

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JOÃO FEDOROWICZ

**A INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS E SUA
FLEXIBILIZAÇÃO NA AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA**

Artigo Científico para conclusão de Curso e
obtenção em graduação em Direito da Escola
de Direito de Brasília – EDB

Orientador: Prof. Ricardo Lourenço

**BRASÍLIA
JUNHO 2017**

JOÃO FEDOROWICZ

**A INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS E SUA
FLEXIBILIZAÇÃO NA AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA**

Artigo Científico para conclusão de curso e
obtenção em graduação em Direito na Escola
de Direito de Brasília – EDB

Orientador: Prof. Ricardo Lourenço

Brasília / DF, 19 de junho de 2017.

Dr. Ricardo Lourenço Filho
Professor Orientador

Dr. Guilherme Pupe da Nóbrega
Membro da Banca Examinadora

Dra. Julia Maurmann Ximenes
Membro da Banca Examinadora

A INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS E SUA FLEXIBILIZAÇÃO NA AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA

SUMÁRIO

RESUMO.....	2
ABSTRACT.....	3
1. INTRODUÇÃO.....	3
2. INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS - conceituação, fundamentação e abrangência.....	5
3. NEGOCIAÇÃO COLETIVA DO TRABALHO - Convenção Coletiva e Acordo Coletivo, e a autonomia privada coletiva.....	9
4. FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS – conceituação, bases constitucionais e legais,limitações e vantagens compensatórias.....	15
5. OS LIMITES DA AUTONOMIA NEGOCIAL FACE A JURISPRUDÊNCIA – Cláusulas e Acordos Coletivos objeto de contestação judicial, anuladas ou validadas pelos tribunais e cortes superiores.....	22
CONCLUSÃO.....	29
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	32

RESUMO

Este artigo aborda questões legais e doutrinárias envolvidas no sentido de se refletir, em até que ponto a negociação coletiva pode invadir a seara dos direitos protetivos dos trabalhadores, mediante sua flexibilização, em detrimento do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Importante que se faça uma reflexão acerca do fenômeno da flexibilização, mediante negociações trabalhistas entre empregados e empregadores, afastando de certa forma o intervencionismo estatal na atividade laboral. A metodologia a ser utilizada na pesquisa e elaboração do presente artigo será basicamente uma pesquisa dogmática, utilizando-se do tripé doutrina, jurisprudência e legislação, conferindo desta forma uma análise na coerência do ordenamento jurídico e seus elementos, abordando-se eventuais problemas na aplicação jurídica da autonomia privada coletiva, avaliando hipóteses para que eventual flexibilização não retire da classe trabalhadora importantes garantias trabalhistas previstas em nosso ordenamento. Portanto, o foco central será justamente a análise da negociação coletiva como instrumento de flexibilização das leis trabalhistas, levada a efeito por meio de permissivos legais atenuantes das

diretrizes normativas vigentes, ou pela admissibilidade estabelecida na interpretação jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Indisponibilidade. Direitos Trabalhistas. Flexibilização. Autonomia Privada Coletiva. Negociação Coletiva.

ABSTRACT

This article approaches involved legal and doctrinal questions in the direction of if reflecting, in until point the collective bargaining can invade the protectives rights of the workers, by means of its flexibilization, in detriment of the principle of the non-availability of the labor laws. Important that if it makes a reflection concerning the phenomenon of the labor flexibilization, by means of collective bargaining between employees and employers, moving away from the state interventionism in the labor activity. The methodology to be used in the research and elaboration of the article will be basically a dogmatic research, using the doctrine, jurisprudence and legislation, conferring in such a way one analyzes in the coherence of the legal system and its elements, approaching itself eventual problems in the legal application of the collective private autonomy, evaluating hypotheses so that eventual labor flexibilization does not remove of the diligent classroom important foreseen working guarantees in our order. Therefore, the central focus will be exactly the analysis of the collective bargaining as instrument of flexibilization of the working laws, taken the effect by permissive legal extenuating circumstances of the effective normative lines of direction, or looking for the points established in the jurisprudencial interpretation.

KEYWORDS: Unavailability. Labor Rigths. Flexibilization. Collective and Private Autonomy. Collective Bargaining.

1 Introdução

O presente trabalho se dispõe a analisar o tema da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, e a possibilidade de sua flexibilização em função da autonomia negocial coletiva trabalhista.

A pretensão é conectar a Negociação Coletiva de Trabalho, que vem a ser um efetivo instrumento de democratização do Direito do Trabalho, uma vez que permite aos próprios atores sociais transacionar os direitos trabalhistas e interferir na modelação das respectivas relações laborais quando da instituição dos diplomas negociais de caráter normativo, a uma eventual flexibilização justtrabalhista face aos direitos trabalhistas considerados como indisponíveis.

Ao longo dos anos, o capitalismo global reestruturou os antigos modelos de produção e atualmente se utiliza de modelos diferenciados, como por exemplo, mediante a introdução de novas tecnologias no processo produtivo, diminuindo postos de trabalho e demandando por relações de trabalho mais flexíveis que as concebidas para o modelo capitalista anterior.

Principalmente, porém não somente, nos momentos de crise econômica como aquele que atualmente enfrentamos no país, percebe-se fundamental o estabelecimento de condições trabalhistas e remuneratórias satisfatórias que permitam o desenvolvimento empresarial e a manutenção do emprego, mediante uma salutar retribuição ao trabalho e capital, assim entendidos como fatores de produção.

Inexistindo na Constituição previsão expressa de limitações ao exercício da autonomia coletiva e havendo, ao revés, permissivo expresso para a redução de importantes direitos trabalhistas, – como é o caso dos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição – cabe proceder a uma reflexão acerca do papel do Estado no reconhecimento e estímulo a mecanismos de construção normativa com a participação de atores sociais, em atendimento à Constituição e a instrumentos normativos aos quais o país assumiu compromisso perante a comunidade internacional, tais como as convenções 98 e 154 da OIT.

A abordagem será feita em quatro capítulos. No primeiro, serão conceituados os direitos trabalhistas considerados indisponíveis, sejam eles absolutos ou relativos, incluindo origem, evolução, e sua abrangência em nosso ordenamento; no segundo, discorre-se sobre o próprio Instituto da Negociação Coletiva – a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, destacando-se principalmente o princípio da autonomia privada coletiva; no terceiro, entraremos na conceituação de Flexibilização dos Direitos Trabalhistas, abarcando suas bases constitucionais e legais, tratados internacionais, teorias justificantes e limitações; no quarto e último capítulo, serão analisados, em face da jurisprudência atual, os Limites da Autonomia Negocial, com busca de cláusulas e acordos coletivos objeto de contestação judicial, anuladas ou validadas pelos tribunais e cortes superiores.

Desta forma, entende-se ser necessária uma análise relativa à relevância da negociação coletiva de trabalho como expressão da liberdade sindical e democratização das relações de trabalho, e por outro turno, observados critérios mínimos para que sejam mantidas as garantias necessárias a manutenção das aspirações dos trabalhadores.

A partir do confronto de decisões e casos, teorias e fundamentações doutrinárias e jurisprudenciais, pode-se traçar parâmetros mais concretos e seguros para a negociação coletiva laboral, o que contribuiria para a pacificação dos conflitos individuais e coletivos surgidos da contestação judicial de cláusulas de acordos e convenções coletivas por sindicatos.

