



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS

Faculdade de Direito e Relações Internacionais

Curso de Direito - FADIR

Alessandro Guidio Damaceno

**Negociado sobre o Legislativo: análise dos votos do STF nos julgamentos do RE 590.415 e
Recurso Extraordinário 895.759**

Dourados - MS

Agosto, 2017.

Alesandro Guidio Damaceno

Negociado sobre o Legislativo: análise dos votos do STF nos julgamentos do RE 590.415 e Recurso Extraordinário 895.759

Trabalho de Conclusão de Curso, na modalidade de Monografia, apresentado à Banca Examinadora, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados, sob a orientação do Prof. Me. Arthur Ramos do Nascimento.

Dourados - MS

Agosto, 2017.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

D155n Damaceno, Alesandro Guidio

Negociado sobre o legislado: análise dos votos do STF nos julgamentos do RE 590.415 e RE 895.759 / Alesandro Guidio Damaceno – Dourados: UFGD, 2017.

50f. : il. ; 30 cm.

Orientador: Arthur Ramos do Nascimento

TCC (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados.

Inclui bibliografia

1. Sindicato. 2. Direito coletivo do trabalho. 3. Negociado sobre legislado. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.



ATA DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos quinze dias do mês de Agosto de 2017, compareceu para defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso, requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito a (a) aluno (a) **Alessandro Guidio Damaceno** tendo como título *"NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO: análise dos votos do STF"*.

Constituíram a Banca Examinadora os professores Me. Arthur Ramos do Nascimento (orientador), Me. Antonio Zeferino da Silva Junior (examinador) e o Esp. Bruno Alexandre Rumiatto (examinador).

Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado (a) aprovado

Por nada mais terem a declarar, assinam a presente Ata.

Observações: _____

Assinaturas:

Me. Arthur Ramos do Nascimento
Orientador

Me. Antonio Zeferino da Silva Junior
Examinador

Esp. Bruno Alexandre Rumiatto
Examinador

Dedico este trabalho a minha esposa Sirlei e aos meus filhos Nathália, João Pedro e Mariana por todo o incentivo, ajuda e compreensão para que isso fosse possível.

AGRADECIMENTO(S)

Primeiramente a Deus pelo dom da vida, saúde e força para superar as dificuldades e desafios.

A Universidade, seu corpo docente, direção e administração pela estrutura disponibilizada para esse objetivo.

Ao meu orientador Prof. Me. Arthur Ramos do Nascimento, pela grandioso suporte nesse pouco tempo, pela sua ajuda, incentivos e dedicação.

À minha família e amigos pelo incentivo e apoio incondicional.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho destaca que a relação empregador e empregado em seu aspecto coletivo é preocupação do Direito Coletivo do Trabalho, sendo esse um ramo especial do Direito do Trabalho. Ao longo da História foi sendo visto o crescente empoderamento da classe trabalhadora principalmente com a formação dos sindicatos que objetivaram estabelecer equilíbrio negocial entre os trabalhadores e os empregadores que desde o início da sociedade possuíam maior poder de decisão e controle sobre o trabalho. Os sindicatos atuando na defesa de seus representados tomam mão da negociação coletiva, materializada nas espécies convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho. Esses instrumentos traduzem o diálogo entre estes entes coletivos de trabalho, possibilitando equilíbrio social e democratizando as relações de trabalho. Isso foi em grande parte possível após a Constituição de 1988 que deu às entidades sindicais diversas garantias de criação e atuação, porém também limitando e enfraquecendo sua representatividade na medida que muitas entidades se acomodaram com os privilégios obtidos. O objetivo do presente trabalho é o de contribuir para a autonomia privada dessas entidades é tema de grande discussão atualmente. Deve prevalecer o que for negociado entre os entes coletivos de trabalho ou o que fora legislado? A importância desse tema tem chegado aos tribunais do trabalho e inclusive ao Superior Tribunal Federal. Nesse último, dá-se destaque aos Recursos Extraordinários 590.415 de SC, no qual houve o debate dos limites na transação de direitos via planos de demissão incentivada aprovado em negociação coletiva; e o RE 895.759 PE que trata da supressão das horas in itinere mediante concessão de outras vantagens também em ambiente negocial coletivo. No julgamento desses Recursos a decisão se mostrou favorável a possibilidade da manutenção da vontade coletiva mesmo diante de questão não possível na legislação. Esses desfechos também vão ao encontro da recente Lei 13.467 de 2017 aprovada pelo Congresso Nacional que entre outras questões altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, derogando vários direitos dos trabalhadores e sobretudo possibilidade maior autonomia do que fora decidido via negociação coletiva em detrimento do que fora legislado. A conclusão do trabalho aponta para a situação preocupante muito em razão da fragilidade sindical atual que poderá não ter força política para defender com imparcialidade os direitos de seus representados. Aliado a isso temos que essa carta branca para os sindicatos flexibilizarem direitos também em prejuízo dos trabalhadores pode agravar ainda mais a situação precarizante que se encontram vários setores do trabalho em que isso já vinha ocorrendo. Ocorrerá assim uma vulnerabilidade progressiva dos trabalhadores a passos largos.

