

§ 17.

Liberdade (geral) de associação e de criação de associações profissionais

(Art. 9 GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 9º (*Liberdade de associação*)

(1) Todos os alemães têm o direito de constituir associações e sociedades.

(2) São proibidas associações cujos propósitos ou atividades sejam contrários às leis penais ou que se orientem contra a ordem constitucional ou contra a idéia do entendimento entre os povos.

(3) ¹É garantido a todos a e todas as profissões o direito de constituir associações em prol da manutenção e fomento das condições de trabalho e econômicas. Acordos que limitem ou busquem impedir este direito são nulos, e as medidas dirigidas a este fim são ilícitas. ²As medidas concernentes aos Artigos 12a, 35 II e III, Artigo 87a IV e Artigo 91 não podem se voltar contra disputas trabalhistas que ocorram em prol da manutenção e fomento das condições de trabalho e econômicas.

64. BVERFGE 19, 303

(DORTMUNDER HAUPTBAHNHOF)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 30/11/1965

MATÉRIA:

A Reclamação Constitucional volta-se contra uma decisão da Câmara Disciplinar Federal. Proposta por um funcionário público, que trabalha na Empresa Ferroviária Federal Alemã (*Deutsche Bundesbahn*), na estação

ferroviária central de *Dortmund* (*Dortmunder Hauptbahnhof*), que sofreu uma sanção disciplinar por ter realizado propaganda para seu sindicato por ocasião da eleição de representantes para um órgão representativo. O reclamante alegou violação de seu direito fundamental à liberdade de associação profissional (em seu caso: liberdade de associação sindical – cf. nota explicativa ao texto abaixo), derivado do Art. 9 III GG.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, porque o Câmara Disciplinar Federal teria, em sua interpretação das normas disciplinares, ignorado o alcance do Art. 9 III GG. O TCF revogou a decisão da Câmara Disciplinar Federal e devolveu os autos para uma nova decisão.

1. O Art. 9 III GG assegura aos integrantes de uma associação profissional o direito de participar de atividade dela protegida constitucionalmente.
2. O Art. 9 III GG protege o núcleo da atividade de associação profissional nos órgãos representativos dos empregados.
3. A propaganda sindical antes de eleições para o conselho dos empregados [funcionários] é constitucionalmente protegida, dentro de certos limites, também no local e no horário de trabalho.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 30 de novembro de 1965
– 2 BvR 54/62 –

RAZÕES

A. – I.

1. O reclamante é servidor público, precisamente, guarda da Empresa Ferroviária Federal Alemã (*Deutsche Bundesbahn*), na estação ferroviária central de *Dortmund*. Ele é integrante do Sindicato dos Ferroviários da Alemanha. Na disputa eleitoral para a eleição de representantes dos empregados, ele distribuiu, a 15 e 16 de fevereiro de 1960, fora do seu expediente, dentro da estação ferroviária central de *Dortmund*, folhetos desse sindicato, nos quais a política de remuneração dos servidores da Federação Alemã de Servidores foi criticada. Esta teria [segundo o folheto], no meio dos esforços por [melhores] salários, declarado levemente

[sua] desistência [da campanha salarial]. Os servidores ferroviários federais deveriam, então, eleger os candidatos do Sindicato dos Ferroviários da Alemanha e negar confiança aos candidatos do Sindicato dos Servidores e dos Aspirantes a Servidores Ferroviários Federais na Federação Alemã de Servidores (futuramente: Sindicato dos Servidores Ferroviários Federais Alemães). O reclamante entregou ao guarda E ..., que pertence ao Sindicato dos Servidores Ferroviários Federais Alemães, lotado no portão principal, um dos folhetos com os dizeres “Veja como a sua associação trabalha”. E ... entregou o folheto ao Inspetor da Ferrovia Federal W ..., presidente local de seu sindicato. HW ... encontrava-se em uma inspeção de rotina; ele abordou o reclamante e o avisou que a distribuição de folhetos não seria permitida pelas normas disciplinares do serviço público.

O reclamante foi condenado, por medida disciplinar aplicada pelo Diretor da Estação Ferroviária Central de *Dortmund*, em 25 de abril de 1960, a uma multa de 5 marcos alemães, pois que teria desrespeitado o § 7 II 1 do “Regulamento Geral do Serviço dos Servidores Ferroviários Federais” editado pela resolução de 11 de novembro de 1954 da Administração Central da Ferrovia Federal, edição de 1958 – ADAB. Esse dispositivo tem como teor:

“O desempenho do trabalho não pode ser afetado por oposições pessoais, especialmente por aquelas de cunho político, religioso ou relativas a sindicatos.”

2. (...).

II. – III. (...)

B. – I.

A Reclamação Constitucional não é procedente.

1. (...).

2. O Art. 9 III GG garante às associações profissionais e a seus integrantes o direito de atuar na área da representação de empregados. Desta garantia faz parte também a propaganda realizada antes da eleição para o conselho de empregados no local de trabalho.

a) O Art. 9 III GG protege, não apenas o direito de qualquer pessoa e de todas as profissões, inclusive dos servidores públicos, de fundar associações profissionais, mas também da associação como tal e seu direito de perseguir, por meio de atividade especificamente relacionada a ela, as finalidades apontadas no Art. 9 III GG, quais

sejam: proteger e fomentar as condições de trabalho e econômicas³⁰⁹ (BVerfGE 4, 96 [101 s., 106]; 17, 319 [333]; 18, 18 [26]). O Art. 9 III GG assegura ao indivíduo também o direito de participar da atividade específica da associação profissional, no âmbito que é protegido constitucionalmente para ela (cf. BVerfGE 17, 319 [333] e *Wengler*, *Die Kampfmaßnahmen im Arbeitsrecht*, 1960, S. 47 s., bem como § 91 BBG).

b) O direito fundamental de liberdade de associação profissional somente pode proteger aquelas atividades de uma associação que sirvam aos propósitos apontados no Art. 9 III GG.

(...).

Se a atividade dos conselhos de empregados serve principalmente à proteção e ao fomento das condições de trabalho e se a atividade dos sindicatos de representação dos empregados é reconhecida expressamente na lei por meio da atribuição de competências ou é pressuposta como imprescindível para uma eficaz representação de empregados, então também a atividade dos sindicatos na entidade representativa dos empregados serve à proteção e ao fomento das condições de trabalho. A isso não se contrapõe que os sindicatos procurem ter influência, não direta, mas indiretamente – por meio dos conselhos de pessoal e sua eleição –, nas condições de trabalho. O Art. 9 III GG não diferencia se as entidades se engajam pela proteção e fomento das condições de trabalho e econômicas direta ou indiretamente.

c) O Art. 9 III GG garante às associações profissionais o direito de determinar as condições de trabalho e econômicas por meio de convenções coletivas de trabalho (BVerfGE 4, 96 [106]; 18, 18 [26]). É controvertido se a garantia constitucional do Art. 9 III GG também protege atividades de associações que mantenham e fomentem, de outro modo que não por meio de celebração de convenções coletivas, as condições de trabalho e econômicas (neste sentido: *Schnorr*, *RdA* 1955, p. 3 [9]; *Nipperdey*, in: Hueck-Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Tomo 2, 6ª ed., 1957 p. 112; em sentido contrário: *Nikisch*, *Arbeitsrecht*, Tomo II, 2ª ed., 1959, p. 58; *Dietz*, in: *Die Grundrechte*, Tomo III/1, p. 417 [462]; *Werner Weber*, in: *Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle*, 1961, p. 239 [246, 249]). O Tribunal Constitucional

³⁰⁹ Por essa formulação, que contempla os dois interesses centrais dos dois lados da relação trabalhista (boas condições de trabalho, de um lado, e boas condições econômicas, de outro) resta claro, que o termo “*Koalition*” na acepção do Art. 9 III GG significa o gênero “associação profissional”, incluindo também associações profissionais de empregadores, não podendo ser confundido como sinônimo de “sindicato” (= *Gewerkschaft* e não *Koalition*).

Federal ainda deixou em aberto a dúvida quanto [a tutela constitucional] às atividades da associação profissional no órgão representativo dos empregados, na decisão de 14 de abril de 1964 (BVerfGE 17, 319 [333]). Ela deve, em face da área em pauta, ser respondida afirmativamente.

(1) A área de atividade das associações profissionais tutelada pelo direito fundamental da liberdade de associação pode ser determinada somente segundo a prescrição especial do Art. 9 III GG; o Art. 2 I GG, nesse contexto, não vem à pauta (cf. BVerfGE 6, 32 [37]; 9, 73 [77]; outras referências: *Nipperdey, op. cit.*, p. 108 *et seq.*; BAG, JZ 1964, 373 [374]). Na determinação do alcance do Art. 9 III GG, deve-se, contudo, atentar para a evolução histórica (cf. BVerfGE 4, 96 [101 s., 106, 108]; 18, 18 [28 *et seq.*]). (...).