2 A indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas - conceituação, fundamentação e abrangência

Somente no âmbito da nova constituição federal promulgada em 1988, se deflagrou um processo de inovações e aperfeiçoamentos na ordem jurídica e nas instituições brasileiras, essencialmente caracterizados pelo sentido do avanço da dinâmica de democratização e inclusão social na realidade do País.

A constituição de 1988 deixou mais evidente que os direitos trabalhistas, justamente em razão da sua relevância para preservar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988), devem ter efetivamente uma proteção de forma a propiciar à classe trabalhadora, visto como elo mais fraco na relação de trabalho, garantias mínimas para estabelecer e preservar uma gama mínima de direitos fundamentais.

Alguns desses direitos, são dotados de certo grau de indisponibilidade, que vem a ser um dos princípios mais destacados do Direito Individual do Trabalho, e fundamental para o escopo do presente trabalho.

Segundo Gustavo Garcia, "O Direito do Trabalho tem como um de seus preceitos fundamentais o Princípio da Indisponibilidade, no sentido de que o

empregado não pode dispor dos seus direitos, os quais são assegurados por meio de normas cogentes e de ordem pública”¹.

Na atual ordem jurídica brasileira, segundo Maurício Godinho Delgado:

esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigorantes no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, §§ 2º e 3º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc)²

Pode-se dizer que este princípio concretiza, no âmbito da relação de emprego, a natureza impositiva da maioria das normas trabalhistas, em perfeita sintonia com o princípio da imperatividade das normas trabalhistas.

Parte da doutrina o denomina princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, mas, à luz da diferença entre renúncia e transação, o termo indisponibilidade é mais correto. Isto porque a indisponibilidade vai além da renúncia, abrangendo também a figura da transação. Renúncia é um ato unilateral da parte, através do qual ela se desfaz de um direito de que é titular, sem correspondente concessão pela parte beneficiada. A transação, ao contrário, é um ato bilateral pelo qual se acertam direitos e obrigações entre as partes acordantes, mediante concessões recíprocas, envolvendo questões fáticas ou jurídicas duvidosas³.

No sistema jurídico laboral, tanto a renúncia quanto a transação que importem objetivamente prejuízo ao trabalhador são consideradas inválidas. Isto

¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 98.

² DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p.1389

³ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p.49

significa dizer que é vedado ao trabalhador, quer por ato individual (renúncia), quer por ato bilateral (transação), dispor de seus direitos laborais sem a equivalente compensação, sendo nulo o ato dirigido a esse despojamento.

Contudo, o professor Sergio Pinto Martins, nos ensina que "poderá, entretanto, o trabalhador renunciar a seus direitos se estiver em juízo, diante do juiz do trabalho, pois nesse caso não se pode dizer que o empregado esteja sendo forçado a fazê-lo".⁴

Maurício Godinho Delgado distingue os direitos trabalhistas protegidos por indisponibilidade absoluta dos protegidos pela indisponibilidade relativa. A absoluta se dará quando o direito invocado merecer tutela de interesse público, num patamar mínimo firmado pela sociedade em um dado momento histórico, relacionado a dignidade da pessoa humana, ou quando se tratar de direito protegido por norma de interesse abstrato da categoria, podendo citar como exemplo a assinatura da CTPS, salário mínimo, medicina e segurança do trabalho.

Já no âmbito da indisponibilidade relativa, o autor nos diferencia quanto ao direito que traduz interesse individual ou bilateral simples e que não caracteriza um padrão civilizatório mínimo, permitindo no que tange às parcelas de indisponibilidade relativa a transação (não a renúncia), desde que não resulte em efetivo prejuízo ao empregado, exemplo: modalidade de salário, compensação de jornada, etc.

Para ele, a distinção entre indisponibilidade absoluta e relativa se justifica porque é a única conceituação que permite compreender o crescente processo de auto normatização das relações trabalhistas. Também é importante quanto aos diferentes critérios de distribuição do ônus da prova, ou seja, se a indisponibilidade for absoluta, o autor não terá que demonstrar o prejuízo, se for relativa, há que ser demonstrado o prejuízo.

Cita-se como exemplo deste princípio a orientação jurisprudencial no. 30 do TST da SDC:

Dissídio coletivo. Estabilidade provisória da gestante. Renúncia ou

⁴ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários à CLT. 3. Ed. São Paulo.: Atlas, 2000. p. 154

transação de direitos constitucionais. Impossibilidade. CLT, art. 9º. ADCT da CF/88, art. 10, II, «b». «Nos termos do art. 10, II, «b», do ADCT da CF/88, a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do art. 9º da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário.»

Cumprido destacar que a noção de indisponibilidade absoluta e relativa é imprescindível para compreensão da validade e extensão das alterações produzidas pelas regras autônomas coletivas no interior das regras heterônomas estatais trabalhistas. Nos dizeres de Maurício Godinho:

Esse último critério indica que a noção de indisponibilidade absoluta atinge, no contexto das relações bilaterais empregatícias (Direito Individual, pois), parcelas que poderiam, no contexto do Direito Coletivo do Trabalho, ser objeto de transação coletiva e, portanto, de modificação real. Noutras palavras: a área de indisponibilidade absoluta no Direito Individual é, desse modo, mais ampla do que a área de indisponibilidade absoluta própria ao Direito Coletivo.⁵

Nessa mesma linha, temos no âmbito das negociações coletivas o princípio da Adequação Setorial Negociada, que, de maneira geral, considera que, estando determinada parcela assegurada por regra imperativa estatal, ela prevalece soberanamente, sem possibilidade jurídica de supressão ou restrição pela negociação coletiva trabalhista, salvo se a própria regra heterônoma estatal abrir espaço à interveniência da regra coletiva negociada⁶.

Tais regras gerais aparecem nos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, que são os artigos 9º, 444 e 468.

O artigo 9º dispõe que "serão nulos de pleno direito os atos

⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p.50

⁶ Essa objetiva compreensão jurisprudencial está bem expressa tanto na OJ n. 372 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, como na OJ n. 342, item I, da mesma Seção Especializada em Dissídios Individuais do TST (hoje, Súmula 437, II, do TST). Foi tal compreensão jurisprudencial objetiva que certamente conduziu a Corte Superior a cancelar, em 24.05.2011, verbetes sumulares que indicavam diretriz oposta, tais como a Súmula n. 349, a Súmula n. 234, II, e a OJ Transitória n. 04 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho.

praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas". Já o artigo 444 dispõe que as partes podem estipular livremente os contratos de trabalho, desde que não haja contravenção das regras de proteção ao trabalho, aos respectivos contratos coletivos e às decisões das autoridades competentes. O artigo 468 dispõe que a alteração das condições de trabalho só é lícita por mútuo consentimento e desde que não resultem em prejuízos diretos ou indiretos ao trabalhador, sob pena de nulidade de disposição contrária da garantia.

Por todo o exposto, podemos entender o conceito de indisponibilidade como uma forma do Direito do Trabalho garantir determinados direitos dos empregados, impedindo que determinadas normas sejam derogadas por simples vontade das partes, principalmente em função da classe trabalhadora ser reconhecidamente hipossuficiente na relação trabalhista.

Tal, princípio se justifica, nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite⁷:

[...] pela considerável gama de normas de ordem pública do direito material do trabalho, o que implica a existência de um interesse social que transcende a vontade dos sujeitos do processo no seu cumprimento e influencia a própria gênese da prestação jurisdicional. Numa palavra, o processo do trabalho teria uma função finalística: a busca efetiva do cumprimento dos direitos indisponíveis dos trabalhadores.

