



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**ENTRE O INDISPONÍVEL E O NEGOCIÁVEL: ANÁLISE SOBRE OS LIMITES ÀS
NEGOCIAÇÕES COLETIVAS**

MARCUS VIEIRA SILVA

BRASÍLIA

2014

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARCUS VIEIRA SILVA

**ENTRE O INDISPONÍVEL E O NEGOCIÁVEL: ANÁLISE SOBRE OS LIMITES ÀS
NEGOCIAÇÕES COLETIVAS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como exigência parcial para obtenção do grau de bacharelado em Direito, na Universidade de Brasília, sob orientação da Professora Noêmia Aparecida Garcia Porto.

**BRASÍLIA
2014**

MARCUS VIEIRA SILVA

**ENTRE O INDISPONÍVEL E O NEGOCIÁVEL: ANÁLISE SOBRE OS LIMITES ÀS
NEGOCIAÇÕES COLETIVAS**

Trabalho de conclusão de curso aprovado como requisito parcial para obtenção do título de bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB, pela banca examinadora composta por:

Prof.^a Noêmia Aparecida Garcia Porto (Orientadora)

Prof.^a Renata Queiroz Dutra (Membro I)

Prof. Ricardo José Macedo de Britto Pereira (Membro II)

Prof. Frederico Gonçalves César (Suplente)

Brasília, 04 de dezembro de 2014.

*Ao Senhor, meu Deus, quem me fortalece em todos
os momentos de minha vida.*

*A Luiz Antônio e Ronilda, meus pais, meus queridos
pais, que fizeram o possível e o impossível pela
minha formação acadêmica.*

*À Karen Campos, cujo zelo e companhia são
inestimáveis.*

Aos meus amigos, por todas as palavras de apoio.

“O operário não podia agüentar mais; a revolução só serviria para agravar-lhe as misérias; a partir de 89 os burgueses é que se enchiam, e tão forazmente que nem deixavam o resto no fundo do prato para o trabalhador lamber. Quem poderia demonstrar que os trabalhadores tinham tido um quinhão razoável no extraordinário aumento da riqueza e bem-estar dos últimos cem anos? Zombaram deles ao declará-los livres. Livres para morrerem de fome, isso sim, e do que, aliás, não se privavam. Não dava pão a ninguém a votar em malandros que, eleitos, só queriam locupletar-se, pensando tanto nos miseráveis como nos seus borzeguins acalcanhados. Era preciso terminar com isso, de uma maneira ou de outra. Se isso não fosse feito agora, pela atual geração, seus filhos, com certeza, o fariam, já que o século não podia terminar sem outra revolução, desta vez a dos operários, uma revolução devastadora que varreria a sociedade de alto a baixo para reconstruí-la a seguir mais decente e justa.”

Germinal, de Émile Zolá.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar os problemas que a proteção jurídica conferida aos trabalhadores encontra diante das constantes transformações do mundo do trabalho, bem como os desafios enfrentados pelos atores sindicais ante a consagração do princípio constitucional da autonomia privada coletiva no ordenamento jurídico. Revelou-se imprescindível perquirir a posição do Judiciário Trabalhista sobre a validade de acordos e convenções coletivas que propusessem o abrandamento de normas protetivas. Assim, ponderou-se o valor inestimável que a autonomia negocial privada possui no Estado Democrático de Direito, porque empresta voz aos atores do mundo do trabalho, e buscou-se analisar criticamente os limites que são impostos às negociações coletivas, tendo em vista sempre que o Direito do Trabalho deve ser rigoroso quanto ao princípio protetivo e flexível o suficiente para reformulá-lo a cada novo desafio, observando, sobretudo, a dignidade humana do trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da proteção. Direitos indisponíveis. Autonomia negocial coletiva. Flexibilização. Sindicatos. Limites.

ABSTRACT

This study analyzes the problems that the legal protection afforded to workers finds before the constant changes in the working world, as well as the challenges faced by union actors before the consecration of the constitutional principle of collective bargaining autonomy in private law. It proved to be essential to assert the position of the Supreme Court of Labor on the validity of collective agreements and conventions to propose relaxation of protective standards. So weighs up the inestimable value that collective bargaining autonomy has in a democratic state, because lends voice to the actors of the working world, and seeks to critically analyze the limits that are imposed on collective bargaining, always bearing in mind that labor law must be strict about the protective principle and flexible enough to reformulate it with each new challenge, noting especially the human dignity of workers.

KEY-WORDS: Principle of protection. Rights unavailable. Collective bargaining autonomy. Easing. Unions. Limits.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
I – A indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores e a imperatividade das normas trabalhistas	11
I. I – O princípio da indisponibilidade como resposta à constante exploração dos trabalhadores.....	11
I. II – Conceito e desdobramentos	13
I. III – Extensão da indisponibilidade	17
II – Flexibilização, sindicalismo e a proteção aos trabalhadores	24
II. I – A autonomia privada coletiva e a criatividade jurídica na autorregulamentação das relações trabalhistas	24
II. II – A expansão da flexibilização e a representatividade sindical. O (des)prestígio à autonomia privada e seus riscos.	28
II. III – A nova velha tentativa de transformar a negociação coletiva em instrumento de flexibilização dos direitos assegurados na legislação trabalhista: O anteprojeto de lei apresentado pelo sindicato do ABC e o projeto de lei nº 5.483 de 04 de dezembro de 2001	33
III – Limites à transação dos direitos trabalhistas	39
III. I – Limites impostos nas leis de proteção ao trabalho que integram o patamar civilizatório mínimo ou núcleo duro do contrato individual de trabalho.....	40
III. II – A limitação das horas <i>in itinere</i> a partir dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade	51
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS.....	61

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como fator propulsor a análise dos limites impostos às transações coletivas, as quais enaltecem a autonomia coletiva privada consagrada pela Constituição Federal de 1988 e são concebidas como forma democrática de os próprios atores do mundo do trabalho encontrarem soluções para seus problemas concretos, sem intervenção estatal.

A determinação de fronteiras limítrofes à disposição de direitos mostra-se pertinente diante do crescimento proporcional e conjunto da flexibilização das normas trabalhistas e do avassalamento de direitos básicos conquistados ao longo de décadas de lutas de classes. Todavia, os princípios que regem determinado sistema jurídico não possuem conteúdo normativo previamente definido e fechado como as regras. Daí porque a dificuldade em se estabelecer a delimitação de negociações coletivas a partir dos princípios da autonomia privada coletiva e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

É certo que capital e trabalho possuem uma complexa relação simbiótica, sempre interdependentes e com interesses opostos: enquanto se pretende o maior lucro com o menor custo, intenta-se angariar melhores condições de trabalho e salário. Tal conflito revela-se presente em todos momentos da história, não obstante travestido de diversas facetas.

Não de outra forma poderia ser compreendida a problemática de se flexibilizar direitos trabalhistas previstos em normas de ordem pública, as quais se encontrariam obsoletas e carecedoras de mudanças a fim de se adequarem às relações de trabalho contemporâneas. Os empresários veem nesse discurso a oportunidade de diminuição dos encargos trabalhistas e procuram, através de forças políticas ou da própria atuação sindical, a negociação de direitos indisponíveis.

No primeiro capítulo, pretendeu-se articular a noção de que o Direito do Trabalho como ramo da ciência jurídica possui características marcantes que o levam a servir a uma classe em face de outra. (VIANA, 2001, p. 47) Diferenciando-se do Direito Civil, o ramo trabalhista tenta igualar, no plano jurídico, a relação entre capital e trabalho, através do princípio da proteção, que traz em seu bojo a indisponibilidade dos direitos no intuito de concretizar a natureza impositiva e

cogente das normas trabalhistas, impossibilitando o empregado, via de regra, a renunciar ou transacionar seus direitos, seja de forma expressa ou tácita.

Todavia, essa igualdade que se pleiteia encontra-se em constante tensão com o princípio da liberdade, outro primado do Estado Democrático de Direito, o qual adentra no universo das relações de trabalho afigurando-se na autonomia negocial privada e clamando a si amplo campo de atuação. E a lógica trabalhista ganha nova performance, conforme nos ensina Márcio Túlio Viana ao assegurar que

Vai surgindo, então, um paradoxo diferente, em outro sentido. Embora continue a reger os conflitos laborais, o Direito do Trabalho começa a absorver a lógica do Direito Civil. Aos poucos passa a agir como um árbitro entre iguais, simplesmente *regulando* (ao invés de *atenuar*) as distorções do sistema. Esse processo de “civilização” do Direito do Trabalho corresponde ao processo de individualização e fragmentação das relações trabalhistas, que as aproxima das relações típicas da vida privada, reguladas pelo direito comum. (2001, p. 52)

Assim como o Direito do Trabalho, os sindicatos surgiram como subprodutos das fábricas, as quais amontoavam a coletividade de trabalhadores em seus grandes armazéns de produção em massa. Simultaneamente às pressões sobre o Direito Laboral, os sindicatos também começaram a perder sua força diante dos processos de automação (informática, telemática e robotização) e terceirização, os quais estremeceram as bases do sistema jurídico da proteção.

Por isso que no segundo capítulo busca-se fazer reflexões críticas sobre a atuação dos sindicatos na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (art. 8º, III, da CF) e seu papel na construção de direitos fundamentais trabalhistas diante da crescente flexibilização das normas estatais. É neste capítulo que o pêndulo começa a se formar, ora oscilando para o princípio da indisponibilidade à transação dos direitos trabalhistas, que resguarda a parte hipossuficiente de renúncias ou transações ilícitas, ora conferindo ampla autonomia negocial coletiva às partes.

E nestes termos tem-se o presente texto: entre o indisponível e o negociável; entre o direito produzido pelos atores sociais e as normas heterônomas estatais; entre o direito imposto pelo patrão (camuflado como decorrência da livre vontade dos indivíduos) e o direito fruto de reivindicação dos cidadãos trabalhadores integrantes do Estado Democrático; entre aquele outorgado pelo Estado, fruto do

intervencionismo, e a livre regulação do mercado, na qual impera a selvageria e a exploração do homem por seu semelhante.

Desses encontros e desencontros, acertos e desacertos na ordem jurídica é que se propõe, no terceiro e último capítulo, analisar a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho a fim de descobrir alguns contornos dados aos limites às transações coletivas. E, conquanto alguns parâmetros tenham sido definidos, eles se mostram insuficientes a responder todos os questionamentos que se fazem diante de um tema tão complexo e problemático, já que muitas vezes a flexibilização tem sido utilizada para endurecer ainda mais o poder patronal.

Mas a solução da fragilização pela qual o sistema jurídico protetivo se encontra também passa pela jurisprudência, que poderá proceder à leitura e rearticulação dos princípios da indisponibilidade e da autonomia negocial coletiva sempre que houver afronta a direitos trabalhistas.

Antes do desenvolvimento daquilo quanto proposto, é imprescindível justificar a metodologia eleita para o presente trabalho. Optou-se por uma estratégia de análise que se baseia na utilização de instrumentos de recolhimento de dados do tipo qualitativo, num debruçamento sobre aquilo que se dispôs em livros, artigos de revista, pesquisas e acórdãos proferidos pelo Poder Judiciário brasileiro. Assim, a investigação deste tipo apresentará os seus resultados sob a forma de um relatório do tipo narrativo com descrições contextuais e citações de autoridades nas mais diversas áreas afetas ao tema.

Assim, o texto que se segue abordará a atual problemática acerca da flexibilização das normas trabalhistas sem que a mesma ocorra de forma a privilegiar os detentores dos meios de produção em detrimento e opressão dos que ainda carecem da proteção jurídica outorgada pelo Estado.

I – A indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores e a imperatividade das normas trabalhistas

Nesse primeiro ponto, propõe-se delimitar o conteúdo normalmente atribuído ao princípio da proteção do trabalhador e de um princípio decorrente, o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, abordando conceitos básicos e essenciais para o desenvolvimento do texto, bem como fundamentais para se estabelecer reflexões críticas sobre os desdobramentos dos pilares do Direito do Trabalho na modernização das relações de trabalho.

Para tanto, utiliza-se e questiona-se a divisão da indisponibilidade em relativa e absoluta, pública e privada, bem como perpassa-se pela ideia de que haveria um núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais que traz a prevalência do “mínimo existencial” e a noção de um limite intransponível diante da dignidade da pessoa humana trabalhadora.

I.1 – O princípio da indisponibilidade como resposta à constante exploração dos trabalhadores

O reconhecimento do trabalho nos moldes da relação de emprego é um fenômeno relativamente recente, conquanto o trabalho humano tenha sido uma constante histórica no desenvolvimento da humanidade.

O Direito do Trabalho possui suas raízes fincadas na questão social que atingiu o Continente Europeu no início do século XIX, logo após a Revolução Francesa. Diz-se questão social, pois foram as condições sociais da sociedade do referido século, juntamente com fatores de ordem econômica e ideológica, que propiciaram o surgimento do ramo trabalhista como ciência jurídica autônoma, com características próprias.

O crescimento das fábricas e de suas propostas promissoras de empregos e as dificuldades financeiras e logísticas encontradas pelo setor agrícola europeu culminaram na migração dos rurícolas para os grandes centros urbanos, que, por

sua vez, e devido ao inchaço populacional, possuíam problemas de infraestrutura insuperáveis ante a grande quantidade de trabalhadores que chegavam dos locais mais ermos. Houve um aumento imensurável da mão de obra, que o mercado não tinha condições de absorver.

Atrelado às questões sociais, doutrinadores¹ destacam a Revolução Industrial como relevante fator histórico desencadeador do surgimento do Direito do Trabalho. Não bastasse a realidade de exploração vivenciada pelos trabalhadores urbanos, que se desenrolou numa série de reivindicações e insurreições, as máquinas começaram a ocupar o cenário europeu. “Com o uso desses novos instrumentos, puderam os industriais concentrar grandes massas humanas em grandes locais de trabalho, nascendo a grande indústria e o poder econômico nela concentrado. Surgem, assim, a coletivização do trabalho e a feudalização industrial.” (PESSOA, 2011, página única).

Não se pode deixar de mencionar a efervescência do desenvolvimento do sistema capitalista, que trazia máximas liberais vinculando o trabalho à dignidade do homem, quando, na verdade, tinha - e tem, porque os amplos ganhos de produtividade das últimas décadas foram apropriados, na sua totalidade, pelos empresários - uma verdadeira selvageria do mercado, com a exploração do homem pelo seu semelhante.

Diante de todo esse contexto, surgiu a necessidade de proteção dos operários que viviam amontoados nas fábricas com péssimas condições de trabalho, com jornadas de trabalho extenuantes de 16 horas diárias e que ofereciam sua força vital em troca de míseros salários.

Assim, o princípio da proteção ao trabalhador hipossuficiente, inerente ao Direito do Trabalho, foi o corolário desse contexto histórico, tendo por objetivo não somente o equilíbrio da relação empregado-empregador, mas também arrefecer as crescentes lutas de classes e prejuízos sofridos pelos empresários na época. Afinal, o patamar mínimo de direitos não beneficia apenas a classe obreira (muito embora seja esse o seu escopo), mas propicia uma zona de conforto aos empresários, que, descansados, vislumbram sua obrigação trabalhista adstrita ao mínimo legal.

¹ *Vide gratia*, Evaristo Moraes Filho e Arnaldo Sússekind.

A proteção dispensada ao trabalhador, consubstanciada no princípio da irrenunciabilidade de direitos, surgiu no momento em que os industriais, detentores do capital, impunham aos operários condições degradantes, pífias e desumanas de trabalho. E o intervencionismo do Estado em relações de natureza eminentemente privada adveio para outorgar direitos mínimos a fim de manter relações de trabalho minimamente decentes, diante do aterrador desequilíbrio entre as partes pactuantes.

Assim, o Direito do Trabalho possui como traço marcante a ideia de que o princípio da proteção jurídica dispensada ao trabalhador mostra-se como uma compensação diante daquele que detém os meios de produção voltados ao lucro e daquele que tenta sobreviver com os mínimos direitos que lhe foram reconhecidos pela lei.

I. II – Conceito e desdobramentos

O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas possui estreita relação com o princípio da imperatividade das normas trabalhistas, sendo que suas acepções complementam-se.

