalidade procedimental proposta por Habermas. Vejamos:

“É que a diferenciação essencial entre os métodos de solução de conflitos encontra-se, como visto, nos sujeitos envolvidos e na sistemática operacional do processo utilizado. Na autocomposição, apenas os sujeitos originais em confronto é que se relacionam na busca de extinção do conflito, conferindo origem a uma sistemática de análise e solução da controvérsia autogerida pelas próprias partes. Já na heterocomposição, ao contrário, dá-se a intervenção de um agente exterior aos sujeitos originais na dinâmica de solução do conflito, transferindo, como já exposto, em maior ou menor grau, para este agente exterior a direção dessa própria dinâmica. Isso significa que a sistemática de análise e solução da controvérsia deixa de ser exclusivamente gerida pelas partes, transferindo-se em alguma extensão para a entidade interveniente. É evidente que o papel exercido por este agente exterior e a intensidade de sua intervenção são aspectos que variam significativamente em consonância com os tipos de mecanismos heterocompositivos.”<sup>18</sup>

Cabe ressaltar que várias são as dificuldades que inviabilizam esse entendimento, sendo que a problemática se apresenta como óbice meramente procedimental, visto que o consenso na prática já pode estar alinhado entre as partes.

Dentre os princípios específicos trabalhistas, está o da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, o da Norma mais favorável ao Trabalhador. Já quanto aos dispositivos, tem-se como exemplo o Artigo 468 da CLT, que não autoriza

---

<sup>18</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. p.1445.

alteração contratual senão se presentes dois requisitos: por consenso do empregado e (também) se não lhe for prejudicial para o trabalhador.

Pelo atual sistema jurídico, qualquer pacto individualmente firmado entre o empregado e o empregador, em regra, não será reconhecido pela legislação e pelos princípios específicos do Direito do Trabalho. Isso ocorre devido a uma característica de vulnerabilidade jurídica, econômica, social e hierárquica do trabalhador em relação a seu patrão. Entretanto, não se pode esquecer que a relação de emprego se perfaz num feixe de interesses privados, seja do empregador, seja do empregado, de maneira que não se poderia cercear o direito de livre negociação das partes. Assim, o sistema jurídico oferece como solução ao paradoxo da hipossuficiência x liberdade do trabalhador a disponibilidade de direitos trabalhistas e condições de trabalho somente pela via do pacto coletivo condicionado a um procedimento dialético, democrático e consensual junto à categoria dos trabalhadores.

Daí a necessidade da função dos sindicatos, visto que suprem a ausência de poderes dos próprios empregados para entendimento individual e direto com seus respectivos empregadores.

A presença do sindicato representativo de uma categoria de empregados fortalece um lado contratante antes tido como fragilizado, hipossuficiente, gerando uma equiparação de forças. O sindicato possui autonomia e gera estabilidade a seus dirigentes, ocasionando a garantia de livre exercício da representatividade junto aos trabalhadores e independência junto aos empregadores.

#### **4.7.5.1**

##### **Atuação sindical**

No âmbito trabalhista, é bem claro o objetivo da legislação: proteger o empregado em função de sua vulnerabilidade. A negociação coletiva trabalhista, por não mais envolver apenas um empregado, mas o grupo organizado, não traz necessariamente a mesma proteção do direito individual do trabalho, sendo que a

presença do sindicato, atuando em representação e assistência dos trabalhadores, pressupõe a negociação com forças proporcionais. (CHOHFI, 52-53)

Conforme o artigo 511 da CLT, os sindicatos são associações de trabalhadores ou empresas participantes de um mesmo ramo da atividade econômica ou profissional, cujo objetivo é a proteção dos interesses coletivos ou individuais de seus membros.

Os sindicatos possuem funções básicas de representação dos membros da categoria representada quanto aos interesses e direitos coletivos de negociação, que se refere à produção normativa, elaborando acordos e convenções coletivas de trabalho; e de assistência, seja na área jurídica, como também nas de educação, lazer, assistência social, medicina etc.

Os sindicatos também possuem órgãos básicos, a saber: Diretoria, Assembleia e Conselho Fiscal. A Assembleia apresenta-se como o órgão principal dos sindicatos, visto que a própria Diretoria depende de sua autorização para outorga de poderes e limites no processo de negociação sindical.

No Direito Coletivo, a negociação coletiva é considerada a forma mais eficiente de solução de conflitos coletivos trabalhistas, significando o entendimento direto das partes, resultando na celebração de uma norma coletiva de trabalho. (JORGE NETO, 1341)

A Negociação Coletiva pode ser conceituada como “processo dialético por meio do qual os trabalhadores e as empresas, ou seus representantes, debatem uma agenda de direitos e obrigações, de forma democrática e transparente, envolvendo as matérias pertinentes à relação de trabalho – capital, na busca de um acordo que possibilite o alcance de uma convivência pacífica, em que impere o equilíbrio, a boa-fé e a solidariedade humana”.<sup>19</sup>

Acrescenta ainda Enoque Ribeiro dos Santos que a negociação coletiva é um dos meios eficazes para “diminuir as desigualdades sociais e fortalecer a

---

<sup>19</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O direito do trabalho e desemprego*, São Paulo, LTr, 1999, p.90.

autoestima e a capacidade dos cidadãos, posto que facilita sua participação.” (SANTOS, fl. 151)

Conforme estabelece a Razão Procedimental proposta por Habermas, verifica-se a busca do consenso para a produção de instrumentos normativos válidos e efetivos.