(2) – (3) (...).

A liberdade de associação profissional teria seu sentido, historicamente desenvolvido, roubado, se a atividade das associações junto ao órgão representativo dos empregados não fosse protegida pelo Art. 9 III GG (cf. BVerfGE 4, 96 [102, 106]).

d) Se a atividade das associações profissionais nos órgãos representativos de empregados se subsume à área protegida pelo Art. 9 III GG, então deve ser protegida pela Constituição, em princípio, também a atividade de propaganda das associações profissionais [no caso: trabalhistas, sindicatos] antes das eleições para o conselho dos funcionários. Faz parte das tarefas dos conselhos de empregados [ou funcionários] manter e fomentar as condições de trabalho. Observando-se isso, deve ser garantido às associações profissionais que exerçam uma influência na eleição dos conselhos de funcionários, para a persecução de seus propósitos delineados no Art. 9 III GG (cf. supra: **b**)) (...).

(...). Uma disputa eleitoral para as eleições de conselhos de funcionários que seja compatível com o sentido de tais eleições não pode ser conduzida na frente da porta do local ou fora do local de trabalho, na esfera privada dos eleitores. Por isso, em princípio também a propaganda sindical antes das eleições do conselho de funcionários no local e no horário de trabalho é protegida constitucionalmente.

O sentido de uma tal disputa eleitoral também restaria perdido se se proibisse a uma associação profissional ou a seus integrantes o exercício de crítica às entidades concorrentes. Sem manifestações de opiniões divergentes, uma disputa eleitoral é inimaginável. É inevitável e precisa ser aceito que os integrantes de outros sindicatos reajam a tais manifestações de forma negativa.

e) São, contudo, tarefas do legislador a configuração e a consecução de uma disciplina normativa mais pormenorizada do direito dos sindicatos de atuarem na representação de empregados. Aqui não ocorre nada diferente do que já ocorre com o poder de produzir convenções coletivas garantido pelo Art. 9 III GG (cf. BVerfGE 4, 96 [107 *et seq.*; 18, 18 [27]). O legislador, ao regulamentar de maneira mais pormenorizada, pode levar em consideração tanto as tarefas do serviço público e sua diferenciação das atividades trabalhistas privadas, como as especificidades de cada ramo do serviço público (BVerfGE 17, 319 [334]). Sem se atingir o Art. 9 III GG pode-se, portanto, determinar que não serão permitidas aquelas atividades de entidades trabalhistas no âmbito da entidade representativa dos empregados, que prejudicarem o exercício do trabalho, o cumprimento das tarefas e as obrigações trabalhistas, bem como a ordem no local de trabalho. Igualmente, é permitido, por exemplo, prescrever a certas pessoas – como ao diretor de um departamento, a outros servidores, dependendo de suas funções, ou a integrantes dos órgãos representativos dos empregados – limitações de sua atividade de propaganda sindical antes das eleições do conselho dos funcionários. Pode restar aqui em aberto até onde podem ir tais limitações. O Art. 9 III GG protege também, junto à representação trabalhista, apenas um núcleo da atividade de associação profissional (cf. BVerfGE 4, 96 [106, 108]; 17, 319 [333 s.]; 18, 18 [27]). Esse núcleo será atingido e o Art. 9 III GG violado se antes das eleições do conselho de funcionários forem impostas à propaganda limitações que não forem exigidas pela própria matéria e que, portanto, não são necessárias à garantia do sentido e propósito de eleições livres para o conselho de funcionários (cf. também § 21 PersVG), para o cumprimento das tarefas trabalhistas, para a ordem no local de trabalho ou para o bem-estar dos empregados (cf. BVerfGE 18, 18 [27]). Assim, uma proibição geral de propaganda sindical antes das eleições do conselho de funcionários no local de trabalho não é justificada.

3. O direito fundamental de liberdade de associação profissional a todos garantido, e [em face de] a todas as profissões, também cabe aos servidores públicos (cf. § 91 BBG). Resta, entretanto, avaliar se tal direito fundamental poderia ser limitado em face do reclamante, como servidor, além da medida em outros casos permitida, e se foi [de fato] limitado. Tais limitações amplas do direito fundamental poderiam ser justificadas pelo Art. 33 V GG (cf. *Ule*, *Öffentlicher Dienst*, in: *Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte*, Tomo IV/2, p. 537 [615 *et seq.*] com referências).

Uma proibição geral de atividade [sindical] dos servidores públicos na associação profissional não compartilha, contudo, dos tradicionais princípios do funcionalismo público, não sendo também exigida, pelo sentido e propósito, investidura pública. Segundo o Art. 33 V GG, apenas são permitidas aquelas limitações de direito fundamental que são exigidas pelo sentido e propósito da concreta relação funcional e de lealdade do servidor público (§ 2 BBG). Não se vislumbra em que medida poderiam ser derivadas da investidura de função pública do reclamante, um guarda da Empresa Ferroviária Federal, tais limitações para sua atividade de propaganda sindical (cf. também Bayerischer Dienststrahof, Zeitschrift für Beamtenrecht, 1962, 396, [397]).

II.

Conclui-se que uma proibição geral de atividade de propaganda sindical no local de trabalho antes das eleições do conselho de funcionários que se direcione contra outras associações profissionais não pode, por excelência, ser imposta a um servidor público, sem que o Art. 9 III GG reste violado. O Art. 9 III GG, entretanto, também será violado quando um tribunal depreender de um dispositivo normativo geral, que tomado em si mesmo esteja em consonância com o direito fundamental, uma tal proibição por meio de sua interpretação. Isso, contudo, é o que fez a Câmara Disciplinar Federal: Sua decisão baseia-se em uma interpretação que não compreende o alcance do Art. 9 III GG. A decisão da Câmara e a medida disciplinar por ela confirmada devem ser, portanto, revogadas. (...).

65. BVERFGE 42, 133

(WAHLWERBUNG)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

28/04/1976

MATÉRIA:

O reclamante, metalúrgico desde 1948, é membro de seu sindicato. Em 1959 foi eleito presidente do conselho de empregados. No dia 11 de junho de 1972 ocorreram eleições gerais municipais na Baviera. O sindicato de metalúrgicos, ao qual pertencia o reclamante, compôs um panfleto no qual se conclamava todos os empregados da

indústria metalúrgica a comparecerem às urnas e votarem em seus colegas da ativa. Além disso, foi informado no panfleto que 6 membros do sindicato haviam se candidato a vereadores, distribuídos em três partidos (SPD, CSU e UBV). O reclamante distribuiu os panfletos seis dias antes da eleição, dentro do terreno da fábrica e pouco antes do início de seu turno. Por isso, seu empregador requereu, com fulcro nos § 23 I 1, § 74 II 3, 1º sub-período BetrVG 72 (que vedavam a propaganda político-partidária no ambiente de trabalho), junto ao juízo trabalhista, a exclusão do reclamante do conselho de empregados. A ação foi julgada improcedente, porque a atividade do reclamante teria sido política, mas não político-partidária. O Tribunal Estadual deu provimento, entretanto, ao recurso de apelação do empregador.

Contra essa decisão judicial, volta-se a Reclamação Constitucional. Nela, o reclamante alega violação dos seus direitos fundamentais derivados do Art. 9 III GG (liberdade de associação sindical) e 5 I GG (liberdade de expressão). O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente somente em face do Art. 5 I GG. O excerto abaixo traz a fundamentação do TCF para a sua avaliação de não ter havido intervenção no Art. 9 III GG.

1. Da questão da influência do direito fundamental do Art. 5 I 1 GG na interpretação de leis que restringem a liberdade de expressão no ambiente de trabalho.
2. O Art. 9 III GG não protege a propaganda eleitoral de uma associação profissional na empresa antes de uma eleição política geral.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 28 de abril de 1976

– BvR 71/73 –

(...)

RAZÕES

A. I. – IV. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é procedente. A decisão (*Beschluss*) impugnada até não atinge o direito fundamental da liberdade de associação profissional (Art. 9

III GG); viola, entretanto, o direito fundamental do reclamante de livremente expressar e divulgar sua opinião (Art. 5 I GG)

I.

A distribuição do manifesto sindical para a eleição municipal não é compreendida pela proteção constitucional especial da atividade de associação profissional, da qual se vale primeiramente o reclamante.

