

Paulo Henrique Schneider

Raimar Machado

**HIPÓTESE DE SUPERAÇÃO DE CONFLITO ENTRE NORMA CONSTITUCIONAL
PROIBITIVA E NORMA CONVENCIONAL AUTORIZADORA DA LIBERDADE
SINDICAL PLENA**

1. Introdução

A liberdade sindical é um direito humano e fundamental essencial para a democracia, porquanto o intervencionismo e o corporativismo não se coadunam com o princípio da dignidade da pessoa humana que constitui fundamento do Estado Democrático de Direito.

Como direito fundamental, a liberdade sindical está prevista nos principais tratados de direito internacional, como por exemplo, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em contrapartida, no direito brasileiro a liberdade sindical está garantida, como direito fundamental no artigo 8º da CF/88. Porém, no plano nacional essa liberdade é mais restrita porquanto limitada pelo princípio da unicidade sindical que, em síntese, restringe a criação livre de organizações sindicais.

Por sua vez, no campo político tramita no Congresso Nacional a PEC nº 369/2005 que, dentre outras propostas, estipula o fim da unicidade sindical. Contudo, atualmente o referido projeto encontra-se parado no Congresso Nacional o que deixa transparecer a falta de engajamento do Poder Legislativo com a concretização da liberdade sindical como direito humano universal.

Outrossim, a jurisdição constitucional contemporânea, marcada por constituições democráticas que possuem um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, assentada no reconhecimento da dimensão objetiva dos mesmos, vem se materializando naquilo que se denomina de ativismo judicial, ou seja, na ampla participação dos tribunais em prol da concretização dos fundamentos e princípios constitucionais.

Assim, no contexto da liberdade sindical enquanto direito humano, é de se indagar se é necessário aguardar a vontade do Poder Legislativo ou se o Poder Judiciário, frente ao atual cenário do constitucionalismo contemporâneo, não detém ferramentas suficientes para efetivar tal direito.

2. Os direitos sociais e seu processo afirmativo. O conceito aberto e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O lema que marcou a Revolução Francesa no século XVIII externou nos seus três princípios basilares – liberdade, igualdade e fraternidade – o conteúdo básico dos direitos fundamentais, sendo que, mais tarde, já no século XX, a evolução dos direitos fundamentais faria surgir outras gerações/dimensões.

Os direitos sociais, caracterizados como direitos de segunda dimensão, são baseados no socialismo, emergindo como forma de impedir a exploração do homem pelo homem, reclamando uma atitude positiva por parte do Estado, o qual tem a obrigação de intervir.

Discorrendo sobre o processo de afirmação histórica dos Direitos Sociais salientamos (Machado, 2011, p. 93).

[...] que o reconhecimento constitucional dos direitos sociais surgiu na França, no ano de 1848 (Constituição da 2^a República) e que, nesse caso, os direitos sociais reconhecidos diziam respeito, dentre outras coisas, à realização de obras públicas para absorver a mão de obra desocupada, à formação profissional e à igualdade entre patrões e operários (embora façamos observar aqui que, modernamente, os direitos sociais visam a proteger o trabalhador, partindo justamente de uma noção de desigualdade material em relação ao empregador e igualdade material e forma frente aos demais trabalhadores).

Os direitos sociais, classificados como de segunda dimensão, são baseados no socialismo, emergindo como forma de impedir a exploração do homem pelo homem, reclamando uma atitude positiva por parte do Estado, o qual tem a obrigação de intervir, para proteger os fracos e hipossuficientes. (MACHADO, 2011, p. 92).

Ou, como bem explica Clovis Gorczevski (2005, p. 75),

Sua ênfase está nos direitos econômicos, sociais e culturais, nos quais existe como que uma dívida da sociedade para com o indivíduo.

Estes direitos só podem ser desfrutados com o auxílio do Estado, portanto, se lhe impõe o dever de propiciar as necessárias condições. São direitos ao trabalho em condições justas e favoráveis; a proteção contra o desemprego, a assistência contra invalidez, o direito de sindicalização, direito à educação e cultura, à saúde, à seguridade social, a ter um nível adequado de vida. São direitos que exigem do Estado uma participação, uma ação.

Tais direitos possuem intrínseca relação com o princípio da igualdade, fazendo nascer a consciência de que tão importante quanto proteger o indivíduo é proteger a instituição, surgindo assim, um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais. Essas garantias recebem um tratamento especial de modo a protegê-las de qualquer intervenção alteradora maléfica desses direitos por parte do legislador ordinário.

Os direitos sociais, positivados como fundamentais estão elencados no Capítulo II da Constituição Federal tornando explícita a obrigatoriedade de não se medir esforços no sentido de garantir sua existência, observância e aplicação.

Nesse particular, esclarece Gilmar Ferreira Mendes (2000, p. 169):

Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais: são direitos de defesa (*Abwehrrechte*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas.

Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo da liberdade constitucionalmente assegurado.

No mesmo sentido, é a lição de Robert Alexi (2002, p. 189) para quem

Los derechos del ciudadano frente al Estado a acciones negativas del Estado (derechos de defensa) pueden dividirse en tres grupos. El primero está constituido por derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinada acciones del titular del derecho; el segundo, por derechos a que el Estado no afecte determinadas *propriedade o situaciones* del titular del derecho; y el tercero, por derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho.

Consabido que os direitos sociais se referem ao conjunto de direitos e garantias que asseguram ao indivíduo um mínimo de bem-estar de acordo com os

padrões de dignidade da pessoa humana que prevalecem na sociedade. Embora o titular desses direitos continue sendo o homem em sua individualidade, esses direitos são considerados em seu caráter social, já que destinados a assegurar a sociedade melhores condições de vida. (GORCZEVSKI, 2009, p. 134).