A negociação coletiva é o instrumento pelo qual os atores sociais trabalhistas normalizam as suas relações de trabalho. É um instrumento de natureza complexa, apresentando, simultaneamente, aspectos políticos, sociais, econômicos etc. Pela negociação, os interesses antagônicos entre o capital e o trabalho, num ato de intercâmbio, ajustam-se, estabelecendo regras que aderem aos contratos individuais de trabalho, dentro do âmbito de representação dos atores sociais participantes. Diferentemente do que ocorre em outros países, no Direito Coletivo brasileiro, a negociação coletiva do trabalho se materializa em convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho. (JORGE NETO, p.1344)

Assim, a participação obrigatória de sindicatos se deve ao fato de se manter uma equidade de forças da entidade sindical (que representa os empregados) em relação às empresas e seus respectivos sindicatos (patronais), de forma que, na negociação coletiva, não há parte vulnerável, ou hipossuficiente, que necessite de proteção legal; daí a disponibilidade de direitos trabalhistas, com exceção de conteúdos que envolvam segurança e saúde do trabalho, por se tratarem de matéria de ordem pública.

#### **4.7.5.2**

#### **Representação dos Trabalhadores na Empresa**

Outro exemplo concreto de sensibilidade da legislação trabalhista às práticas democráticas quando da estipulação do direito, é o que dispõe o Artigo 11 da CF/1988 que trata sobre a representação dos trabalhadores na empresa, cuja função principal seria a de promover uma significativa melhoria no relacionamento entre empregados e seus respectivos empregadores, objetivando

solucionar do ponto de vista prático e direto os problemas decorrentes das relações trabalhistas na empresa. Vejamos o que garante o texto constitucional:

“Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.” (Art. 11 da CRFB)

A Constituição Federal de 1988 assim assegurou a eleição de representantes dos trabalhadores nas empresas que possuíssem mais de 200 empregados, com estrito objetivo de obter entendimento direto com os empregadores.

Como já anteriormente mencionado, cabe ressaltar que várias são as dificuldades que inviabilizam esse entendimento, sendo que a problemática se apresenta como óbice meramente procedimental, visto que o consenso na prática já pode estar alinhado entre as partes. Como prova da presença da Razão Procedimental mais do que a Prática, quando o assunto é negociação no âmbito trabalhista, percebe-se que independentemente da convergência de vontades das partes, tal alinhamento requer uma formalidade prevista em lei; não basta o consenso prático, visto que necessita de uma instrumentalidade.

Já foi mencionado, há a exigência da participação dos Sindicatos dos trabalhadores nos procedimentos de negociação coletiva de trabalho, e esta depende de etapas de desenvolvimento em que participaram obrigatoriamente os Sindicatos e as Empresas.

Ao contrário do que muitos empresários entendem sobre a exigibilidade dos Sindicatos, pode-se literalmente adotar um ditado popular: “Ruim com ele, pior sem ele.”

A ausência de um sindicato que represente uma determinada categoria de trabalhadores pode ensejar, antes de mais nada, num grande pesadelo para o empregador, visto que a sua ausência inviabiliza, a princípio, qualquer possibilidade de flexibilização das regras trabalhistas daquela relação.

Assim, o empregador vira refém de uma legislação rígida e que trata o empregado, metaforicamente analisando, como um incapaz, sendo o patrão seu responsável, seu curador; não existe um tratamento como de relação entre particulares e maiores.

O empregador necessita obter mecanismos de flexibilização das regras de jornada de trabalho (prorrogação e/ou compensação de jornada), além das regras de remunerações e de benefícios concedidas aos empregados. Assim, existem interesses comuns, passíveis de barganha e de negociação entre empregadores e empregados. A ausência de entidade sindical representativa reduziria essa margem de ajustes contratuais entre as partes, gerando insatisfação aos empregados e restrição de crescimento aos empregadores, o que condenaria a própria relação trabalhista ao fracasso.

Não diferente, o entrave também poderia ocorrer se o sindicato se negasse ou se omitisse de exercer seu papel de representante coletivo. Essa é uma situação muito comum em entidades sindicais de “fachada” ou não comprometidas com os reais interesses da categoria ou grupo de trabalhadores.

Objetivando sanear esse impasse de entrave negocial por ausência de requisito procedimental (ausência de sindicato representativo dos trabalhadores), a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 11, buscou preservar a obtenção do consenso de partes interessadas, mas tornando o Procedimento um elemento de qualificação desse entendimento, e não como fator impeditivo para a efetivação daquilo que se obtém de um entendimento democrático, legítimo e consciente.

“As atribuições do representante do pessoal devem circunscrever-se ao campo das relações individuais do trabalho, figurando um caminho de mão dupla entre a administração da empresa e os empregados. Ao promover ‘o entendimento com os empregadores’, como quer a Carta Magna, o representante do pessoal terá que respeitar a ‘reserva sindical’, que concerne, principalmente, ao âmbito das questões coletivas de trabalho suscetíveis de negociação coletiva. O art. 11 em exame refere expressamente que, nas empresas, de mais de duzentos empregados, estes elegerão um representante. Parece-nos incontroverso, portanto, que não

cogitou delegado sindical, mas de representante de pessoal, a ser eleito por todos os colegas da empresa e não somente pelos sindicalizados.”<sup>20</sup>

Pode-se extrair da possibilidade de eleição de comissão de empregados para negociação de condições de trabalho com o empregador, como um forte indício, ao menos, de que o sistema normativo trabalhista não busca privilegiar ou enaltecer o sindicalismo. Essa eleição, genuinamente, busca fazer convergir o real e legítimo interesse e desejo das partes envolvidas, sendo alvo de proteção e validação a vontade da categoria de trabalhadores ou empregadores, a qual nem sempre é idêntica à do sindicato.

#### 4.7.5.3

##### **Pactos sociais trabalhistas**

No afã de ressaltar a função primordial que o entendimento entre os atores envolvidos direta ou indiretamente nas relações trabalhistas (como empresas, sindicatos, partidos políticos, Estado) proporciona na construção do sistema normativo trabalhista, não se poderia deixar de cogitar aqueles instrumentos de ajuste de vontade que envolve matérias econômico-sociais por meio de um procedimento negocial, enaltecendo a efetiva participação desses interessados.

Na atual conjuntura econômica mundial, qualquer país pode estar suscetível aos imprevistos da economia, gerando desemprego e recessão, o que pode ser verificado na recente crise europeia. No Brasil, não é diferente, visto que o país passou por difíceis e tormentosas experiências ao longo de sua história econômica, ora cumulada a uma legislação rígida e inflexível aos empregadores (CLT), que protege o hipossuficiente empregado na relação laborativa.