No direito juslaboral, a autonomia das vontades das partes contratantes é diluída, ao contrário do que ocorre no ramo do Direito Civil, justamente em decorrência da opressão e hipossuficiência dos obreiros. “As regras justralhistas são, desse modo, essencialmente imperativas, não podendo, de maneira geral, ter sua regência contratual afastada pela simples manifestação de vontade das partes.” (DELGADO, 2013, p. 83).

Verifica-se que o Direito do Trabalho foca-se na persecução de uma igualdade material ou substancial ao conferir aos trabalhadores direitos que não podem ser abdicados. Trata-se, pois, da aplicação do princípio da igualdade ou da isonomia nas relações de trabalho.

A acepção descrita por Aristóteles (2009, p. 152) é comumente traduzida na máxima de que igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Esse conceito clássico de igualdade foi

utilizado por longos anos para promover discriminações de raça e de gênero, inclusive para embasar a escravidão da Grécia antiga. Portanto, diante das complexas relações contemporâneas, o princípio da igualdade deve transcender à concepção clássica, e revelar-se como o direito a ser tratado com igual respeito e consideração, com profundo respeito às diferenças. (PORTO, 2013, p. 244)

Para Dworkin, igualdade é, antes de mais nada, uma norma moral de alta relevância que consegue se infiltrar no plano jurídico, passando a ser lida como conteúdo jurídico, alcançando, inclusive, o patamar de direito fundamental constitucionalizado, traduzido na forma de princípio. E o princípio da isonomia para o autor não possui um conteúdo estanque. Logo, o princípio deveria ter conceito mutável de forma a possibilitar ao intérprete uma maior liberdade para decidir, através dos elementos do caso concreto, quais as semelhanças que merecem ter tratamento igualitário e diferenças que anseiam por tratamento diferenciado. O constitucionalista conclui aduzindo que todos os seres humanos capazes de elaborar projetos ou fazer justiça merecem igualdade de consideração e respeito. (DWORKIN, 2002, p. 281)

Em decorrência dessa tentativa de igualar, no plano jurídico, a relação entre capital e trabalho, a doutrina ressalta o princípio da indisponibilidade dos direitos que concretiza a natureza impositiva e cogente das normas trabalhistas, impossibilitando o empregado, via de regra, a renunciar ou transacionar seus direitos, seja de forma expressa ou tácita.

Em uma sociedade igualitária, na qual foi conferida paridade de recursos para todos os cidadãos, estes se verão livres para se utilizar dos recursos oferecidos a fim de alcançar uma vida melhor. Ronald Dworkin expressa tal ideia no seguinte excerto:

Por lo que cualquier concepción de igualdad que respete el individualismo ético debe aspirar a lograr que las personas sean iguales, no en el bienestar juzgado desde un punto de vista colectivo, sino en los recursos que cada uno controla. En una sociedad igualitaria en este sentido, la gente es libre de decidir cómo utilizar su porción igual de recursos para alcanzar mayor bienestar o una vida mejor, según lo juzguen por sí mismos. En otras palabras, la igualdad de recursos es una concepción liberal de la igualdad. (2005, p. 60)

Por sua vez, a igualdade correlaciona-se com o princípio da liberdade, outro primado do Estado Democrático de Direito. É que o fato de o Homem viver em

sociedade e estar em contato com seus semelhantes que gozam das mesmas garantias conduz, inevitavelmente, à ideia de que os direitos são relativos, podendo-se, inclusive, tornar maleável a ideia protecionista que se faz presente no Direito do Trabalho.

O art. 9º da CLT, muitas vezes utilizado pelo Judiciário para o reestabelecimento da justiça distributiva e invalidação das tentativas de renúncia ou transação dos direitos trabalhistas², enumera um rol de verbos de conceito vago/amplo, considerando nulos de pleno direito os atos praticados no intuito de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos firmados naquela consolidação. Isso deixa margem aos juízes para que, quando questionados sobre a possibilidade de transação de determinado direito, digam se determinado instrumento desvirtuou, fraudou ou impediu a aplicação de determinado preceito celetista, não obstante existente acordo pautado na autonomia negocial.

Além da justiça distributiva, é possível estabelecer um liame com a justiça corretiva. É que cabe ao magistrado aparar as arestas ou mesmo invalidar o ato jurídico pelo qual houver a negociação de direitos indisponíveis. Ao proceder dessa forma, o juiz restaura a igualdade, porque o justo é equivalente a uma espécie de mediania, na qual não há ganhos às custas do outro, seja empregado ou empregador.

Sendo o injusto, aqui, o desigual, o juiz se empenha em torná-lo igual, haja vista que quando alguém desfere um golpe e o outro o recebe, ou quando alguém mata e o outro é morto, a linha que representa o sofrer e o fazer no tocante à ação está dividida em partes desiguais, de forma que o proceder do magistrado deverá reparar o quanto sofrido pela parte, mediante aplicação de penalidade ou perda, retirando o quanto ganho. (ARISTÓTELES, 2009, p. 154-155).

Assim, considerando a inferioridade sócio-econômica do trabalhador que, por mais que receba salário substancial ainda assim possuiria inferioridade estrutural frente ao capital, o Direito do Trabalho compensou o obreiro com a impossibilidade de efetuar atos de disposição sobre determinados direitos. Deve-se ressaltar que a

²A renúncia de direitos é a declaração unilateral de abdicação de direito certo, e a transação é ato bilateral através do qual se quitam direitos e obrigações incertos, mediante concessões recíprocas. O efeito de ambos atos jurídicos é a extinção da obrigação. (CASSAR, 2006, pág. 408).

indisponibilidade não se revela somente na irrenunciabilidade do titular do direito. Aquela também impede ação executiva de terceiros que possam transigir direitos individuais.

Cabe indagar se a proibição de transação dos direitos individuais indisponíveis abrange também os sindicatos representantes das categorias. Porque os planos individual e coletivo são bastante distintos. Naquele, parte-se da premissa de que o trabalhador é pessoa hipossuficiente que se vê desprovida de alternativas ante o poderio econômico da figura patronal. Neste último plano, o coletivo, parte-se da premissa de que as partes possuem “paridade de armas” para tratar dos seus interesses conflitantes. Se as partes contraentes encontram-se em situação de plena igualdade, seria possível considerar a aplicação do princípio da proteção no âmbito coletivo, mais precisamente no desdobramento da indisponibilidade? Não seria o caso de conferir maior prestígio à autonomia das partes, tal qual ocorre no ramo do direito das obrigações?

Ainda que se superasse tais questões, não facilmente poder-se-ia delegar a competência de reestabelecer a igualdade *inter partes* ao Judiciário. Se couber ao magistrado a invalidação do ato jurídico realizado por sindicato que transacionou direito indisponível do trabalhador, ainda ressoaria a seguinte pergunta: O que é o indisponível? Até que ponto a desigualdade entre trabalhador e patrão se desenrola no plano coletivo e demanda a intervenção do Estado-juiz?

É pacífico o fato de que a quase totalidade dos direitos fundamentais não são absolutos (nem mesmo o direito à vida), principalmente por conta da convivência social humana no Estado Democrático de Direito, no qual todos são considerados livres e iguais. Evidente, portanto, que surgiriam conflitos e eventuais choques entre os sujeitos de direito, sobretudo porque aqui se trata da relação entre capital e trabalho, conflituosa desde o nascedouro.

O professor Menelick de Carvalho Netto, ao tratar das profundas transformações da sociedade moderna, afirma que

A antiga fonte da moral, os bons costumes são agora reflexivamente definidos por essas exigências universais e abstratas de reconhecimento da igualdade e da liberdade a que, por nascimento, todos os homens têm direito. A afirmação da natureza racional do homem implica também o reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito universal, agente moral, dono do seu próprio destino. Assim, é possível agora que se adote uma postura

crítica em relação às normas sociais. O reconhecimento do outro pressupõe também uma reciprocidade, ou seja, se todos são iguais e livres, todos são autônomos. Esses homens egoísticos e que passam a se auto-denominar modernos, que, é claro, vivem e sempre viveram em sociedade, vão colocar-se a questão, totalmente esclerótica e destituída de sentido para todo o pensamento clássico e medieval, como vamos viver em sociedade? Onde termina o meu direito e começa o do outro? (CARVALHO NETTO, 2005, p. 72-73)

Com a perplexidade que essa problemática traz para o mundo do Direito do Trabalho, propõe-se o questionamento acerca do alcance da proteção trabalhista. Seria possível afirmar a existência de uma indisponibilidade absoluta dos direitos trabalhistas? E se não for intocável, sua relativização se dá em face de quê ou de quem? Há coerência na jurisprudência ao lidar com esse conceito? O conceito é estável no tempo ou muda de acordo com as necessidades dos cidadãos trabalhadores?

I. III – Extensão da indisponibilidade

Inobstante haja unidade doutrinária a respeito da existência do princípio da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores, o dissenso surge quando se trata de definir a extensão desta indisponibilidade. Seria ela absoluta, ou seja, seria vedada a transação e negociação de quaisquer direitos subjetivos? Quais critérios podem ser utilizados para aferir a extensão da indisponibilidade?

Além do quanto disposto no art. 9º da CLT, mencionado anteriormente, a indisponibilidade dos direitos encontra-se consubstanciada também nos artigos 444 e 468 da CLT. O primeiro dispositivo afirma que cabe às partes a estipulação das cláusulas contratuais, desde que respeitados os limites firmados pelas normas trabalhistas (legislação ou negociação coletiva) e decisões das autoridades competentes. Já o segundo, assenta a possibilidade de alteração contratual, desde que por mútuo consentimento dos contratantes e desde que não resulte em prejuízo ao empregado.

Segundo Maurício Godinho Delgado, a indisponibilidade inerente aos direitos trabalhistas não tem a mesma rigidez e extensão, sendo possível constatar a

existência de direitos imantados por indisponibilidade absoluta ao lado de direitos imantados por indisponibilidade relativa (DELGADO, 2013, p. 86).

Diz-se que os direitos são de indisponibilidade absoluta pela alta gradação de sua rigidez, pois envolvem interesse público ou interesse abstrato de categoria. Eles traduzem um “patamar civilizatório mínimo” firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. Regra geral, os direitos estipulados pela ordem jurídica heterônoma estatal caracterizam-se pela absoluta indisponibilidade. (DELGADO, 2013, p. 87)

Por indisponibilidade absoluta, acredita-se que o jurista esteja atento à proteção dos direitos fundamentais em face de suas restrições, limitações estas que poderiam ser promovidas tanto pelo poder público através da edição de leis que diminuíssem o “patamar mínimo” já existente no ordenamento, quanto por particulares. Veja-se a jurisprudência exarada pelo TST:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. FLEXIBILIZAÇÃO POR NORMA COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE. CANCELAMENTO DO ITEM II DA SÚMULA 364/TST. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. A Constituição da República valorizou a autocomposição dos conflitos de trabalho, resultando o acordo ou convenção coletiva de livre manifestação de vontade das partes de transacionarem em torno de condições de trabalho. Entretanto, esta flexibilização deve ter limites, não podendo, em nenhuma hipótese, prevalecer sobre o interesse público, como dispõe o art. 8º da CLT. Deve estar, portanto, em consonância com o princípio protetor do Direito do Trabalho, que estabelece condições mínimas de proteção do empregado em questão de interesse público. Se a flexibilização deve adequar-se às normas de proteção mínima, resulta claro que nem todo direito trabalhista pode ser objeto de transação ou negociação coletiva - por isso adveio o cancelamento da Súmula 364, II/TST. Decorrendo o adicional de periculosidade de medida de saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 193, 1º, da CLT e 7º, XXII e XXIII, da CF), o direito ao seu pagamento torna-se absolutamente indisponível, não podendo ser flexibilizado por negociação coletiva, porquanto o seu caráter imperativo restringe o campo de atuação da vontade das partes. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (art. 1º, III e 170, *caput*, da CF/88). (...). Agravo de instrumento desprovido.” (TST-AIRR-391-87.2013.5.03.0034, 3ª Turma, Rel. Min.: Maurício Godinho Delgado, DEJT 21/03/2014). (g.n.)

Nesse posicionamento do Tribunal, é reputada inválida a norma coletiva que promove a fixação do adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, sob o argumento de que o direito ao

percentual de 30% revela-se como de indisponibilidade absoluta, revestido de interesse público, e que não poderia ter sido transacionado, por constituir “patamar civilizatório mínimo” do empregado.

Portanto, extrai-se dessa decisão, que o percentual do adicional de periculosidade está contemplado entre os direitos indisponíveis e, por isso mesmo, limita a autonomia negocial coletiva. Todavia, a decisão não traz em seu bojo elementos suficientes para que se possa compreender quais causas, explícitas ou veladas, os atores coletivos consideraram relevantes à negociação sobre o percentual. Isso teria ocorrido apenas para fins de barateamento salarial? Ou outra controvérsia existente no mundo do trabalho, naquela categoria específica, justificaria a discussão negocial?

Aliás, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho possui uma trajetória que aponta para a existência de um núcleo essencial de direitos fundamentais aos trabalhadores. Neste próximo voto, o relator ministro José Roberto Freire Pimenta, deixa assente a sua preocupação com o resguardo do mínimo existencial fixado pela Constituição Federal ou outras normas públicas e cogentes.

“FGTS. LIBERAÇÃO DOS DEPÓSITOS EFETUADOS NA CONTA VINCULADA DO TRABALHADOR. MULTA DO FGTS. REDUÇÃO DE 40% PARA 20%. NULIDADE DA PREVISÃO DE CULPA RECÍPROCA EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. Só é admissível, excepcionalmente, a flexibilização das relações trabalhistas, em algumas situações expressamente previstas na Constituição Federal, de forma que as normas legais trabalhistas cedam lugar a regras distintas, acordadas coletivamente, considerando as necessidades das empresas e dos trabalhadores e os interesses das partes. Todavia, não pode ser convalidada a negociação coletiva em questão, que simplesmente reduziu o direito do empregado de receber integralmente o pagamento da multa de 40% do FGTS, por ocasião da sua dispensa imotivada qualificada como -culpa recíproca- pela simples vontade das partes. Isso porque o artigo 10, inciso I, do ADCT, que fixa o percentual da multa fundiária, encerra norma de ordem pública, de estatura constitucional, que integra o núcleo mínimo do direito fundamental social assegurado a todos os empregados brasileiros pelo inciso III do artigo 7º da Norma Fundamental, insuscetível, portanto, de ser modificada por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST-RR-133900-97.2008.5.10.0001, 2ª Turma, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, DEJT 23/08/2013). (g.n.)

Portanto, nota-se dessa decisão, que o tribunal considera como inerente à ideia de mínimo existencial o percentual de 40% sobre o FGTS. Constata-se aqui, mais uma vez, que o tribunal rotulou certo direito de indisponibilidade absoluta sem trazer suficientemente para a cena jurídica o debate sobre os elementos concretos que pareceram nortear a atuação dos entes coletivos.

É que não se pode esquecer da realidade que circunda determinada pactuação, simplesmente afirmando que a previsão legal de um direito é fator único e determinante a se considerar numa convenção entre as partes. A cláusula de incentivo à continuidade da relação empregatícia pode ser imprescindível aos trabalhadores que se veem expostos à instabilidade dos contratos de terceirização. Dissertando sobre o tema, Cristiano Paixão afirma:

O entendimento do TST fornece um parâmetro relevante para a discussão a respeito dos limites da negociação coletiva, mas é necessário aprofundar algumas conseqüências. Se, por um lado, acordos e convenções não podem reduzir direitos pertinentes a higiene, saúde e segurança do trabalho, por outro, tais instrumentos normativos devem ser plenamente reconhecidos e considerados válidos quando buscam assegurar tais direitos. Mais do que isso: quando a norma coletiva estipula garantias efetivas que dizem respeito a aspectos diretamente ligados à proteção ao trabalho e ao próprio trabalhador, esta norma deve ser amplamente reconhecida como válida, ainda que contrária à letra da lei. (2009, p. 30-31)

A preocupação com o desenvolvimento de uma teoria que fixe um mínimo de proteção aos direitos fundamentais já existentes, ou que crie limites aos limites dos direitos fundamentais não é restritamente brasileira, restrita à jurisprudência do TST. Historicamente, pode-se citar o que ocorreu na Alemanha do pós-guerra, e em especial na Lei Fundamental de 1949, para que se evitasse a repetição do ocorrido com a Constituição de Weimar, que teve seu catálogo de direitos fundamentais esvaziado pela obra do Poder Legislativo da Alemanha Nazista.