A Constituição Federal brasileira tratou dos direitos sociais em seus artigos 6º¹ e 7º², enunciando como tais, à educação, à saúde, à alimentação, ao lazer, à moradia, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e a infância, à assistência aos desamparados e ao trabalho.

Dentre os direitos sociais, interessa para o estudo do presente artigo, os direitos humanos dos trabalhadores que se referem a liberdade sindical que, por sua vez está constitucionalmente previsto no artigo 8º da Constituição Federal. Tais direitos, consoante salienta Barzotto (2007, p. 17) são

[...] aqueles que constam da Declaração da Organização Internacional do Trabalho relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, de 18 de junho de 1998. Estes direitos estão relacionados em quatro temas: abolição do trabalho forçado, erradicação do trabalho infantil, liberdade sindical e não discriminação.

Os direitos sociais são os que mais experimentam dificuldades em serem protegidos e efetivados, e, para esse descumprimento apontam-se razões políticas e econômicas, podendo-se citar como exemplo, o próprio direito ao trabalho e a remuneração justa. (MACHADO, 2011, p. 95). Em contrapartida, apresenta-se judiciário como a “tábua de salvação” para a efetivação desses direitos, o qual é invocado, por vezes, a tomar decisões de natureza política.³

É nesse contexto que é possível inserir a dimensão objetiva que emana dos direitos humanos no cenário constitucional contemporâneo em que o Poder

¹ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”. (BRASIL, 1988).

² “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.”. (BRASIL, 1988).

³ Com propriedade, Rogério Gesta Leal (2000, p. 72) adverte que “[...] no Estado Social de Direito, as garantias e os direitos sociais conquistados e elevados à norma constitucional, não podem ficar relegados em uma região ou conceituação meramente programática, enquanto promessa de um futuro promissor, a serem cumpridas pelo legislador infraconstitucional, mas impõe uma vinculação direta e orgânica frente aos Poderes instituídos. Não sendo assim, aquelas conquistas não seriam eficazes e, tampouco, estariam qualificando, valorativamente, este Estado como social de Direito.”

Judiciário é instigado ao dever de “interpretação criativa” na concretização dos direitos fundamentais, em complementação concepção tradicional (dimensão subjetiva) que os tinha apenas como posições jurídicas de abstenção do Estado face o indivíduo.

As constituições que se desenvolveram a partir do término da II Guerra Mundial passaram a serem dotadas da uma natureza aberta⁴, demandando uma atividade criativa por parte dos Tribunais na definição do conteúdo e extensão dos direitos humanos. (LEAL, 2007, p. 53).

O conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais tem o escopo de “viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos” (SARLET, 2997, p. 141) e, ainda, ampliar e completar o catálogo dos mesmos.

Com o desenvolvimento da idéia de que os direitos fundamentais possuem um caráter notadamente principiológico constituindo numa “ordem objetiva de valores”, vincula-se o Poder Judiciário no sentido de manter uma interação constante com a realidade atribuindo-lhe um papel valorativo de criação dos conteúdos tidos como fundamentais (LEAL, 2007, p. 1).

Na прédica de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 169), a faceta objetiva dos direitos fundamentais significa

[...] que às normas que prevêm direitos subjetivos é outorgada função autônoma que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.

Portanto, no presente artigo, pretende-se analisar até que ponto, e quais os meios pelos quais a jurisdição constitucional pode imprimir maior efetividade e concretização aos direitos sociais trabalhistas no que diz respeito a controvérsia existente entre o exercício pleno da liberdade sindical e a restrição constitucional referente a unicidade sindical.

⁴ A cláusula de abertura está inserida na CF/88 no artigo 5, §2º que tem a seguinte redação: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

3. A liberdade sindical como direito humano e fundamental. Aspectos legais e conceituais.

Como bem salienta Carmen Camino “a luta secular da humanidade, na sua persistente e admirável busca do direito de trabalhar, está plasmada em dor e sangue” (1999, p. 23), de forma que os direitos fundamentais dos trabalhadores representam uma vitória histórica da sociedade para garantir direitos mínimos essenciais para assegurar a dignidade do trabalhador.

Dentre esses, consoante mencionado alhueres, merece atenção especial o instituto jurídico da liberdade sindical que se traduz na liberdade conferida a classe operária e aos empregadores de livremente se organizarem em agremiações sem a interferência do Estado, cujo objetivo é a defesa dos interesses do grupo representados.

Segundo ‘Sérgio Pinto Martins (2009, p. 689)

A liberdade sindical significa, pois, o direito de os trabalhadores e os empregadores se associarem, livremente, a um sindicato. Todo aquele que tiver interesse profissional ou econômico a ser discutido poderá reunir-se num sindicato. Os interesses profissionais ou econômicos serão, assim, dos empregados, dos empregadores e dos trabalhadores autônomos, como se observa do art. 511 da CLT.

A liberdade sindical com direito humano já estava previsto como um dos programas de ação a ser alcançado na Constituição da OIT, de 1919, constituindo, portanto num dos postulados básicos do conjunto de direitos dos trabalhadores.

Também, a liberdade de associação em sindicatos está previsto na estrutura normativa global de proteção internacional dos Direitos Humanos já que positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo XX) e no artigo 22 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no artigo 8º do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais com a seguinte redação:

Artigo 22 – 1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de constituir sindicatos e de a eles filiar-se, para a proteção de seus interesses. 2. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. O presente artigo não impedirá

que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos por membros das forças armadas e da polícia. 3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados-Partes na Convenção de 1948, da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam – ou a aplicar a lei de maneira a restringir – as garantias previstas na referida Convenção.