Tal cenário gera um impasse jurídico, cuja consequência gera o sacrifício da própria relação de emprego, não havendo sentido preservar-se todos os direitos trabalhistas se não existir emprego; surge um impasse entre salvar a empregabilidade do trabalhador ou salvar a indisponibilidade de seus direitos trabalhistas. Nesse caso, pode-se dizer o velho ditado popular: “Vão-se os anéis,

---

<sup>20</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999. p. 476



mas ficam os dedos”. O importante é preservar a integridade do essencial, do indispensável, ou seja, o emprego, do que benefícios acessórios ou secundários ao trabalhador.

Assim, os pactos sociais se mostram eficazes como uma junção de interesses de atores sociais para uma solução dialética e consensual para que se chegue a uma saída mais salutar aos trabalhadores e empregadores, sem lesão ao interesse público.

Sérgio Pinto Martins analisa os instrumentos de interação e negociação. Vejamos:

“Os pactos sociais na área trabalhista também revelam o pluralismo do Direito do Trabalho, embora nem sempre sejam muito utilizados. Há a concentração entre o governo, os trabalhadores e os empregadores e não a imposição de regras apenas do primeiro.

São os pactos resultados das crises econômicas por que passaram os países, sobretudo os países da Europa e mais especificamente a Espanha.

O pacto social pode conter regras trabalhistas, como outras questões: econômicas, de política fiscal.

Geralmente, os pactos procuram aumentar o crescimento econômico, assegurando a estabilidade de preços e salários, reduzindo o desemprego. Podem, ainda, especificar regras sobre as relações trabalhistas.

Suas normas não são dotadas de coação, no caso de descumprimento, pois apenas representam um compromisso entre as pessoas envolvidas, um ajuste de vontades, sem que exista sanção pela inobservância de suas regras.

Podem os pactos servir de fontes para a elaboração de outras normas. Geralmente, o pacto tem âmbito nacional, podendo ser negociadas outras regras no âmbito estadual ou municipal ou servir de base para a edição de lei que regule outras questões.” (MARTINS, fl. 111)

O pacto social representa o negócio resultante de entendimentos de caráter político e/ou social, substantivos e/ou procedimentais, que tenham por propósito o estabelecimento de regras genéricas para políticas públicas e para o comportamento dos atores sociais, na conformidade com os interesses por estes

veiculados por intermédio de órgãos públicos, de partidos políticos, ou de quaisquer entes capazes de expressar interesses sociais relevantes.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> FREITAS JR, Antônio Rodrigues de. *Conteúdo dos pactos sociais*. São Paulo: LTr, 1993, p. 24.

## 5

### O sindicalismo como modalidade de ação política

#### 5.1

##### Evolução Histórica

A maioria dos doutrinadores vê nas corporações de ofício o nascedouro do sindicalismo, sendo que, nas corporações, as forças produtivas reuniam-se numa só entidade e o sindicalismo foi o divisor dessas forças: de um lado trabalhadores e de outro, empregadores. (Jorge Neto, p.1184)

As Idades Média e Moderna foram marcadas por períodos de proibição à liberdade de associação dos trabalhadores e de teorias liberais da economia, as quais não reconheciam a intermediação da vontade individual por entidades ou instituições.<sup>22</sup>

Prova de que havia uma repressão expressiva à liberdade de associação sindical nesses períodos foi a verificação de legislações que a previam como delito, a saber: na França, a Lei *Le Chapelier* (1791) e o Código Penal de Napoleão (1810); na Inglaterra, os *Combinations Acts* de 1799 e 1800; nos Estados Unidos, por uma decisão judiciária do Estado da Filadélfia de 1806; na Espanha, em 1834. (Jorge Neto, p.1187)

---

<sup>22</sup> “A proibição dos sindicatos pelo Estado é fruto de uma série de concepções ideológicas, políticas e econômicas advindas com o liberalismo da Revolução Francesa, de 1789. O princípio da igualdade jurídico-política e a filosofia do liberal-individualismo determinaram a consagração do dogma da autonomia da vontade nas relações contratuais, inclusive nas de trabalho (*laissez-faire*); a supressão das corporações de ofício e a proibição de coalizações de trabalhadores ou de empregadores. Com esteio no princípio da liberdade dos indivíduos, condenou-se a existência de corpos intermediários na sociedade, como forma de preservar a livre e plena manifestação da vontade, sem que ela estivesse submetida à vontade de instituições ou corpos intermediários. Os contornos desse pensamento liberal são encontrados nas ideias de Jean-Jacques Rousseau para quem o alcançar de uma vontade geral que predominasse sobre as vontades particulares somente ocorreria com a vedação de sociedades parciais no Estado. Essas idealizações liberais encontradas no Contrato Social estavam presentes no informe apresentado por Le Chapelier à Assembleia geral em 14 de junho de 1791: ‘Não há mais corporações no Estado. Há somente o interesse particular de cada indivíduo e o interesse geral.’” (SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*, p.30 – *apud* JORGE NETO, p. 1183)

Importante se faz mencionar a contribuição da obra *O Manifesto Comunista* de Marx e Engels (1848), que insuflava os trabalhadores à união, bem como condenava a supressão das corporações, defendendo a necessidade de os operários se organizarem e se associarem, para possibilitar a manifestação de suas opiniões e a obtenção de melhores condições de vida. (GARCIA, 5ª ed., p. 1201)

Numa fase seguinte, diante do início dos sintomas de uma crise social provocada pelas ideias liberais aplicadas à relação de trabalho, os movimentos sindicais passaram a ser tolerados, deixando de ser crime, sem haver, no entanto, o reconhecimento legal. Os sindicatos consistiam em instituições de fato e não jurídicas.