As associações profissionais são, de fato, livres, no limite das leis em vigor, para determinar autonomamente de que modo elas querem fomentar as condições de trabalho e econômicas de seus membros. Não obstante, da proteção constitucional especialmente concretizada do Art. 9 III 1 GG goza uma atividade para tanto orientada só quando se tratar especificamente de uma atividade típica de associação profissional (cf. BVerfGE 17, 319 [333]; 18, 18 [26]). Assim, a proteção da Constituição também compreende as atividades que ultrapassem a configuração das condições de trabalho e econômicas por meio de convenções coletivas de trabalho (cf. BVerfGE 19, 303 [313 s.]). Não se precisa decidir no presente processo sobre se e em que medida isso, como pensa o reclamante, também vale para a atividade política das associações profissionais, pois, em todo caso, a propaganda eleitoral de uma associação profissional antes de eleições políticas gerais não é protegida pelo Art. 9 III GG.

A admissão de uma proteção constitucional especial da propaganda eleitoral de grupos individuais seria incompatível com o caráter das eleições para representação na União, nos Estados-membros, regiões e municípios (Art. 38 I 1, Art. 28 I 2 GG). A democracia parlamentar, como a Constituição a constrói, implica na igualdade a priori de todas as forças políticas que procuram exercer influência na formação da vontade do povo nas eleições, sejam elas constituídas por grupos ou indivíduos.

Essa igualdade a priori encontra sua expressão constitucional na proteção igualitária da propaganda antes de eleições políticas gerais, garantida pelos Art. 38 I 1, Art. 28 I 1, Art. 28 I 2 e Art. 5 GG. A aceitação de uma proteção constitucional da propaganda eleitoral de alguns grupos que vá além disso, garantida, por exemplo, por força de uma incumbência de publicidade [dever de prestação de contas em face da opinião pública], implicaria em um privilégio concedido a tais grupos, o que seria incompatível com o princípio fundamental da democracia parlamentar. Por conseguinte, a proteção garantida pelo Art. 9 III GG, de uma atividade típica específica

de associação profissional não pode representar propaganda feita por associações profissionais antes de eleições gerais. Sem dúvida estas não fazem parte, absolutamente, do “núcleo” da atividade protegida de associação profissional (cf. BVerfGE 4, 96 [108]; 19, 303 [321]; 28, 295 [303]). A propaganda eleitoral de associações profissionais antes de eleições políticas gerais não é protegida constitucionalmente, nem de maneira mais forte nem de maneira mais fraca do que a propaganda eleitoral de todos os demais grupos.

II. – III. (...)

(ass.) *Benda, Haager, Rupp-v. Brünneck, Böhmer, Simon, Faller, Hesse, Katzenstein*

66. BVERFGE 28, 295

(MITGLIEDERWERBUNG I)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 26/05/1970

MATÉRIA:

Ao cabo de um longo processo com 5 fases e decisões judiciais (Tribunal Administrativo de *Gelsenkirchen*, Superior Tribunal Administrativo de *Nordrhein-Westfalen*, Tribunal Administrativo Federal, novamente Superior Tribunal Administrativo de *Nordrhein-Westfalen* e novamente Tribunal Administrativo Federal), o reclamante, funcionário público da Empresa Ferroviária Federal Alemã, foi condenado à exclusão do conselho dos funcionários, por ter tentado aliciar novos membros para seu sindicato no local e horário de trabalho. Contra a decisão definitiva do Tribunal Administrativo Federal e todas as antecessoras, o reclamante ajuizou sua Reclamação Constitucional, alegando violação do direito fundamental do Art. 9 III GG. O TCF a julgou improcedente.

Abaixo reproduziram-se, em consonância com o propósito da presente obra, somente as duas ementas publicadas pelo TCF.

1. O recrutamento de novos associados também corresponde à atividade protegida constitucionalmente outorgada a associações profissionais e seus membros. O legislador

pode limitar esse direito de atuação, contanto que isso corresponda a um mandamento derivado da matéria para a proteção de outros bens jurídicos.

2. É compatível com o Art. 9 III GG que membros de conselhos de empregados, organizados em sindicatos, sejam proibidos de, durante o horário e no local de trabalho, engajarem [ou abordarem potenciais novos] membros para seu sindicato.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 26 de maio de 1970

– 2 BvR 664/65 –

(...)

RAZÕES

A. I – III; B. I – III. (...)

(ass.) *Seuffert, Leibholz, Geller, v. Schlabrendorff, Rupp, Geiger, Kutscher, Rinck*

67. BVERFGE 50, 290

(MITBESTIMMUNGSGESETZ)

Reclamação Constitucional contra ato normativo /
Reclamação Constitucional contra decisão judicial /
Controle concreto

01/03/1979

MATÉRIA³¹⁰ :

Trata-se de uma decisão (*Urteil*) que definiu, em suas quase 100 páginas (BVerfGE 50, 290 – 381), o direito dos trabalhadores à **co-gestão** (*Mitbestimmung*) da empresa ao confirmar a constitucionalidade da lei que criara tal direito (*Mitbestimmungsgesetz - MitbestG*), promulgada a 4 de maio de 1976. A *MitbestG* derogou os dispositivos sobre a representação dos empregados nos conselhos de fiscalização, ampliando-a, em seu § 7, de um terço para a metade nas empresas com mais de 2000 empregados e organizadas como sociedades anônimas, em comandita ou de responsabilidade limitada. Atingida foi, sobretudo, a gigante indústria metalúrgica alemã.

³¹⁰ Cf. já acima: **Decisão 8**.

Contra os dispositivos mais polêmicos da lei, que iam de encontro aos interesses das empresas e dos empregadores (além do já mencionado § 7, o § 27, que definia as regras da eleição do presidente e vice-presidente do conselho – maioria qualificada de dois terços –, o § 29 I, que definia maioria simples para as decisões do conselho, o § 31 e o § 33) várias empresas e entidades representativas dos empregadores ajuizaram Reclamações Constitucionais, por entenderem que a lei feria vários de seus direitos fundamentais, a saber: os direitos fundamentais do Art. 14 I 1, Art. 9 I, Art. 12 I, Art. 2 I e Art. 9 III GG. Algumas reclamações voltavam-se já contra decisões judiciais que estavam aplicando tais dispositivos. Também foi julgada conjuntamente uma apresentação judicial (controle concreto) proposta por decisão (*Vorlagebeschluss*) de 10 de abril de 1978 do Tribunal Estadual de *Hamburg*.

O TCF considerou presentes os pressupostos e condições de todas as Reclamações e da proposição do Controle concreto. As reclamações foram julgadas todas improcedentes. A partir do Controle concreto proposto, o TCF declarou a constitucionalidade dos §§ 7, 31 *MitbestG*.

A ampliada participação dos empregados na gestão da empresa³¹¹, segundo a Lei de Participação (*Mitbestimmungsgesetz*) de 4 de maio de 1976, é compatível com os direitos fundamentais das sociedades, dos acionistas e das associações dos empregadores.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 1º de março de 1979 com base na audiência de 28, 29 e 30 de novembro e 1º de dezembro de 1978

– 1 BvR 532, 533/77, 419/78 e BvL 21/78 –

(...)

RAZÕES:

A.

(...)

I. – II. (...)

³¹¹ A palavra *Mitbestimmung*, pode-se dizer, guarda correspondência com “participação na gestão da empresa”.

1. – 2. (...).

3. (...).

a) – b) (...).

c) As reclamações constitucionais e a decisão de Apresentação Judicial (*Vorlagebeschluss*) do Tribunal Estadual consideram unanimemente que a lei de participação na gestão da empresa é incompatível com a liberdade de associação profissional garantida no Art. 9 III GG. Esse direito fundamental garantiria o instituto da autonomia de convenção coletiva como tal e seus pressupostos: a livre formação, a liberdade e a independência, em relação às partes contrárias das associações, não apenas dos empregados, mas também dos empregadores (...). O Art. 9 III GG teria sido violado em seu núcleo pela lei de participação [na gestão da empresa], pois a lei promoveria uma influência do acionista opositor nas confederações de empregadores, com o fim de comprometer a existência e a atividade das associações de empregadores – especialmente sua capacidade e disposição para a disputa trabalhista (*Arbeitskampf*) [disputa com os sindicatos em torno das condições de trabalho e econômicas] – e, no geral, retirando a função do garantido sistema de convenção coletiva.

d) – e) (...).

III. – IV. (...)

B. – C. I. – IV. (...)

1. (...).