Art. 8 – Os Estados Partes, no presente Pacto comprometem-se a assegurar:

O direito de todas as pessoas de formarem sindicatos e de se filiarem no sindicato a sua escolha, sujeito somente ao regulamento da organização interessada, com vistas a favorecer e proteger os seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito não pode ser objeto de restrições, a não ser daquelas previstas na lei e que sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades de outrem; O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formarem ou de se filiarem às organizações sindicais internacionais; O direito dos sindicatos de exercer livremente a sua atividade, sem outras limitações além das previstas na lei e que sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança social ou da ordem pública ou para proteger os direitos e as liberdades de outrem; O direito de greve, sempre que exercido em conformidade com as leis de cada país. O presente artigo não impede que o exercício desses direitos seja submetido a restrições legais pelos membros das forças armadas, da polícia ou pelas autoridades da administração pública. Nenhuma disposição do presente artigo autoriza os Estados Partes na Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, a adotar medidas legislativas, que prejudiquem, ou a aplicar a lei de modo a prejudicar, as garantias previstas na dita Convenção.

Ainda, na estrutura normativa do sistema regional de proteção dos direitos humanos a liberdade sindical está positivada no artigo 16 da Convenção Americana de Direitos Humanos

Artigo 16. Liberdade de associação

1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.
2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
3. O disposto neste artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.

Há de ressaltar que, pela leitura do instrumento normativo acima citado, a limitação a esse direito humano só é justificável no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

Assim, possível constatar que liberdade sindical, na evolução do Direito do Trabalho, representa que ao trabalhador, liberdade, significa muito mais do que “ausência de escravidão”, mas sim, direito de ação, de expressão e de associação (BARZOTTO, 2007, p. 54).

No plano interno destaca-se a liberdade sindical como direito fundamental dos trabalhadores ante a previsão legal do artigo 8º da Constituição Federal⁵ e sua regulamentação do artigo 511 e seguintes da CLT⁶.

⁵ “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.”

⁶ “Art. 511. 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.

§ 1º A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.

§ 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.

§ 3º Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.

§ 4º Os limites de identidade, similaridade ou conexidade fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural.”

Entretanto, é preciso salientar como ponto central do presente artigo, que a liberdade sindical internacionalmente reconhecida de forma ampla, possui uma limitação na CF/88 a qual consagra o princípio da unicidade contratual ao vedar a existência de mais de uma organização sindical em uma mesma base territorial, entendida esta, como o município.

É bem verdade que, atualmente tramita no Congresso Nacional a PEC nº 369/2005⁷ que dentre várias propostas propõe o fim da unicidade sindical instituindo a plena liberdade de associação em agremiações profissionais

A questão que se apresenta é: Em que medida se faz necessário, em tais casos, aguardar a vontade do Poder Legislativo? O Poder Judiciário, frente ao atual contexto do constitucionalismo contemporâneo, não detém ferramentas suficientes para efetivar o direito humano à liberdade sindical em caso de manifesta oposição legislativa contrária a todo o arcabouço constitucional?

Pela própria natureza das constituições democráticas, é preciso salientar que na institucionalização dos direitos humanos e fundamentais não há como se negar a imperiosa necessidade de diálogo e interação entre os planos nacionais e internacionais.

Como salienta Alexy (1999, p. 57) “o plano nacional e o internacional estão hoje estreitamente entrelaçados um com o outro”, sendo que, dessa forma não se pode trabalhar com a idéia de escolha ou hierarquia de um dos planos para se justificar a opção por este ou aquele modelo.

Frente a isso o que se propõem é a inserção do debate acerca da dicotomia existente entre liberdade sindical e unicidade sindical no contexto atual do constitucionalismo contemporâneo, uma vez que, na ordem constitucional contemporânea, a jurisdição constitucional, em que os tribunais constitucionais assumem o papel de senhores da constituição (LEAL, 2012. p. 350), surge, necessariamente o fenômeno do ativismo judicial e da judicialização como ferramentas de realização dos direitos humanos.

É o que se verificará nos tópicos que seguem.

⁷ No momento que o presente artigo é produzido a PEC 369/2005 encontra-se parado no Congresso Nacional aguardando parecer na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

4. A OIT e a internacionalização dos Direitos Humanos dos trabalhadores.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi constituída na Parte XIII do Tratado de Versalhes de 1919 que pôs fim a Primeira Guerra Mundial e é composta por três órgãos: a Conferência ou Assembléia Geral, o conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho.

A OIT se manifesta juridicamente através de seus instrumentos normativos que são: Constituição, Protocolos, Recomendações, Declarações, Resoluções, Orientações e Convenções.

As convenções são classificadas como tratados multilaterais, destinadas a reger as relações internacionais “estabelecendo normas gerais de ação e confirmado ou modificando costumes adotados entre as nações (BARZOTTO, 2007. p.90).

As convenções internacionais possuem a peculiaridade de imprimir uma vinculação dos Estados com uma Organização Internacional, e, não entre si como é natural dos tratados internacionais (POTOBSKY; LA CRUZ; 1990 p. 31-40).

A Conferência da OIT de 1998, atenta as tendências econômicas de globalização do cenário global estabeleceu quais das convenções seriam “Convenções Fundamentais do trabalho”, ou seja, as convenções básicas que tratavam dos direitos humanos nucleares do trabalhador.

Assim ficou definido como fundamentais as convenções que tratam: a) Liberdade Sindical (n. 87 e n. 98), Trabalho Forçado (nr. 29 e n. 105), Não Discriminação (n. 100, n. 111) e Idade mínima e erradicação do trabalho infantil (n. 138) se tornando assim a principal bandeira da OIT.

Nessa condição, as referidas convenções da OIT se constituem em normas mínimas no sentido de que diante da existência de eventual conflito entre o Direito Internacional e o Direito interno se adota o critério mais favorável à vítima.