O sindicalismo nasce com o reconhecimento do direito de associação dos trabalhadores, o que veio a acontecer após a Revolução Industrial, ocorrida no século XVIII. Tal Revolução expôs as chagas da sociedade, em que passou a existir bolsões de pobreza, doenças e violência, em função, muito em função da disparidade e exploração entre classes, em especial, industriários e trabalhadores.

As crises que importaram no desaparecimento das corporações de ofício acabaram propiciando o surgimento dos sindicatos. As corporações de ofício foram criadas como forma de reunião dos trabalhadores, objetivando melhores condições da vida. A forma de funcionamento das corporações acabou também com a união existente e deu lugar ao descontentamento, razão pela qual foram surgindo reivindicações, principalmente dos aprendizes e companheiros.<sup>23</sup>

Diante desses acontecimentos e da necessidade de equilíbrio na relação entre empresários e trabalhadores, o Estado passou a intervir regulando direitos e garantias, objetivando a estabilização normativa trabalhista, conforme pontua cronologicamente Sérgio Pinto Martins:

“Pode-se dizer que o berço do sindicalismo foi a Inglaterra, onde, em 1720, foram formadas associações de trabalhadores para reivindicar melhores salários e

---

<sup>23</sup> MARTINS. *Direito do Trabalho*, 24ª Ed., Ed. Atlas, p. 676.

condições de trabalho, inclusive limitação da jornada de trabalho. Desde 1824 houve uma fase de tolerância com os sindicatos; somente em 21-06-1824, as coligações deixaram de ser proibidas em relação aos trabalhadores, por ato do parlamento; não se reconhecia, porém, o direito de greve. (...) Em 1830, em Manchester, são criadas associações de trabalhadores para mútua ajuda e defesa, chamada *Trade Unions*, que são os embriões do sindicato. (...)

O direito de associação, na Alemanha, foi admitido expressamente pela Constituição de Weimar, de 1919, tendo sido a primeira constituição a tratar de matéria trabalhista e do direito coletivo do trabalho. (...)

No sistema italiano de Mussolini, o sindicato era submetido aos interesses do Estado. Este é que moldava o sindicato a suas determinações. O sistema fascista não proibia a criação de associações de fato. O art. 6º da Lei nº 563, de 1926 (Lei Rocco), previa a unicidade sindical. A pluralidade sindical implicava concorrência entre os sindicatos. A Carta Del Lavoro, de 1927, na parte III, determinava que a organização sindical ou profissional era livre. O sistema sindical era organizado por categorias (Lei 563/1926), indicando o paralelismo simétrico: de um lado, sindicato de categoria profissional e, de outro, sindicato de categoria econômica. O Estado é que organizava as categorias. A categoria preexistia ao sindicato. Não tinha, porém, a categoria personalidade jurídica. Quem tinha personalidade jurídica era o sindicato. A associação era um fato voluntário. O enquadramento sindical era prévio e obrigatório. Só era possível o reconhecimento de um único sindicato pelo Estado em dada base territorial, concedendo carta sindical, que era um ato político. (...) Somente o sindicato legalmente reconhecido e submetido ao controle do Estado é que tinha o direito de representar a categoria, estabelecendo os contratos coletivos. Para assegurar a autonomia financeira do sindicato ou sua dependência financeira ao Estado é que tinha o direito de representar a categoria, estabelecendo os contratos coletivos. (...) Cabia ao Estado disciplinar os conflitos de trabalho e organizar a produção nacional. (...)

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, determina que todo homem tem direito a ingressar num sindicato (art. XXIII, 4).

A OIT (Organização Internacional do Trabalho), com a Convenção nº 87, de 1948, passou a determinar as linhas mestras sobre o direito de livre sindicalização, sem qualquer ingerência por parte do Estado. (...)” (MARTINS, p. 676-677)

Em relação ao sindicalismo no Brasil, continua MARTINS:

“A Constituição de 1824 determinava no § 25, do art. 179, que ‘ficam abolidas as corporações de ofícios, seus juízes, escrivães e mestres’. Tal fato se deu em razão das modificações sociais existentes na Europa, principalmente decorrentes da Revolução Francesa, que extinguiu as corporações de ofício.

A Constituição de 1891 não dispõe expressamente sobre as entidades sindicais, talvez inspirada no modelo norte-americano. O § 8º, do art. 72, dispunha, apenas, que ‘a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia, senão para manter a ordem pública’. Verifica-se, portanto, uma ideia da garantia de associação sindical. (...)

O Decreto nº 979, de 6-1-1903, do presidente Rodrigues Alves, facultava ‘aos profissionais da agricultura e indústrias rurais a organização de Sindicatos para defesa de seus interesses’. (...) O Decreto nº 1.637, de 5-1-1907, criou as sociedades corporativas, facultando a qualquer trabalhador, inclusive de profissões liberais, associar-se aos sindicatos, com o objetivo de estudo e defesa dos interesses da profissão e de seus membros. (...)

Em 1930, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, que atribuía aos sindicatos funções delegadas de poder público (Decreto nº 19.433, de 26-11-30). Oliveira Viana considerava o Ministério do Trabalho o guarda-chuva que abrigava os sindicatos. Nasce aqui um sistema corporativo, no que diz respeito ao sindicato, em que a organização das forças econômicas era feita em torno do Estado, com a finalidade de promoção dos interesses nacionais e com a possibilidade da imposição de regras a quem fizesse parte das agremiações, inclusive de cobrança de contribuições. (...) Foi instituído o sindicato único para cada profissão numa mesma região. O sindicato não poderia exercer qualquer atividade política. Só adquiria o sindicato personalidade jurídica se o Ministério do trabalho o reconhecesse. (...) Os sindicatos poderiam celebrar convenções ou contratos coletivos de trabalho. (...) Passaram os sindicatos a exercer funções assistenciais. (...)

A Constituição de 1934 usava a expressão pluralidade sindical. O art. 120 mencionava que ‘os sindicatos e associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei’. (...) Observa-se que o sindicato nasce atrelado ao Estado, sem a possibilidade de ser criado de maneira totalmente independente e desvinculada daquele. (...)