3 Negociação Coletiva do trabalho - Convenção Coletiva e Acordo Coletivo, a Autonomia Privada Coletiva

O Direito Coletivo Laboral se diferencia do Direito Individual do Trabalho no sentido de que, enquanto este tem a construção de seus princípios e regras na relação empregado e empregador, sob uma ótica essencialmente individual, enquanto aquele tem foco nas relações grupais entre empregados e

⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010. P.84.

empregadores

Desde o século XIX, os empregados foram sendo dotados de um senso coletivo, tendo como ponto de partida o associacionismo sindical obreiro derivado do sistema capitalista implantado, passando a negociar com os empregadores em um caráter associativo, podendo assim se contrapor com maior força e eficiência ao ser coletivo empresarial.

Maurício Godinho Delgado, em sua obra *Direito Coletivo do Trabalho*, se rende à tese de que o movimento sindical implementado no transcorrer do século XIX “desvelou como equivocada a equação do liberalismo individualista, que conferia validade social à ação do ser coletivo empresarial, mas negava impacto maior à ação do trabalhador individualmente considerado”, justificando:

perceberam os trabalhadores que um dos sujeitos da relação de emprego (o empregador) sempre foi um ser coletivo, isto é, ser cuja vontade era hábil a deflagrar ações e repercussões de impacto social, seja certamente no âmbito da comunidade do trabalho, seja eventualmente até mesmo no âmbito comunitário mais amplo. Isso porque a vontade empresarial, ao se concretizar em ação, atinge um universo bastante amplo de pessoas no conjunto social em que atua. Em comparação a ela, a vontade obreira, enquanto manifestação meramente individual, não tem a natural aptidão para produzir efeitos além do âmbito restrito da própria relação bilateral pactuada entre empregador e empregado.⁸

Carlos Eduardo Oliveira Dias aponta que as relações de trabalho sempre tiveram como pressuposto a contraposição entre dois pontos distintos, o conflito e a negociação. Dessa maneira, desde o estabelecimento das classes sociais consolidadas a partir da revolução industrial, as relações laborativas tem como inerente o conflito de interesses, decorrente da busca por maior acumulação de capital por uma das partes, e de outra, a luta pela melhoria das condições sociais e de trabalho⁹.

Nessa medida, a negociação coletiva passou a ser um relevante instrumento auto compositivo de resoluções de conflitos, assumindo que “o conflito

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015. p.150

⁹ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira Dias. *Entre lobos e cordeiros*. São Paulo, LTr, 2009. p.111

está na essência das relações de trabalho, sendo um postulado fundamental para o reconhecimento do seu próprio desenvolvimento”.¹⁰

A auto composição pode ser vislumbrada de três maneiras distintas, podendo se dar por meio da renúncia de uma parte, em favor de outra, sem interferência de terceiros da vantagem por este almejada, pela submissão ou simples aceitação de uma parte no tocante à pretensão da outra parte, ou ainda por meio de transação entre as partes, que reciprocamente negociam entre si um denominador comum que atenda ambas pretensões negociais.

No âmbito do direito coletivo do trabalho, a renúncia e a submissão devem dar lugar à transação, uma vez que sendo um instrumento dito “democrático” de solução de conflitos, as duas modalidades iniciais não se adequariam de forma plena a este objetivo, por isso, fala-se em transação coletiva negociada.

A legislação brasileira no tocante a negociação coletiva, tem como instrumentos-fim o acordo coletivo de trabalho e a convenção coletiva de trabalho. Não existe uma substancial diferença entre os institutos, diferindo-os apenas quanto aos sujeitos pactuantes e suas abrangências.

Para a OIT, em sua recomendação n.91, “a expressão contrato coletivo compreende todo acordo escrito relativo às condições de trabalho e de emprego, celebrado entre um empregador, um grupo de empregadores, de um lado, e, de outro, uma ou várias organizações representativas de trabalhadores, ou, na falta dessas organizações, representantes dos trabalhadores interessados por eles devidamente eleitos e credenciados, de acordo com a legislação nacional”.

Uma vez que a recomendação abarca não somente os acordos celebrados por organizações sindicais, mas da mesma forma acordos firmados com um ou mais empregadores, com a representação dos trabalhadores, a expressão contrato coletivo alcançaria ao mesmo tempo nosso acordo coletivo de trabalho e ainda a convenção coletiva de trabalho.

¹⁰ Ibid., p.114

O artigo 611, caput, da CLT define a convenção coletiva de trabalho como “o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”.

Por outro turno, o acordo coletivo de trabalho¹¹, seria celebrado por um ou mais empregadores, não necessariamente representados por sindicato, porém, obrigatoriamente com o correspondente sindicato representativo de seus empregados.

No tocante à abrangência, a negociação coletiva pode eventualmente se encontrar em um conflito de regras, como por exemplo, num caso em que uma convenção coletiva abranja determinada categoria de todo um Estado, ao mesmo tempo que um acordo coletivo é celebrado, naquela mesma base territorial, exclusivamente com uma única empresa da mesma categoria econômica.

Nessa situação, o artigo 620 da CLT¹² tem regra explícita a respeito, estipulando que as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo coletivo de trabalho, determinando desta maneira, a preponderância da convenção coletiva sobre o acordo coletivo, como fórmula para se cumprir o princípio da norma mais favorável ao trabalhador.

A partir destes conceitos, estabelecemos que a negociação coletiva é uma forma de autogestão das vontades dos agentes sociais envolvidos no processo conflitivo, seja no âmbito econômico ou profissionais, dotando-os de certa dose de autonomia, ou seja, a faculdade de se governar por si mesmo, o direito ou faculdade de se reger por leis próprias, ou condição pela qual o homem pretende

¹¹ art. 611 § 1º - É facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.

¹² Art. 620 - As condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo.

poder escolher as leis que regem sua conduta¹³.

Nas palavras de João de Lima Teixeira filho, a negociação coletiva pode ser definida como “o processo democrático de auto composição de interesses pelos próprios atores sociais, objetivando a fixação de condições de trabalho aplicáveis a uma coletividade de empregados de determinada empresa ou de toda uma categoria econômica e a regulação entre as entidades estipulantes”¹⁴, enquanto que Brito Filho conceitua como “o processo de entendimento entre empregados e empregadores visando à harmonização de interesses antagônicos com a finalidade de estabelecer normas e condições de trabalho”.¹⁵

No plano jurídico, a vontade tem especial importância à medida que constitui um elemento fundamental para a formação do ato jurídico, em razão do qual, sua manifestação, em consonância com os preceitos legais, possui o condão de produzir determinados efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas.¹⁶

Observa-se que a autonomia da vontade, como princípio, fundamenta-se não somente como elemento de liberdade em geral, mas ainda como suporte da liberdade jurídica, o poder insuprimível do homem em criar por um ato de vontade uma situação jurídica, e segundo Silvio Rodrigues o “princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam”¹⁷.

A noção de autonomia, e o próprio termo, posteriormente foi

¹³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p.236.

¹⁴ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Instituições de direito do trabalho, vol. 2, São Paulo, LTr, 1996, p. 1131

¹⁵ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. Direito sindical: análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT: proposta de inserção da comissão de empresa. São Paulo: LTr, 2000, p. 176

¹⁶ AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.336.