Palavras-chave: Sindicato, Direito Coletivo do Trabalho, Negociado sobre o Legislado.

ABSTRACT

The present study emphasizes that the employer and employee relationship in collective aspect is a concern of Collective Labor Law, it being a special branch of Labor Law. Throughout history, the increasing empowerment of the working class has seemed mainly with the formation of the unions that aimed to establish a balance of the negotiating between the workers and the employers, which from the beginning of the society had greater power of decision and control over the work. The unions acting in the defense of their represented taking the collective bargaining, it materialized in the species collective bargaining agreement and collective bargaining agreement. These instruments reflect in the dialogue between these collective work beings, it enabling social balance and democratizing as work relations. This was possible after the Constitution of 1988, which gave the unions various guarantees of creation and performance; however, it was also limited and weakened their representativeness due many entities accommodated with the privileges obtained. The objective of this work is to contribute to the private autonomy of these entities that is a topic of great discussion currently. Should prevails what was negotiated between collective bargaining beings or what had been legislated prevail? The importance of this topic has reached the Labor Courts and including the Federal Superior Court. In the Federal Superior Court, emphasis is placed on “Recursos Extraordinários” (RE) 590.415 from SC, which there was the discussion of limits on the transaction of rights via incentive dismissal plans approved in collective bargaining; and RE 895.759 PE, which deals with the suppression of hours in itinere by granting other advantages also in a collective bargaining environment. In the judgment of these appeals, the decision was favorable to the possibility of maintaining the collective will even in the face of a question not possible in the legislation. These outcomes also meet the recent Law 13.467 of 2017 approved by the National Congress that among other issues changes the Consolidation of Labor Laws (CLT), which derogating various rights of workers and above all possibility greater autonomy than had been decided through collective bargaining to the detriment of what had been legislated. The conclusion of the work indicates to a very worrying situation due to the current political union fragility that could not have force to defend the rights of their representatives with impartiality. Associated to this, we have a carte blanche for the unions to flexibilize the rights also to the prejudice of the workers; it could aggravate still more the precarious situation that several sectors of the work in which this already has been happening. Therefore, there will be a progressive vulnerability of the workers quickly.

Key words: Unions; Collective Labor Law; Negotiated over the Legislated.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
Capítulo I. DIREITO COLETIVO DO TRABALHO E OS INSTRUMENTOS DE NEGOCIAÇÃO	13
1.1. Considerações iniciais sobre o Direito Coletivo do Trabalho	13
1.2. Instrumentos de negociação coletiva	16
1.3. Função social da Negociação Coletiva	19
Capítulo II. O NEGOCIADO E O LEGISLADO: CONTROVÉRSIAS CONTEMPORÂNEAS	22
2.1. O fenômeno da flexibilização e o risco da precarização das relações de trabalho	22
2.2. Prevalência do Legislativo sobre o Negociado	23
2.3. Prevalência do Negociado sobre o Legislativo	26
Capítulo III. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – VOTOS PARADIGMÁTICOS	29
3.1 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 590.415: “Caso BESC”	29
3.3 Voto do Ministro Teori Zavascki no Recurso Extraordinário 895.759 Pernambuco.....	35
3.5 Crítica aos Argumentos Postulados	37
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