Segundo Flávia Piovesan (2009, p. 101-102):

O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável à vítima não é apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais.

[...]

Logo, na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, adota-se o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima.

Portanto, diante de todo esse contexto não há outra conclusão que não seja inserir a liberdade sindical no rol de valores nucleares básicos da classe trabalhadora, já que consagrado de forma universal nos principais tratados internacionais e erigido a tal condição pela Organização Internacional do Trabalho, o que desde já, permite concluir pelo imperioso compromisso imposto aos poderes estatais na sua concretização, incluindo-se aí o Poder Judiciário e seu órgão máximo.

5. 2. Da jurisdição constitucional: Marcos históricos e conceituais

Em que pese a ideia de jurisdição constitucional como técnica de atuação da supremacia da lei fundamental ter se desenvolvido no Direito norte-americano (BINENBOJM, 2001, p. 27), foi a partir do fim da II Guerra Mundial⁸ que a jurisdição constitucional adquiriu uma nova dimensão, imprimindo-lhe um papel muito mais ativo e amplo, calcada na ideia de que os direitos fundamentais configuram uma ordem objetiva de valores que possui um caráter vinculante a todos os poderes do Estado, conferindo ao Judiciário uma atuação determinante para a realização desses direitos (LEAL, 2007, p. 1), chegando a ser considerado com um “elemento necessário da própria definição de Estado de direito democrático.” (MOREIRA, 1995, p. 178)

Para dar conta dessa “nova” perspectiva que a Constituição passa a adotar, e, por consequência, passa a “exigir” dos Tribunais um papel positivo e concretizador, é que o Tribunal Constitucional Alemão desenvolveu uma série de recursos teóricos e hermenêuticos com o objetivo de promover uma interação com a atividade

⁸ Conforme salienta Lênio Streck (2004, p. 148), “A democratização social, fruto das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem à luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica.”.

legislativa propriamente dita, notabilizando-se pela sua capacidade construtiva no sentido de fortificação e consolidação dos direitos fundamentais tomando-se por referência o princípio da dignidade da pessoa humana. (LEAL, 2007, p. 62)

Nessa ordem, os direitos fundamentais por estarem situados no topo da hierarquia jurídica, passam a serem vistos como referenciais de valor, conferindo ao controle de constitucionalidade uma nova dimensão, dupla, aliás, uma de caráter subjetivo (direitos de defesa) e outra de caráter objetivo (direitos exercidos positivamente com eficácia vertical e horizontal). (LEAL, 2007, p. 62)

Em tal sentido afirma Gustavo Binenbojm (2001, p. 82)

A missão do Tribunal Constitucional se projeta, assim, para além da mera função de *legislador negativo*, guardião da coerência sistêmica do ordenamento jurídico. Seu papel é o de articular o debate público em torno dos princípios constitucionais, *constrangendo* os agentes políticos a levá-los em conta no desenrolar do processo democrático.

Nesse contexto, é importante destacar que a expansão do conteúdo dos direitos fundamentais e seu caráter supremo, implica um processo de constitucionalização material que atinge a todos os poderes do estado, superando a dicotomia existente na classificação feita por Alexy (normas de direitos fundamentais vinculantes e normas de direitos fundamentais não vinculantes – identificadas como normas de mero caráter político e moral), porquanto, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe que todas as suas normas sejam consideradas juridicamente vinculantes. (LEAL, 2007, p. 74)

Esse caráter principiológico das normas de direitos fundamentais determina que os direitos sejam concretizados da “melhor forma possível”, demandando então, excepcionalmente, uma atuação criativa por parte do Tribunal Constitucional, haja vista que, nessa perspectiva, os princípios podem ser realizados em diferentes níveis e, dessa forma, o sopesamento passa pela observância dos seguintes passos: a) avaliação dos danos da não-realização do princípio; b) determinação da importância do princípio contrário; c) verificação de se a importância do princípio contrário justifica a lesão do outro direito em pauta. (LEAL, 2007, p. 77)

Apesar de inegáveis virtudes desse sistema, não se pode olvidar da permanente instabilidade e tensão com os demais poderes⁹, o que impõe obrigatoriedade de uma clara sustentação de caráter valorativo, que justifique a aparente intromissão de um poder no espaço de atuação e autoridade de outro.

Na lição de Luís Roberto Barroso (1996, p. 157),

[...] tem-se travado, nos últimos anos, uma ampla discussão sobre o controle de constitucionalidade pelo Judiciário e seus limites. Sustenta-se que os agentes do Executivo e do Legislativo, além de ungidos pela vontade popular, sujeitam-se a um tipo de controle e responsabilização política de que os juízes estão isentos. Daí afirmar-se que o controle judicial da atuação dos outros Poderes dá lugar ao que se denominou de 'contermajoritariam difficulty'(dificuldade contramajortária). Notadamente os segmentos conservadores têm questionado o avanços dos tribunais sobre espaços que, segundo crêem, deveriam ficar reservados ao processo político.