¹⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.3. p. 15-16.

estendido pela pandectística alemã para autonomia privada¹⁸, que em linhas gerais apresenta-se como a) um poder para regular os próprios interesses criando regras jurídicas; b) que se refere a interesses concretos e específicos; c) cria regras vinculantes para as partes; e d) limitável pelo ordenamento jurídico, tendo como parâmetros de limitação a ordem pública e os bons costumes.

O positivismo jurídico, no entanto, com o intuito de proteção da parte hipossuficiente da relação trabalhista, passou a intervir nas relações materialmente desiguais, limitando a autonomia privada individual, para resguardar a integridade jurídica dos trabalhadores, que se submetiam a condições jurídicas impróprias face a sua impossibilidade de negociar em pé de igualdade o conteúdo do contrato.

Como assinala Ronaldo Lima dos Santos,

entretanto diante da insuficiência e falta de efetividade dessa legislação intervencionista estatal para a garantia da esfera individual, incrementou-se a noção de autonomia privada coletiva como instrumento de igualização das relações jurídicas desiguais em diversos setores do Direito Privado, sendo o Direito do Trabalho o berço, por excelência, da autonomia privada coletiva.¹⁹

Vale ressaltar que a autonomia privada coletiva não deve ser vista como antítese do princípio protetor, e sim como instrumento efetivador deste princípio, diante das graduais evoluções fáticas constatadas pelo constante desenvolvimento e mutação social, econômico e político, que indicam a necessidade de se valorizar outros instrumentos de tutela dos interesses dos trabalhadores, diante de eventual insuficiência do ordenamento jurídico estatal neste sentido.

No tocante às estruturas normativas do direito do trabalho, que se organiza sobre uma estrutura plurinormativa, a autonomia privada coletiva pode ser vista como uma de suas fontes normativas, do ponto de vista negocial, ao lado das fontes legais, resultante de leis editadas pelo poder estatal, das consuetudinárias, decorrentes do poder do comportamento social coletivo da sociedade, e das

¹⁸ RIBEIRO, Joaquim de Souza. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. p.23

¹⁹ SANTOS, Ronaldo lima dos. Teoria das Normas Coletivas. 3. Ed. São Paulo, LTr, 2014. p. 125.

jurisdicionais, decorrentes das decisões judiciais. Magano, citado por Carlos Eduardo Oliveira dias, sustenta que “o pluralismo significa a livre atuação dos indivíduos e dos grupos componentes da sociedade civil, na persecução dos interesses que lhe são próprios.”²⁰

Logo, o caráter plurinormativo proporciona um meio para que o ordenamento jurídico acompanhe proximamente as mutações no mercado de trabalho, sobretudo por formas auto compositivas de resolução de conflitos.

De outra banda, os conflitos solucionados mediante a negociação coletiva não podem estar revestidos de uma precarização dos direitos dos trabalhadores, pois a missão geneticamente atribuída a essa forma de resolução de conflitos é na realidade ser um instrumento de manutenção e melhoria da civilidade nas relações de trabalho. As inflexões de um pensamento de matrizes excessivamente liberais, com desvirtuada flexibilização de direitos, pode levar a negociação coletiva uma supressão de conquistas e garantias trabalhistas.

4 Flexibilização dos Direitos Trabalhistas – conceituação, bases constitucionais e legais, OIT, limitações e vantagens compensatórias.

Ao abordarmos o tema da possibilidade de flexibilização de direitos trabalhistas, inevitavelmente nos deparamos com a transformação da economia mundial ocorrida nas últimas décadas, e em especial a situação econômica-social de nosso país.

Uma vez que nossa legislação trabalhista, gestada nos anos 40 do século XX, ainda subsiste, inevitável que se verifique uma constante discussão sobre a necessidade de sua atualização, o que efetivamente tem se verificado ao longo das últimas décadas, fundamentada não somente em uma inadequação de seu suporte às modalidades organizacionais e produtivas advindas desde a

²⁰ Magano ainda pondera que “o pluralismo corresponde à existência, no seio da sociedade civil, de centros autônomos de produção jurídica, entendendo-se que as normas deles oriundas possuem a mesma natureza das emanadas pelo estado”. Finaliza com “o aspecto de maior relevância do pluralismo é pois a negação da exclusividade normativa do estado”

superação do paradigma fordista de produção, mas também em como reagir diante da pretensão de sua flexibilização.

Segundo a corrente daqueles que defendem uma flexibilização, o ordenamento em vigor que regula as relações de trabalho não se mostra atualizado suficientemente, no sentido de abarcar as atuais circunstâncias e necessidades decorrentes dos novos modelos contemporâneos de trabalho.

Mostra-se ainda presente uma estrutura varguista na própria cultura que rege as relações de trabalho, ainda com certo cunho protetivo, não obstante os avanços já observados ao longo dos últimos 70 anos, de forma que não propicia a implantação de mudanças substanciais no aparato legislativo ora vigente.

Não obstante algumas tentativas de “modernização” da legislação trabalhista pátria ao longo dos anos 1990 e 2000²¹, o “movimento flexibilizador” acabou por se corporificar, tendo como principais pressupostos: “a) os imperativos do desenvolvimento econômico; b) a competição econômica e sua globalização; c) a velocidade das mudanças tecnológicas; d) o aumento do desemprego; e) tendência a formação de forte economia submersa, informal, para fugir à rigidez da lei.”²²

Como se vê nesses itens, a principal formulação, por parte de alguns atores, é que se entende haver uma excessiva “demonização” da intervenção estatal no mercado de trabalho, tipificada como um dos fatores de entrave ao desenvolvimento econômico, porém, mesmo em relações que decorrem da atividade capitalista típica, a fixação de um regramento estatal é medida imperativa, que conduz a própria sobrevivência do sistema.

Afinal, a necessidade de preservação dos direitos trabalhistas, a partir de uma intervenção estatal não perdeu o sentido, pois a realidade econômica de hoje, ainda que distinta daquela que se observava quando da formação do Direito

²¹ Durante o governo de Fernando Collor (1990-1992), foi instituída uma Comissão de modernização da Legislação do Trabalho, com dois anteprojotos de lei, que tratavam, respectivamente, de relações coletivas e relações individuais do trabalho. Em seu primeiro mandato o presidente Lula instituiu o Fórum Nacional do Trabalho, , instancia composta por diversos segmentos da sociedade com o intuito de atualizar e tornar a legislação mais compatível com as novas exigências do desenvolvimento nacional.

²² ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Flexibilização da norma constitucional e garantia de emprego. In: Jose Afonso Dallegre Neto. Direito do Trabalho – estudos. São Paulo: LTr., 1997, p.41

do Trabalho, ainda tende a se estruturar de maneira exploratória sobre aqueles que vivem do seu labor.

Arnaldo Sussekind²³ entende que “em virtude da transmutação da economia mundial justifica-se uma flexibilização na aplicação de normas de proteção do trabalho, de forma a harmonizar interesses empresariais e profissionais”, e neste sentido se posiciona da seguinte forma:

Com a flexibilização, os sistemas legais preveem formulas opcionais ou flexíveis de estipulação de condições de trabalho, seja pelos instrumentos da negociação coletiva, ou pelos contratos individuais de trabalho, seja pelos próprios empresários. Por conseguinte: a) amplia o espaço para complementação ou suplementação do ordenamento legal; b) permite a adaptação de normas cogentes a peculiaridades regionais, empresariais ou profissionais; c) admite derrogações de condições anteriormente ajustadas, para adapta-las a situações conjunturais, métodos de trabalho ou implementação de nova tecnologia.