O resultado dessa experiência foi o estabelecimento, pelo art. 19, II, da Lei Fundamental Alemã³, do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, impedindo o esvaziamento da eficácia dos direitos ao afirmar que em hipótese alguma um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.

No Brasil, conquanto não haja uma norma expressa contemplando a defesa e proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, não se pode concluir pela inexistência de um dever decorrente do modelo garantístico utilizado pelo constituinte. Nesse aspecto, ao Estado brasileiro é imposta a maximização da proteção dos direitos sociais sem, contudo, desrespeitar a liberdades individuais,

³ Gilmar Ferreira Mendes afirma que a Lei Fundamental Alemã estabeleceu essa restrição ao legislador através de dois dispositivos. No art. 1º, inciso I, da LF, há a vinculação do legislador aos direitos fundamentais; Pela regra do artigo 19, inciso II, há a consagração à proteção do núcleo essencial daqueles direitos (In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesengehalt angetastet werden). (MENDES, 2009, p. 42).

impedindo que o legislador retroceda na densificação desses direitos, de forma que permaneçam com seu conteúdo essencial.

O professor Ingo Wolfgang Sarlet afirma que não somente o Poder Público encontra-se vinculado aos direitos fundamentais, mas também os particulares (2010, p. 485). Tal afirmação é decorrência da horizontalidade da eficácia dos direitos fundamentais.

É, talvez, essa a motivação de Godinho a asseverar a existência de direitos absolutamente indisponíveis. Caputo Bastos (1998, p. 601) alega que são absolutamente indisponíveis aqueles direitos de ordem pública, tais como o de greve e o de associação profissional, bem como os direitos derivados de normas infraconstitucionais que asseguram patamares mínimos de cidadania ao indivíduo que trabalha, tais como a assinatura de sua CTPS, a limitação da jornada de trabalho, o repouso semanal, as férias, o salário mínimo, a higiene e a segurança do trabalho, a proteção do trabalho da mulher e do menor, entre outros.

E o professor Maurício Godinho Delgado continua, afirmando que a indisponibilidade pode ser relativa, ocorrendo “...quando a vantagem jurídica enfocada traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico.” (DELGADO, 2013, p. 86).

Nesse caso, a disponibilidade deve ser ratificada pela ausência de prejuízo sofrido pelo trabalhador, nos termos do art. 468 da CLT, tendo por premissa, ainda, que as parcelas serão transacionadas e não renunciadas.

Godinho (DELGADO, 2013, p. 86) aponta como direitos de indisponibilidade relativa aqueles derivados de normas autônomas, a modalidade de pagamento escolhida, o tipo de jornada pactuada, o fornecimento de utilidade, entre outros.

A diferenciação entre indisponibilidade relativa e absoluta importa para considerar-se os efeitos do negócio jurídico - saber da validade e extensão das alterações produzidas pelas regras autônomas coletivas no interior das regras heterônomas estatais trabalhistas (DELGADO, 2013, p. 86). Tal qual ocorre diante das nulidades processuais, a inobservância da indisponibilidade absoluta acarretará em nulidade do ato de disposição por ilicitude do objeto (art. 166, II, do Código Civil).

Todavia, caso se trate de relativa indisponibilidade, o negócio jurídico somente será considerado nulo quando provado suficientemente o prejuízo suportado pelo trabalhador, na forma do art. 468 do CLT.

Por fim, a distinção seria de inquestionável relevância como critério de distribuição do ônus probatório. Diante de uma norma coletiva que transacione qualquer direito trabalhista de indisponibilidade absoluta, o trabalhador não deveria comprovar que padeceu de algum prejuízo, uma vez que a nulidade seria decretada automaticamente pela autoridade judicial. O ônus da prova, entretanto, quanto a prejuízo sofrido em decorrência de transacionar-se direitos de relativa indisponibilidade recairia sobre o trabalhador.

Um dos problemas dessa divisão entre direitos de indisponibilidade relativa e absoluta é que os autores tem posicionamentos diversos acerca da extensão da indisponibilidade. O que pode ser relativo para um, poderá ser totalmente indisponível para outro. É por isso que Vólia Bomfim Cassar propõe outro critério para se aferir a extensão da indisponibilidade. Para ela, o objeto de renúncia ou transação estaria adstrito àqueles direitos patrimoniais trabalhistas de caráter privado, seja antes da contratação, durante a vigência do contrato ou mesmo após a extinção do mesmo. (CASSAR, 2013, p. 204). Portanto, os direitos indisponíveis seriam aqueles de caráter público, enquanto os direitos disponíveis seriam os de natureza privada, criados pelas partes.

Outra parte da doutrina afirma ser irrelevante tal distinção, sob o argumento de que no Direito do Trabalho prevalece a indisponibilidade geral das verbas trabalhistas, sendo que o seu agressor comete atos infringentes contra as normas de ordem pública, cogentes, o que acarretaria a nulidade do ato de disposição, seja qual for a rigidez ou extensão de sua indisponibilidade.

Todas as idas e vindas no desenvolvimento do princípio protetivo, e os dissensos revelados quanto à indisponibilidade dos direitos trabalhistas, demonstram que a construção desses pilares do Direito laboral faz-se cotidianamente. Os sujeitos de direito articulam essas definições o tempo todo, de acordo com as necessidades vividas, provocando a fluidez e rearticulação do princípio da proteção. Mesmo quando se fala do patamar civilizatório mínimo, o professor Godinho alega que este é firmado pela sociedade política em um dado

momento histórico (DELGADO, 2014, p. 86), demonstrando que o conceito introduzido não traz em seu lume um conteúdo previamente definido e estanque.

Como os direitos fundamentais sociais não possuem um elenco unívoco e definido de forma atemporal, “as convenções coletivas figuram como elementos centrais na dinâmica das fontes do trabalho na contemporaneidade” (PAIXÃO, 2009, p. 12), justamente por serem produzidas pelos atores sociais que conhecem, para além do que o legislador poderá prever, as condições concretas de trabalho.

É por isso que os sindicatos, centroavantes da autonomia privada coletiva, dedicam-se à promoção de inovações no ordenamento jurídico, tendo em vista a possibilidade de criar normas que integrem os contratos de trabalho de toda a categoria profissional, pelo que se destina o próximo tópico à análise dessas entidades e do fenómeno da flexibilização.

II – Flexibilização, sindicalismo e a proteção aos trabalhadores

Este capítulo apresenta-se como o contrapeso ao pêndulo que oscila entre o indisponível e o negociável. Se, por um lado, há o princípio da indisponibilidade à transação dos direitos trabalhistas que resguarda a parte hipossuficiente de renúncias ou transações ilícitas, não menos correto poder-se-ia asseverar que as relações trabalhistas contemporâneas possuem dinamismo único a ponto de colocar em xeque a rigidez da legislação através da flexibilização trabalhista e do contexto neoliberal.

Cabível, portanto, uma análise crítica da atual conjuntura dos sindicatos no Brasil, bem como sopesamento da ampla consagração no ordenamento jurídico do princípio da autonomia privada coletiva pela Constituição Federal de 1988 e do poder de representatividade das entidades sindicais profissionais.

II. I – A autonomia privada coletiva e a criatividade jurídica na autorregulamentação das relações trabalhistas

A expansão da atividade industrial, impulsionada pelo desenvolvimento do capitalismo, em um contexto liberal no qual não havia qualquer tutela aos direitos dos empregados, provocou o surgimento do sindicalismo, como uma forma de autodefesa da classe operária. Assim, os trabalhadores organizados numa unidade forte, pretenderam combater as desenfreadas formas de exploração que o sistema produzia contra aqueles que, individualmente, eram os mais fracos.

No Brasil, o sindicalismo é um fenômeno relativamente recente. Apenas em 1903 houve o reconhecimento pela lei civil da possibilidade de sindicalização, admitindo-se a organização de entidades mistas de trabalhadores e empregadores, assim como a formação de união ou sindicatos centrais (SILVA, 2009, p. 16).

E é através dos sindicatos que empregados e empregadores conseguem entabular ajustes para integrar os contratos de trabalho de determinada categoria. A

autocomposição se faz presente promovendo um diálogo entre as partes e elidindo os conflitos de interesses com a concessão recíproca.

A Convenção nº 98 da OIT, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 33.196 de 1953, afirma que devem ser tomadas as medidas apropriadas para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregados e empregadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego (art. 4º).

A Convenção nº 135 da OIT, promulgada pelo Decreto nº 131 de 1991, também busca impulsionar a atuação dos sindicatos, ao dispor sobre a proteção eficiente que se deve outorgar aos representantes dos trabalhadores nas empresas. No Brasil, tem-se a figura da estabilidade do dirigente sindical, que procura resguardar o emprego do representante dos trabalhadores, a fim de que sua participação nas atividades sindicais não seja obstada.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, através dos artigos 7º, XXVI e 8º, III, veio reforçar o papel dos sindicatos na fixação das condições de trabalho, garantindo o reconhecimento das convenções e acordos coletivos, permitindo até mesmo a flexibilização, por essa via, da jornada de trabalho e dos salários. É o vigor do princípio da autonomia privada coletiva, a merecer especial apreço como instrumento de renovação do direito do trabalho.

Alguns defendem que a Constituição Federal inovou no ordenamento ao consagrar amplamente o princípio da autonomia. Dizem que a via negocial é o meio adequado para as partes fixarem suas condições de trabalho, sejam quais forem os direitos trabalhistas em questão, porque se a própria Constituição autorizou a flexibilização da jornada e do salário (incisos VI, XIII e XIV, do art. 7º), elementos centrais de um contrato de trabalho, não se poderia negar vigência à norma coletiva que transacionasse quaisquer outros direitos. É o famoso brocardo popular que afirma “quem pode o mais, pode o menos”.

É possível verificar tal linha de pensamento na seguinte ementa:

“RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. CSN. INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO. NORMA COLETIVA. VALIDADE. É válida a redução do intervalo intrajornada implementada pela CSN, mediante negociação coletiva. Isso porque inegável o prestígio e o reconhecimento do processo em que os legítimos representantes dos trabalhadores e

empregadores buscam entendimento para concluir contratos, convenções ou acordos coletivos, mormente após a promulgação da Carta de 1988, que valorizou a autocomposição, a ponto de permitir a reconfiguração dos direitos trabalhistas vigentes em diversos incisos do artigo 7º, como a possibilidade de redução salarial, com compensação de horários e redução da jornada. Recurso ordinário da reclamada conhecido e parcialmente provido. (...)” (Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Processo RO-0073400-74.2002.5.01.0341, Acórdão da 2ª Turma, Relatora desembargadora Márcia Leite Nery, publicado em 17/10/2011)

Nesse contexto, os defensores dessa posição afirmam que a norma inserta no art. 7º, XXVI, da CF confere aos acordos e convenções coletivas de trabalho *status* privilegiado pela Ordem Constitucional, revelando que a densidade normativa do aludido inciso encontra-se perfeita e acabada (PEDRASSANI, 2013, p. 207), reconhecendo, inclusive, a possibilidade de transação além daquilo já posto na própria Carta Magna.

Contudo, o posicionamento acima exposto possui baixa aderência entre os juristas. As balizas são repostas quando se diz que as normas que, a pretexto de negociação, simploriamente suprimem ou extinguem direitos trabalhistas básicos, integrantes do chamado núcleo mínimo de proteção do trabalhador, não encontram guarida no Direito do Trabalho. A lógica seria: Se sequer a renúncia direta, no âmbito individual, é permitida (arts. 444 e 468 da CLT), tanto mais quando dissimulada em negociação coletiva.

Sobre os limites ao aludido princípio, colhe-se importante lição de Alfredo Ruprecht, quando afirma que “A autonomia da vontade tem, portanto, um limite que é o estabelecido pela ordem pública, que não autoriza se desconsiderem as normas quando, com isso, se prejudica o empregado ou operário, mas não é o caso quando se trata de beneficiá-lo.” (1995, p. 36) E a questão fica mais complexa se introduzidas as noções trazidas pelas teorias do conglobamento, do conglobamento mitigado ou da acumulação. A depender da teoria adotada, pode-se ter uma compreensão do todo normativo coletivo de forma diferente.

O princípio da autonomia privada coletiva afirma que compete também aos agentes sociais contribuir na construção das normas jurídicas, possuindo caráter coletivo e de observância obrigatória em determinado território, tal como as leis, preenchendo as lacunas normativas e tendo em vista sempre a melhoria das condições sociais dos trabalhadores. (CASSAR, 2012, p. 1207).

Verifica-se, assim, que os instrumentos coletivos têm o poder de criar leis, com características inerentes a essas. Delgado afirma que

A criação de normas jurídicas pelos atores coletivos componentes de uma dada comunidade econômico-profissional realiza o princípio democrático da descentralização política e de avanço da autogestão social pelas comunidades localizadas. (2014, p. 143)

O reconhecimento constitucional dos acordos e convenções coletivas indica que a Carta Magna de 1988 adotou um modelo jurídico-político com prevalência na dimensão coletiva de trabalho, com enfoque na construção de sujeitos coletivos que desprezam as individualidades para se considerar o todo da categoria. As normas coletivas foram postas pela Constituição em posição de destaque, uma vez que são fontes autônomas juscoletivas com eficácia *erga omnes*, abrangendo a todos os integrantes da categoria profissional, sejam filiados ou não-associados.

Buscou-se com a outorga desse direito fundamental ao cidadão-trabalhador, a participação no Estado Democrático de Direito. Uma participação direta, pessoal e democrática. O trabalhador, através da autonomia negocial e da criatividade jurídica, se torna o centro de promoção e produção de normas jurídicas, regulando suas próprias relações, sem a intervenção estatal, a quem incumbiria o zelo e cumprimento das fontes autônomas do direito do trabalho.

A constante inserção do Poder Judiciário nos contratos de trabalho, revelada pela invalidação das normas coletivas trabalhistas que transacionaram direitos previstos em normas heterônomas, além de provocar a insegurança jurídica, pode acarretar a morte do Direito Coletivo Laboral, na medida em que se inibe uma das principais atividades sindicais contemporâneas, qual seja, a autorregulamentação da coletividade profissional. A mera fixação de limites à transação já é suficiente para enfraquecer o conceito constitucional da autonomia privada coletiva ou, se não, ao menos restringi-lo demasiadamente.

Conforme assentado por José Pedro Pedrassani, "...os convênios coletivos assumem natureza contratual na formulação-constituição e se apresentam com roupagem normativo-legal das cláusulas, à exceção daquelas obrigacionais, na impositividade de condutas e de procedimentos." (PEDRASSANI, 2013, p. 216). São vistos, assim, como fonte formal do Direito do Trabalho.

Tendo em vista tratar-se de direito fundamental do trabalhador e, ainda, observando a equiparação dos acordos e convenções coletivas de trabalho à positivação procedida pelo estado através da elaboração de fontes heterônomas de direito, revela-se significativa a adequação e conjunção dessas duas fontes jurídicas, mormente se se considerar que a autonomia privada coletiva tem o poder de mitigar outras garantias fundamentais, tais como a duração da jornada de trabalho e a irredutibilidade de subsídios.

Portanto, deve-se ter compreensão do novo e seguramente crescente processo de democratização do Direito do Trabalho, com um maior espaço aberto à autonormatização das relações trabalhistas. Conforme conclusão do professor Cristiano Paixão, “as convenções coletivas figuram como elementos centrais na dinâmica das fontes do trabalho na contemporaneidade. E, no contexto pós-Constituição de 1988, essas fontes encontram-se em processo de transformação.” (2009, p. 12).

Como resultado deste processo de transformação, tem-se que o Direito do Trabalho tornou-se mais complexo, menos previsível e mais diversificado com a participação dos atores sociais coletivos, que tem oportunidade de participação direta na regulamentação das relações de trabalho. (PAIXÃO, 2009, p. 12).

II. II – A expansão da flexibilização e a representatividade sindical. O (des)prestígio à autonomia privada e seus riscos.