Essa atuação do Tribunal, que provoca um agigantamento de sua atuação jurisdicional, por ser, em tais casos, mais benéfica do que negativa, traduz-se naquilo que se denomina de *constitucionalismo cooperativo*, que pressupõe a cooperação dos poderes estatais na realização dos fins do Estado e da própria sociedade, apesar das críticas no tocante a sua falta de legitimidade e representatividade (os cargos dos magistrados não são providos mediante o voto popular). (LEAL, 2007, p. 84)

Ressalte-se que, com os devidos cuidados no sentido de demonstrar a supremacia axiológica do direito que se quer garantir, em favor da cidadania, é possível evitar-se a crítica no sentido de que esse novo papel do Tribunal Constitucional transformaria o “direito legal” em “direito judicial”, acarretando a mutação de “Estado Democrático” em “Estado Jurisdicional”, o que, para os críticos, estaria a provocar uma “erosão da juridicalidade”. (LEAL, 2007, p. 84)

Surgem então, duas correntes, uma de ordem *substancialista* que defende uma atuação do Judiciário na garantia e concretização dos direitos assegurados, e, outra tida como *procedimentalista*, para quem a função do Judiciário não consiste

⁹ Sobre o tema, Cittadino (2002, p. 17) salienta que “A ampliação do controle normativo do Poder Judiciário no âmbito das democracias contemporâneas é tema central de muitas das discussões [...] O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas.”.

em “oferecer critérios conteudísticos, mas apenas procedimentos para a resolução de conflitos morais.”.(CAMBI, 2009, p. 282)

No caso do presente artigo, a análise da jurisdição constitucional está centralizada nos direitos de segunda dimensão, os quais, previstos a partir do artigo 6º da CF abriram a possibilidade de transformação da sociedade a partir do direito. Contudo o Brasil atravessou o século XX e as três fases de evolução do Estado (Estado Liberal na pré-modernidade, Estado Social na modernidade e Estado Neo-Liberal na pós-modernidade) sem ter conseguido resolver satisfatoriamente os problemas atinentes à desigualdade social, e, a maneira pela qual trata, pela via jurídica, incluídos e excluídos, de forma que não se consegue efetivar os direitos fundamentais sociais de modo a assegurar um mínimo essencial ao desenvolvimento das pessoas. (CAMBI, 2009, p. 215)

Nessa perspectiva os direitos sociais não conseguem ultrapassar a barreira de “simples promessas”, vinculadas ao legislador que se omite em regulamentá-los e integrá-los¹⁰ e, dessa forma, a separação de poderes se torna um obstáculo intransponível, porquanto, sob uma visão rígida das funções típicas de cada Poder não cabe aos magistrados substituir o legislador. (CAMBI, 2009, p. 215).

É o que ocorre com o direito à liberdade sindical que apesar de prevista no artigo 8º da Constituição Federal, não conseguiu se desprender do ranço corporativista e intervencionista que sempre caracterizou o sistema sindical brasileiro do século XX, enraizada no texto constitucional na figura da unicidade sindical.

6. A Judicialização e o Ativismo Judicial.

No presente artigo procura-se discutir o papel da jurisdição constitucional na incorporação dos atos normativos internacionais atinentes à liberdade sindical, sob o prisma do ativismo judicial.

¹⁰ Na прédica de Andreas Krell (2002, p. 88), “Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um *efeito paralisante* às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.”

Quando se fala em jurisdição constitucional, imediatamente se recorre aos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização, sendo que, por vezes, equivocadamente, são tratados como sinônimos. Todavia, como bem salienta Mônica Clarissa H. Leal (2012, p. 39) “es posible decirse, por lo tanto, que judicialización y activismo judicial constituyen fenómenos que se intercomunican, pero no se identifican.”

O ativismo judicial, cuja origem localiza-se na jurisprudência americana, está relacionado a uma maior e mais intensa participação do Poder Judiciário na concretização dos valores preconizados na Constituição Federal interferindo no âmbito de atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo (BARROSO, 2008, p. 5).

A noção do ativismo se manifesta, por exemplo, na aplicação da Constituição Federal para casos que não estão expressamente previstos em seu texto, no estabelecimento de obrigações positivas e negativas pelo Poder Público e, na declaração de inconstitucionalidade de atos normativos advindo do legislador baseados em critérios mais flexíveis. (BARROSO, 2008, p. 5)

Segundo Ronald Dworkin (2003, p. 215)

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte [...]

Já a judicialização importa no protagonismo invocado pelo Poder Judiciário na tomada de decisão de questões que, via de regra, são de competência de outras instâncias políticas (BARROSO, 2008, p. 3). Tem como principal característica, portanto, uma transferência de decisões de competência ordinária de outros poderes para o judiciário, fazendo com que o direito seja construído a partir da decisão dos casos concretos pelos juízes (LEAL, 2012, p. 38)

Nesse sentido, explica Luís Roberto Barroso (2008, p. 3)

[...] a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas.

Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Portanto, judicialização e ativismo judicial são fenômenos que possuem pontos em comum, se intercomunicam, mas não se confundem, possuindo traços e características distintas que precisam ser corretamente delineadas para a própria compreensão da amplitude e importância da jurisdição constitucional no direito contemporâneo.

7. A jurisdição constitucional e os tratados internacionais sobre direitos humanos.

Nos tópicos anteriores verificou-se a liberdade sindical como direito humano e sua positivação em diversos tratados internacionais, mais especificamente, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Agora, nesse momento, se faz necessário, analisar brevemente a questão da hierarquia desses instrumentos no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, porquanto se constituem na principal fonte do direito internacional moderno.¹¹

Nesse sentido, leciona Gorczevski (2009, p. 150)

[...] os tratados internacionais, especificamente sobre direitos humanos, são de altíssimo relevância, pois expressam a evolução da sociedade internacional ao exigirem dos Estados o reconhecimento, a promoção e a proteção desses direitos.

A Constituição Federal de 88 expressamente estabeleceu, em seu artigo 4º¹², que, os direitos humanos prevaleceriam, como princípio norteador, em suas relações internacionais. Todavia, é importante salientar que, na perspectiva da jurisdição constitucional, o reconhecimento da condição da superioridade dos tratados internacionais no plano interno encontra forte resistência, ainda mais

¹¹ Para efeito deste artigo utilização da expressão "Tratado" eu seu sentido amplo/*lato*.