Dentro de um conceito genérico, o termo “flexibilização” carrega práticas de desconstrução dos mecanismos vigentes, tanto com medidas de retrocesso normativo – quando, de forma menos favorável, retiram do trabalhador garantias antes estabelecidas – ou ainda de notória desregulamentação, ao dizimar alguma parcela de trabalhadores da estrutura protetiva do Direito do trabalho.

Para Uriarte²⁴, a flexibilização pode ser definida como a “eliminação, diminuição, afrouxamento ou adaptação da proteção trabalhista clássica, com a finalidade – real ou pretensa – de aumentar, o investimento, o emprego, ou a competitividade da empresa”, esclarecendo, fundado em Javillier, que pode existir uma classe de flexibilidade que vai em outro sentido, que por ele é chamada de “flexibilidade de proteção”: aquela que sempre foi admitida pela ordem jurídica trabalhista, “pois representa a superação e a adaptação da norma jurídica em favor do trabalhador.”

²³ SUSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. 20a. ed. São Paulo: LTr, 2002. P.204

²⁴ URIARTE, Oscar Ermida. A Flexibilidade. São Paulo. LTr, 2002. p.9

De outra forma, Sússekind²⁵ defende que flexibilização não se confunde com desregulamentação, porque enquanto este retira o trabalhador da proteção do estado, aquela apenas permite uma relativização das normas protetivas heterônomas, portanto sendo a flexibilização uma “fenda no princípio da inderrogabilidade das normas de proteção ao trabalho, a ser exercido nos limites do regime jurídico pertinente”.

Na mesma linha, Robortella²⁶ diz que se trata de instrumento de adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante a participação de empregados e empregadores para a eficaz regulamentação do mercado de trabalho.

Com o advento da vigência em 1988 do novo texto constitucional, podemos verificar que a flexibilização de uma certa forma foi incorporada ao ordenamento pátrio, de acordo com os seguintes dispositivos, os quais deram uma leitura mais amena a algumas regras trabalhistas, a saber:

1. Os acordos e convenções coletivas de trabalho foram prestigiados como fontes do direito do trabalho, reconhecendo a importância da autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, conforme o artigo 7º, XXVI da CF, seguindo assim em consonância com a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratadas na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho.
2. Possibilidade de redução salarial mediante acordo ou convenção coletiva, verificada no inciso VI do mesmo artigo, relativizando desta forma o princípio da irredutibilidade salarial.
3. Introdução do banco de horas de forma a compensar eventuais horas extras laboradas, sem a contrapartida de pagamento adicional, inciso XIII do mesmo artigo 7º.

²⁵ SÚSSEKIND, Arnaldo. Instituições do Direito do Trabalho. 16. ed. São Paulo, LTr, 1997. P.207

²⁶ ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. Flexibilização da norma constitucional e garantia de emprego. In: Jose Afonso Dallegre Neto. Direito do Trabalho – estudos. São Paulo: LTr., 1997, p.41

4. No inciso XIV, admite mediante acordo ou convenção coletiva a pactuar-se de forma diferenciada o direito à jornada de 6 horas aos trabalhadores que laboram em turnos ininterruptos de revezamento, estendendo-se até o limite de 8 horas.
5. Com a promulgação da Lei 9.601/98, foi possível se ter a contratação de trabalhadores mediante contrato por prazo determinado, alterando-se o art. 442 da CLT, dependendo apenas de acordo ou convenção coletiva de trabalho firmada junto ao sindicato da categoria.²⁷
6. Implantação do banco de horas, alterando-se o artigo 59, paragrafo 2º da CLT pela Lei 9.601/98, compensando eventuais horas extras laboradas em descansos posteriores, sem a necessidade de qualquer contrapartida financeira.²⁸
7. A mesma MP2.164-41/2001, já em vigor, por ser anterior à EC 32/2001, admitiu a repactuação mediante negociação coletiva a fixação do tempo dispendido pelo empregado em caso de transporte fornecido pelo empregador, nos casos de locais de difícil acesso ou não servidos por transporte publico, artigo 58 paragrafo 3º da CLT, uma vez que estabeleceu um regime diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte.

A importância da negociação coletiva trabalhista transcende o próprio Direito do Trabalho, na verdade, a experiência histórica dos principais países ocidentais demonstrou que a negociação coletiva no cenário das relações laborativas sempre influenciou, positivamente, numa estruturação mais democrática do conjunto social.

Mesmo com uma dose de admissibilidade tanto da classe empresarial quanto de parte da classe operária, as tentativas de reforma se mostraram tímidas em seu conteúdo, muito devido à cultura trabalhista

²⁷ As principais vantagens para o empregador seriam o recolhimento de 2% a título de FGTS, e não 8%, não haveria necessidade de aviso prévio e multa de 40% sobre o FGTS na dispensa, tendo como ressalva a possibilidade de se utilizar deste tipo de contrato Somente para criação de novos postos de trabalho e nunca para substituir postos regulares e permanentes já existentes na empresa.

²⁸ O prazo previsto na lei para o gozo da compensação era de 120 dias, porém, foi alterado para 1 ano pela MP 2.164-41/2001.

predominante, o que levou a um desinteresse legislativo em promover as reformas necessárias visando uma modernização do direito do trabalho.

De outro lado, a jurisprudência passou a permitir uma maior possibilidade de estipulação negocial, reconhecendo a prevalência do negociado sobre o legislado, em assuntos já abarcados pela legislação.

Duas correntes distintas se consolidaram, sendo a primeira defensora de uma ampla possibilidade de negociação, adequando o direito trabalhista face ao novo modelo econômico-social vigente, permitindo a negociação coletiva em todo e qualquer aspecto que não esteja precedido de expressa restrição legal.

Não é escuso afirmar, que essa permissividade foi adotada de forma mais acentuada a partir dos anos 90, quando o TST modificou seu entendimento sobre a interposição de mão de obra, com a regulação da possibilidade de terceirização trabalhista, diante do enunciado 331 do TST²⁹, o que levou em 1993 ao cancelamento da Súmula 256, que praticamente não admitia a terceirização, o que pode servir de parâmetro para se verificar a tendência da jurisprudência trabalhista no sentido de se alinhar a esta primeira corrente.

A segunda corrente entende que somente em casos expressamente ressalvados na Constituição Federal, em normas internacionais aplicáveis ao direito

²⁹ Súmula Nº 331 do TST. Contrato de prestação de serviços. Legalidade - Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000: I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). Histórico: Revisão da Súmula nº 256 - Res. 4/1986, DJ 30.09.1986 Redação original - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993 Nº 331 (...) IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

do trabalho interno, ou temas ligados a níveis mínimos de garantias trabalhistas, como fatores discriminatórios, percepção de salários, e ainda garantias de meio ambiente saudável. Em nenhuma outra hipótese a negociação coletiva poderia avançar e se sobrepor a outras questões constitucionalmente protegidas.

Ao lado disso, e não se defendendo nenhum dos dois entendimentos, cabe enfatizar que as próprias características de nosso ordenamento relativas ao direito do trabalho, permitem a convivência de pensamentos antagônicos, bem como abrem o caminho para que se verifique uma falta de uniformidade em decisões entre as cortes judiciais, levando a um perigoso desvirtuamento da própria negociação coletiva.