A flexibilização dos direitos trabalhistas é atual e marcha juntamente com a modernização das relações de trabalho. Vem se expandindo a tese da flexibilização de direitos trabalhistas, ainda que de ordem pública, prestigiando-se, sobretudo, a autonomia privada coletiva.

Contemplando as pautas de reivindicações dos trabalhadores e o dinamismo e transformações perpetrados pelas inovações tecnológicas, tem havido flexibilização da lei. O capítulo V do título II da CLT, que trata da segurança e saúde do trabalhador, foi alterado pela Lei nº 6.514/77, que promoveu a primeira grande flexibilização da lei trabalhista em matéria de segurança e saúde. A flexibilização

consistiu na revogação dos arts. 202/223 da CLT e delegação da competência ao Ministério do Trabalho e Emprego para estabelecer disposições complementares às normas do Capítulo V, do que resultou a criação da Portaria nº 3.214/78 do MTE. (BERNARDES, 1997, p. 301)

Dentre outros exemplos, cita-se, ainda, a flexibilização introduzida pela Constituição de 1988. A Carta Magna consagrou nos artigos 7º, incisos VI, XIII, XIV, XXVI, e 8º, III e VI, o princípio da autonomia privada coletiva, que vem a ser um princípio cuja expressão do pluralismo político, por meio das negociações coletivas, assegura aos grupos sociais, empregados e empregadores, o direito de elaborar normas jurídicas a partir da fixação das condições de trabalho aplicáveis às peculiaridades do ambiente laboral (RUPRECHT, 1995, p. 85).

O reconhecimento constitucional da autonomia privada coletiva e a ampliação de forma significativa do valor das convenções e acordos coletivos de trabalho somente comportam uma única leitura sistematizada dos pilares do Direito do Trabalho: as normas coletivas se prestam à garantia de direitos essenciais à proteção do trabalho, não podendo ser realizadas no intuito de suprimir direitos mínimos, no afã de beneficiar o empregador com o aumento da lucratividade e dos rendimentos (ou diminuição dos custos da mão-de-obra). Acordos e convenções coletivas são, portanto, fontes de direitos humanos trabalhistas. (PAIXÃO e LOURENÇO FILHO, 2009, p. 15)

Conforme leciona o professor Süssekind, a flexibilização trata-se de uma fenda no princípio da irrenunciabilidade, visando a fortalecer a empresa e preservar os empregos. (2005, pág. 202). É justamente por romper um princípio decorrente da proteção do trabalhador que a flexibilização deve voltar-se à melhoria das condições sociais dos obreiros. Assim, pode-se dizer que a disposição de direitos dá-se num contexto de cautela e de situações extremadas, tal como para a recuperação de uma empresa, a fim de que a mesma possa cumprir sua função social. Tanto assim, que a exceção prevista no inciso VI do art. 7º é para a manutenção do emprego, visualizando que o bem jurídico de maior proteção não é o salário, mas o emprego.

Na fixação das condições de trabalho, os princípios da razoabilidade, da necessidade e utilidade das normas coletivas, da transparência e da lealdade recebem tratamento destacado neste campo, devendo permear todo o processo de

negociação, sob a tutela dos sindicatos dos trabalhadores, a fim de que haja realmente uma ponderação entre a flexibilização das relações de trabalho e a valorização social do trabalho, com a realização dos valores sociais preservadores da dignidade do ser humano trabalhador. (CASSAR, 2012, p. 35)

Assim, com todos esses parâmetros, a autonomia negocial possuiria estreitos limites para a autorregulamentação dos contratos de trabalhos pelos pactuantes. Consegue-se visualizar uma lógica para que tal ocorra, porque de nada adiantaria que o Estado interviesse nas relações privadas, outorgando direitos inabdicáveis aos trabalhadores, sendo que o beneficiado poderia dispor dos mesmos direitos contidos em normas de ordem pública, cogentes, diante do contexto fático e circunstancial reinante.

Atualmente, diz-se que a mentalidade empresarial brasileira muito se distanciou daquela que outrora reinava: busca-se o lucro, certamente, mas valoriza-se e respeita-se a mão de obra do trabalhador. Este, por sua vez, teria adquirido certa consciência de seu papel na contemporaneidade e dos seus direitos, principalmente com o fortalecimento dos sindicatos. (MEDEIROS, 1997, p. 347)

Tal visão deve ser, certamente, questionada. Num país em que parte expressiva da população empregada não tem reconhecido formalmente seu vínculo de emprego, sem registro na carteira de trabalho⁴, ou que grande parte dos trabalhadores negros sofrem discriminação e preterição na admissão ao emprego, ou que mulheres, as quais compõem a maior parte da população brasileira⁵, tem menor percentual de emprego no setor privado que os homens⁶, não se pode dizer que houve amadurecimento jurídico-político dos industriais e/ou trabalhadores a ponto de se lhes conferir livre autonomia para a autorregulamentação das relações de trabalho.

⁴ A pesquisa mensal de emprego, realizada pelo IBGE, mostrou que na composição da população ocupada total em 2012, os empregados com carteira assinada no setor privado representavam 49,2% do contingente (fonte: IBGE), indicando que a maioria dos trabalhadores brasileiros estão na informalidade ou em relações de emprego mascaradas por outras formas de relação de trabalho, numa tentativa encontrada pelo empresariado de fugir do alto custo de descontos realizados na folha de salários. (CASSAR, 2012, p. 35)

⁵ A razão de sexo no país é de 96 homens para cada grupo de 100 mulheres, conforme estimativas de 2008 do IBGE.

⁶ Em 2012, a distribuição dos empregados com carteira de trabalho assinada no setor privado, segundo o sexo, é de 58,7% homens trabalhadores e de 41,3% mulheres trabalhadoras (fonte: IBGE).

De acordo com Rodrigo Garcia Schwarz,

Somente no ano de 2010, ingressaram na Justiça do Trabalho 3,3 milhões de novos processos, na sua maioria veiculando reclamações concernentes ao descumprimento das mais elementares obrigações trabalhistas, como o registro do contrato de trabalho em carteira profissional ou o pagamento de verbas rescisórias. (2012, página única)

Todos esses dados revelam que o país ainda não se encontra numa realidade favorável à delegação completa às partes contratantes da regulamentação de suas condições de trabalho, sendo necessária ainda a intervenção estatal para manutenção dos direitos sociais fundamentais do trabalhador, tal como a preservação de sua dignidade ou mesmo para que lhe seja garantida condições mínimas de segurança e saúde no trabalho.

Acompanha esse raciocínio o fato de que as transformações econômicas e sociais das últimas décadas afetaram negativamente o associativismo sindical. A taxa de sindicalização dos trabalhadores extremamente baixa, a redução da cobertura das negociações coletivas de trabalho com a subdivisão dos sindicatos e o declínio do ativismo sindical (PICHLER, 2009, p. 80) induz qualquer um a questionar o prestígio que se deve conferir à autonomia coletiva privada.

Pichler explica que

A queda nos níveis de associativismo é atribuída à globalização, à introdução de políticas econômicas liberais e de flexibilização do mercado do trabalho e às mudanças tecnológicas e suas implicações sobre a estrutura do emprego e composição da força de trabalho. (2009, p. 80)

Vólia Bomfim Cassar assevera:

Prestigiar a máxima do negociado sobre o legislado é crer que todos os sindicatos brasileiros têm condições e capacidade de negociar, que são fortes e independentes dos interesses e pressões econômicas, o que não é verdade. Raros são os sindicatos com espírito sindical e reivindicatório, para defesa dos interesses da categoria profissional, e isentos da influência do poder econômico dos empresários, inclusive os situados nas grandes cidades, onde há desenvolvimento econômico e grandes concentrações operárias, sobretudo no setor industrial. (2012, p. 44)

Reforçam o argumento da autora, Pessanha e Morel, quando afirmam que

Não se pode esquecer como o quadro sindical brasileiro é fragmentado, bastante heterogêneo. Várias análises de cunho acadêmico ou sindical têm registrado, ao lado de um conjunto de sindicatos mais orgânicos, a presença de inúmeros outros com baixa expressividade dos interesses genuínos de suas bases. (2009, p. 105)

Concluindo, questionar a representatividade concreta de muitos sindicatos é demasiado importante quando se pretende a flexibilização dos direitos trabalhistas ao argumento de que a responsabilidade na defesa dos interesses da categoria profissional encontra-se nas mãos das entidades sindicais. E pelo que se pode verificar, a legitimidade de normas coletivas deve ser posta à prova pelo Poder Judiciário, a quem compete decidir sobre a validade ou não de transação coletiva que não se presta a ser fonte de direitos humanos dos trabalhadores.

Todavia, tal controle judicial pode gerar situações insustentáveis, tal qual a que se verifica nos autos do processo nº ARR-12800-14.2007.5.01.0341. Nesse caso, o Sindicato-autor requer a anulação da própria norma coletiva que firmou com a Reclamada reduzindo o horário de intervalo intrajornada para 30 minutos por dia, sob o argumento de que as negociações coletivas firmadas desde o ano de 2000 são prejudiciais aos trabalhadores integrantes da categoria profissional.

Confira-se:

“RECURSO DE REVISTA DO SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL E ILEGITIMIDADE ATIVA -AD CAUSAM-. INVALIDADE DE CLÁUSULA NORMATIVA FIRMADA PELO PRÓPRIO SINDICATO. REDUÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA. ACORDOS COLETIVOS DE 2000/2002 E 2002/2004. TEORIA DA CAUSA MADURA. ART. 515, § 3.º, DO CPC. SÚMULA N.º 437, II, DO TST Esta Corte Superior, ante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, cancelou a sua Súmula n.º 310, por meio da Resolução n.º 119/2003. Dessarte, não mais subsistem as restrições, de ordem subjetiva e objetiva, impostas pela referida súmula, à atuação do sindicato como substituto processual, nas ações em que pugna pela implementação de direitos individuais homogêneos (art. 81, III, da Lei n.º 8.078/90). -In casu-, a causa comum, preconizada no item III do artigo 81 do CDC, refere-se à suposta inobservância da regra inserta no art. 71, caput, da CLT. Por essa razão, tendo a Corte de origem reconhecido a ilegitimidade ativa -ad causam- do Sindicato, bem como a falta de interesse processual, sua decisão acabou por contrariar a regra inserta no art. 8.º, III, da Constituição Federal. Ademais, o fato de o Sindicato ter firmado a cláusula coletiva ora impugnada não afasta nem a sua legitimidade ativa nem o seu interesse de agir, visto que, na demanda, figura como mero substituto processual, defendendo o direito dos empregados substituídos que constam do rol colacionado a fls. 15-e. Reconhecida a legitimidade ativa -ad causam- e o seu interesse de agir, a consequência lógica seria determinar o retorno dos autos ao Regional, a fim de que julgasse o mérito da questão relativa à validade ou não da cláusula normativa que reduz o intervalo intrajornada, suscitada no Recurso Ordinário da Reclamada. Todavia, com base nos princípios da economia e celeridade processuais e no art. 515, § 3.º, do CPC, impõe-se e apreciação imediata da insurgência recursal, visto que a matéria de fundo discutida no processo, além de ser eminentemente de direito, encontra-se pacificada no âmbito desta Corte. No caso dos autos, foi firmada cláusula normativa nos Acordos Coletivos de 2000/2002 e 2002/2004 que reduziu o intervalo intrajornada para 30 minutos diários para

os empregados sujeitos à jornada de trabalho de 8 horas em turnos ininterruptos de revezamento. A questão referente à invalidade de norma coletiva que reduza ou suprima o intervalo intrajornada ficou pacificada no âmbito desta Corte, por meio da Súmula n.º 437, II. Assim, merece, desde logo, ser provido o Recurso de Revista do Sindicato, a fim de que seja restabelecida, no tópico, a sentença. Recurso de Revista conhecido e provido. (...).” (TST-ARR-12800-14.2007.5.01.0341, 4ª Turma, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, DEJT 03/10/2014).

Ora, é no mínimo estranho o mesmo ente sindical que negocia uma redução do intervalo para descanso e alimentação aquém do mínimo legalmente estabelecido, ir ao Judiciário pleitear o pagamento do mencionado intervalo, sob a alegação de que não pode ser negociado. A presunção de que incumbe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (art. 8º, III, da CF) deveria ser vista não somente no âmbito judicial, mas também quando da entabulação realizada pelo ente sindical. Contudo, além de reconhecer o interesse de agir do sindicato, o TST ainda anulou a norma coletiva a fim de deferir as horas intervalares aos substituídos.

Veja-se que a atuação contraditória do ente sindical (ora transaciona o intervalo intrajornada, ora requer a invalidade da negociação) pode provocar enorme instabilidade jurídica, fazendo com que os atores sociais percam o interesse ou mesmo as convenções e acordos coletivos percam sua credibilidade.

II. III – A nova velha tentativa de transformar a negociação coletiva em instrumento de flexibilização dos direitos assegurados na legislação trabalhista: O anteprojeto de lei apresentado pelo sindicato do ABC e o projeto de lei nº 5.483 de 04 de dezembro de 2001

A Constituição Federal de 1988, como visto nos tópicos anteriores, incorporou estímulos à negociação coletiva e consagrou no ordenamento jurídico a autonomia privada coletiva permitindo, às entidades sindicais representativas, a modificação de direitos trabalhistas previstos na própria Constituição.

Muito se discute a respeito da flexibilização dos direitos trabalhistas a partir da Constituição, sendo que, não raras as vezes, o Judiciário enfrenta as questões relacionadas às possibilidades e limites impostos à negociação coletiva.

Atentos a essas questões, diversos segmentos da sociedade buscam fixar parâmetros para os acordos e convenções coletivas, acerca das fronteiras impostas à negociação ante os direitos constitucional e legalmente previstos. O viés que normalmente permeia o discurso daqueles que defendem a prevalência das negociações coletivas frente à legislação trabalhista é o da modernização das relações contemporâneas entre empregados e empregadores. Afirmam que a CLT é extensa, detalhada e que não corresponde à realidade dos trabalhadores e das empresas, não se adequando às mais variadas formas de expressão de trabalho. Argumentam que, por terem sido compiladas em 1943, a maior parte das leis trabalhistas estão desatualizadas e não atendem às expectativas atuais dinâmicas dos diversos segmentos industriais do Brasil. E arremata-se defendendo que os sindicatos e empresas precisam de maior segurança jurídica para estabelecer acordos.

No final de seu mandato, o então presidente Fernando Henrique Cardoso encaminhou um projeto de lei com o fito de estabelecer a prevalência do negociado sobre o legislado, numa clara tentativa de permitir uma flexibilização maior dos direitos trabalhistas que aquela já prevista na Constituição Federal de 1988. O ministro do Trabalho, Francisco Dornelles, apresentou a proposta de alteração do art. 618 da CLT que, conforme Projeto de Lei da Câmara nº 134 de 2001 (anteriormente PL nº 5.483/01) tinha a seguinte redação:

“Art. 618. Na ausência de convenção ou acordo coletivo firmados por manifestação expressa da vontade das partes e observadas as demais disposições do Título VI desta Consolidação, a lei regulará as condições de trabalho.

Parágrafo 1º. A convenção ou acordo coletivo, respeitados os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, não podem contrariar lei complementar, as Leis nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e nº 7.418, de 16 de dezembro de 1995, a legislação tributária, a previdenciária e a relativa ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, bem como as normas de segurança e saúde do trabalho”.

Ou seja, desde que a norma coletiva não dispusesse sobre direito expressamente previsto na Constituição Federal ou relativo a normas de segurança e saúde do trabalho, ou não dispusesse acerca de matéria tributária ou previdenciária, ou, ainda, não contrariasse as leis 6.321/76 e 7.418/95 e leis complementares, poderia haver a livre pactuação de direitos trabalhistas, inclusive com redução ou supressão por completo.

Muitas críticas foram feitas à época com relação à flexibilização de direitos, o que levou o Presidente da República a solicitar a retirada do supramencionado projeto de lei através da Mensagem nº 132 de 09 de abril de 2003.

Entretanto, logo após o término do mandato do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foi apresentada pelo sindicato dos metalúrgicos do ABC ao governo, minuta do anteprojeto de lei que instituiria no ordenamento jurídico brasileiro a figura do Acordo Coletivo de Trabalho com Propósito Específico (ACE).