Como o teor do Art. 9 III GG e o desenvolvimento histórico demonstram, a liberdade de associação profissional é primeiramente um direito de liberdade [individual, subjetivo]. Ela garante a liberdade de fundar associações para o fomento das condições de trabalho e econômicas e a liberdade da persecução coletiva desse fim (BVerfGE 4, 96 [106]; 38, 386 [393]). São os próprios envolvidos na relação que devem determinar sobre ambos, de maneira responsável e em princípio livre da influência estatal. Elementos da garantia são a liberdade de constituição e de associação, a liberdade de retirada e de permanecer distante, bem como a proteção da associação como tal (BVerfGE 4, 96 [101 s.]; 19, 303 [312, 319]; 28, 295 [304]) e seu direito de perseguir, por meio de atividade especificamente adequada à associação, os fins apontados no Art. 9 III GG (BVerfGE 19, 303 [312] com outras referências; 28, 295 [304]).

A isso diz respeito a celebração de convenções coletivas de trabalho, por meio das quais as associações, por sua própria responsabilidade e essencialmente sem influência

estatal, regulam especialmente as condições salariais e outras condições materiais de trabalho em uma área em que o Estado retirou, em grande escala, sua competência de regulação (BVerfGE 44, 322 [340] com outras referências). Nesse caso, a liberdade de associação profissional serve a uma ordenação razoável das relações sociais do trabalho (BVerfGE 4, 96 [107]; cf. também BVerfGE 18, 18 [27]). Como parte nas convenções coletivas de trabalho, as associações profissionais devem ser livremente constituídas, livres das partes contrárias e organizadas com uma base que ultrapasse os limites da empresa (BVerfGE 18, 18 [28]), além de serem, segundo sua estrutura, suficientemente independentes para defender de maneira duradoura os interesses de seus associados no âmbito do direito do trabalho e do direito da seguridade social (BVerfGE 4, 96 [107]; 18, 18 [28]) e para reconhecer o direito vigente das convenções coletivas como vinculante para elas. (BVerfGE, *op. cit.*). O Art. 9 III GG deixa às associações, em princípio, a escolha dos meios que elas considerem adequados para a consecução de seus objetivos (BVerfGE 18, 18 [29 *et seq.*, principalmente 32]).

Mais ainda que a liberdade de associação geral garantida no Art. 9 I GG (*Vereinigungsfreiheit*), a liberdade de associação profissional (*Koalitionsfreiheit*) necessita, desde o início, de configuração legal. Ela não consiste apenas na criação dos institutos jurídicos e nos complexos normativos necessários ao exercício das liberdades garantidas por norma de direito fundamental. O significado e o grande número dos interesses referentes à atividade das associações profissionais - a saber, na área da ordem econômica e social - fazem necessárias, pelo contrário, diversas regulamentações legais, as quais também podem impor limites à [própria] liberdade de associação. Isso ocorre tanto mais quanto o objeto de garantia for relacionado a mutantes condições econômicas e sociais, as quais necessitam, mais do que ocorre com outros direitos de liberdade, de maior espaço para modificações e desenvolvimentos.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal, em jurisprudência consolidada, firmou o entendimento de que o Art. 9 III GG protege a liberdade de associação apenas em seu núcleo (BVerfGE 19, 303 [321 s.] com outras referências; 28, 295 [304]; 38, 281 [305]; 38, 386 [393]): O direito fundamental não confere às pessoas e às associações protegidas uma área de ação de conteúdo ilimitado e ilimitável de dignidade constitucional (BVerfGE 38, 386 [393]). Ao contrário, é tarefa do legislador determinar o alcance da liberdade de associação profissional, de forma que ele formule singularmente, e regule mais detidamente, os direitos das associações. Nessa tarefa, ele pode levar em consideração as exigências especiais do

caso a ser regulado. No entanto, somente devem ser impostas ao direito de atividade das associações profissionais as limitações que forem necessárias, por sua natureza, à proteção de outros bens jurídicos. Regras que não forem justificadas dessa forma violam o conteúdo nuclear da atividade das associações profissionais protegido pelo Art. 9 III GG (BVerfGE 19, 303 [321 s.]; 28, 295 [306]).

Isso também vale para a garantia da autonomia das convenções coletivas. Ela é totalmente geral; não comporta a forma especial que manteve o sistema de convenções coletivas na lei válida ao tempo da entrada em vigor da *Grundgesetz*. Deixa ao legislador uma ampla margem de ação para configuração (BVerfGE 20, 312 [317]) e, assim, cria a possibilidade de que os pressupostos da capacidade para a convenção coletiva combinem de tal forma com a respectiva realidade social, que as associações profissionais possam cumprir sua tarefa (BVerfGE, *op. cit.*, p. 318). Todavia, o direito fundamental de liberdade de associação profissional proíbe que se faça a capacidade para a convenção coletiva depender de circunstâncias que não são exigidas em virtude da própria matéria, ou seja, em virtude de uma tarefa que permaneça no interesse geral de ordem e apaziguamento das relações sociais do trabalho (BVerfGE 18, 18 [27]). O legislador não está impedido, nesse sentido, de proceder a um aperfeiçoamento do sistema de convenções coletivas. Sua competência normatizadora encontra seus limites no núcleo protegido constitucionalmente da liberdade de associação, ou seja, na garantia de um sistema de convenções coletivas regulado e protegido legalmente, cujas partes devam ser associações profissionais formadas livremente na acepção do Art. 9 III GG (BVerfGE 4, 96 [108]; cf. também BVerfGE 38, 281 [305 s.]).

2. Os §§ 7, 27, 29 e 31 da lei de participação [na gestão da empresa] não intervêm no núcleo da liberdade de associação profissional protegida pelo Art. 9 III GG. Esses dispositivos deixam intocadas a liberdade de constituição e de associar-se, bem como a garantia de que a atividade da associação profissional é livre do Estado. Eles acrescentam, não de maneira inconstitucional, uma forma mais ampla de fomento às condições de trabalho e econômicas ao sistema de convenções coletivas. Não limitam indevidamente o princípio da independência em relação à parte contrária. Também não se pode pressupor que conduzirão a uma incapacidade funcional da autonomia de convenções coletivas.

a) A liberdade de formar associações e a liberdade de a elas se associar, de delas se retirar ou de se permanecer distante não são tocadas pelas prescrições atacadas. Isso também vale para as associações de empregadores (...).

(...). A questão da compatibilidade das regras atacadas e *sub examine* com o Art. 9 III GG pode, portanto, referir-se apenas à garantia que contém o direito fundamental em relação ao sistema de convenções coletivas.

b) Isso resta mantido (juridicamente não inalterado). Quando a lei de participação, ao lado do sistema de convenções coletivas, ou seja, como mais uma forma de fomento das condições de trabalho e econômicas, alarga a participação na gestão da empresa, ela não contraria, por isso, o Art. 9 III GG.

O direito fundamental não contém, como demonstrado, nenhuma garantia da existência do sistema de convenções coletivas e do sistema de disputa trabalhista em sua configuração concreta atual. Também não se pode interpretar que o Art. 9 III GG garanta um sistema de convenções coletivas como a forma *única* do fomento das condições de trabalho e econômicas. Isso entraria em contradição com o pensamento e o desenvolvimento histórico da liberdade de associação profissional, que são de fundamental significado para a interpretação.

aa) Como direito de liberdade, o Art. 9 III GG quer garantir, no espaço de liberdade livre da regulação estatal, que os próprios envolvidos possam autonomamente determinar como eles querem fomentar as condições de trabalho e econômicas. Não se deve admitir que isso somente seria possível por meio das convenções coletivas, principalmente porque uma tal solução redundaria na limitação da liberdade garantida. Pelo contrário, a relevante ordem e o relevante apaziguamento das relações sociais de trabalho, de que trata o Art. 9 III GG, podem ser buscados de diversos modos: não apenas pelas configurações que, como o sistema de convenções coletivas, são determinadas por meio de elementos fundamentais da oposição de interesses, do conflito e da disputa. Outrossim, mediante aquelas que colocam como pontos centrais da discussão o acordo e a cooperação, muito embora não excluam os conflitos e a necessidade de suas respectivas soluções. Também esse segundo modo parece servir precisamente à tarefa do apaziguamento.

bb) – cc) (...).

c) Nesse sentido, primeiramente precisa ser verificado se, com a conjugação de uma participação alargada na gestão da empresa com o sistema de convenções coletivas, resta suficientemente garantida a independência das partes da convenção coletiva, no sentido de que elas sejam, conforme sua estrutura total, suficientemente independentes em relação às respectivas partes contrárias, a fim de defenderem os interesses de seus associados permanente e eficientemente nos âmbitos do direito do trabalho e da seguridade social. (BVerfGE 4, 96 [107]; 18, 18 [28]).

(...).