Decorreu a Carta de 1937 do sistema fascista italiano e a parte laboral foi inspirada na Carta Del Lavoro daquele país, com feição eminentemente corporativista. O art. 138 regulava a questão sindical: ‘a associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de poder público’. (...)

Assim, pode-se verificar que o corporativismo estatal gerou uma forte e direta intervenção política no movimento sindical, como imposição do sistema sindical único, o enquadramento sindical pelo Estado, o controle do reconhecimento de sindicatos pelo Ministério do Trabalho, o imposto sindical obrigatório, a intervenção estatal para afastar a diretoria, a proibição de greves, e demais atos. Tal interferência estatal gerou influência no atual ordenamento sindical pátrio.

Com o Decreto-Lei nº 5.453/43, foi instituída a Consolidação das Leis do Trabalho, que trouxe várias normas sobre Direito Coletivo, muitas ainda vigentes, com boa parte atualmente em discussão sobre sua pertinência ou não diante da

atual Constituição (1988), em função da adoção do princípio da liberdade de associação sindical, sendo considerados revogados aqueles artigos que permitem a interferência do Estado na criação e funcionamento do sindicato. A Constituição Federal de 1946 estabeleceu o direito de greve, porém com a manutenção do sistema sindical anterior. Já a atual Constituição Federal (1988), estabeleceu: a) critérios de unicidade sindical, em que se veda a existência de mais de um sindicato representativo da categoria na mesma base territorial; b) autonomia sindical em relação à livre organização e ação, independente da vontade do Estado; c) confirmação de contribuição sindical compulsória, dentre outros pontos. (CHOHFI, p. 7)

## 5.2

### **Natureza Jurídica das Entidades Sindicais e aquisição de personalidade**

O artigo 511 da CLT define o sindicato como uma associação de pessoas físicas ou jurídicas, com objetivos econômicos ou profissionais, cuja finalidade é a defesa dos interesses coletivos ou individuais dos membros da categoria. Vejamos o dispositivo mencionado:

“É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.”

Atualmente, em pleno Estado Democrático de Direito, caracterizado pela liberdade sindical, prevista no artigo 8º da CRFB de 1988, não mais se pode atrelar o sindicato ao Estado, devendo aquele ser um ente autônomo. Dessa forma, os sindicatos são classificados como pessoas jurídicas de direito privado, com natureza jurídica de associação, que inicialmente ocorrerá no cartório de Pessoas Jurídicas apenas para conferir personalidade jurídica de associação, e, após, registro ao Ministério do Trabalho e emprego, para aquisição de personalidade sindical, tudo em conformidade com procedimento legal previsto, a saber: o Artigo 8º, inciso I, CF 1988, Súmula 677 do STF, Orientação Jurisprudencial 15

do SDC do TST, e Portaria MTE 186/2008. (GARCIA, 5ª ed., citação indireta p.1252-1253)

Com a Constituição de 1988, foi vedada a intervenção estatal na criação e funcionamento dos sindicatos – art.8º, I, da CRFB. Não poderá mais o Estado determinar as regras de criação, a composição, o quórum de representação para a validade de qualquer ato praticado, salvo o registro no Cartório de Pessoas Jurídicas e o Registro Sindical no Ministério do Trabalho – Instruções Normativas nº 03/94 e 01/97. Esse último requisito foi exigido para que se fiscalizasse a unicidade sindical exigida pela Carta, impedindo-se que mais de um sindicato com a mesma representação se estabelecesse na mesma base territorial – unicidade sindical. (CASSAR, Vólia Bomfim, 2ª ed., p. 1260-1261)

### 5.3

#### **Do Sistema Sindical Brasileiro – Das Instâncias Sindicais**

Além dos sindicatos, importante se faz mencionar outras entidades que compõem o sistema sindical brasileiro, que adotou o modelo confederativo. Sendo os sindicatos os entes sindicais da base, e conforme dispõe o art. 533 da CLT, consideram-se associações sindicais de grau superior as federações e as confederações.

As federações são formadas por número não inferior a cinco sindicatos, sendo constituídos por Estados, conforme artigo 534 da CLT: *“É facultado aos Sindicatos, quando em número não inferior a 5 (cinco), desde que representem a maioria absoluta de um grupo de atividades ou profissões idênticas, similares ou conexas, organizarem-se em federação.”* Entretanto, poderá ocorrer a constituição de federações interestaduais ou nacionais, conforme prevê o § 2º do art. 534 da CLT.

As confederações são formadas por, no mínimo, três federações já em âmbito nacional, e todas com sede em Brasília, capital do país, conforme previsto no § 3º do art. 534 da CLT.



Por fim, importante mencionar o papel das Centrais Sindicais que, a princípio, não constam da CLT quando se verificam as entidades que compõem o sistema sindical brasileiro, a saber: Sindicatos, Federações e Confederações.

A legislação vigente previa a existência das Centrais Sindicais (Lei nº 8.036/1990, art. 3º, § 3º; Lei nº 7.998/1990, art. 18, § 3º, e na Lei nº 8.213/1991, art. 3º, § 2º), contudo, não havia regulamentação específica sobre tais entidades. Quaisquer dúvidas sobre seu reconhecimento foram depostas com o advento da Lei nº 11.648/2008, que dispôs sobre o reconhecimento formal das centrais sindicais para os fins que especifica, alterando a CLT. Vejamos o artigo 1º da mencionada Lei:

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

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

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

Parágrafo Único – Considera-se central sindical, para efeitos do disposto nesta Lei, a entidade associativa de direito privado composta por organizações sindicais de trabalhadores.”

Segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia (ed. 5, 1260-1261), importante se faz algumas considerações sobre as Centrais Sindicais: “(...) a central sindical possui natureza jurídica de direito privado, sendo formada por entes sindicais dos trabalhadores. (...) a central sindical é constituída em âmbito nacional, sendo entidade de representação geral dos trabalhadores. (...) A coordenação da representação dos trabalhadores, pela central sindical, em âmbito nacional, ocorre ‘por meio das organizações sindicais’ que forem filiadas à central sindical. Isso confirma a assertiva de que a central sindical não é, em termos rigorosamente técnico-jurídicos, um ente que integre o sistema sindical, tal como estruturado na Constituição Federal de 1988. Na realidade, as organizações sindicais podem se filiar à central sindical, por ser esta uma entidade associativa de natureza privada.”