Com ataques à CLT, a exposição de motivos do anteprojeto elucida a insatisfação atual com a legislação trabalhista e tenta promover alterações legislativas a fim de se adequar à realidade contemporânea. Consta da cartilha⁷ elaborada pelo sindicato dos metalúrgicos as seguintes justificativas para a apresentação do anteprojeto:

As relações de trabalho no Brasil estão sujeitas a uma legislação extensa e detalhada, nem sempre adequada à realidade dos trabalhadores e das empresas. (...) trabalhadores e empregadores sempre buscaram superar essa herança limitadora, que se impõe até hoje como um obstáculo ao pleno exercício da liberdade sindical e da negociação coletiva (...). As recentes tentativas de promover a reforma do sistema de relações de trabalho por meio do diálogo social e da negociação tripartite... esbarraram na resistência conservadora de parte dos representantes de trabalhadores, empregadores e operadores do direito.

O anteprojeto define, no art. 2º, II, o acordo coletivo de trabalho com propósito específico como sendo

“...o instrumento normativo por meio do qual o sindicato profissional, habilitado pelo Ministério do Trabalho e Emprego e uma empresa do correspondente setor econômico, estipulam condições específicas de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa e às suas respectivas relações de trabalho.”⁸ (g.n.)

E as condições específicas de trabalho são “aquelas que, em decorrência de especificidades da empresa e da vontade dos trabalhadores, justificam adequações nas relações individuais e coletivas de trabalho e na aplicação da legislação trabalhista, observado o art. 7º da Constituição.”⁹

⁷ BRASIL. Sindicato dos Metalúrgicos. Acordo Coletivo Especial (cartilha). Disponível em: http://www.smabc.org.br/interag/temp_img/%7B38809CF7-87DA-4312-A498-5398482D1DE8%7D_cartilha_ace_v4_nova.pdf Acesso em: 4 nov. 2014.

⁸ Id. Ibid.

⁹ Id. Ibid.

Ou seja, os únicos direitos realmente assegurados ao trabalhador seriam aqueles previstos na Constituição Federal, uma vez que os demais poderiam ser transacionados diante da ocorrência de condições específicas de trabalho. Resumindo, o que se encontra nesse anteprojeto de lei é novamente aquela tentativa de sobrepor o negociado ao legislado.

O que se faz mister questionar é o verdadeiro objetivo que esses anteprojeto e projeto carregam consigo. E algumas perguntas são imprescindíveis para a elucidação desse ponto fulcral neste subtópico.

Uma das justificativas para as alterações legislativas era a de devolver aos atores sociais a capacidade e a legitimidade de dirigir seus próprios interesses por meio de negociação coletiva. No atual contexto brasileiro, será que o trabalhador, diretamente interessado, está bem representado pelo seu sindicato a ponto de dirigir seus próprios interesses mediante normas coletivas? Não seria o caso de considerar que o sindicalismo no Brasil pode priorizar, muitas vezes, a busca de benefícios para a própria liderança sindical, com achaques e corrupções internas? Ou então que o princípio da indisponibilidade (em vigor também no âmbito coletivo) surgiu justamente para socorrer aqueles que não conseguem falar por si próprios?

Outra pretensão imbuída no anteprojeto de lei apresentado pelo sindicato dos metalúrgicos do ABC é a de que, ao promoverem essa alteração legislativa, os atores coletivos diretamente envolvidos nas negociações seriam unânimes em prestigiar os resultados alcançados que certamente seriam acima do padrão nacional das relações de trabalho e propiciariam melhores condições de trabalho daquelas já existentes. Ora, em nenhum momento os sindicatos foram proibidos de acertarem condições mais benéficas do que aquelas legal e minimamente estipuladas aos trabalhadores. Portanto, o único pretexto lógico para a promoção destas alterações legislativas é justamente a possibilidade de negociação prejudicial aos trabalhadores, com inevitáveis renúncias e supressões de direitos trabalhistas arduamente conquistados ao longo dos anos.

A maior premissa do projeto de lei de 2001 e, posteriormente, do anteprojeto, é a defasagem da legislação trabalhista que, argumenta-se, ainda estabelece restrições à organização sindical e à negociação coletiva, engessando as relações

de trabalho e impossibilitando a modernização das mesmas. Quanto à antiguidade das normas trabalhistas, com propriedade afirma a professora Noemia Porto que

...mesmo as normas da CLT, que datam de 1943, em sua maioria, já sofreram profunda resignificação não apenas pelo advento de sucessivas Constituições, mas, sobretudo, em face da prática interpretativa que foi se consolidando ao longo dos anos a partir da conexão entre previsão normativa e realidade concreta. Os textos podem ser os mesmos, mas as normas não são as mesmas, cumprindo lembrar que norma jurídica e texto não representam a mesma coisa. (2013, p. 256).

E a autora continua, ao conduzir seu texto no sentido de que quando se questiona a idade das normas trabalhistas, na verdade, revela-se um incômodo provocado pela natureza protetiva das mesmas, as quais proporcionam patamar mínimo de dignidade ao trabalho, nível esse que se pretende ver flexibilizado mediante negociação coletiva.

Por fim, o último pilar que se pretende interpelar aqui é o da segurança jurídica. Alega-se que não raras vezes a legalidade dos acordos firmados é alvo de questionamento, o que gera desestímulo à utilização dos instrumentos coletivos, que terão sua idoneidade sempre questionada a despeito da boa-fé das partes e da observância aos procedimentos democráticos. Dessa forma, os projetos de leis buscam a desejável segurança jurídica que não se tem no atual ordenamento jurídico.

Certamente que se pretende articular as alterações legislativas já mencionadas como reação às várias decisões judiciais e ações do Ministério Público do Trabalho que anularam acordos coletivos feitos por sindicatos servis que lesavam os direitos mais básicos dos trabalhadores. Nesse contexto, indaga-se: segurança jurídica pra quem? Segurança jurídica à exploração capitalista descomedida das empresas que, imantadas pelo parâmetro legalista, poderiam cometer quaisquer atrocidades aos direitos trabalhistas mínimos sem serem questionadas pelos órgãos estatais protetores dos direitos indisponíveis dos trabalhadores?

Ainda que aprovadas as propostas acima relatadas, não significa que a questão seria sepultada a ponto de tornar as negociações coletivas incólumes à análise crítica e à invalidação pelo Poder Judiciário. Conforme explanado no capítulo I, cabe ao juiz aparar as arestas daquilo que ultrapassar os limites do negociável e do disponível, declarando inclusive a invalidade do ato jurídico que abusa da

autonomia negocial coletiva com a finalidade de abrandar o prejuízo econômico empresarial ou viabilizar a atividade econômica.

Logo, cabe ao Judiciário enfrentar as questões relacionadas às possibilidades e aos limites da negociação coletiva, sempre considerando o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, com observância da extensão da indisponibilidade de cada direito no caso concreto e, ainda, divisar a consagração da autonomia privada coletiva pela Constituição Federal de 1988, a qual destaca hipóteses específicas de flexibilização das normas trabalhistas, as quais devem ser interpretadas à luz de todo o ordenamento jurídico.

Assim, neste próximo tópico, tenta-se jungir os dois primeiros capítulos com a desafiadora pretensão de verificar na jurisprudência do TST a articulação do que seriam os limites intransponíveis, se é que eles existem, relativos aos direitos trabalhistas não transacionáveis via negociações coletivas.

III – Limites à transação dos direitos trabalhistas

Pretende-se neste capítulo proceder a uma análise na jurisprudência do TST, verificando qual a interpretação do Tribunal dos princípios da indisponibilidade de direitos e da autonomia privada coletiva, no intuito de expor e refletir criticamente sobre alguns limites às transações dos direitos trabalhistas.

Procede-se à inquirição desses limites na jurisprudência do TST, porque este, na Justiça Especializada trabalhista, é o órgão de vértice, que articula as noções de autonomia privada coletiva e de indisponibilidade em último plano. É o órgão jurisdicional trabalhista que possui a prerrogativa de decidir por último, sendo que suas construções jurisprudenciais se tornam referências em âmbito nacional. Ainda se torna salutar proceder a essa análise na jurisprudência do TST porque, diferentemente do que ocorre no STJ, o Recurso de Revista (art. 896 da CLT) permite também a articulação de violações constitucionais, possibilitando ao Tribunal argumentar e discorrer sobre questões contingenciais constitucionais, tais como a autonomia privada coletiva e a indisponibilidade de direitos, a liberdade e a igualdade.

Destaque-se, inicialmente, que, por mais que se identifique uma trajetória coerente na jurisprudência do tribunal acerca do indisponível e do negociável, é importante ressaltar que os conceitos aqui abordados não são estanques, previamente definidos e isentos de quaisquer mudanças. O que se entende por autonomia, indisponibilidade ou por mínimo existencial irá variar de julgador para julgador ou de decisão para decisão. E tal se reporta até mesmo pelo quanto já visto até agora, sobre a dificuldade de se estabelecer até que ponto poderá se fixar a restrição de direitos fundamentais, diante da noção de que a liberdade consiste justamente em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem.

Todavia, é possível constatar algumas articulações lineares realizadas em vários casos concretos. E a busca que se faz é dessas conexões, procurando vê-las articuladas em diversos direitos trabalhistas.

III. I – Limites impostos nas leis de proteção ao trabalho que integram o patamar civilizatório mínimo ou núcleo duro do contrato individual de trabalho

Doutrina e jurisprudência têm definido que não prevalece a previsão contida nos acordos coletivos da categoria profissional do trabalhador que infringe os limites impostos nas leis de proteção ao trabalho, os quais integram, segundo a doutrina, o patamar civilizatório mínimo ou o núcleo duro, indisponível, do contrato individual de trabalho. Estabelecem que, havendo dispositivo legal a regular a matéria, é imperativa, portanto, a sua prevalência sobre a negociação coletiva, em observância à hierarquia das fontes formais do Direito do Trabalho e ao princípio da proteção, determinante da aplicação da norma mais benéfica ao trabalhador. Pretende-se constatar tais limites na jurisprudência do TST.

Analisa-se, neste primeiro aresto, a possibilidade dos empregadores concederem o repouso semanal remunerado após o sétimo dia de trabalho, tendo em vista o princípio da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores, bem como a norma constitucional inserta no inciso XV do art. 7º da Constituição Federal.

O supramencionado dispositivo constitucional assegura o descanso semanal remunerado preferencialmente aos domingos, em observância à proteção da saúde física e mental e à preservação do convívio social e familiar dos trabalhadores. Seria possível, então, que as empresas transacionassem tal direito com seus empregados a fim de que a concessão se desse apenas após o sétimo dia?

A disposição desse direito para o empregador seria benéfica, pois não haveria a necessidade de readequação da escala de revezamento e eventual contratação de novos empregados para que fosse possível a concessão, a todos os empregados, de folga semanal logo após o sexto dia trabalhado.

Contudo, no julgamento do processo de nº TST-RR-631-07.2012.5.03.0036, de relatoria do ministro Maurício Godinho Delgado, foi fixado o entendimento de que o trabalhador não poderia despojar-se do direito à concessão do RSR até o sétimo dia, uma vez que tal direito afigurava-se como proteção mínima que a ordem jurídica assegurava ao obreiro, e que tinha por finalidade a higidez física e mental do trabalhador.

Transcreve-se a ementa do julgado para conferência:

“(…) RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. CONCESSÃO DE REPOUSO APÓS O SÉTIMO DIA CONSECUTIVO DE TRABALHO. AUTORIZAÇÃO POR TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA, EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, DE CONCESSÃO TARDIA DO REPOUSO. VIOLAÇÃO DO ART. 7º, XV, DA CF. Em face dos objetivos ínsitos ao descanso semanal, torna-se incabível a alteração do lapso temporal em que deve ocorrer a folga, mesmo que amparada por norma coletiva ou plano de cargos e salários, já que não se pode, por essas vias, suprimir ou transacionar direitos que garantem ao trabalhador o mínimo de proteção à sua saúde e à sua segurança. No mesmo sentido, à luz dos princípios informadores do Direito do Trabalho, sobretudo o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, não há como o trabalhador se despojar da proteção mínima que a ordem jurídica lhe assegura, ainda que por meio de procedimento ministerial. Portanto, no caso dos autos, a circunstância de se haver estipulado, em Termo de Ajustamento de Conduta, que este não seria descumprido caso a concessão do repouso semanal, em razão da necessidade de se conceder folga preferencialmente aos domingos, ocorresse entre o sétimo e o décimo segundo dia trabalhado, não exime o empregador de responder judicialmente perante os trabalhadores pela supressão do descanso semanal no sétimo dia consecutivo de trabalho. Aplicável à hipótese, portanto, a compreensão da OJ 410/SBDI-1/TST. Registre-se que a validade do TAC pode impedir cobrança de multa nele fixada, porém não elimina direito individual fundamental do trabalhador. Precedentes da SDI e Turmas deste Tribunal. Recurso de Revista conhecido e provido”. (TST-RR-631-07.2012.5.03.0036, 3ª Turma, relator ministro Maurício Godinho Delgado, DEJT 31/01/2014).

Sobreleva-se, no caso, a atuação do Ministério Público do Trabalho. O órgão ministerial firmou Termo de Ajustamento de Conduta que permitia à empresa reclamada a concessão do descanso entre o sétimo e o décimo segundo dia trabalhado, não obstante o dever do MP de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF). Por certo que o TAC firmado nos autos do processo em análise teve como premissa a disponibilidade do direito ao repouso semanal remunerado. Isso porque, se é que se trata realmente de um direito indisponível, cabe ao ministério público, precipuamente, a guarda do mesmo.

No caso, verifica-se que o acórdão salienta que se se permitisse a concessão do repouso semanal remunerado após o sétimo dia, a finalidade do descanso intervalar não seria alcançada, distorcendo-se o direito em si e despindo o trabalhador da proteção mínima que lhe foi outorgada.

O direito ao repouso semanal remunerado encontra-se no rol de intervalos e descansos conquistados historicamente pela sociedade, como forma de interromper a jornada intensa semanal a que submetidos se encontram os trabalhadores. A

proteção jurídica presente no DSR é com o intuito de se evitar a exploração constante do trabalhador, sendo que o objetivo maior deste instituto é a preservação da integridade física e psicossocial do trabalhador, tanto assim o é que se encontra no rol dos direitos trabalhistas elencados no art. 7º da Constituição Federal.

Veja-se que os argumentos utilizados para a necessidade de concessão do repouso no sétimo dia estão enraizados na proteção da saúde física e mental e na preservação do convívio social e familiar dos trabalhadores, preocupação esta conecta à finalidade do direito em questão, não podendo se estender o prazo limite para a concessão do intervalo semanal, sob pena de mitigar garantia constitucional.

A fixação de um mínimo existencial pela jurisprudência é a aplicação de toda a teoria da eficácia dos direitos fundamentais no direito do Trabalho. Por serem direitos fundamentais sociais, aqueles direitos previstos no art. 7º da Constituição Federal possuiriam na sua essência e em seu âmago, revestimento de indisponibilidade, representando parâmetro mínimo de dignidade eleito pelo constituinte originário.

A existência de uma intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, como última esfera de proteção dos direitos, protege-os de qualquer atuação tendente a comprometer sua essência, não podendo ser violado por particulares ou por ação estatal. Representa dizer, pela jurisprudência, que os interesses das categorias firmados em normas coletivas de trabalho nunca poderão prevalecer sobre o que disposto pelos interesses públicos, mas poderão sobrepor-se sobre os interesses privados, desde que respeitado o conteúdo essencial dos direitos sociais.

Nesse contexto, Vólia Bomfim Cassar afirma que

A Constituição Federal de 1988 é uma Constituição Social, preocupada com o combate da exploração do homem pelo homem e defende a aplicação direta dos princípios nela contidos como meio de reforçar a proteção aos hipossuficientes. Deve haver ponderação entre a flexibilização das relações de trabalho e a realização dos valores sociais preservadores da dignidade do ser humano que trabalha, através da aplicação da teoria pós-positivista dos princípios constitucionais, priorizando o homem, o trabalhador e sua dignidade, sempre à luz das necessidades brasileiras. (2012, p. 35).

Em outros tempos falava-se muito das obrigações do Estado para com a sociedade, numa verticalização dos deveres-direitos do Estado para com as

peças humanas. Entretanto, a verticalização tradicional foi revista e compreendeu-se que também nas relações entre particulares – horizontalidade –, os direitos fundamentais irradiam seus efeitos, inclusive nas relações trabalhistas.