¹² Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;
II - prevalência dos direitos humanos

porque a Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu um §3º no artigo 5º, não resolveu a polêmica, haja vista que, pela sua redação, apenas os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Exemplo disso, é que até o ano de 2008, quando do julgamento dos Recursos Extraordinários nº 349.703 e nº 466.343, o Supremo Tribunal Federal ainda decidia a questão do conflito das normas internacionais com a legislação interna através da aplicação da máxima *Lex posterior derogat legi priori* e da supremacia da legislação constitucional interna¹³, quando então passou a adotar a tese da *supralegalidade* dos tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos.

Discorrendo sobre o tema Gilmar Mendes¹⁴ explica que

Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não podem afrontar a supremacia da Constituição, mas têm lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária significa subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Assim, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, entende-se que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Inegavelmente houve um avanço no entendimento da jurisdição constitucional no que diz respeito à internalização dos tratados. Entretanto, é salutar aludir que importante segmento doutrinário, do qual nos filiamos, discorda desse *status*

¹³ Vide trecho do Julgamento do HC 72.131-RJ (22.11.95): “[...] inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer procedência ou primazia hierárquica-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se sobrepõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. (...)”

¹⁴ MENDES, Gilmar. *A construção de um direito constitucional comum Ibero-americano: considerações em homenagem à doutrina de Peter Haberle e sua influência no Brasil*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfEvento_en_US/anexo/Direito_Comum_Iberoamericano_texto_em_homenagem_a_Peter_Haberle_rev_GM_2.pdf. Acesso em: 20 jan. 2012.

conferido pelo STF aos tratados internacionais de direitos humanos porquanto não enaltece, como deveria, a importância hierárquica desses instrumentos, pois os tratados internacionais de direitos humanos são normas constitucionais por força do disposto no próprio §2º, 5º, da Constituição Federal.

Para Flávia Piovesan (2009, p. 73)

[...] corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.

De igual forma, é o posicionamento de Ingo W. Sarlet (Plenum n. 8 jul/ago 2009) para quem:

A luz dos argumentos esgrimidos, verifica-se que a tese da equiparação (por força dos disposto no Art. 5º, §2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os com sede na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direitos constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpretação cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e dos direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais.

Dessa forma, a jurisdição constitucional deveria se pautar pela atribuição de *status* de norma supralegal a todos os tratados internacionais que não versarem sobre direitos humanos, e não para aqueles instrumentos normativos que tratam de direitos humanos e são anteriores a EC/45, como vem ocorrendo até então, porquanto, estes, como afirmado pela doutrina, sempre gozaram de hierarquia constitucional.

8. A liberdade Sindical x Unicidade Sindical. Um convite ao exercício do ativismo judicial

Como visto ao longo do presente artigo, a liberdade sindical como direito humano está amplamente contemplada no cenário jurídico internacional (Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos, Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Convenção Americana de Direitos Humanos) além de expressamente consagrada como tal na Convenção n. 87 da OIT, que, cumpre reiterar não foi ratificada pelo Brasil.

Em contrapartida, a Constituição Federal de 1988 que, de certa forma, configura o rompimento com o corporativismo e intervencionismo que sempre dominaram o sistema sindical pátrio, ainda mantém resquícios que impedem a consagração da liberdade sindical em sua plenitude.

Os traços marcantes de ausência de liberdade plena são identificados na própria Constituição Federal que, como dito acima, consagra a liberdade sindical, mas mantém a unicidade sindical que impede a criação de mais de uma organização sindical representativa de uma categoria profissional ou econômica na mesma base territorial, além do enquadramento sindical por categoria (artigo 570 e seguintes da CLT¹⁵) e contribuição sindical compulsória (artigos 578 e seguintes¹⁶), além, obviamente da regulação ao direito de greve nos termos da lei 7783/89.

Entretanto, a liberdade sindical como direito humano dos trabalhadores, previsto em inúmeros tratados internacionais, sujeita-se ao princípio da norma mais

¹⁵ “Art. 570. Os sindicatos constituir-se-ão, normalmente, por categorias econômicas ou profissionais, específicas, na conformidade da discriminação do quadro das atividades e profissões a que se refere o art. 577 ou segundo as subdivisões que, sob proposta da Comissão do Enquadramento Sindical, de que trata o art. 576, forem criadas pelo ministro do Trabalho, Indústria e Comércio.

Parágrafo único - Quando os exercentes de quaisquer atividades ou profissões se constituírem, seja pelo número reduzido, seja pela natureza mesma dessas atividades ou profissões, seja pelas afinidades existentes entre elas, em condições tais que não se possam sindicalizar eficientemente pelo critério de especificidade de categoria, é-lhes permitido sindicalizar-se pelo critério de categorias similares ou conexas, entendendo-se como tais as que se acham compreendidas nos limites de cada grupo constante do Quadro de Atividades e Profissões.”

¹⁶ Art. 578 - As contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões livres representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação do "imposto sindical", pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo

benéfica ao indivíduo no sentido de que aos órgãos aplicadores do direito cabe a tarefa precípua de “assegurar a melhor proteção possível ao ser humano” (PIOVESAN, 2009, p. 103).

Neste contexto, resta evidenciado um conflito entre as normas de direito internacional e a Constituição Federal de 88 no que diz respeito a liberdade sindical e a questão da unicidade.

A esse respeito, salienta BARZOTTO (2007, p. 152):

Com a Declaração de Princípios Fundamentais, de 1998, o Brasil passa a ter, no mínimo, uma posição desagradável, que sinaliza o inevitável debate sobre o teor do art. 8º da Constituição, em confronto com a Convenção n. 87 da OIT. A superação da incongruência entre estas normas de direito interno e internacional, continua, ao mesmo tempo, um limite para aplicação dos direitos humanos no trabalho, fixados pela OIT, no Brasil, e, um desafio para o futuro.