## 5.4

### Funções e campo de atuação dialógica

As entidades sindicais são dotadas de atribuições legais indispensáveis para o cumprimento de seus objetivos; assim, os sindicatos dispõem de funções, ora mencionadas por Gustavo Garcia (p. 1255):

“a) representação (art. 513, a, da CLT), pois o sindicato representa a categoria e os seus integrantes, e não apenas os seus filiados;

b) substituição processual, uma vez que o sindicato possui legitimação extraordinária, o que possibilita a defesa dos interesses e direitos dos integrantes da categoria, conforme o art.8º, inciso III, da Constituição da República;

c) negociação coletiva, podendo resultar na avença de instrumentos normativos, ou seja, acordo coletivo e convenção coletiva, conforme os arts. 7º, inciso XXVI, e 8º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988;

d) assistencial;

e) parafiscal;  
(...)

Devem os sindicatos, portanto, exercer as seguintes funções de natureza social:

– manter serviços de assistência judiciária para os associados e membros da categoria;

– sempre que possível, e de acordo com as suas possibilidades, manter no seu quadro de pessoal, em convênio como entidades assistenciais ou por conta própria, um assistente social com as atribuições específicas de promover a cooperação operacional na empresa e a integração profissional na classe.”

Conforme já dito anteriormente, os sindicatos possuem função de representação da categoria de trabalhadores nas negociações coletivas agindo, assim, como atores nos procedimentos de discurso, diálogo, e entendimento entre as partes desses certames.

As Federações e Confederações atuam como entidades de suporte aos sindicatos, ou, até mesmo, de substitutos a estes em caso de não organização de determinada categoria. Imagine que uma categoria profissional recentemente regulamentada, ainda não possua sindicato organizado. Caso os trabalhadores e seus respectivos empregadores busquem uma entidade representativa dos

primeiros para validação de negociação coletiva já avançada, o sistema legal já prevê atribuições às Federações, caso não exista sindicato, e às Confederações, caso não exista sindicato e federação afins, para que representem a categoria órfã. Assim, dispõe a CLT:

“Art. 611 – Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

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

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

Quanto às Centrais Sindicais, acrescenta GARCIA:

“A Central Sindical pode, ainda, participar de negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite (ou seja, com a presença de representantes dos trabalhadores, empregadores e governo ou poder público), nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores. Desse modo, as centrais apresentam legitimidade para participarem da assinatura dos chamados ‘pactos sociais’.” (GARCIA, 5ª ed. p. 1261)

Quanto à participação sindical, reforça Amauri Mascaro Nascimento:

“Esclareça-se que o pacto social normalmente resulta de uma negociação ou ‘concertação social’ em elevado nível da sociedade, com o objetivo de fixar rumos para a política social e econômica do país. Trata-se de meio para obter o consenso dos interessados antes de reformas mais profundas, contando com a participação de representantes (sindicais) dos trabalhadores, representantes dos empregadores (das empresas) e do Estado (‘pactos trilaterais’), em que são estabelecidos planos sobre âmbitos diversos, especialmente no aspecto econômico e social.”<sup>24</sup>

Continua NASCIMENTO sobre a importância da negociação coletiva:

“Desse modo, não se confundem com os acordos e convenções coletivas, seja em razão dos sujeitos pactuantes distintos, seja porque os pactos sociais têm

<sup>24</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 176-177

finalidades próprias, procurando estabelecer regras e programas mais amplos, relacionados a políticas econômicas e sociais gerais, prevendo compromissos de caráter preponderantemente moral entre os atores sociais e o governo. De todo modo, o pacto social não deixa de ser um instrumento que busca solucionar conflitos sociais, podendo envolver questões de ordem trabalhista.”<sup>25</sup>

Importante ressaltar que, ao contrário do que ocorria no período de intervencionismo estatal no âmbito sindical, no sistema legal vigente, no art. 521, d, da CLT, os sindicatos não poderão exercer atividades políticas, entendendo-se como proibição de atividade político-partidária, justamente porque o ente sindical não se confunde com os partidos políticos, pois possui atribuições próprias e distintas, de defesa dos interesses da categoria, independentemente da corrente partidária seguida. Entretanto, aquela atividade política, devidamente entendida como forma de realizar pressão, de forma legítima, em diversos setores da sociedade e dos poderes constituídos, organizando-se para alcançar objetivos definidos, bem como melhores condições, é inerente à atuação do sindicato. (GARCIA, 5 ed., p 1268)

## 5.5

### **O Sindicalismo e a autonomia privada coletiva**

Conforme já mencionado no item 4.1 deste estudo, partindo do surgimento do Iluminismo, iniciou-se uma série de transformações históricas, como a Revolução Francesa, que proporcionou a emancipação da autonomia privada, materializada na figura do contrato. A Revolução Industrial, esta já no século XVIII, que em função dos excessos da autonomia privada aliada a uma sociedade desigual, promoveu a revolta dos trabalhadores explorados.

Como forma de resolver as desigualdades no direito do trabalho, a intervenção legislativa do Estado passou a ser importante fator para equilíbrio da relação entre empregado e empregador.

No entanto, pelo menos no Brasil, essa intervenção ocasionou um dilema de viabilidade econômica aos empregadores, que seria: ou atender as rigorosas e

---

<sup>25</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 177-178

onerosas regras da legislação trabalhista brasileira, ou optar pelos riscos da informalidade.

A justificativa de proteção ao empregado se deu pelo fato deste representar o polo mais fraco da relação de emprego, por motivos de inferioridade hierárquica, econômica e social.

Importante esclarecer, conforme aponta Sérgio Pinto Martins (p. 119) que a Autonomia Pública visa à satisfação a interesses públicos, em geral associada a atos unilaterais da Administração Pública, e a autonomia privada visa atender interesses particulares, como ocorre no contrato.