É por isso que nas transações efetuadas entre sindicatos, ou entre sindicatos e empresários, não se deve ter em conta tão somente a liberdade de atuação dessas entidades e de sua criatividade jurídica para a instituição de direitos. Essa liberdade absoluta de atuação não parece ser compatível com a figura do Estado Democrático de Direito. Num ambiente de exercício de direitos sociais fundamentais, prevalece a ideia central de que os avanços e conquistas realizados pela sociedade não podem ser retrocedidos, sendo que as normas coletivas são um instrumento social democrático para a persecução da evolução civil.

E a doutrinadora de direito do trabalho continua alegando que

A fixação, em sede constitucional, dos direitos trabalhistas, de valores éticos e de princípios protetores e democráticos, todos com força normativa, limitou ainda mais a liberdade contratual e os poderes patronais. A constitucionalização do Direito do Trabalho tornou mais intenso o caráter de indisponibilidade dos direitos trabalhistas em face da irradiação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ali preconizados. Daí a ideia de que os direitos trabalhistas são fundamentais e, como tal, se impõem aos cidadãos em suas relações interpessoais e interprivadas, constituindo-se em limite à autonomia da vontade de negociar. (CASSAR, 2013, p. 205)

E não se pode deixar de notar o destaque que a jurisprudência faz quando se trata de transação de direitos relacionados à saúde, higiene e segurança do trabalho. A flexibilização em tema de normas de saúde e segurança no trabalho não poderia ser praticada pelos particulares, sejam eles sindicatos ou empresas.

É o que se verifica nos casos de nulidade da norma coletiva que transaciona o intervalo intrajornada, seja na hipótese de supressão ou no caso de redução. Observe-se o seguinte precedente:

“RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL. REDUÇÃO POR NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INVALIDADE. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. SÚMULA 437, II, DO C. TST. O intervalo mínimo estabelecido em lei para refeição e descanso é direito indisponível do trabalhador, concernente à sua higidez física e mental, sobre o qual não podem dispor as partes em absoluto, sequer por negociação coletiva. Se concedido parcialmente ou suprimido o intervalo, deve ser pago o período total correspondente, acrescido do adicional de horas extraordinárias. Exegese da Súmula nº 437, I e II, do c. TST. Recurso de revista conhecido e provido. (...)” (TST-ARR-915-35.2010.5.02.0255, 6ª Turma, Rel. Min.: Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 10/10/2014).

Nesses casos, a jurisprudência do TST é pacífica ao afirmar que o intervalo intrajornada, porque constitui medida de higiene, saúde e medicina do trabalho, garantido por norma de ordem pública (arts. 71 da CLT e 7º, XXII, da Constituição Federal), é infenso à negociação, conforme Súmula 437, II, do TST.

No ordenamento jurídico brasileiro há diversas normas que buscam a proteção da saúde e segurança do trabalhador. A Convenção nº 148 da OIT, que entrou em vigor em 1983 no Brasil, tem o propósito de prevenir e limitar os riscos profissionais no local de trabalho, provenientes da contaminação do ar, do ruído e vibrações. Também em vigor no país desde 1993, a convenção nº 155 da OIT, que versa sobre a segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho.

Por sua vez, o art. 7º, XXII, da Constituição Federal estabelece que são direitos dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. E esta é uma diretriz que deve ser adotada pelas leis e demais fontes do Direito do Trabalho. (SÜSSEKIND, 1990, p. 439)

Segundo Cláudio Mascarenhas Brandão, “o dispositivo visa assegurar ao trabalhador o direito à adoção, no âmbito da empresa, de uma política de ação preventiva no sentido de reduzir os riscos inerentes à atividade realizada.” (2010, p. 24). Além disso, na própria CLT encontram-se diversas normas visando à proteção da saúde do trabalhador, segurança no meio ambiente de trabalho, proteção das normas de ergonomia, redução dos riscos inerentes ao trabalho, tudo com o amparo constitucional dos princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho. Tenta-se proteger o trabalho de diversos agentes agressivos, tais como o ruído, o calor, o frio, os agentes químicos e biológicos, o risco de acidentes, o trabalho noturno e em turnos, as horas extras habituais, a organização rígida do trabalho, o ambiente psicológico e social, dentre outros. (OLIVEIRA, 2010, p. 148)

Mas retornando à análise do intervalo para descanso e alimentação, a única possibilidade de haver a redução do intervalo intrajornada seria na situação prevista no § 3º do art. 71 da CLT, quando, por ato do Ministério do Trabalho e Emprego, se constatar que o estabelecimento empresarial atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios e quando os empregados da referida empresa não estiverem submetidos a regime de prorrogação de horas suplementares.

No caso do aresto colacionado, seria inviável se cogitar de redução ou supressão do intervalo, que se trata de direito indisponível do trabalhador. Já na previsão do parágrafo terceiro do art. 71 da CLT, a redução poderá ser estabelecida quando atendidos os requisitos, pressupostos estes que resguardam a saúde dos trabalhadores e, conseqüentemente, sua segurança no labor diário.

O que se pode extrair da conjugação do julgado com a previsão legal é que as normas regulamentadoras da saúde e segurança do trabalhador são uma manifestação do poder de polícia da Administração Pública em seu aspecto regulamentar, visando à segurança, à integridade e à sanidade dos cidadãos afetados. (BERNARDES, 1997, p. 302)

Nesse sentido, Hugo Bernardes assevera que a

...objeção que se faria à modificação de normas de segurança e saúde do trabalhador através de negociação coletiva é a de que, por mais numerosas que sejam, tais normas devem representar o que é tecnicamente indispensável para essa proteção, não se podendo conceber uma redução sem dano ao sistema implantado e grave risco à integridade e à saúde física e mental do trabalhador. (1997, p. 302)

A preocupação que se tem é com o todo sistemático implantado pela legislação trabalhista para cuidar da saúde dos trabalhadores, que se trata de interesse público. É interesse da sociedade, por exemplo, que se reduzam os custos advindos dos acidentes de trabalho, os quais recaem sobre a previdência social. Pelo fato de que o ônus da baixa proteção conferida aos empregados não incide sobre as empresas ou os sindicatos que transacionaram as normas referentes à saúde e segurança do trabalho é que seria inviável a disposição desses direitos pelos particulares. O interesse deixa de ser meramente privado para se tornar uma reivindicação social.

Todavia, o próprio TST que já afirmou a impossibilidade de se transacionar direito que dispõe acerca das normas de saúde e segurança do trabalhador, já ratificou a flexibilização por meio de norma coletiva da hora noturna reduzida e, em contrapartida, um aumento no adicional noturno, superior ao legalmente estabelecido. Observe-se:

“RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI N° 11.496/2007. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA. HORA NOTURNA DE 60 MINUTOS. ADICIONAL NOTURNO SUPERIOR AO LEGAL. FLEXIBILIZAÇÃO. NORMA COLETIVA. VALIDADE. 1. Discute-se,

no presente caso, a validade da norma coletiva que concede o pagamento do adicional noturno superior ao legal em contrapartida a não redução da hora noturna. 2. Nos termos do artigo 7º, XXII, da CF, é assegurado aos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. 3. Nesse sentido, o artigo 73, caput e § 1º, da CLT estabelece o pagamento do adicional noturno, que corresponde ao acréscimo de pelo menos 20% sobre a hora diurna, bem como preceitua que a hora noturna será computada como de 52 minutos e 30 segundos. 4. Por outro lado, é cediço que o artigo 7º, XXVI, da CF elevou os instrumentos coletivos ao nível constitucional, prestigiando e valorizando a negociação coletiva. 5. Consoante se extrai do acórdão turmário, a norma coletiva compensa a ausência de redução ficta da hora noturna com a fixação de adicional noturno nas alíquotas de 40% (horas noturnas trabalhadas em condições normais) e de 50% (horas noturnas trabalhadas em condições de prolongamento da jornada). 6. Verifica-se, pois, não se tratar de supressão pura e simples de direito legalmente previsto, mas, sim, modificação do seu conteúdo com concessões recíprocas, restando assegurado ao trabalhador condição mais favorável do que a estabelecida na legislação trabalhista. 7. Nesse contexto, tem-se como válido o instrumento coletivo, porque assentado no artigo 7º, XXVI, da CF e no princípio do conglobamento, norteador do instituto da negociação coletiva, segundo o qual se tem como mais benéfica a norma coletiva como um todo, abordada em seu conjunto, e não pelo foco particular de cada cláusula ou matéria. 8. No mesmo sentido, esta Subseção Especializada, recentemente analisando situação semelhante, decidiu ao julgar o processo nº TST-E-RR-60800-43.2004.5.03.0099. Recurso de embargos conhecido e provido." (TST-E-E-ED-RR-66000-88.2009.5.03.0088, SbDI-1, Rel. Min.: Dora Maria da Costa, DEJT 30/08/2013).

Neste caso, argumenta-se que a Constituição Federal valida a norma coletiva diante das previsões contidas no art. 7º, incisos VI e XXVI. Nos dizeres de Otávio Brito Lopes,

Quando a Constituição permite a flexibilização mediante redução salarial, deve-se entender que o termo salário alberga todas as parcelas de natureza salarial, que são aquelas pagas como contraprestação pelo serviço prestado, e não apenas o salário "stricto sensu". (2000, página única)

E, dentro deste conceito de salário, encontra-se a parcela denominada adicional noturno, a qual poderia ser transacionada até mesmo porque, no caso, não haveria redução salarial. Nessa linha, a regra coletiva não seria prejudicial ao trabalhador, uma vez que ela alcançaria direito de disponibilidade relativa e que haveria, de fato, uma negociação, sem afronta ao princípio da proteção do trabalhador ou a direitos fundamentais. Argui-se, ainda, a observância da teoria do conglobamento, segundo a qual deve ser considerada a norma coletiva em sua totalidade, porque é defeso considerar-se somente as cláusulas benéficas aos trabalhadores.

Por ser um posicionamento que destoa da jurisprudência traçada pelo tribunal no que se refere à impossibilidade de transação de direitos que regulem proteção à saúde e segurança do trabalhador, este caso merece uma análise acurada.

Conforme leciona Sebastião Geraldo de Oliveira, haveria três estratégias básicas do legislador para lidar com os agentes agressivos. A primeira seria a promoção de um aumento salarial a fim de compensar o maior desgaste do trabalhador. A segunda seria a proibição do trabalho. E a terceira e última seria a redução da jornada de trabalho daquele submetido a condições de risco de sua saúde. (2010, p. 129)

A legislação trabalhista utilizou-se de dois mecanismos para recompensar o trabalho noturno. Primeiramente majorou a remuneração do trabalhador urbano para 20% e do trabalhador rural para 25%, no mínimo. E o outro mecanismo foi a redução da hora noturna do obreiro urbano para 52 minutos e 30 segundos. Atuando como um centro de positividade, a norma coletiva suprimiu um mecanismo para concentrar a proteção na compensação salarial, elevando o adicional mínimo previsto na lei. O TST considerou válida a inovação jurídica sob os fundamentos de que tal se encontrava nos estritos limites da autonomia negocial privada e de que não houve prejuízo ao trabalhador.

O Brasil tem preferido, equivocadamente, a monetização do risco, quando, por exemplo, estabelece adicional de 10%, 20% ou 40% para os diferentes níveis de insalubridade. Ou quando firma adicional de 30% pelo trabalho em condições perigosas. E sedimenta tal entendimento ao estabelecer a aposentadoria especial para aqueles que trabalham em atividades penosas, perigosas ou insalubres. É equivocado tal posicionamento porque “A opção de instituir recompensa monetária pela exposição aos riscos desvia a preocupação com o problema central, que é a saúde do trabalhador.” (OLIVEIRA, 2010, p. 130) É como se o trabalhador vendesse sua saúde em troca de um acréscimo salarial.

Um olhar constitucional sobre o tema, leva-nos à conclusão de que o direito à saúde, em última esfera, é decorrente do direito à vida, que se trata de um direito fundamental do trabalhador. Seria o caso, então, de perguntar se a jurisprudência do tribunal se encontra dissonante ou se realmente esse seria o campo de atuação dos

acordos e convenções coletivas de trabalho, em decorrência da consagração constitucional do princípio da autonomia privada.

Mas a fixação da hora noturna em sessenta minutos fica condicionada a outra parcela compensatória, que possa ser mais benéfica que o prejuízo sofrido pelo empregado por ter seu direito legalmente previsto diminuído. Sem contrapartida, não será possível validação da norma coletiva, pois significaria apenas a renúncia a direito, conforme se depreende do seguinte acórdão:

“(...) HORA NOTURNA DE SESSENTA MINUTOS. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. AUSÊNCIA DE BENEFÍCIO COMPENSATÓRIO. INVALIDADE. Acórdão regional em consonância com a jurisprudência reiterada desta Corte Superior, no sentido de que é inviável o reconhecimento de validade e eficácia à norma coletiva mediante a qual fixada duração de sessenta minutos para a hora noturna em hipótese como a dos autos, em que consignado pelo Tribunal Regional que -a norma coletiva em análise estabeleceu que a hora noturna será de 60 minutos, sem no entanto estabelecer qualquer outro benefício compensatório. Recurso de embargos conhecido e não provido, no tópico. (TST-E-RR620600-74.2004.5.09.0002, SbDI-1, Rel. Min.: Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 05/09/2014).

Por fim, um outro enfoque poderia ser dado à questão relacionada ao mínimo existencial do cidadão, que é quando se procede à vinculação da noção de patamar civilizatório mínimo às normas de ordem pública, de caráter cogente.

Süssekind afirma que

As normas de ordem pública criam direitos inderrogáveis à vontade das partes sobre as quais incidem, ressalvadas as hipóteses de flexibilização permitidas pelo sistema jurídico aplicável. *Contrario sensu*, os direitos resultantes de cláusulas contratuais a que não correspondem preceitos do *jus cogens* são, em princípio, renunciáveis e transacionáveis, desde que não ocorra vício de consentimento e não sejam desatendidas as regras a respeito estipuladas pela lei. (1997, p. 204)

Nesse contexto, a finalidade das regras de ordem pública no Direito do Trabalho consistiria justamente em evitar o abuso da autonomia da vontade, fazendo com que os indivíduos dela desfrutassem na medida em que o seu uso fosse compatível com o interesse social. (SÜSSEKIND, 1997, p. 203)

E com base nesse entendimento, alguns acórdãos asseveram que a liberdade de autonomia estaria restrita ao campo em que não houvesse a atuação do Estado na defesa dos direitos trabalhistas, outorgando garantias mínimas aos cidadãos. O art. 7º, XXVI, da Constituição Federal somente poderia ser contemplado quando a verba em discussão não fosse definida legalmente.

Tal marco delimitativo da autonomia privada coletiva – qual seja, preceitos legais de caráter cogente - resta evidenciado quando o Tribunal Superior do Trabalho analisa a questão da flexibilização dos minutos residuais que antecedem ou sucedem a jornada de trabalho. Tal direito é fruto de reconhecimento jurisprudencial que, interpretando o art. 4º da CLT, deduziu que não poderia haver o elastecimento do tempo residual de trabalho a fim não se contabilizar como trabalho em sobrejornada.

O art. 4º da CLT afirma que “considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.”. E considerou-se que os empregados estavam à disposição do empregador, tendo em vista que, ao revés de cuidarem dos seus assuntos, utilizando o tempo de suas vidas com suas famílias ou afazeres pessoais, deslocavam-se para a empresa situada em local remoto ou gastavam tempo no trabalho antes/depois do cumprimento de sua jornada.

Após reiterada jurisprudência, a Lei nº 10.243/01 introduziu na CLT o parágrafo primeiro dispondo sobre os minutos residuais, que agora passaram a ter expressa previsão legal.