Não se pode determinar com certeza se e em que medida a lei de participação expõe, em geral, as associações dos empregadores a uma influência dos sindicatos ou dos empregados. Uma tal influência não é de nenhuma forma evidente na observância da normatização jurídica; ela não pode ser também, contudo, totalmente evitada. A limitação da independência em face da parte contrária das associações dos empregadores, que pode resultar da referida exposição, não intervém, entretanto, no núcleo do Art. 9 III GG.

aa) A exigência de independência das associações dos empregadores serve, sobretudo, aos interesses de suas empresas associadas. Os integrantes dos órgãos de defesa das empresas associadas também são vinculados a esses mesmos interesses, pois eles têm que salvaguardar suas funções no interesse da empresa, a despeito de eventuais conflitos pessoais ou de conflitos de interesse (cf. § 93 AktG, § 43 GmbHG, § 34 GenG). É o que também vale para os diretores de trabalho, previstos na lei de participação na gestão da empresa, em seu § 33. A ordem jurídica fornece meios de sancionar um descumprimento desse dever. Algo correlato deve valer para as tarefas, que caibam aos associados dos órgãos representativos no âmbito do sistema de convenções coletivas. Nesse sentido, deve-se pressupor, para o exame de constitucionalidade, que os representantes das empresas co-geridas por representantes da classe dos empregados nas associações de empregadores e seus grêmios se comportem conforme esse dever jurídico, que os proíbe de salvaguardar interesses da parte contrária. Junto ao exame de constitucionalidade, não se pode partir de um comportamento antijurídico dos envolvidos. No entanto, no caso concreto pode ser ambígua a definição do que corresponde a esse dever jurídico. No mais, não se pode excluir o fato de serem as diferentes opiniões sobre esse tema determinadas por visões e pensamentos marcados, entre outras, necessariamente também pela biografia e experiências de vida dos envolvidos e, nesse sentido, podem aproximar-se do lado dos acionistas ou do lado dos empregados.

bb) (...). Mesmo se observando o maior peso da empresa co-gerida nas associações dos empregadores, enfraquecer-se-á muito a influência partida de empresas membros do lado dos trabalhadores e sindicatos nas associações de empregadores e, a partir dessas, nas confederações de associações de empregadores. Por fim, não se pode olvidar que também empresas não co-geridas por representantes de empregados pertencem às associações de empregadores. Assim, a intensidade de uma possível

influência dos empregados nas associações de empregadores e suas confederações pode restar muito menor que a influência exercida pelos empregados nas empresas cogidas por seus representantes. Também se deve atentar para o fato de que está nas mãos das associações dos empregadores a possibilidade de enfraquecer ou eliminar influências provenientes do lado dos empregados ou dos sindicatos por meio do seu direito estatutário.

cc) Uma influência aqui ainda remanescente não coloca em xeque, em princípio, a independência das associações de empregadores em face da parte contrária, sendo, portanto, compatível com o Art. 9 III GG.

(...).

d) (...).

V.

1. – 3. (...).

(ass.) Dr. *Benda*, Dr. *Haager*, Dr. *Böhmer*, Dr. *Simon*, Dr. *Faller*,
Dr. *Hesse*, Dr. *Katzenstein*, Dr. *Niemeyer*

68. BVERFG 84, 212

(AUSSPERRUNG)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 26/06/1991

MATÉRIA:

A reclamante, uma indústria do setor gráfico, seguindo decisão da associação profissional de empregadores da qual faz parte, resolveu, juntamente com outros empregadores, dispensar 130.000 empregados da indústria gráfica. A **dispensa** (*Ausperrung*), com efeito suspensivo da relação trabalhista, é, do lado do empregador, o meio de disputa trabalhista coletiva equivalente à greve, do lado dos empregados. Trata-se de um meio de disputa cuja legitimidade jurídica, além de não ser regulamentada, também é bastante polêmica: seus críticos afirmam que ela compromete justamente a paridade negocial que a greve visa a alcançar entre as partes do dissídio coletivo. A disputa trabalhista coletiva ocorrida no ano de 1978, que deu ensejo ao processo originário, deu-se em torno

das cláusulas da convenção coletiva sobre a introdução e aplicação de sistemas informatizados de produção de texto, que fatalmente custaria, poucos anos depois, milhares de empregos nesse setor econômico. O Tribunal Trabalhista Federal (BAG) deu provimento a um recurso de revisão interposto por ex-empregados da reclamante, condenando a reclamante ao pagamento de certas verbas rescisórias, fundamentadas na ilegalidade do uso do meio de disputa coletiva da dispensa. O BAG considerou sobretudo desproporcional o uso desse instrumento, que, em tese, seria legítimo para garantir a autonomia coletiva junto à celebração de acordos coletivos, porque apenas 4.300 empregados do setor aderiram à greve parcial, comprometendo muito menos a produção do que a dispensa dos 130.000 empregados.

Em sua Reclamação Constitucional, a reclamante alegou violação de seus direitos fundamentais derivados dos Art. 2 I c.c. Art. 20 II e III, Art. 3 I, Art. 5 I 2, Art. 9 III, Art. 14 I 1 e Art. 109 II GG. O TCF não admitiu a Reclamação Constitucional em face do Art. 109 II GG, por não ser esse nem um direito fundamental nem um “direito igual a direito fundamental”. De resto, admitiu a Reclamação Constitucional, reconhecendo, entretanto, uma intervenção só na área de proteção do Art. 9 III GG, o que significa que o meio utilizado da dispensa faz parte da área de proteção do Art. 9 III GG. Porém, considerou a intervenção justificada (partindo da falta de proporcionalidade da medida adotada associação profissional dos empregadores!) e, por conseguinte, julgou improcedente a Reclamação Constitucional.

1. A liberdade de associação profissional (Art. 9 III GG) vale para empregados e empregadores. Ela protege também as associações profissionais em sua existência e sua atuação em prol da salvaguarda e fomento das condições de trabalho e econômicas. Quando a consecução da finalidade da associação profissional depender do emprego de determinados meios, estes também serão abrangidos pela proteção do direito fundamental.
2. Também os instrumentos da disputa entre capital e trabalho [*Arbeitskampfmaßnahmen* - próprios de ambas as partes, n. org] orientados à celebração

de convenções coletivas de trabalho constituem-se em meios protegidos pelo Art. 9 III GG. Estes serão abrangidos pela liberdade de associação profissional na medida de sua necessidade geral para o asseguramento da autonomia junto a convenções coletivas do trabalho [autonomia privada coletiva]. A proteção compreende, em todo caso, sob certas circunstâncias, dispensas de empregados com efeito suspensivo [da relação trabalhista] que sirvam à produção da paridade negocial, como resistência contra greve parcial ou de [toda uma] categoria (*Schwerpunktstreik*).

3. A liberdade de associação profissional pode ser limitada para a proteção de direitos fundamentais de terceiros e de outros direitos dotados de dignidade constitucional. Além disso, ela necessita de configuração pela ordem jurídica naqueles casos onde o relacionamento das partes da convenção coletiva for atingido.

4. Uma limitação dos instrumentos da disputa entre capital e trabalho que tenham como fim a produção de um equilíbrio negocial junto a discussões em torno das cláusulas da convenção coletiva do trabalho (paridade negocial) é compatível com o Art. 9 III GG. Dispensas do trabalho [com efeito suspensivo da relação trabalhista] usadas na resistência contra greves limitadas parciais ou de toda uma categoria podem, portanto, ser restringidas segundo aspectos da proporcionalidade.

5. O Tribunal Trabalhista Federal não violou a Constituição (Art. 9 III, Art. 20 III GG), porque desenvolveu os princípios decisórios do direito processual trabalhista, sem que tenha se apoiado em um sistema legal de regras.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 26 de junho de 1991

– 1 BvR779/85 –

(...)

RAZÕES

A Reclamação Constitucional dirige-se contra a decisão do Tribunal Trabalhista Federal que julgou ilegal a decisão de dispensa de empregados tomada por entidades representativas da classe dos empregadores participantes da disputa trabalhista coletiva (*Arbeitskampf*), decisão esta que fora seguida [executada] pela reclamante.

I. – IV. (...)

B. (...)

C.

A Reclamação Constitucional é improcedente. (...).

I.

O Art. 9 III GG não foi violado. A decisão impugnada intervém de fato na liberdade de associação profissional da reclamante. A intervenção, contudo, é compatível com a Constituição.

1. a) (...).

Consoante o Art. 9 III GG, a liberdade de associação profissional vale para todas as pessoas e profissões. Embora historicamente circunscrita aos empregados e por eles conquistada, ela não é formulada como um direito fundamental dos empregados, mas também assiste igualmente aos empregadores. Nesse sentido, a *Grundgesetz* encontra-se na esteira das regras da Constituição de *Weimar* (Art. 165). O direito fundamental também não se limita à liberdade do indivíduo de fundar uma associação, de a ela associar-se, dela permanecer distante ou retirar-se. Pelo contrário, ele protege também a própria associação profissional, em sua existência, sua configuração organizacional e sua atuação, contanto que esta consista exatamente na salvaguarda e fomento das condições de trabalho e econômicas. Ainda que isso não esteja, em oposição à Constituição de *Weimar*, expressamente disposto, [a proteção da associação profissional em si] deriva da entrada do propósito da associação na área de proteção do direito fundamental (cf. BVerfGE 4, 96 [101 s.]; 50, 290 [367]).