Entre a autonomia privada individual e a coletiva, a primeira possui efeito limitado às partes da relação jurídica; já a coletiva se remete a beneficiários indeterminados, visto que podem ser os integrantes de uma categoria profissional e econômica ou também empregados de determinada empresa.

Quando se menciona o termo “autonomia privada”, Sérgio Pinto Martins esmiúça seu significado como sendo o poder de criar normas jurídicas pelos próprios interessados, cabendo às partes a criação de determinadas normas em lugar do Estado, ou complementar as normas editadas por este. Vejamos:

“As normas que são criadas em decorrência da autonomia privada coletiva tem conteúdo próprio, que é determinado negativamente pelo Estado, isto é, do que não pode ser feito. Especifica o Estado certas áreas em que só ele pode operar, deixando outras em que pode haver a atuação das partes. (...)” (p.118)

Sobre os instrumentos de negociação coletiva de trabalho, corrobora CHOEFI:

“Dentre as normas negociadas, existem as Convenções Coletivas de Trabalho (CCT), firmadas entre os sindicatos de empregadores e empregados, que visam criar regras mais específicas para determinada categoria (‘lei da categoria’). Há também os acordos coletivos de trabalho (ACT), firmados entre o sindicato de empregados e uma ou mais de uma empresa, diretamente, formando regra ainda mais específica (‘lei da empresa’). A possibilidade de se criar regras negociadas entre particulares, em detrimento daquelas leis ditadas pelo Estado, decorre da chamada ‘autonomia coletiva privada’ ou ‘autonomia coletiva dos particulares’,

que faz sobrepor a vontade manifestada de grupos organizados ao interesse público que antes era manifestada de grupos organizados ao interesse público que antes era manifestado pela legislação vigente. Tal possibilidade de criação de normas mais específicas, e por iniciativa, é própria do direito coletivo do trabalho”. (Thiago Chohfi, p.52)

Este direito é considerado autônomo ou extraestatal, representado pelos instrumentos normativos produzidos em negociações pelos trabalhadores e empregadores ou suas organizações, sem intervenção e mesmo contra a vontade do Estado. Contudo, essa autonomia possui limites.

“Só não será observada a autonomia privada coletiva quando incide norma de ordem pública e de ordem geral, pois nesse caso não há campo de atuação para a autonomia privada. É o que ocorre com regras relativas a salário mínimo, férias, repouso semanal remunerado, intervalos, segurança e medicina do trabalho. A maioria das hipóteses é de regras pertinentes ao Direito Tutelar do Trabalho. É o que ocorreria com disposição de convenção coletiva que determinasse a inobservância da hora noturna reduzida, pois nenhum valor teria. Nesses casos, há limitações à autonomia privada coletiva, que são impostas pelo Estado, como direito mínimo a ser observado.”<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> MARTINS. *Direito do Trabalho*, 5ª ed., p. 772.

## Considerações Finais

Como dito no início deste estudo, até que se justificam as amarguras, reclamações e insatisfações da população em geral no que tange ao distanciamento do sistema jurídico posto aos conflitos do mundo da vida. No entanto, isso não deve ser a mola propulsora de mudanças radicais, mas, sim, de aperfeiçoamento das instituições públicas e privadas e dos processos democráticos que permitam um maior envolvimento e participação dos cidadãos. A proposta habermasiana se apresenta como conveniente ao momento político nacional (havendo uma racionalidade procedimental e busca do consenso com mecanismos de harmonia entre a faticidade e validade da norma), visto que estamos diante da necessidade de se dar mais um passo para a evolução dos ideais democráticos.

Cabe ressaltar que o sistema normativo brasileiro se concentra num positivismo legalista, num substancialismo, que emperra o exercício, se não pleno, mas ao menos necessário da sociedade em geral, incluindo a participação conjunta entre Estado e Sociedade Civil Organizada, opinião pública, igreja, empresariado, sindicatos, entre outros. Sempre ocorre uma expectativa voltada à Brasília, nossa capital construída estrategicamente longe das massas, por sinal na contramão de uma ambientação democrática adequada; em especial para o Congresso Nacional brasileiro, que constitucionalmente ostenta a missão de representação dos interesses da sociedade em geral, cujo ideal democrático se consuma por meio da eleição de representantes.

A alta demanda de projetos de lei, as constantes paralisações para realizações de eleições junto às bases eleitorais dos políticos, além das crises ética, social e econômica que abalam o meio político, em especial, o próprio Legislativo, ocasionando paralisações dos trabalhos para abertura e apuração em Comissões Parlamentares de Inquérito, são motivos suficientes para se constatar a sobrecarga e ao mesmo tempo incompetência do Estado para gerar uma normatização atualizada, eficiente e legítima.

Não se pode deixar de destacar que atualmente o próprio Poder Legislativo está desatento às demonstrações legítimas e democráticas da sociedade, de forma que as principais reformas política, eleitoral e tributária, tidas como prioritárias ao melhor e presente funcionamento da máquina estatal. Recentemente, vários pedidos de iniciativa popular vêm sendo esfriados no Congresso Nacional, gerando uma situação de insatisfação, de insegurança, de perigosa instabilidade política.

Como forma de amenizar tal quadro, o presente trabalho busca demonstrar que o Brasil conquistou muito até o momento, rompeu amarras ditatoriais, vivendo numa base democrática, que apesar de diferenciada, em função das peculiaridades sociais e políticas, ainda pode ser bastante aprimorada. Simplesmente acusar que tudo está errado e colocar em risco a figura das instituições públicas, estatais não seria válido. Deve-se evitar que ocorra um desmonte de tudo que foi até o momento arquitetado, conquistado.

Independentemente das suscitadas crises na relação entre Moralidade e Política, as expectativas dos representados se depositam nos lentos e unilaterais deslocamentos do Estado no sentido de reconhecer direitos, estabelecer garantias, e regulamentar as relações entre particulares. Trata-se de uma sobrecarga de funções e metas que ocasionam a natural ausência de resposta ou resposta tardia do Estado, que possui um tempo de aplicação de suas metas que não acompanham a velocidade das relações entre particulares, gerando, assim, demandas contidas.