A mais alta Corte trabalhista firmou-se no sentido de possibilitar a livre negociação dos minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho no período anterior à vigência da Lei nº 10.243/01. Veja-se:

“RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS - MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO - CONVENÇÃO COLETIVA. No tocante ao período anterior à vigência da Lei nº 10.243/2001, não há como desconsiderar a particularidade contida no instrumento normativo pactuado entre as partes determinando a desconsideração dos minutos que antecedem e sucedem cada turno. É que a autonomia privada coletiva restou elevada a nível constitucional pela Carta Maior de 1988 (artigo 7º, inciso XXIV), e, portanto, merece ser privilegiada. Recurso de revista conhecido e provido. (...)”. (TST-RR-106300-93.2001.5.09.0092, 2ª Turma, Rel. Min.: Renato de Lacerda Paiva, DEJT 14/05/2010)

Conforme se depreende da leitura do excerto acima transcrito, considerou-se que as normas coletivas são atos livres e voluntários entre as partes, garantidas pela Constituição Federal como fontes formais do Direito do Trabalho e que, no tocante ao período anterior à vigência da lei nº 10.243/01, o direito do empregado aos

minutos residuais poderia ser alterado por negociação coletiva, e o acordo coletivo que dispusesse sobre o elastecimento destes minutos residuais não considerados à disposição do empregador, mediante norma coletiva, deveria ser observado e fielmente cumprido, surtindo seus efeitos jurídicos e legais por força do artigo 7º, XXVI, da Constituição da República.

Entretanto, relativamente ao período posterior a 2001, o TST adotou o entendimento de que seria inviável norma coletiva dispor sobre os minutos residuais, sob o fundamento de que a lei 10.243/01, que fixou o limite de 05 minutos que antecedem e sucedem a jornada, tornou indisponível o direito em questão, porque assegurado por norma de ordem pública. Nesse sentido o seguinte precedente esclarecedor:

“RECURSO DE REVISTA. (...) CONTAGEM DAS HORAS EXTRAS MINUTO A MINUTO - NORMA COLETIVA - PERÍODO POSTERIOR À LEI Nº 10.243/2001 (alegação de violação do artigo 7º, XXVI, da CF/88). Ressalvado o meu entendimento de que não há como desconsiderar a particularidade contida no instrumento normativo pactuado entre as partes determinando a desconsideração, a cada marcação, dos minutos que antecedem e que sucedem a marcação dos cartões-de-ponto, uma vez que a autonomia privada coletiva restou elevada a nível constitucional pela Carta Maior de 1988 (artigo 7º, inciso XXVI), e, portanto, merece ser privilegiada, apesar da nova redação conferida pela Lei nº 10.243/2001 ao artigo 58, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, acompanho o entendimento desta Corte trabalhista, que, em decisão recente proferida pela SBDI-1, entendeu que negociação coletiva não pode prevalecer em razão da existência da Lei nº 10.243/2001, que fixou o limite de 05 minutos que antecedem e sucedem a jornada, o que torna indisponível o direito por ser assegurado por norma de ordem pública. Já em relação ao período anterior à Lei nº 10.243/2001, cabe referir que, considerando que o acordo coletivo é ato livre e voluntário entre as partes, garantido pela Constituição Federal como fonte formal do Direito do Trabalho, e que os minutos residuais não se encontram inseridos no rol dos direitos mínimos assegurados ao trabalhador, o direito do empregado aos minutos residuais pode ser alterado por negociação coletiva, e o acordo coletivo que dispuser sobre o elastecimento destes minutos residuais não considerados à disposição do empregador, mediante norma coletiva, deve ser observado e fielmente cumprido, surtindo seus jurídicos e legais efeitos por força do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.” (TST-RR-50100-04.2005.5.04.0662, 2ª Turma, Rel. Min.: Renato de Lacerda Paiva, DEJT 14/05/2010).

Tal entendimento resultou na criação da OJ 372 da SBDI-1 do TST, posteriormente convertida na Súmula 449 do TST, com o seguinte teor:

“A partir da vigência da Lei nº 10.243, de 19.06.2001, que acrescentou o § 1º ao art. 58 da CLT, não mais prevalece cláusula prevista em convenção ou acordo coletivo que elastece o limite de 5 minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho para fins de apuração das horas extras.”

O argumento de que a partir da vigência da Lei nº 10.243/01 os minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho não poderiam ser objeto de pactuação, porque se encontram amparados por norma de ordem pública cogente deve, certamente, ser questionado.

O estabelecimento desse marco divisor de águas pode criar teratologias no mundo jurídico. Pela jurisprudência que se consolidou, a diferença de 1 dia é determinante para a configuração da (in)disponibilidade do direito aos minutos que antecedem ou sucedem a jornada de trabalho.

Ocorre que a indisponibilidade de um direito não decorre tão somente de sua previsão em norma pública, pois ela vem, conforme assentado por Delgado, da exigência de uma determinada sociedade em um determinado contexto histórico. Nesse sentir, o patamar mínimo civilizatório não seria definido apenas pelo quanto previsto expressamente em lei, mas seria aquilo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico (DELGADO, 2014, p. 86), o que introduz a noção de que o mínimo existencial não é delimitado em preceitos legais de caráter cogente, porque não se constitui num rol estanque e unívoco. É, muito pelo contrário, marcado pela fluidez inerente à complexidade das relações de trabalho.

III. II – A limitação das horas *in itinere* a partir dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade

A questão da flexibilização do direito às horas *in itinere* ganha contornos distintos, pois o TST estabeleceu limites diferentes daqueles anteriormente vistos às transações de direitos quando estes se tratam do direito dos trabalhadores às horas *in itinere*.

O instituto jurídico em questão nasceu no âmbito rural, porque trabalhadores eram obrigados a percorrer longas distâncias para laborar nas fazendas e dispendiam muitas horas no trajeto ida-e-volta para o local de trabalho. Nessas condições, firmou-se jurisprudência com fulcro no art. 4º da CLT no sentido de computar esse horário excedente na jornada do empregado, direito esse que foi acrescido ao parágrafo 2º do art. 58 da CLT pela Lei nº 10.243/2001.

Da análise histórica, bem como da observação topográfica da inserção desse direito na CLT, verifica-se que se trata de norma afeta à "duração do trabalho" (Capítulo II do Título II, referente a Normas Gerais de Tutela do Trabalho) e não à "medicina e segurança do trabalho" (Capítulo V do mesmo Título). E, tratando-se de norma referente à jornada de trabalho, não estaria, em tese, infensa à negociação coletiva, em face do que dispõe textualmente a Constituição Federal em seu art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, ao prestigiar as convenções e acordos coletivos e referir as matérias passíveis de flexibilização (salário e jornada de trabalho).

De início, os acordos e convenções coletivas que dispunham sobre horas de percurso eram honrados, por aplicação do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. Com base nesse artigo que a jurisprudência conferia validade às pactuações que reduziam o direito às horas *in itinere*.

Dizia-se que o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal dispunha sobre o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, devendo, assim, ser considerado o pactuado entre os empregados e empregadores no tocante às horas *in itinere*, sob pena de ferir o Texto Constitucional, tornando letra morta a previsão de negociação coletiva. Sustentava-se que o disposto no parágrafo 2º do artigo 58 da CLT, embora tivesse reconhecido o direito às horas de percurso, não se caracterizava como direito indisponível dos empregados. Dever-se-ia, então, privilegiar o ajuste autônomo das relações coletivas de trabalho, no tocante à fixação das horas a título de horas de percurso. Nesse sentido o seguinte precedente:

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. HORAS *IN ITINERE*. PERÍODO POSTERIOR À LEI Nº 10.243/2001. LIMITAÇÃO QUANTITATIVA. NORMA COLETIVA. Esta Corte Superior firmou sua jurisprudência no sentido de ser válida cláusula normativa que delimita o tempo do percurso, independentemente do despendido na realidade, a limitar o pagamento das horas *in itinere*, em nome do princípio da liberdade de negociação, consagrado no art. 7º, XXVI, da Lei Maior, que assegura o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. Recurso de embargos conhecido e provido.” (TST-E-RR-108900-92.2007.5.09.0669, SbDI-1, Rel. Min.: Rosa Maria Weber, DEJT 01/10/2010).

Ocorre que o inciso XXVI do artigo 7º da Constituição da República jamais autorizou os sindicatos a abrir mão das garantias mínimas asseguradas em lei para seus representados. O “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” é, junto com o contido nos demais incisos do art. 7º, um dos “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua

condição social”. Como as garantias mínimas previstas na CLT estão incluídas nesses “outros direitos”, qualquer previsão convencional em contrário constitui violação do *caput* do art. 7º da Constituição Federal (e encontra óbice também no art. 9º da CLT), salvo se houver expressa autorização nesse sentido no próprio texto constitucional, como é o caso da “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”, da “jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva” e da “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

A Constituição Federal de 1988 (art. 7º, VI, XIII e XIV) incentivou a solução negociada dos impasses decorrentes das relações laborais, autorizando a flexibilização da jornada e dos salários, desde que observada a regular via da negociação coletiva. E aqui, mais uma vez, se constata a existência de outro limite às negociações coletivas. Os instrumentos normativos pressupõem a restrição de direitos e, em contrapartida, a concessão de vantagens, sob pena de impor benefícios unilateralmente. É desnecessária, e até mesmo inútil, norma coletiva com o objetivo de estabelecer vantagens aos trabalhadores, uma vez que a alteração benéfica dos contratos de trabalho poderia ser realizada unilateralmente (art. 468 da CLT).

Assim, os negociadores devem sempre observar essa questão central na elaboração das normas coletivas: a partir do momento em que as partes dispõem de seus direitos, e a negociação fica demasiadamente vantajosa para um dos polos, cláusulas poderão ser invalidadas judicialmente por transporem seus limites.

Não se pode pretender que normas autônomas pretiram direitos que não se encontram na esfera de disponibilidade obreira.

Nesse ponto é que o esquecimento do princípio da adequação setorial negociada não acha espaço, mínimo que seja. Os ajustes firmados pelas categorias profissional e econômica devem atentar-se às regras estatais de caráter imperativo, seja no âmbito constitucional, seja no âmbito infraconstitucional, conforme leciona o professor Maurício Godinho Delgado (2014, p. 144-145). Esse o limite inarredável imposto à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista.

E, nesse passo, quando a avença coletiva ultrapassa os limites impostos pelo ordenamento jurídico pátrio à criatividade jurídica, cumpre ao Poder Judiciário aparar as arestas existentes ou mesmo expungir do instrumento normativo o que não se coaduna com as regras estatais imperativas.

E assim vem trabalhando a jurisprudência, no ideário de conter as negociações que beiram a renúncia de direitos trabalhistas. Avançando o posicionamento anteriormente exposto quanto às horas de percurso, o TST fixou como parâmetro para validação ou não das cláusulas coletivas a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo traçado a orientação de que há situações em que os acordos se mostram desarrazoados, dependendo do tempo efetivamente gasto pelo empregado no deslocamento para o trabalho e o tempo prefixado na norma coletiva, conforme se depreende do seguinte acórdão:

“I - RECURSO DE EMBARGOS DO AUTOR. HORAS *IN ITINERE*. REDUÇÃO VIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. INVALIDADE DA NORMA COLETIVA. Esta Subseção tem entendido que deve prevalecer o acordo coletivo celebrado pela entidade sindical representativa da categoria dos trabalhadores, tendo por base a livre estipulação entre as partes, desde que respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como o princípio de proteção ao trabalho. Assim, considera-se intolerável a simples supressão ou renúncia de direitos, o que aqui se verifica. Na hipótese, o empregado despendia 3 horas e 20 minutos no trajeto e a norma coletiva remunerava 1 hora diária. A norma coletiva fixava a remuneração de apenas 30% do tempo efetivamente gasto no percurso, fato que conduz à conclusão inarredável de que não foram respeitados os parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade. Não se trata de mera limitação, mas sim de supressão de direitos. Recurso conhecido por divergência jurisprudencial e provido. (...)” (TST-E-ED-RR-173200-49.2008.5.09.0242, SbDI-1, Rel. Min.: Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 03/10/2014);

Observe-se que, no caso acima retratado, a norma coletiva remunerava 1 hora diária pelo tempo despendido no deslocamento do trabalhador, conquanto o tempo efetivamente gasto fosse de 3h20min. Nessa situação, o Tribunal reputou verdadeira supressão, ou renúncia de direitos trabalhistas, a inovação no mundo jurídico promovida pela norma coletiva. Um segundo caso perfilhando o mesmo entendimento traçado no aresto anterior:

“EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007. ACORDO COLETIVO QUE FIXA O NÚMERO DE HORAS *IN ITINERE* A SEREM PAGAS INFERIOR À METADE DO TEMPO REAL GASTO NO TRAJETO. INVALIDADE. CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE. As normas coletivas de trabalho devem ser resultado de concessões recíprocas entre as partes convenientes, mas não podem ser utilizadas para determinar condições menos favoráveis aos empregados do que aquelas previstas na lei, pois o inciso XXVI do artigo 7º da Constituição da República, que estabelece como

direito fundamental dos trabalhadores o -reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho-, deve ser interpretado e aplicado em consonância com o *caput* daquele mesmo preceito constitucional, que preceitua, claramente, que seus incisos somente se aplicam para fixar um patamar mínimo de direitos sociais, -além de outros que visem à melhoria de sua condição social-. Diante disso, esta SBDI-1, por significativa maioria, voltou a consagrar o entendimento de que, a despeito da possibilidade de prefixação das horas *in itinere* por meio de norma coletiva, a limitação deve ser razoável, de forma a não causar maior prejuízo ao empregado, adotando-se o critério de que o limite de horas *in itinere* a serem pagas não poderá ser inferior à metade do tempo efetivamente gasto no percurso, sob pena de se configurar renúncia a direito, não admitida no Direito do Trabalho (E-ED-RR - 46800-48.2007.5.04.0861, de relatoria do Ministro João Batista Brito Pereira, julgado em 8/8/2013, publicado no DeJT de 6/9/2013). No caso dos autos, segundo registrado na decisão ora embargada, o trabalhador gastava três horas no percurso de sua casa ao local de trabalho e vice-versa, tendo sido fixado, em acordo coletivo, o limite de pagamento de apenas uma hora de percurso por dia, de modo que o empregado arcava com o prejuízo de duas horas *in itinere* por dia, não se podendo considerar razoável a limitação havida. Embargos conhecidos e desprovidos.” (TST-E-RR-892-72.2012.5.18.0191, SbDI-1, Rel. Min.: José Roberto Freire Pimenta, DEJT 10/10/2014).

Afere-se, dos dois acórdãos supratranscritos, a fixação de um novo limite à negociação das horas *in itinere*: os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Tais princípios, todavia, mostram-se como critérios vagos, uma vez que não permitem ao intérprete da negociação coletiva estabelecer um parâmetro certo e objetivo a ser seguido e aplicado em situações similares. Foi por isso que a jurisprudência do TST, deixando pra trás qualquer sobra de conservadorismo que pudesse lhe conter, aduziu que “o limite de horas *in itinere* a serem pagas não poderá ser inferior à metade do tempo efetivamente gasto no percurso, sob pena de se configurar renúncia a direito”, sendo esta a consubstanciação do razoável e proporcional.

Extraí-se, de tal entendimento jurisprudencial, que uma norma coletiva que limitar o direito às horas *in itinere* em 50% do efetivamente dispendido no trajeto casa/trabalho/casa, será considerada válida e integrará o contrato de trabalho dos obreiros pertencentes àquela classe profissional. Se, todavia, o trabalhador gastar 2h10min no deslocamento para o local de trabalho e retorno à sua residência, e a norma coletiva prefixar o pagamento de uma hora *in itinere* por dia efetivamente trabalhado, independente do número de horas dispendidas no trajeto, tal pactuação não terá validade.

Algumas críticas aqui mostram-se oportunas, diante da jurisprudência do TST. O Poder Judiciário não pode deduzir o que seria proporcional ou razoável, sob pena

de malferir o princípio da autonomia privada coletiva. Isso porque a proporcionalidade e razoabilidade na fixação do número de horas *in itinere* a ser pago é juízo valorativo a ser feito pelas partes na negociação coletiva, em face das vantagens compensatórias, acessibilidade maior ou menor do local de trabalho, ponderando se a comodidade do transporte já não é vantagem suficiente, que justifique a não oneração maior da empresa.

Nesse contexto, o saber se são razoáveis ou não os limites traçados em negociação coletiva relaciona-se a argumentos de política e não de princípios. E, se a própria Constituição da República confere discricionariedade às partes, não se deve invocar critérios valorativos para afirmar a invalidade da cláusula, sob pena de esvaziamento dos princípios da segurança jurídica e da autonomia negocial coletiva.