A concepção do Direito sobre a realidade é essencialmente como um discurso de poder, mas também como uma ferramenta de análise das relações jurídicas postas (ou até mesmo impostas) pelas dinâmicas sociais. Não enveredando pela discussão se é o Direito que muda a sociedade ou se é a sociedade que molda o Direito, cabe apenas ponderar que nessa dualidade existe uma interação de mútua influência, por vezes se utilizando do discurso jurídico para impor alguma lógica que se afasta dos anseios sociais e mesmo da Justiça.

Considerando a *abstraldade* do Direito enquanto uma entidade (pois não o é), os porta-vozes do Direito, dentro de uma lógica positivista e institucional (e ocidental, especialmente), acabam por ser os magistrados – os intérpretes da Lei e do Direito. Os juízes não falam por eles mesmos, mas em nome do Estado a quem representam, por isso mesmo se diz que eles representam o Estado-Juiz (ou Poder Judiciário). Nesse sentido teríamos o Estado-Administrador (Poder Executivo) e o Estado-Legislador (Poder Legislativo) compondo a tríade da repartição dos poderes.

A manifestação dos magistrados se dá por meio de sentenças judiciais e de acórdãos, sendo os primeiros oriundos dos juízes singulares e os segundos de órgãos colegiados (presentes nas segundas e terceiras instâncias recursais). Tais decisões devem, por previsão expressa da Lei, obedecer ao devido processo legal e se fundamentar em provas, fatos e documentos, princípios e leis (podendo-se variar o peso de uma ou outra prova a depender da especialidade da matéria ou o caso concreto), mas fato é que tais decisões devem refletir o pensamento jurídico vigente seja o posto ou um olhar proposto do que deveria ser, muitas vezes indo além do disposto em lei e positivando novos horizontes para o sistema positivo nacional.

Quanto à matéria em análise, sobre o negociado sobre o legislado, a sua compreensão se faz salutar em momento histórico paradigmático para o Direito do Trabalho e Direito Coletivo do Trabalho, especialmente em razão da aprovação da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. A referida lei altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo

Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. A aprovação da referida lei, somada a atual instabilidade política vivenciada pelo país tornam a compreensão dessas mudanças essencial para resistir ou atenuar os efeitos potencialmente nocivos da reforma.

Nesse sentido, a questão que se apresenta no presente trabalho é compreender a proposta do “negociado sobre o legislado” verificando quais são os argumentos favoráveis dentro de uma análise decisória da corte constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal – STF. A análise dos votos de ministros dessa Suprema Corte pode indicar, como corte constitucional que é, elementos precisos que podem orientar futuros trabalhos ou mesmo a interpretação dessa proposta hoje em pauta no cenário nacional.

A opção metodológica para o presente trabalho de pesquisa foi o de Análise de Jurisprudência. Tal metodologia consiste em analisar uma decisão (ou mais, a depender do caso) objetivando identificar um momento decisório (sendo essa uma situação em que se encontra uma *questão-problema* jurídica dentro de um determinado recorte temporal e espacial). Essa metodologia permite identificar posição dos decisores em relação ao problema, ou mesmo identificar inclinações jurisprudenciais sobre o problema ou mesmo a soluções desse problema (FREITAS FILHO; LIMA, 2010, p.2-3).

Metodologicamente, a análise do negociado sobre o legislado e como isso afeta as relações de Direito Coletivo no Brasil se fazem sob os limites dos votos dos julgados: RE 590.415 e Recurso Extraordinário 895.759. Com a simples análise dos votos não seria possível sem uma compreensão teórica de institutos que estão presentes nesses documentos (votos são, por óbvio, documentos), o presente trabalho de pesquisa perpassa, inicialmente, por uma revisão bibliográfica e legal de conceitos chaves sobre o tema. Para tanto utilizou-se como ferramentas de pesquisa leituras de textos acadêmicos, obras de referências, julgados selecionados das cortes superiores, legislações entre outras fontes relacionadas à temática pesquisada.