Salutar ressaltar que, consoante mencionado alhures, a limitação a liberdade sindical só se justifica “no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas”, conforme previsto no artigo 16 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

Indubitavelmente, não parece que a unicidade contratual se enquadra em alguma das limitações justificadoras relacionadas no aludido tratado internacional, mostrando-se precisa a lição de Flávia Piovesan (2009, p. 104) para quem a unicidade sindical constitui-se em uma

[...] restrição injustificada à ampla liberdade de associação, que pressupõe a liberdade de fundar sindicatos.

Acolhendo o princípio da prevalência da norma mais favorável ao indivíduo e considerando que os direitos previstos em tratados internacionais de que o Brasil é parte são incorporados pela Constituição, que lhes atribui natureza de norma constitucional e aplicação imediata, conclui-se que a ampla liberdade de criar sindicatos merece prevalecer sobre a restrição da unicidade sindical.

Acrecenta-se ainda que o Brasil, ao ratificar os Pactos Internacionais e a Convenção Americana em 1992, não formulou qualquer reserva em relação à matéria. Logo, aceitou o princípio da ampla liberdade de criação de sindicatos.

Portanto, a unicidade sindical se afigura com uma limitação injustificada do direito humano do trabalhador a liberdade sindical, porquanto, é irrazoável a limitação do Estado para a constituição de sindicatos pelos trabalhadores.¹⁷

Todavia, essa não é, até então, a postura que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que, em detrimento aos instrumentos normativos internacionais que vinculam o Brasil, tem entendido pela possibilidade de limitação da liberdade sindical através da unicidade sindical.

É o que se depreende dos julgados que seguem:

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. BASE TERRITORIAL. REGISTRO. PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL. ARTIGO 8º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O princípio da unicidade sindical, previsto no art. 8º, II, da Constituição Federal, é a mais importante das limitações constitucionais à liberdade sindical. 2. A Corte de origem negou declaração de exclusividade de representação para fins de registro junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, por concluir pela dificuldade de identificação da categoria a ser representada. 3. Rever a decisão recorrida demanda revolvimento das provas carreadas aos autos, cujo procedimento não tem lugar na via extraordinária, ante o óbice da Súmula STF 279. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido. RE 310811 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 12/05/2009 Órgão Julgador: Segunda Turma.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SINDICATO: CRIAÇÃO. C.F., art. 8º, I e II: LIBERDADE e UNICIDADE SINDICAL. I. - A C.F., art. 8º, I e II, estabelece que é livre a associação profissional ou sindical, condicionando essa liberdade apenas a duas restrições: primeira, a obrigatoriedade do registro no órgão competente; segunda, que haverá apenas uma organização representativa de categoria profissional ou econômica na mesma base territorial, que não poderá ser inferior à área de um Município, e que a base territorial será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados. II. - O acórdão recorrido, no caso, analisou a alegada ofensa aos princípios da unicidade e da liberdade sindical a partir e tendo em consideração a legislação infraconstitucional, arts. 570 e 571, CLT, e bem assim a Lei 7.948, de 1986. Assim, para se chegar à questão constitucional, seria

¹⁷ Nesse sentido é a lição de Sérgio Pinto Martins (2009. p. 692): Não se pode dizer que a pluralidade sindical seja capaz de enfraquecer as organizações sindicais; ao contrário, os sindicatos representativos terão maior força, além de importar em maior participação democrática. Aqueles que prestarem os melhores serviços terão mais associados. A imposição pelo Estado da unicidade sindical é que não pode ser tolerada. Se os interessados decidirem constituir poucos sindicatos, como na antiga República Federal da Alemanha, ou muitos sindicatos, ficará ao livre alvedrio deles e não de outra pessoa. O fato de o sindicalismo ser livre não quer dizer que o sindicato vai ser fraco, pois, prestando bons serviços e conseguindo boas condições de trabalho para a categoria, poderá angariar mais sócios, aumentando sua receita.

necessário superar a interpretação das normas infraconstitucionais. III. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. IV. - Decisão contrária aos interesses da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). V. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. VI. - Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93 da CF: improcedência, porque o que pretende o recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. VII. - A questão constitucional do art. 5º, XXXVI, não foi prequestionada. VIII. - Agravo não provido. AI 524983 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO

Julgamento: 23/08/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma

Contudo, tal posicionamento não se mostra condizente com o constitucionalismo contemporâneo que vem se materializando na corte constitucional brasileira através do exercício, a cada dia mais presente, daquilo que se denomina de “ativismo judicial”, que, consoante visto alhures, consiste na “participação mais ampla e intensa na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2008, p. 6).

Constata-se, dessa forma, que o ativismo judicial tem por escopo servir de instrumento de concretização dos princípios fundamentais e dos valores democráticos.

Sobre esse valoroso protagonismo que a jurisdição constitucional vem adquirindo, personificado na judicialização e no ativismo judicial, Mônica Clarissa Hennig Leal (2012, p. 45) lembra que é resultado

[...] de la dimensión objetiva atribuída a los derechos fundamentales y a los derechos humanos, que poseen un carácter marcadamente principiológico, dependiente de interpretación y de concretización integrativa con la realidad concreta.

Um dos exemplos mais marcantes e paradigmáticos desse cenário atual que se encontra a jurisdição constitucional é o julgamento pelo STF dos processos HC's 87.585/TO de relatoria do Min. Marco Aurélio, e 92.566 de relatoria do Min. Marco Aurélio, RE's 349.703 de Relatoria do Min. Gilmar Mendes e 466.343 de relatoria do

Ministro Cezar Peluso.que determinaram uma guinada na jurisprudência que até então permitia a prisão civil do depositário infiel face a previsão constitucional existente ratificada por força de súmula (súmula 619).