Entende Carlos Eduardo de Oliveira Dias, em que pese seu pessimismo:

Com isso, o permissivo jurisprudencial de flexibilização que se viu consolidado nas últimas décadas tem acarretado uma completa desfiguração da negociação coletiva e de suas funções estruturais, sobretudo aquela relacionada a seu caráter emancipatório. Em contrapartida, acaba por adquirir uma função voltada a transformar os direitos trabalhistas em instrumentos de ajuste às necessidades capitalistas de competitividade e de lucratividade.³⁰

Na mesma linha, temos ainda Marcus Menezes Barberino Mendes³¹:

Na ofensiva, o Judiciário torna-se um palco fértil para a exploração de umas das possibilidades de flexibilização da regulação do trabalho: a flexibilização jurisprudencial. A histórica dissensão entre contratualismo e institucionalismo faz com que a regulação pública do mercado de trabalho contenha termos polissêmicos ou dispositivos contraditórios, permitindo, no Judiciário, inflexões interpretativas que atendam à correlação de forças entre as correntes jurisprudenciais.

Com esse quadro, iremos a seguida analisar a jurisprudência atual, diante dessa investida flexibilizatória advinda das negociações coletivas.

³⁰ DIAS, Carlos Eduardo de Oliveira. Entre Cordeiros e os Lobos. São Paulo, LTr, 2009. P. 154

³¹ MENDES, Marco de Souza Barberino. Justiça do trabalho e Mercado de trabalho. Interação entre Poder Judiciário e a Regulação do Trabalho no Brasil. São Paulo, LTr, 2007. p. 82

5 Os Limites da Autonomia Negocial face a Jurisprudência

No entendimento de Carlos Eduardo Oliveira Dias, na esteira de uma tardia inflexão da flexibilização das relações de trabalho, diante de uma impossibilidade de sua concretização por meio da via normativa, os tribunais tem assumido este papel de forma forçada, interpretando e conferindo soluções extra legais a problemas concretos, reconhecendo a flexibilidade a partir das negociações coletivas, mesmo em temas que não possuem expressa reserva ou autorização legal de atenuação negocial.³²

Esta interpretação flexibilizadora pode ser verificada, por exemplo, na OJ 251 da SDBI-1³³, a qual possibilita que sejam feitos descontos salariais dos trabalhadores de postos de gasolina que recebem cheques de clientes sem observância das condições estipuladas em instrumento coletivo.

Muito embora tal prática seja prevista pelo artigo 462, caput, da CLT³⁴, ela afronta diretamente o princípio da intangibilidade salarial, desconstituindo a lógica capitalista do risco da atividade econômica, já que esta não deve ser transferida ao empregado. O objetivo da norma da CLT citada, visa abarcar situações como as contribuições devidas aos sindicatos, não podendo ser utilizada “para transferir os ônus inerentes à atividade capitalista para aquele que não a auferir os lucros dela advindos”. Trata-se de uma figura de flexibilização hoje admitida e consolidada na jurisprudência trabalhista.

Merece especial atenção o precedente RE 590.415³⁵, julgado em

³² DIAS, Carlos Eduardo Oliveira Dias. Entre lobos e cordeiros. São Paulo, 2009. LTr. p.157.

³³OJ-SDI1-251 DESCONTOS. FRENTISTA. CHEQUES SEM FUNDOS - É lícito o desconto salarial referente à devolução de cheques sem fundos, quando o frentista não observar as recomendações previstas em instrumento coletivo.

³⁴Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou convenção coletiva.

³⁵ Ementa: DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DEMISSÃO INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS. 1. Plano de demissão incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como de quitação de toda e qualquer parcela decorrente da relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e

30/04/15 no plenário do STF, por unanimidade, e que teve sua repercussão geral reconhecida³⁶, reformando assim decisão do TST que anulava cláusula de acordo coletivo de trabalho, refletindo assim parâmetros distintos daqueles julgados pelo TST quanto aos limites da autonomia negocial coletiva.

O processo versava sobre a validade de cláusula ajustada mediante negociação coletiva, na qual o trabalhador, ao aderir ao Plano de Dispensa Imotivada – PDI, dava quitação ampla e irrestrita a todas as verbas trabalhistas decorrentes da relação de emprego.

Em primeiro grau, onde a reclamante ajuizou ação, não reconhecendo a cláusula firmada coletivamente, e portanto requerendo verbas trabalhistas, o pedido foi julgado procedente, decisão esta confirmada pela corte de segunda instância - TRT, sob o argumento que “o artigo 477 (parágrafo 2º) da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) prevê que a quitação somente libera o empregador das parcelas especificadas no recibo de quitação. E que os direitos trabalhistas são indisponíveis e, portanto, irrenunciáveis”.

às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de demissão incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam da mera dispensa por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 2 7. Provedimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de demissão incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”.

³⁶ Com a decisão neste caso seriam resolvidos 2.396 processos sobre o mesmo tema, que estavam sobrestados aguardando o posicionamento do Supremo.

O TST tinha o entendimento na linha de sua súmula 330³⁷ e da OJ 270 da SDI-1³⁸, no sentido de que os direitos trabalhistas eram indisponíveis e irrenunciáveis, sendo que eventual quitação somente possuem o condão de liberar as parcelas expressamente especificadas no recibo, conforme art. 277 par. 2º da CLT.

Os ministros do STF acabaram por firmar o entendimento que,

"a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado".

O reclamado, no caso o Besc, sucedido pelo Banco do Brasil, por meio de RO interposto, entendeu que o acordão teria violado ato jurídico perfeito, e ainda o artigo 7º, inc. XXVI da Constituição Federal, que prevê reconhecimento das Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho.

No corpo do voto, o Ministro Relator explicitou as razões pelas quais se fazia necessário recolocar o problema dos limites da autonomia negocial coletiva em seus termos constitucionais e internacionais, assim se pronunciando:

26. A negociação coletiva é uma forma de superação de conflito que desempenha função política e social de grande relevância. De fato, ao incentivar o diálogo, ela tem uma atuação terapêutica sobre o conflito entre capital e trabalho e possibilita que as próprias categorias econômicas e profissionais disponham sobre as regras às

³⁷ Súmula 330 TST - QUITAÇÃO.VALIDADE - A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.

I - A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo.

II - Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.

³⁸ OJ 270 SDI-1 - PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PARCELAS ORIUNDAS DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS.

A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo.

quais se submeterão, garantindo aos empregados um sentimento de valor e de participação. É importante como experiência de autogoverno, como processo de auto compreensão e como exercício da habilidade e do poder de influenciar a vida no trabalho e fora do trabalho. É, portanto, um mecanismo de consolidação da democracia e de consecução autônoma da paz social.

27. O reverso também parece ser procedente. A concepção paternalista que recusa à categoria dos trabalhadores a possibilidade de tomar as suas próprias decisões, de aprender com seus próprios erros, contribui para a permanente atrofia de suas capacidades cívicas e, por consequência, para a exclusão de parcela considerável da população do debate público. (...)

28. Nessa linha, não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia da vontade exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho. Tal ingerência viola os diversos dispositivos constitucionais que prestigiam as negociações coletivas como instrumento de solução de conflitos coletivos, além de recusar aos empregados a possibilidade de participarem da formulação de normas que regulam as suas próprias vidas. Trata-se de postura que, de certa forma, compromete o direito de serem tratados como cidadãos livres e iguais.