Um segundo ponto, é a questão relativa à competência constitucional do Tribunal acerca do estabelecimento de tais limites. Não cabe ao Poder Judiciário ser legislador positivo (porque a jurisprudência que ora se critica assim o faz), erro em que se incorreria se quisesse estabelecer regra de proporcionalidade aleatória, estimulando o subjetivismo judicial, quer adotando o critério de não se permitir fixação de valor inferior à metade das horas efetivamente transportadas, quer estabelecendo variação não superior a uma hora das efetivamente prestadas (TST-E-RR-471-14.2010.5.09.0091, SbDI-1, Redator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, DEJT 20/04/2012).

Percebe-se, assim, que a delimitação do transacionável mediante normas coletivas reveste-se de complexidade, tal como as próprias relações trabalhistas. Se, por um lado, determinar que normas de ordem pública não estão afetas à negociação mostra-se como um critério estável e desprovido de sensibilidade às questões concretas das classes econômica e profissional, de outra forma os critérios da razoabilidade e proporcionalidade são sempre problemáticos no Direito, porque amplos e demasiadamente vagos.

CONCLUSÃO

O Direito do trabalho possui forte regulamentação por parte do Estado, porque esta é vista como a forma mais segura e eficaz para a garantia da proteção desejada. Se, por um lado, o aspecto institucional do direito do trabalho é importante, é inegável o valor que detém a sua face contratual. Não por outro motivo se valoriza o contrato de emprego.

É por isso mesmo que a jurisprudência majoritária do TST, nos últimos tempos, firmou o entendimento de que as condições mínimas de trabalho insertas em normas de ordem pública são inderrogáveis pela vontade das partes, ainda que a disposição tenha sido efetuada na esfera da autonomia negocial coletiva. Não obstante, trata-se de impressão errônea aquela que conduz ao pensamento de que o sistema protetivo é fechado, unívoco e estanque de acordo com aqueles direitos outorgados pela legislação trabalhista.

A Constituição Federal de 1988 possibilitou a flexibilização das condições de trabalho no art. 7º, incisos VI, XIII e XIV, ao prever a redução salarial, a compensação de jornadas e a majoração da jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, tudo mediante acordos ou convenções coletivas de trabalho.

As normas de um ordenamento jurídico devem ser lidas e interpretadas de forma sistemática com o todo, inclusive com os princípios que, além de normas programáticas e interpretativas, possuem conteúdo normativo prévio (BONAVIDES, 2000, p. 257). Assim é que as fontes do Direito do Trabalho devem ser criadas, não importando se autônomas ou heterônomas, observando os princípios da proteção, da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, da valorização social do trabalho e da dignidade da pessoa humana.

O disposto no *caput* do art. 7º da Constituição da República assevera que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais aqueles enumerados nos incisos subsequentes, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. Este preceito constitucional, interpretado e rearticulado pelos operadores do direito, suscita a ideia de que o rol do artigo 7º é meramente exemplificativo, conduzindo, na

verdade, a uma reflexão sobre a expansão do manto constitucional a outros direitos trabalhistas não elencados naquele artigo, mas revestidos de igual proteção jurídica.

A noção do patamar civilizatório mínimo muitas vezes é confundida, levemente, como sinônimo da legislação de proteção ao trabalhador (normas de ordem pública e cogente). Todavia, para além da sobreposição do legislado sobre o negociado, ou do negociado sobre o legislado, é que milita o princípio da proteção ao trabalhador. É subproduto do princípio da igualdade, que, por sua vez, busca elevar o trabalho ao mesmo plano do capital, já que o desnível se apresenta na inferioridade sócio-econômica e estrutural do trabalhador diante do poderio patronal.

Ocorre, entretanto, que a igualdade encontra-se em constante tensão com a liberdade, determinando a constituição dos direitos fundamentais no atual paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. Ao dissertar sobre o tema, o professor Menelick de Carvalho Netto afirma:

Liberdade e igualdade são retomados como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integrada por membros que reciprocamente se reconhecem pessoas livres e iguais, co-autores das leis que regem sua vida em comum. Esses direitos fundamentais adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania, o direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática do novo paradigma, o paradigma constitucional do estado Democrático de Direito e de seu Direito participativo, pluralista e aberto. (2004, p.37)

O fato do ser humano viver em sociedade e estar em contato com seus semelhantes que gozam das mesmas garantias conduz, inevitavelmente, à ideia de que os direitos são relativos, questionando-se o alcance do princípio protetivo e a existência de direitos trabalhistas providos de indisponibilidade absoluta.

Na aproximação dos dois princípios, a autonomia negocial coletiva se expande como resposta às exigências de paridade e liberdade, afinal, os entes sindicais disporiam sobre as principais reivindicações das categorias a fim de buscarem, mediante concessões recíprocas, a melhor solução às situações concretas vividas por empregadores e empregados de determinado setor produtivo.

A partir do reconhecimento constitucional conferido à autonomia negocial coletiva, através dos instrumentos de negociação coletiva consagrou-se a possibilidade das próprias partes construírem democraticamente suas condições de trabalho, atuando como verdadeiros centros de positividade e destituindo o Estado

daquela posição central e única na edição das fontes jurídicas (PEDRASSANI, 2013, p. 212). Dessa forma, os instrumentos coletivos estariam se apropriando da concepção de liberdade dada por Dworkin, na ideia de que as pessoas poderiam decidir por si mesmas o que se faz melhor para as suas vidas.

Las personas tienen la responsabilidad especial de programar sus vidas por sí mismas, en la medida en que son capaces de hacerlo, guiadas por sus propias convicciones acerca de lo que es la vida buena. La libertad protege dicha responsabilidad debido a que cuando un gobierno invade la libertad, disminuye el alcance de oportunidades y elecciones de los individuos y los deja con menos posibilidades de dirigir sus vidas de acuerdo con sus propios valores. (2005, p. 63)

Contudo, a autonomia negocial coletiva tem sido utilizada muitas vezes para a mera supressão de direitos trabalhistas, perdendo a elegância que detinha outrora (os sindicatos surgiram como fruto das lutas coletivas dos trabalhadores) e operando, contraditoriamente, contra o sistema jurídico de proteção ao trabalhador.

Dessa virada, a flexibilização das normas no Direito do Trabalho tem sido, historicamente, um pleito empresarial que se revela como uma reivindicação à diminuição dos custos sociais e maior condições sistêmicas de exercício do poder sobre o trabalho. (BARROS, 2013, p. 69)

Nesse contexto, a orientação fixada pelo TST quanto aos limites da autonomia coletiva privada é relevante, mas não satisfaz as grandes problemáticas que envolvem o tema. O parâmetro de que as normas coletivas não podem dispor sobre direitos que correspondam a medidas de higiene, saúde e segurança do trabalho, ou mesmo daqueles previstos em normas de ordem pública e cogentes, pode revelar-se inadequado a determinadas situações, porque não basta “carimbar” determinados direitos como indisponíveis sem considerar o contexto vivido pela categoria negociante. É que os direitos humanos não possuem um conteúdo apriorístico, mas um conteúdo constantemente trabalhado e retrabalhado pela comunidade concreta, em constante transformação.

Não se pode olvidar para o fato de que as relações de trabalho contemporâneas são complexas, dinâmicas, não estáveis e sujeitas às vicissitudes das inovações tecnológicas e modernização trabalhista. Com efeito, a lei jamais conseguiria acompanhar ou fazer-se à frente desse processo. Daí porque a flexibilização das normas trabalhistas pode surgir como um processo positivo,

mediante o qual as partes sentam à mesa de negociação no intuito de buscar a melhor solução para as barreiras que surgem no desenrolar do desenvolvimento social, não podendo ser ceifada por parâmetros estanques que dificultam a comunicação entre empregadores e empregados.

Pois como afirma Cristiano Paixão,

Daí a relevância dos atores coletivos, que detêm a prerrogativa constitucional de estabelecer normas que afirmam, muitas vezes de modo criativo, novos e velhos direitos. Trata-se, em verdade, de uma garantia de abertura. E abertura para um futuro incerto, imprevisível. (2009, p. 32)

Por outro lado, a intervenção do Estado nos contratos de trabalho vem para conceber a vida do trabalhador com dignidade (SÜSSEKIND, 1997, p. 206-207), contemplando um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, mostrando-se imprescindível diante da precarização das condições de trabalho via negociação coletiva.

Vê-se, portanto, a importância do princípio da proteção como norma-chave do sistema jurídico, que impede a restrição de direitos trabalhistas mediante instrumentos coletivos. Também faz-se possível constatar o imprescindível papel desempenhado pela autonomia negocial coletiva como forma de participação direta do cidadão trabalhador na efetivação de seus direitos fundamentais sociais.

Entre o indisponível e o negociável, seria possível, talvez de forma ousada e precipitada, deduzir que o maior limite que se poderia impor às negociações coletivas seria justamente a noção de que elas não são apenas fontes formais do direito do trabalho, mas fontes de direitos humanos trabalhistas (PAIXÃO, 2009, p. 15). Por ser fonte de direitos, o exercício da autonomia privada coletiva não poderia resultar justamente na mitigação de garantias fundamentais. E essa é uma fronteira insuperável pela liberdade negocial, elevando a discussão para além do negociado sobre o legislado, numa busca pela plena igualdade.

REFERÊNCIAS

Livros, revistas e artigos

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª edição. São Paulo: LTr, 2013.

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. **Renúncia e transação no direito do trabalho**. In: Manual de direito do trabalho: estudos em homenagem ao prof. Cássio Mesquita Barros. São Paulo: LTr, 1998, p. 595-617.

BERNARDES, Hugo Gueiros. **Flexibilização e proteção à saúde dos trabalhadores nas convenções coletivas**. Revista LTr, Vol. 61, nº 3, março, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador: uma necessária (re)leitura constitucional**. In: Revista LTr: legislação do trabalho, v. 74, nº 1, p. 24-29, jan/2010.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de Direito**. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (org.). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004.

_____. **Uma reflexão constitucional acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei**. In Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara -Veredas do Direito, Vol. 2, nº 4, jul./dez. 2005.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2012.

_____. **Princípio da irrenunciabilidade e da intransacionalidade diante da flexibilização dos direitos trabalhistas**. Revista LTr: legislação do trabalho, Vol. 70, nº 4, págs. 408-416, abril, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho.** 4ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

DWORKIN, Ronald Myles. **¿Existe conflicto entre Libertad e Igualdad? ¿Cómo decidir?** Texto disponível em <<http://www.actio.fhuce.edu.uy/Textos/6/dworkin.pdf>> Acesso em 23 nov. 2014.

_____. **Levando direitos a sério.** Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** Tradução: Jussara Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FERNANDES, Roberto Braga; FERNANDES, Juliano Gianechini. **A convenção coletiva como fonte autônoma do direito do trabalho: entre os limites constitucionais e o (des)cumprimento do seu papel como vetor de concretização da função social da empresa.** *Justiça do Trabalho*, Vol. 30, nº 353, págs. 66-83, maio, 2013.

FRANCKINI, João Carlos. **Irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas – Alcance pleno ou relativo do princípio informador?.** *Síntese Trabalhista*, Vol. 7, nº 83, págs. 16-18, maio, 1996.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Limitação das horas *in itinere* através de negociação coletiva.** *Gênesis: Revista de Direito do Trabalho*, Vol. 20, nº 117, págs. 378-387, setembro, 2002.

LONGHI, Dânia Fiorin. **Teoria do Conglobamento: conflito de normas no contrato de trabalho.** São Paulo: LTr, 2009.

LOPES, Otávio Brito. **Limites constitucionais à negociação coletiva.** *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 1, nº 9, fevereiro, 2000.

MEDEIROS, Renata Aguiar de. **Irrenunciabilidade e transação dos direitos trabalhistas.** *Revista LTr: legislação do trabalho*, Vol. 61, nº 3, págs. 346-348, março, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES FILHO, Evaristo. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1978.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo. **Entre a indisponibilidade e a negociação: as normas coletivas como fontes do direito do trabalho**. In: Caderno jurídico da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, v. 3, nº 4, p. 9-33, jul./ago. 2009.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. **A norma trabalhista e a sua legitimação**. Revista trabalhista: direito e processo, Vol. 7, nº 27, págs. 55-66, 07/09, 2008.

PEDRASSANI, José Pedro. **A indisponibilidade dos direitos e a autonomia negocial coletiva**. In: Os Pilares do Direito do Trabalho. Ives Gandra Martins Filho, Nelson Mannrich, Ney Prado (coordenadores). São Paulo: Lex Editora, 2013.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **A sociedade pós moderna e a evolução histórica do direito do trabalho no brasil e no mundo**. Texto inserido no EVOCATI, Revista nº 72. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=504>. Acesso em: 08 dez 2014.

PORTO, Noemia. **Para além do “Negociado x Legislado”: uma leitura da autonomia negocial coletiva e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas sob a égide dos direitos fundamentais**. In: Os Pilares do Direito do Trabalho. Ives Gandra Martins Filho, Nelson Mannrich, Ney Prado (coordenadores). São Paulo: Lex Editora, 2013, págs. 231-265.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do direito do trabalho**. Tradução: Edilson Alkimin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Modernização trabalhista: o legislado e o negociado, o progresso e o retrocesso e o aprendiz de feiticeiro**. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/modernizacao-trabalhista-o-legislado-e-o-negociado-o-progresso-e-o-retrocesso-e-o-aprendiz-de-feiticeiro>>. Acesso em: 07 nov. 2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; e TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. Vol. 1. 22ª ed. São Paulo: LTR, 2005.

VIANA, Márcio Túlio. **O novo papel das convenções coletivas de trabalho: limites, riscos e desafios**. In: Revista do TST. Brasília, vol. 67, nº 3, jul/set de 2001, p. 47/63.

Pesquisa eletrônica, leis e documentos

BRASIL. Instituto Brasileiro de geografia e estatística. **Pesquisa Mensal de emprego: evolução do emprego com carteira de trabalho assinada. 2003-2012**.

Disponível em:

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Evolucao_emprego_carteira_trabalho_assinada.pdf> Acesso em: 07 nov. 2014.

_____. Presidência da República. Código Civil de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 22 nov. 2014.

_____. Presidência da República. Código de Processo Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm> Acesso em: 22 nov. 2014.

_____. Presidência da República. Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452/1943). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 22 nov. 2014.

_____. Presidência da República. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 nov. 2014.

_____. Sindicato dos Metalúrgicos. **Acordo Coletivo Especial** (cartilha). Disponível em: <http://www.smabc.org.br/interag/temp_img/%7B38809CF7-87DA-4312-A498-5398482D1DE8%7D_cartilha_ace_v4_nova.pdf> Acesso em: 4 nov. 2014.

Jurisprudência

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo AIRR-391-87.2013.5.03.0034, Acórdão da 3ª Turma, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, publicado no DEJT em 21/03/2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo RR-133900-97.2008.5.10.0001, Acórdão da 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, publicado no DEJT em 23/08/2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Processo RO-0073400-74.2002.5.01.0341, Acórdão da 2ª Turma, Relatora Desembargadora Márcia Leite Nery, publicado em 17/10/2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo ARR-12800-14.2007.5.01.0341, Acórdão da 4ª Turma, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, publicado no DEJT em 03/10/2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-E-ED-RR-66000-88.2009.5.03.0088, Acórdão da Subseção de Dissídios Individuais 1, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, publicado no DEJT em 30/08/2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR-620600-74.2004.5.09.0002, Acórdão da Subseção de Dissídios Individuais 1, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, publicado no DEJT em 05/09/2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo RR-106300-93.2001.5.09.0092, Acórdão da 2ª Turma, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 14/05/2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo RR-50100-04.2005.5.04.0662, Acórdão da 2ª Turma, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 14/05/2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR-108900-92.2007.5.09.0669, Acórdão da Subseção de Dissídios Individuais 1, Relatora Ministra Rosa Maria Weber, DEJT 01/10/2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-ED-RR-173200-49.2008.5.09.0242, Acórdão da Subseção de Dissídios Individuais 1, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, publicado no DEJT em 03/10/2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR-892-72.2012.5.18.0191, Acórdão da Subseção de Dissídios Individuais 1, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, publicado no DEJT em 10/10/2014.