Na ocasião o tribunal constitucional se dividiu em relação à posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, sendo que, ao final, prevaleceu a tese suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes, que sustentou o *status supra-legal*, mas infraconstitucional, de tais atos. (BARROSO, 2008, p. 24).

Sem entrar novamente no mérito da polêmica envolvendo o caráter de normas “supra-legais” a questão primordial é que o Supremo Tribunal Federal se adaptou ao Pacto de San Jose da Costa Rica considerando que o valor da liberdade só pode ser restringindo em hipóteses limitadas, a qual, obviamente não se enquadra a prisão do depositário infiel.

Entende-se que, a partir desse julgamento, não há mais como se sustentar, em detrimento de todo o arcabouço de instrumentos normativos internacionais de proteção aos direitos humanos, se limite a liberdade de associação pela preponderância da unicidade sindical.

Como visto anteriormente, a indeterminação e a abertura que identificam o constitucionalismo contemporâneo impõem uma concretização criativa dos tribunais que ultrapassa os limites da simples interpretação no seu sentido tradicional. (LEAL, 2007, p. 113).

E, no tocante ao problema proposto, não há como negar que a liberdade sindical, desprovida do princípio da unicidade sindical, é necessária para a efetivação dos direitos sociais previstos nos artigos 7º e 8º da Constituição Federal, devendo o tribunal constitucional, a exemplo do que fez com o caso do depositário infiel, privilegiar o sistema internacional, por ser mais benéfico ao indivíduo, para o fim de acabar com a unicidade sindical e só permitir a limitação do exercício desse direito nas hipóteses previstas no artigo 16 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

9. Conclusão

A concretização dos direitos sociais fundamentais constitui-se em um dos desafios do constitucionalismo contemporâneo. No presente artigo, procurou-se, a partir da análise da temática da Jurisdição Constitucional em seu atual contexto, questionar a concretização da liberdade sindical enquanto direito humano e fundamental.

Como conclusão, tem-se que o direito a liberdade sindical é mitigado pela unicidade sindical e que, o Poder Legislativo queda-se inerte no exercício de sua função típica se omitindo em levar a efeito a PEC n.º 369/2005 como é o anseio da sociedade em geral e da classe trabalhadora.

Assim, entende-se que o Tribunal Constitucional precisa agir, pois na condição de órgão concretizador dos direitos sociais e individuais deve fazer prevalecer os valores e princípios fundamentais que norteiam o Estado Democrático de Direito.

A referência do ativismo judicial aqui defendida como fenômeno decorrente da atuação da jurisdição constitucional deve pautar a hermenêutica acerca da liberdade sindical enquanto direito humano.

Mas, para isso, deverá o STF rever o seu atual posicionamento, lembrando, que esse mesmo tribunal já apresentou a possibilidade solução para esse caso quando do julgamento das ações envolvendo a questão do depositário infiel.

Referencias

- ALEXI, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales El derecho y La justicia.** 3. Ed. Madrid: Centro de Estudo Políticos Y Constitucionales, 2002.
- _____, **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: jul./set. 1999
- BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora.** São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em 29 nov 2012.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos e trabalhadores. Atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho.** Porto Alegre: Livraria dos Advogado, 2007.
- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BRASIL, Congresso Nacional. **Decreto-Lei n. 5.452**, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis Trabalhistas- CLT. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 out. 2012.
- _____. Assembleia Constituinte. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 5 out. 2011.
- _____. **Supremo Tribunal Federal.** RE 310811 AgR / SP - SÃO PAULO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 12/05/2009 Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia.htm>. Acesso em 01 dez. 2012.
- _____. **Supremo Tribunal Federal.** AI 524983 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 23/08/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia.htm>. Acesso em 01 dez. 2012.
- CAMBI, Eduardo Cambi. **Neoconsitucionalismo e neoprocessualismo:** direitos

fundamentais, políticas públicas e protagismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 2. Porto Alegre: Síntese, 1999. CITTADINO, Gisele. Judicializaçao da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 01 dez. de 2012.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica de Gildo de Sá Leitão Rios. 1. ed., 2. Tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos Humanos. Dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

_____. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (descaminhos de um direito constitucional “comparado”)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris, 2002.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *La inducción de políticas públicas por los tribunais constitucionales y por los tribunales internacionales: Judicilizacion X Activismo Judicial*. In: COSTA, Marlene da; LEAL, Mônica Clarissa Hennig (Org) **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MACHADO, Raimar. **Igualdade, liberdade contratual e exclusão por motivo de Idade nas relações de emprego**. Porto Alegre: Lex Magister, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009.

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

_____, Gilmar. **A construção de um direito constitucional comum Ibero-americano: considerações em homenagem à doutrina de Peter Haberle e sua influência no Brasil**. Disponível em: http://http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfEvento_en_US/an

exo/Direito_Comum_Iberoamericano_texto_em_homenagem_a_Peter_Haberle_r
ev_GM_2_.pdf. Acesso em: 20 jan. 2012.

MOREIRA, Vital. **Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade:** legitimidade e limites da justiça constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

OIT, **Convenção nº 89.** Disponível em:< <http://www.oitbrasil.org.br/content>.> Acesso em: 05 out. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§2º e 3º do Art. 5º da Constituição de 1988.** Juis Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 8, jul./ago. 2009. I DVD. ISSN 1983-0297.

STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica ao direito. 2 ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VON POTOBSKY, Geraldo; BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor. **La Organizacion Internacional del Trabajo.** Buenos Aires: Astrea, 1990.