48. Não socorre a causa dos trabalhadores a afirmação, constante do acórdão do TST que uniformizou o entendimento sobre a matéria, de que “o empregado merece proteção, inclusive, contra a sua própria necessidade ou ganância”. Não se pode tratar como absolutamente incapaz e inimputável para a vida civil toda uma categoria profissional, em detrimento do explícito reconhecimento constitucional de sua autonomia coletiva (art. 7º, XXVI, CF). As normas paternalistas, que podem ter seu valor no âmbito do direito individual, são as mesmas que atrofiam a capacidade participativa do trabalhador no âmbito coletivo e que amesquinham a sua contribuição para a solução dos problemas que o afligem. É através do respeito aos acordos negociados coletivamente que os trabalhadores poderão compreender e aperfeiçoar a sua capacidade de mobilização e de conquista, inclusive de forma a defender a plena liberdade sindical. Para isso é preciso, antes de tudo, respeitar a sua voz. (g.n.)

Recentemente, em nova linha jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal decidiu, novamente modificando acórdão³⁹ proferido pelo TST, referente a

³⁹ EMENTA. RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. HORAS IN ITINERE. SUPRESSÃO. NORMA COLETIVA. INVALIDADE. 1. O princípio do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, consagrado no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República, apenas guarda pertinência com aquelas hipóteses em que o conteúdo das

uma reclamação trabalhista onde o réu firmou acordo coletivo de trabalho com o sindicato da categoria à qual pertence a reclamante, para que fosse suprimido o pagamento das horas *in itinere* e, em contrapartida, fossem concedidas vantagens aos empregados, como por exemplo, fornecimento de cesta básica durante a entressafra, contratação de seguro de vida e acidentes excedente ao obrigatório sem custo para o empregado, pagamento do abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários-mínimos, pagamento do salário-família além do limite legal e por fim adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na Convenção Coletiva.

O Tribunal de origem entendeu, todavia, pela invalidade da cláusula adotada no acordo coletivo de trabalho, uma vez que o direito às horas *in itinere* seria indisponível, em razão do que dispõe o art. 58, § 2º, da CLT⁴⁰.

Por meio de decisão monocrática do Ministro Teori Zavascki, o STF, deu provimento ao RE 895.759 e reformou a decisão do TST, que havia anulado a cláusula que excluía o pagamento das horas *in itinere*. O acórdão recorrido não se encontra em conformidade com a *ratio* adotada no julgamento do RE 590.415, no qual a corte suprema conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho.

O Ministro, nessa nova decisão, fazendo remissão ao RE 590.415, assentou, em outras e diretas palavras, que deve se respeitar o negociado, mesmo que se limite direito legalmente previsto, na direção do fortalecimento do instituto da negociação coletiva de uma forma geral, mesmo em se tratando de direitos constitucionalmente protegidos, assim se manifestando:

normas pactuadas não se revela contrário a preceitos legais de caráter cogente. 2. O pagamento das horas *in itinere* está assegurado pelo artigo 58, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, norma que se reveste do caráter de ordem pública. Sua supressão, mediante norma coletiva, ainda que mediante a concessão de outras vantagens aos empregados, afronta diretamente a referida disposição de lei, além de atentar contra os preceitos constitucionais assecuratórios de condições mínimas de proteção ao trabalho. Resulta evidente, daí, que tal avença não encontra respaldo no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República. Precedentes da SBDI-I. 3. Recurso de embargos conhecido e não provido.

⁴⁰ Art. 58 (...) § 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.

Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical. Registre-se que a própria Constituição Federal admite que as normas coletivas de trabalho disponham sobre salário (art. 7º, VI) e jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), inclusive reduzindo temporariamente remuneração e fixando jornada diversa da constitucionalmente estabelecida. Não se constata, por outro lado, que o acordo coletivo em questão tenha extrapolado os limites da razoabilidade, uma vez que, embora tenha limitado direito legalmente previsto, concedeu outras vantagens em seu lugar, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical.

Por um outro polo, cabe constatar que também verificamos inúmeras decisões que indicam a existência de uma limitação ao poder negocial dos sindicatos, até em clara contradição com outros julgados semelhantes.

No processo TST- RR 0158-1999-007-17-00, se viu debatida a possibilidade de eliminação do pagamento de adicional de periculosidade para determinados setores de uma empresa, tendo em vista pactuação normativa neste sentido via negociação coletiva.

Em direção oposta ao que fora decidido em outro processo similar pela 5ª Turma, no RR citado foi denegado o pedido de reconhecimento da cláusula, sob o fundamento que “não se pode ter como válida cláusula de norma autônoma coletiva que contrarie a disposição legal expressa indicada no acordo regional, que regulamenta a classificação das atividades perigosas pois esta regulamentação legal constitui patamar civilizatório mínimo assegurado em norma heterônoma” e “tendo em vista o princípio da adequação setorial negociada, segundo a qual os acordos ou convenções coletivas não podem renunciar direitos trabalhistas indisponíveis,

inválida cláusula normativa defendida no apelo patronal, que nega o direito ao adicional de periculosidade”⁴¹.

Na decisão proferida viu-se afastada a aplicabilidade da súmula 364 do TST⁴², não obstante em sua redação vigente à época estabelecia “que a fixação do adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivas do trabalho”, mas, ao mesmo tempo não autorizava a sonegação total do direito do obreiro, pois “o que pretende a reclamada, *in casu*, é que se permita dizer que determinada atividade não é perigosa quando a lei a define como tal.

De outro turno, cabe destacar que o TST por intermédio do inc. II da súmula 437, procurou de certa forma delimitar parâmetros sobre os limites da autonomia privada coletiva no âmbito da negociação coletiva, ao não permitir que direitos protegidos por normas de ordem pública possam ser objeto de acordo entre as partes.⁴³

Expostos todos esses casos, ressaltam-se alguns comentários dos

⁴¹ Acórdão da 2ª Turma, publicado em 11.01.08, onde o relator, indica que “não se trata, no caso em tela de desrespeitar o contido em norma coletivo, mas de fixar limites da flexibilização de direitos trabalhistas por meio de acordos e convenções coletivas”

⁴² Súmula nº 364 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE (inserido o item II) - Res. 209/2016.

I - Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-Ojs da SBDI-1 nºs 05 e 280)

II - Não é válida a cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho fixando o adicional de periculosidade em percentual inferior ao estabelecido em lei e proporcional ao tempo de exposição ao risco, pois tal parcela constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública (arts. 7º, XXII e XXIII, da CF e 193, §1º, da CLT)

⁴³ INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

II – É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inafectado à negociação coletiva.

atuais ministros do STF em recentes julgados, acerca da importância da negociação coletiva no âmbito de fixação de novas condições de trabalho, em confronto com a legislação vigente.

O Ministro Luís Roberto Barroso entende que o modelo da Constituição Federal aponta para a valorização das negociações e acordos coletivos, seguindo a tendência mundial pela auto composição, enfatizada, inclusive, em convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Já o Ministro Luiz Fux apontou que “a transação extrajudicial, depois de homologada judicialmente, tem força de coisa julgada, que consta como título executivo judicial”. Segundo ele, sendo voluntária, depois de aderir, a parte firma acordo com força de coisa julgada, o que não poderia ser discutido.