Um propósito essencial das associações profissionais protegidas pelo Art. 9 III GG é a celebração de convenções coletivas do trabalho. Nesse ponto, segundo a vontade da *Grundgesetz*, as associações devem ser livres (cf. BVerfGE 44, 322 [341] com outras referências; 50, 290 [367]). A escolha do meio por elas considerado adequado para a consecução desse propósito é deixada, por princípio, às associações profissionais pelo Art. 9 III GG (cf. BVerfGE 18, 18 [29 *et seq.*]; 50, 290 [368]). Quando a consecução do propósito da associação depender do emprego de meio determinado, então tal meio também será englobado pela proteção do direito fundamental.

Também os instrumentos da disputa entre capital e trabalho orientados à celebração de convenções coletivas de trabalho constituem-se em meios protegidos pelo Art. 9 III GG. Esses serão abrangidos pela liberdade de associação profissional, na medida de sua necessidade geral para o asseguramento da autonomia junto a convenções coletivas do trabalho. Neste sentido também dispõe o Art. 9 III 3 GG. Se a dispensa [com efeito suspensivo da relação trabalhista] faz ou não parte dos meios protegidos de disputa, o Tribunal Constitucional Federal, bem como igualmente o Tribunal Federal do Trabalho – também na decisão atacada – até agora deixou em aberto (cf. BVerfGE 38, 386 [394]; BAGE 48, 195 [203]). O Tribunal Federal do Trabalho, no entanto, considera a dispensa como defesa com efeito suspensivo, enquanto reação a greves parciais, diante das circunstâncias econômicas [hoje] existentes, como um meio imprescindível à manutenção de uma efetiva autonomia junto às convenções coletivas. Isso não pode ser objetado constitucionalmente.

A questão sobre em que extensão a dispensa é, em geral, protegida não necessita, constitucionalmente falando, de uma decisão definitiva. A proteção compreende em todo caso dispensas do tipo aqui controverso, as quais são utilizadas, com efeito suspensivo, na defesa contra greves parciais ou de categorias, para a produção de paridade na negociação. Tais dispensas nem sempre comprometem a consecução da paridade negocial intencionada pelo reconhecimento do direito de greve novamente às custas dos empregados. Sob que pressupostos e em que abrangência pode uma associação profissional empregar esse meio protegido constitucionalmente não é, assim como na greve, uma questão da área de proteção, mas de conformação do direito fundamental pela ordem jurídica.

b) (...).

c) A decisão impugnada limita a possibilidade da reclamante de participar, como reação a uma greve parcial dos sindicatos, da realização de uma dispensa defensiva com efeito de suspensão [das relações trabalhistas envolvidas]. Nesse ponto, há uma limitação à sua liberdade protegida pelo Art. 9 III GG, de atuar de acordo com [as diretrizes da] associação profissional. Essa limitação, contudo, não pode ser contestada do ponto de vista constitucional.

2. O Tribunal Trabalhista Federal não violou a liberdade de associação da reclamante ao ter ele mesmo desenvolvido os princípios decisórios, sem poder amparar-se em um sistema legal de regras.

a) O Tribunal Trabalhista Federal não estava impedido de proceder ao limite jurídico do direito de dispensa da reclamante, porquanto isso só seria tarefa do legislador. A teoria desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal, segundo a qual o próprio legislador deve tomar todas as decisões essenciais em áreas normativas básicas (teoria da essencialidade, cf. BVerfGE 49, 89 [126 s.] com outras referências) vale para a relação entre Estado e cidadãos. Em face de intervenções na esfera de liberdade relativa a direitos fundamentais, o Estado sujeita-se à reserva da lei. Ele somente pode agir em áreas amplas se for autorizado para tanto por uma lei promulgada pelo parlamento. O alcance desse princípio é determinado mais concretamente pela jurisprudência sobre a teoria da essencialidade.

No caso em pauta, trata-se, contudo, da relação de titulares de direito fundamental que se encontram no mesmo patamar. De fato, asseverou o Tribunal Constitucional Federal várias vezes que é “tarefa do legislador” conformar mais pormenorizadamente a liberdade de associação profissional (BVerfGE 50, 290 [368 s.]; 57, 220 [245 *et seq.*]; crítico em relação ao dever de regulamentação: *Jörn Ipsen*, DVBI, 1984, S. 1102 [1105]). Disso não decorrem, entretanto, conseqüências para a decisão de lides entre associações profissionais. Os tribunais devem, quando os dados legais forem insuficientes, derivar o direito material a partir dos métodos reconhecidos de interpretação jurídica, que são paradigmáticos para a presente relação jurídica. Isso também vale para a situação na qual uma regulamentação legal, em virtude da presença de um dever de tutela estatal (*Schutzpflicht*) constitucional, seria necessária (cf. BVerfGE 81, 242 [256]). Apenas assim podem os tribunais cumprir o dever a eles imposto pela *Grundgesetz*, de decidir com coerência cada litígio trazido à sua apreciação.

b) – c) (...).

3. A decisão impugnada também não conflita, em seu conteúdo, com o Art. 9 III GG.

a) O direito fundamental de liberdade de associação profissional é garantido sem reserva legal. Mas isso não significa que toda limitação seja *ab initio* impossível. Uma limitação pode ser justificada a partir de direitos fundamentais de terceiros e por outros direitos dotados de dignidade constitucional (cf. p. ex. BVerfGE 28, 243 [260 *et seq.*]; 30, 173 [193]; 57, 70 [98 f.]; jurisprudência consolidada). Além disso, a liberdade de associação profissional necessita de conformação pela ordem jurídica, naqueles casos onde o

relacionamento das partes da convenção coletiva for atingido; ambas usufruem da proteção do Art. 9 III GG. Não é necessário aprofundar sobre se o legislador tem competências de regulação que se estendem para a proteção de outros bens jurídicos (cf. BVerfGE 28, 295 [306]). As limitações ao direito de dispensar previstas na decisão impugnada podem ser justificadas já com a proteção dos direitos fundamentais opostos dos trabalhadores e das suas organizações, a partir do Art. 9 III GG.

O caso não enseja a determinação concreta dos limites de um intocável “núcleo” da liberdade de associação profissional (cf. BVerfGE 4, 96 [106]; 17, 319 [333 s.]; 38, 386 [393]; 58, 233 [247]). Certamente faz parte do referido núcleo a faculdade de negociação de ambos os oponentes, e assim também dos empregadores, junto a discussões de convenções coletivas de trabalho. Não obstante, essa foi tão pouco questionada pela decisão impugnada quanto também não o fora sua faculdade de promoção de uma disputa trabalhista eficaz. A limitação de seu direito de dispensar imposta à reclamante não viola nem o conteúdo essencial da liberdade de associação profissional (Art. 19 II GG), nem intervém no direito fundamental de maneira desproporcional (cf. BVerfGE 55, 159 [165]).

b) Na medida em que o próprio Tribunal Trabalhista Federal desenvolveu os critérios pelos quais ele mediu os conflituosos instrumentos de disputa trabalhista, resta ao Tribunal Constitucional Federal examinar se o legislador também poderia ter promulgado tais critérios sem violação de direitos fundamentais da reclamante (cf. BVerfGE 59, 231 [256 s.]). Esse limite é respeitado, se a faculdade de negociação dos empregadores nas discussões de convenções coletivas do trabalho, incluindo a capacidade de conduzir uma disputa trabalhista eficaz, permanecer protegida, e sua atuação, pautada em decisão da associação profissional, não for mais limitada do que exige a proteção de direitos fundamentais conflitantes dos empregados. Com base nesse critério, a decisão atacada é aprovada no exame de constitucionalidade.

aa) Não se pode afastar por [suposto] vício constitucional a concepção fundamental do Tribunal Trabalhista Federal segundo a qual instrumentos de disputa trabalhista serviriam à consecução de um balanceamento de forças de negociação nas discussões de acordos coletivos de trabalho (paridade de negociação), devendo ser mensuradas segundo esse propósito. Por esse princípio, limita-se o emprego de instrumentos de disputa trabalhista tão somente na medida em que, por meio deles, não deva surgir preponderância [de um dos lados] nas negociações dos acordos coletivos.