A proposta de Habermas que estabelece uma racionalidade procedimental como ponto de partida primordial para a busca do equilíbrio normativo quanto à faticidade e validade, dá relevância à participação efetiva dos interessados, dos atores sociais, para que compartilhem o ônus da elaboração normativa. Além disso, apresenta-se como fator primordial para a aceitação da normas pelos representados o agir comunicativo que se materializa através de um procedimento dialético entre os interessados que apresentam suas alegações e seus argumentos até chegarem a um consenso. Desse entendimento, não só se estabelece uma regra geral, como também um processo de internalização subjetiva dos interessados de



maneira que se verifica a aceitação da regra posta mesmo por aquele que não teria um ganho individual com isso, visto que a ação resultaria num bem coletivo. Isso pouparia não só o Legislativo, como o Executivo e o Judiciário, em função de uma sensível diminuição de conflitos, sejam entre particulares, sejam entre particulares e Estado.

Analisando o emprego das ideias habermasianas de democracia participativa, destaca-se o bem sucedido sistema normativo trabalhista, que não só possui um modelo legal, estipulado pelo Estado, mas também o modelo negociado, envolvendo os interessados (empregadores e empregados) na elaboração de regras e normas para relações de emprego, vigentes e futuras, configurando instrumento normativo de caráter geral, abstrato e impessoal. A negociação coletiva, por meio de Convenção e Acordos Coletivos de Trabalho, caracteriza-se como ferramenta real e atual para atender às demandas urgentes e necessárias na relação entre empregado e empregador, que caso fosse depender do Poder Legislativo, Congresso Nacional, jamais se conseguiria essa adequação social da norma.

Encontra-se uma clara autorização, principalmente do texto constitucional, quando não só permite a normatização por intermédio de negociação coletiva de trabalho envolvendo sindicatos, conforme dispõe o artigo 7º, inciso IV, da CRFB, como também permite, excepcionalmente, a negociação direta dos empregados (art. 11 da CRFB), sem intermédio de sindicato, com o empregador, dando claro indício da necessidade de vazão dos reais interesses das partes.

Diante desses mecanismos, é possível constatar que diante das demandas de direitos disponíveis, ou seja, não inseridos como sendo de ordem pública, os próprios interessados diretamente possuem uma delegação estatal para legislar sobre as regras pertinentes às necessidades dos envolvidos. Com isso, a legislação trabalhista, ancorada numa CLT que possui exatos setenta anos, aliada a um modelo flexível de normatização extraído do entendimento direto entre os próprios destinatários da norma, comprova que nosso sistema jurídico possui um cenário propício para o aprimoramento dos processos de participação política e

cidadã, como mais uma solução à insatisfação e também inércia dos brasileiros em relação à alegada crise de representatividade.

A estimulação de processos democráticos de participação direta, pautada por uma metodologia dialógica, objetivando o consenso entre os interessados, proporciona a diminuição de tensão da relação entre faticidade e validade, alcançando um amadurecimento político da sociedade e contrariando àqueles que criticam o modelo atual conquistado.

O presente estudo passa longe em tentar fincar o modelo democrático ideal para o Brasil, se substancialista ou se procedimentalista. No entanto, comprova que nenhum desses se encontra inapto de aplicação no cenário jurídico-político brasileiro, cabendo uma reflexão sobre qual desses modelos apaziguaria as demandas latentes e validariam as reformas necessárias que se agigantam a cada dia.

## 7

### Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Lúcia Maria de Carvalho. **Habermas: filósofo e sociólogo do novo tempo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. **Estruturas normativas da teoria da evolução social em Habermas** - tese de Doutorado, pela Unicamp, em 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.

CHOHFI, Marcelo Chaim; CHOHFI, Thiago. **Relações sindicais e negociações trabalhistas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. **Conteúdo dos pactos sociais**. São Paulo: LTr, 1993.

FRÖBEL, Julius. **Sistema da Política Social**. 1948.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Direito do Trabalho**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GARCIA, Ivan Simões. **Direito do Trabalho**. Vol. 9. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GARCIA, Manoel Alonso. **Curso de derecho del trabajo**. 4ª ed. Barcelona, 1973.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: Ensaio Político**. Tradução: Marcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Tradução José N. Heck. São Paulo: Zahar Ed., 1982.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. 2ª ed. revista. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia**. Cadernos do Legislativo, Belo Horizonte, n. 3 p. 107-121, jan-jun 1995.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros. **Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KUHN, Tomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Carlos Marques. Lisboa: Guerra & Paz, 2009.

LIMA, Thiago Muniz de. **Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, na área de concentração Formalismo-valorativo e acesso à justiça: processo, democracia e direitos fundamentais**, 2010.

- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **O Pluralismo do Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2003.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.
- NOBRE, Marcos; REPA, Luiz (orgs.). **Habermas e a reconstrução: Sobre a categoria central da Teoria Crítica habermasiana**. Campinas/SP: Papyrus, 2012.
- ROVIGHI, Sofia Vanni. **História da filosofia Moderna: da revolução científica a Hegel**. 3ª ed. Loyola: São Paulo, 2002.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva**. São Paulo: LTr, 2004.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O direito do trabalho e desemprego**. São Paulo: LTr, 1999.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2003.
- SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. Versão universitária. 4ª ed. São Paulo: Método, 2011.
- SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas: Razão Comunicativa e Emancipação**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- SILVA, Allender Barreto Lima da. **A deturpação do paradigma pós-positivista na prática judiciária brasileira**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3348, 31

ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22517>>. Publicado em 08/2012. Elaborado em 05/2012. Acesso em 19 jan 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, J. L. B. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TENDRICH, Patrícia. **O conceito de espaço público na concepção de J. Habermas**. In: Direito, Estado e Sociedade. PUC-Rio, 1997.