Também o Ministro Gilmar Mendes concordou no sentido de que, no âmbito do direito coletivo do trabalho, a Constituição valoriza, de forma enfática, as convenções e acordos coletivos.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, “não se trata de um contrato individual de trabalho, no qual o trabalhador precisa ser protegido, uma vez que a empresa possui força para compeli-lo a agir até contra sua própria vontade. Nessa situação em que se confrontam sindicato e empresa, existe paridade de armas. Sindicato e empresa estão em igualdade de condições.

6 CONCLUSÃO

O Direito do Trabalho, moldado com base num regime ditatorial nos anos 30, mesmo considerando que constantemente vem se atualizando, não se mostrou na direção de estabelecer diretrizes visando uma mutação em seu padrão regulatório nas relações de trabalho, não obstante uma tendência favorável à modernização das relações de trabalho no Brasil.

Mostraram-se bastante importantes os avanços implementados ao

longo das últimas décadas na legislação pertinente, destacando que o texto constitucional de 1988 trouxe inovadores e democráticos avanços normativos, tais como a liberdade e autonomia sindicais, o fortalecimento do papel representativo dos sindicatos, da negociação coletiva trabalhista, e das ações coletivas no processo do trabalho, a garantia do direito de greve, a atribuição de novo e destacado status ao Direito Individual do Trabalho, e ainda o fortalecimento da consolidação e universalização da Justiça do Trabalho.

Posteriormente, em 1999, veio a extinção da representação classista na Justiça do Trabalho, em 2004 verificou-se a restrição do poder normativo da Justiça do Trabalho nos dissídios coletivos de natureza econômica, e com a EC-45 trouxe, entre outros pontos, houve a ampliação da competência jurisdicional da Justiça do Trabalho. Em 2008 veio o reconhecimento e institucionalização das centrais sindicais, e por final, mais recentemente, a ratificação da Convenção 151 da OIT, com a viabilização, ainda que restrita, da negociação coletiva nas entidades públicas.

Importante debate fomentado pela negociação coletiva trabalhista refere-se a extensão de sua criatividade de regras de Direito, bem como a discussão sobre as restrições que encontra na ordem justralhista e no âmbito constitucional, de forma que o primado da autonomia sindical, por intermédio da autonomia privada coletiva, “não pode ser entendido como um elemento autorizador da plenitude do poder negocial dos direitos trabalhistas”.⁴⁴

Desta forma, uma sobreposição da autonomia privada coletiva não deve ser o ponto referencial para autorizar a relativização das diretrizes de proteções trabalhistas, diante das regras heterônomas estatais instituídas.

Sobre o entendimento, destaca-se o pensamento de Renato Saraiva, no sentido que: “A redução de direitos somente pode ser tolerada como medida de caráter excepcional e temporária, em virtude de ocasional dificuldade

⁴⁴ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira Dias. Entre lobos e cordeiros. São Paulo, 2009. LTr . p.184

financeira ou operacional enfrentada pela empresa que não permita a observância das normas trabalhistas”⁴⁵.

Paralelo a isso, viu-se formar um processo intermediário, em favor da relativização do princípio da imperatividade das normas trabalhista⁴⁶ em prol da negociação trabalhista, sustentado inclusive por diretrizes constitucionais. Tal processo, denominado popularmente de “*flexibilização*”, que nas palavras de Carlos Eduardo Oliveira Dias, “representaria o abrandamento da aplicação do conteúdo legal vigente, permitindo a atenuação dos efeitos de certas estipulações de proteção ao trabalhador, tendo como fundamento essencial a necessidade de modernização das relações de produção e o aprimoramento da produtividade das empresas”⁴⁷.

A luz da jurisprudência que está sendo firmada, registrando também que a própria Constituição Federal tem permissivos explícitos para que normas coletivas de trabalho podem versar sobre salário, jornada de trabalho, e remuneração, e ainda pelas diretrizes traçadas pela OIT quanto a importância da negociação trabalhista, pode se observar que uma certa flexibilização já encontra-se em curso, mas, em sentido oposto, não se deve supor que todas essas assertivas seriam suficientes para elevar a negociação coletiva a um patamar de prevalência que se sobreponha à uma necessidade interventiva do estado, ou que permita sua atuação como fonte de direito de forma ilimitada, atuando em detrimento às normas heterônomas vigentes.

Em outras palavras, caso se verifique um necessário reposicionamento do direito do trabalho visando sua adequação à uma volátil economia moderna e as constantes transformações sociais e políticas, é imperioso que se tenha em mente o compromisso que seja feito mediante a manutenção dos direitos historicamente conquistados pelos trabalhadores, sem o comprometimento de seus direitos fundamentais.

Se a supremacia da ordem estatal deve se sobrepor diante da

⁴⁵ SARAIVA, Renato. Curso de Direito do Trabalho: versão universitária. São Paulo: Método, 2008.

⁴⁶ À luz desse princípio, as regras justralhistas são, essencialmente, imperativas, não podendo, de maneira geral, ter sua regência contratual afastada pela simples manifestação de vontade das partes

⁴⁷ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. Entre lobos e cordeiros. São Paulo, 2009. LTr. p.182

autonomia privada coletiva, postura adotada sob o manto da proteção dos interesses dos trabalhadores diante das ideologias flexibilizatórias, há de se ponderar se a abertura da doutrina trabalhista para teorias jurídicas mais modernas não seria um instrumento para consolidação da tutela de direitos trabalhistas por intermédio da autonomia privada coletiva.

É preciso fomentar formas alternativas de prevenção de conflitos no Brasil, país onde tramitam cerca de 95 milhões de processos, segundo recentes dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A pretensão do presente trabalho, foi de alimentar uma análise diagnóstica que possa se traduzir em contribuição à construção de um processo de modernização constante do direito do trabalho, não se desconsiderando os parâmetros históricos da formação das relações de trabalho em nosso país.

Por fim, refletindo nas palavras de Paulinho da viola, “Meu pai sempre me dizia, meu filho tome cuidado. Quando eu penso no futuro, não esqueço o meu passado”⁴⁸, ou seja, não vamos desprezar nosso passado, enquanto estivermos reconstruindo nosso futuro.

7 BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direito coletivo do trabalho. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira Dias. Entre lobos e cordeiros. São Paulo, 2009. LTr

DORNELES, Leandro do Amaral D. A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade. São Paulo: LTr, 2002.

⁴⁸ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. Entre lobos e cordeiros. São Paulo, 2009. LTr. p.179

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Função social da dogmática jurídica . São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. Comentários à CLT. 3. Ed. São Paulo.: Atlas, 2000

MENDES, Marco de Souza Barberino. Justiça do trabalho e Mercado de trabalho. Interação entre Poder Judiciário e a Regulação do Trabalho no Brasil. São Paulo, LTr, 2007.

PISTORI, Gerson Lacerda. História do Direito do Trabalho. São Paulo, LTr, 2007

REALE, Miguel. O Direito como Experiência: introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Flexibilização da norma constitucional e garantia de emprego. In: Jose Afonso Dallegre Neto. Direito do Trabalho – estudos. São Paulo: LTr., 1997

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 23 ed. São Paulo: Saraiva. 1995. v.3.

SANTOS, Ronaldo lima dos. Teoria das Normas Coletivas. 3. Ed. São Paulo, LTr, 2014

SUSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. 20a. ed. São Paulo: LTr, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Instituições do Direito do Trabalho.16. ed. São Paulo, LTr, 1997.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Instituições de direito do trabalho, vol. 2, São Paulo, LTr, 1996.

URIARTE, Oscar Ermida. A Flexibilidade. São Paulo. LTr, 2002.