Uma tal limitação é compatível com o Art. 9 III GG. A autonomia de acordos coletivos [autonomia privada coletiva] é aplicada para contrabalançar a hipossuficiência estrutural dos trabalhadores individuais na celebração de contratos de trabalho por meio de ação coletiva e, assim, possibilitar uma negociação o mais balanceada possível dos salários e das condições de trabalho. Toda vez que disputas trabalhistas conduzirem a um desbalanceamento, a capacidade funcional da autonomia dos acordos coletivos [autonomia privada coletiva] será afetada.

Os questionamentos levantados pela reclamante contra o princípio da paridade de negociação não convencem. A faculdade dos empregadores de conduzirem uma disputa trabalhista eficaz não pode ser prejudicada por um ordenamento da disputa trabalhista que se oriente pelo fim da consecução de uma paridade de negociação das partes do acordo coletivo. Contanto que os empregadores não sejam impedidos de se valerem dos meios de disputa necessários para a consecução dessa paridade, a liberdade de associação profissional não é violada. Essa liberdade pode ser configurada de tal sorte que uma preponderância negocial, na medida do possível, seja evitada. O Art. 9 III GG não garante a faculdade ilimitada de uso de todas as formas imagináveis de disputa.

(...).

bb) – dd) (...).

c) (...). A decisão pela dispensa atingiu cerca de 130.000 empregados contra cerca de 4.300 grevistas. Assim, a relação algébrica corresponde a aproximadamente 30 a 1. Por dia de utilização do meio de disputa promovida pelos empregadores teria se perdido mais do que duas vezes e meia de dias de trabalho em razão da dispensa do que até então ocorrera em duas semanas de greves do [promovidas pelo] sindicato. O Tribunal Trabalhista Federal pôde se valer desse dado para classificar a decisão pela dispensa como antijurídica, sem que, por essa avaliação, a atuação coerente da reclamante com a sua associação profissional fosse limitada de forma desproporcional.

II. (...)

(ass.) *Herzog, Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Dieterich, Kühling, Seibert*

69. BVERFGE 92, 365
(KURZARBEITERGELD)

Controle abstrato / Reclamação Constitucional contra ato
normativo

04/04/1995

MATÉRIA:

Os governos dos Estados-membros *Nordrhein-Westfalen*, *Saarland* e das cidades-Estados *Hamburg* e *Bremen* (também unidades da federação igualmente como os *Länder* ou Estados-membros), juntamente com o membro da Câmara Federal, Dr. *Hans-Jochen Vogel* e mais 201 outros membros, propuseram o controle abstrato em face do novo § 116 III 1 da Lei de Fomento ao Trabalho (*Arbeitsförderungsgesetz* - AFG). Também o sindicato da indústria metalúrgica propôs uma Reclamação Constitucional diretamente contra o mesmo dispositivo, alegando violação de seu direito fundamental decorrente do Art. 9 III GG. Pelo novo dispositivo do § 116 III 1 AFG, o Instituto Federal para o Trabalho - um órgão da Administração pública direta, competente entre outras coisas para o pagamento do seguro desemprego, ajuda ao desempregado, consultoria trabalhista e também o pagamento de **salário por jornada parcial** (*Kurzarbeitergeld*) que, além da base contratual, pode ser unilateralmente imposta pelo empregador como medida para se evitar demissões em massa - poderia suspender o pagamento do *Kurzarbeitergeld* também naquelas regiões não atingidas pela greve.

O TCF decidiu por *Urteil* que o novo § 116 III 1 da Lei de Fomento não viola a *Grundgesetz*, julgando improcedente a Reclamação Constitucional proposta pela associação sindical.

1. O § 116 III 1 da lei de fomento ao trabalho (*Arbeitsförderungsgesetz*) é compatível com a *Grundgesetz*. Se surgirem, em consequência dessa regulamentação, desigualdades estruturais das partes da convenção coletiva do trabalho que não mais permitam uma negociação balanceada das condições de trabalho e econômicas e que não possam ser compensadas pela jurisprudência, o legislador deve tomar medidas para a proteção da autonomia nas convenções coletivas de trabalho.

2. O direito fundamental da liberdade de associação profissional necessita de conformação pela ordem jurídica quando tiver por objeto a relação entre titulares de interesses conflitantes. Nessa tarefa, cabe ao legislador uma ampla margem de ação [poder discricionário]. Assiste-lhe uma prerrogativa de avaliação sobre se a paridade entre as partes no acordo coletivo de trabalho está sendo comprometida e quais efeitos tem um regulamento na relação de forças.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 4 de julho de 1995
com base na audiência de 4 de abril de 1995
– 1 BvF 2/86 e 1, 2, 3, 4/97 e 1 BvR 1421/86 –
(...)

RAZÕES:

A.

Os pedidos de controle de [constitucionalidade das] normas e a Reclamação Constitucional voltam-se contra a reforma da lei de fomento ao trabalho sobre a garantia de prestações do Instituto Federal para o Trabalho durante uma disputa trabalhista [greve].

I.

1. As prescrições submetidas ao exame regulamentam sob que pressupostos as prestações de substituição salarial (em geral o pagamento de trabalho por jornada parcial) serão pagas, em disputas trabalhistas limitadas regionalmente, aos empregados do mesmo setor em outros distritos das convenções coletivas de trabalho, quando estes, transitoriamente, não estiverem trabalhando em virtude de medidas de disputas trabalhistas. O § 116 III AFG prescreve a suspensão dessas pretensões jurídicas quando, em face de tais empregados, se levantar uma exigência de modo e alcance iguais e o resultado da disputa trabalhista segundo todas as estimativas for adotado em seu distrito (“princípio da participação”). Os parágrafos 5 e 6 contêm regras processuais complementares.

a) Com base na situação jurídica anterior à promulgação da regra ora em exame, pagaram-se, junto a várias disputas trabalhistas das quais a reclamante participou, os salários [correspondentes] de trabalhadores em regime de período parcial

em distritos onde não havia disputas. O legislador vislumbrou aí uma violação da neutralidade do Instituto Federal para o Trabalho nas disputas trabalhistas.

(...).

b) (...).

2. – 4. (...)

II. – V. (...)

B. I. – II. (...)

C.

Os pedidos de Controle de Normas e a Reclamação Constitucional são improcedentes. O regulamento submetido ao exame não viola direito fundamental da reclamante, em todo caso não de sua liberdade de associação profissional e, de resto, é também compatível com a *Grundgesetz*. É o que vale, contudo, parcialmente, somente a partir de uma interpretação conforme a Constituição.

I.

O Art. 9 III GG não é violado pelo § 116 III 1, nº 2 AFG na redação da Lei de Neutralidade. A regulamentação até atinge a liberdade de associação profissional dos sindicatos. No entanto, ele respeita os limites que são impostos à competência de conformação do legislador em decorrência da Constituição.

1. a) O direito fundamental do Art. 9 III GG é, em primeiro plano, um direito de liberdade. Ele garante ao indivíduo a liberdade de formar associações profissionais para o fomento das condições de trabalho e econômicas e de perseguir coletivamente esse propósito. Os envolvidos devem poder dispor sobre isso de maneira por princípio livre da influência estatal, de forma autônoma e responsável. Com isso se protege, no entanto, também o direito das próprias associações de perseguir, por meio de uma atuação específica e coerente com a associação profissional, os propósitos arrolados no Art. 9 III GG (cf. BVerfGE 50, 290 [367] com outras referências). A escolha do meio que as associações profissionais consideram adequado para o alcance desse propósito é deixada fundamentalmente a seu critério pelo Art. 9 III GG. O direito fundamental protege, como atuação coerente com a associação profissional, também instrumentos [ou meios] de disputas trabalhistas destinados à celebração de convenções coletivas

de trabalho [i.e. como instrumento de pressão utilizado pouco antes de tais celebrações].

Tais instrumentos são, em todo caso, abrangidos pela liberdade de associação profissional, quando necessários para assegurar a autonomia nos acordos coletivos de trabalho (cf. BVerfGE 84, 212 [224 s.]). Também a greve constitui-se em um tal instrumento (cf. BVerfGE 88, 103 [114]).

b) O direito fundamental de liberdade de associação profissional carece de conformação pelo ordenamento jurídico quando tiver por objeto as relações entre titulares de interesses conflitantes. Ambas as partes na convenção coletiva de trabalho usufruem da proteção do Art. 9 III GG da mesma forma. No entanto, no exercício de tal proteção apresentam-se como oponentes recíprocos. Elas também são protegidas da tomada de influência estatal quando empregam, para a solução de suas diferenças de interesse, armas com efeitos sobre o [respectivo] oponente e a coletividade. Essa proteção demanda regras de coordenação que garantam que as posições jurídicas que se inter-relacionam possam coexistir, apesar de suas diferenças. A possibilidade do emprego de armas trabalhistas pressupõe condições jurídicas gerais que assegurem que o sentido e o propósito desse direito de liberdade, bem como o seu respaldo na ordem constitucional, permaneçam salvaguardados (cf. BVerfGE 88, 103 [115]).

Ao realizar essa conformação, o legislador tem uma ampla margem de ação. A *Grundgesetz* não lhe prescreve como devem ser delimitadas as posições jurídicas de direito fundamental em conflito no caso concreto. Ela também não exige nenhuma otimização das condições da disputa. Em princípio, cabe às próprias partes do acordo coletivo adequar seus instrumentos [armas] de disputa às mutantes circunstâncias, a fim de permanecerem fortes em face do oponente, atingindo-se balanceadas celebrações de convenção coletiva do trabalho. Por outro lado, o legislador também não está impedido de alterar as condições das disputas trabalhistas, seja isso em virtude de bem comum ou para recuperar a paridade perdida (cf. BVerfGE 84, 212 [228 s.]).

c) A margem de ação de conformação do legislador encontra seus limites no conteúdo objetivo do Art. 9 III GG. A autonomia de convenções coletivas do trabalho tem que ser preservada como uma área onde as partes do acordo coletivo possam disciplinar seus interesses de maneira fundamentalmente responsável e sem influência estatal (cf. BVerfGE 50, 290 [367]). Sua capacidade funcional não pode ser ameaçada.

As associações profissionais devem poder cumprir seu propósito reconhecido constitucionalmente de proteger e fomentar as condições de trabalho e econômicas,

especialmente por meio da celebração de convenções coletivas de trabalho. O sistema de convenção coletiva de trabalho tem o intuito de compensar a hipossuficiência estrutural do empregado individual na celebração de contratos de trabalho por meio de uma ação coletiva e, assim, possibilitar uma negociação o mais balanceada possível dos salários e das condições de trabalho. A autonomia da convenção coletiva de trabalho [autonomia privada coletiva] é, por conseguinte, capaz de funcionar somente se houver entre as partes da convenção coletiva um balanceamento aproximado – paridade – de forças (cf. BVerfGE 84, 212 [229]). Será, portanto, incompatível com o Art. 9 III GG uma regulamentação, quando esta tiver como consequência que a capacidade de negociação de uma das partes do acordo coletivo do trabalho, inclusive sua capacidade de conduzir uma disputa trabalhista eficaz, não seja mais protegida para as discussões do acordo, e se sua atuação consoante à [política da] associação profissional for mais limitada do que o necessário para a compensação de ambas as posições jurídicas de direito fundamental (cf. BVerfGE 84, 212 [228 s.]).

Do Art. 9 III GG não se podem depreender parâmetros concretos segundo os quais o balanceamento de forças das partes do acordo coletivo de trabalho pudesse ser avaliado (...).

(...).

d) Na avaliação da questão sobre se a regulamentação retira dos sindicatos a capacidade de conduzir uma disputa trabalhista eficaz, deve-se partir da avaliação feita pelo legislador. As forças de disputa de uma associação de empregados depende de uma quantidade praticamente não mais apreensível de fatores, cujos efeitos são difíceis de serem estimados. Nem tão reconhecíveis são, além disso, as possibilidades que estariam à disposição de um sindicato de se adequar a circunstâncias modificadas, por meio de tipos especiais de condução da disputa trabalhista. Em uma tal situação, o legislador tem a responsabilidade política de realizar uma apreensão e avaliação corretas dos fatores decisivos. O Tribunal Constitucional Federal não pode substituí-lo [o diagnóstico da situação feito pelo legislador] por sua própria estimativa. A fronteira para a inconstitucionalidade será, então, somente ultrapassada se restar claramente reconhecível que ele apresentou uma estimativa errada ou que a medida atacada *ab initio* levou à turbação de um então existente balanceamento de forças ou tornou uma disparidade ainda mais forte.

e) Uma estimativa da qual o legislador parte, primeiramente sem hesitar, para a regulamentação relevante de disputa trabalhista, pode revelar-se incorreta posteriormente. Presunções originais plausíveis podem restar refutadas pelos acontecimentos seguintes,

expectativas inteiramente fundamentadas podem ser frustradas em face de complexos efeitos. Destarte, pode haver, a despeito de uma regulamentação inicialmente permitida constitucionalmente, um comprometimento duradouro da capacidade funcional da autonomia das convenções coletivas de trabalho. Esse desenvolvimento necessita de uma correção, na medida em que revela a ocorrência de disparidades estruturais que não mais permitem uma negociação balanceada das condições de trabalho e econômicas, e que não podem ser compensadas em vista dos limites da jurisprudência. O legislador é obrigado, então, a tomar medidas em prol da proteção da liberdade de associação profissional (cf. BVerfGE 25, 1 [13]; 49, 89 [130]; 50, 290 [335]).

2. A regulamentação impugnada, quando avaliada a partir dos parâmetros expostos, passa no exame de constitucionalidade.

a) O princípio de regulamentação adotado pelo legislador está em conformidade com o Art. 9 III GG.

Ele chegou a essa regulamentação porque acreditou que, com o pagamento da verba de trabalho em período parcial, se interviria nas disputas trabalhistas em favor dos sindicatos, aumentando com isso sua força de disputa de forma inadmissível. A neutralidade do Instituto Federal para o Trabalho seria vulnerada pelo pagamento da [referida] verba aos empregados de fora do distrito onde se dá a disputa trabalhista, se estes fossem participar, segundo todos prognósticos, do resultado [positivo] da disputa trabalhista. A nova regulamentação parte do princípio de que o risco da inadimplência do salário em disputas trabalhistas deve ser suportado por aqueles empregados que, pessoalmente, não participaram da disputa trabalhista, mas que são, (quase) da mesma forma, interessados no sucesso dos empregados em greve, porque o sucesso presumivelmente também os favorece.

Isso não revela quaisquer problemas constitucionais. A participação é um critério evidente para a transferência do risco de inadimplência do salário do seguro-desemprego para os trabalhadores, cujos interesses estão em acordo, em grande parte, com os de seus colegas envolvidos diretamente na disputa trabalhista. É plausível utilizar esta concordância de interesses como fundamento da suspensão do salário de trabalhadores em período parcial.

b) Tendo em vista os fatos ocorridos, o legislador partiu da presunção de que seria facilmente possível à reclamante, em virtude da grande interdependência da produção na indústria metalúrgica, desencadear, por meio de greves em um único

distrito da convenção coletiva de trabalho, um processo de comprometimento duradouro da produção em outros distritos.

Essa presunção não foi questionada pela reclamante, sendo, além disso, comprovada pela disputa trabalhista de 1984. Por meio desse modo de condução de disputa, exerce-se forte pressão no lado dos empregadores. Os empregadores que são afetados pelos efeitos remotos e suas associações regionais tentarão fazer com que os empregadores diretamente atingidos pela disputa e suas organizações cedam [às pressões do sindicato], na medida em que eles estão expostos aos encargos econômicos derivados das suspensões da produção. Suficientemente plausível é, igualmente, a presunção de que seria enfraquecida a pressão interna sobre o sindicato, realizada por aqueles empregados que sofreram a “dispensa fria” [consubstanciada] no pagamento do salário do trabalho em período parcial [neutralizando assim o instrumento de disputa trabalhista coletiva dos empregadores e comprometendo a paridade em favor dos sindicatos].

c) Não se pode contestar a estimativa de avaliação do legislador de que, na formulação mais antiga do § 116 AFG, na interpretação feita pelos tribunais previdenciários em face do risco salarial, teria ocorrido uma suspensão da paridade. O legislador chega a avaliações deste tipo de casos complexos coerentemente com a sua responsabilidade política de proteção do bem comum.

Não há elementos suficientes de que a capacidade funcional da autonomia da convenção coletiva de trabalho esteja sendo afetada pela regulamentação em exame de forma a justificar os questionamentos constitucionais da reclamante e dos autores [dos pedidos de controle normativo].

aa) – bb) (...).

cc) (...).

Assim, é incerto, tanto do ponto de vista fático quanto jurídico, se a regulamentação impugnada conduzirá, em futuras disputas trabalhistas, a uma tal disparidade de forças na disputa entre as partes da convenção coletiva de trabalho, apta a tornar impossível negociações de base o mais balanceada possível. Se isso ocorrer, o legislador seria obrigado a tomar as devidas medidas para a proteção da autonomia na convenção coletiva de trabalho. Enquanto isso não ocorre, permanece como tarefa dos tribunais interpretar e aplicar as regras vigentes à luz do Art. 9 III GG.

II. – VI. (...)

(ass.) *Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Kühling, Seibert, Jaeger, Haas*