Dentro dessa proposta, a pesquisa inicialmente buscou compreender as nuances do Direito Coletivo do Trabalho, suas entidades e instituições e a dimensão dos disciplinamentos que envolvem os instrumentos de negociação coletiva. Dessa fase de pesquisa, após análise do material coletado, produziu-se o primeiro capítulo dessa monografia.

Vencida essa etapa geral, a pesquisa dedicou-se a interpretar o princípio do “legislado sobre o negociado” e o “negociado sobre o legislado”, vislumbrando as bases teóricas e principiológicas que envolvem essa temática, permitindo assim, como resultado dessa fase de pesquisa, a produção do segundo capítulo.

A última etapa da pesquisa, agora já devidamente maturada de base teórica e doutrinária, desdobrou-se sobre a análise dos votos supramencionados, em que se buscou depurar as bases decisórias dos ministros da Suprema Corte, buscando verificar as bases constitucionais que fundamentaram suas concepções sobre os casos concretos. Dessa análise, produziu-se o terceiro capítulo, permitindo ainda acrescentar uma crítica à atual mudança da lógica trabalhista (seja na esfera individual ou coletiva) e o processo de *vulnerabilização* a que se submete o trabalhador devido a pressões econômicas amparadas nos discursos políticos legislativos.

Capítulo I. DIREITO COLETIVO DO TRABALHO E OS INSTRUMENTOS DE NEGOCIAÇÃO

O Direito Coletivo do Trabalho é uma parcela semiautônoma do Direito do Trabalho, sendo o espaço dedicado por esse ramo jurídico ao estudo das relações entre sujeitos coletivos do mundo do trabalho. Cabe, nesse sentido, compreender os aspectos norteadores do Direito Coletivo do Trabalho, seus sujeitos, princípios e instrumentos de negociação coletiva, bem como o contexto de seu surgimento e importância, principalmente para a classe operária, os instrumentos legislativos que legitimam a atuação de seus agentes, representado fundamentalmente na figura do Sindicato. A negociação coletiva, cabe destacar, é importante mecanismo de equilíbrio social, materializada por meio da Convenção Coletiva de Trabalho e dos Acordos Coletivos de Trabalho, importância essa que se destaca com a realidade atual com movimentos de precarização das relações laborais.

1.1. Considerações iniciais sobre o Direito Coletivo do Trabalho

Ao longo da História, inúmeras foram as lutas travadas entre trabalhadores e patrões para as melhorias nas condições de trabalho, seja quanto às jornadas excessivas, às condições do ambiente de trabalho, aos salários, que visavam garantir um mínimo de dignidade para a classe trabalhadora. A luta dos trabalhadores sempre se deu nessa busca de maior tutela dos direitos, dentro de uma movimentação coletiva da organização de operários. Neste contexto, o Direito do Trabalho (ramo especial do Direito) tem como objetivo, alimentado principalmente pelas normativas do Estado, diminuir esse desequilíbrio na relação empregado e empregador, por meio de legislações que buscaram fortalecer os empregados diante dessa desigualdade. No Brasil destacadamente temos essa tutela fundamentalmente por meio da Constituição Federal de 1988 e da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT.

Não se ignora, é importante destacar, a importância da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Essa agência especializada da Organização das Nações Unidas promulgou, por exemplo, a Convenção 87 (1948) sobre liberdade sindical e Convenção 154 (1981) que trouxeram orientações gerais para as relações coletivas.

Dentro do Direito do Trabalho existem duas acepções protetivas: uma individual e uma coletiva. Essa divisão não é puramente acadêmica ou didática, cumpre destacar. Tais acepções têm reflexos claros nos sujeitos envolvidos, princípios aplicáveis e forma de interpretação do Direito Laboral. A individual, como o próprio nome diz, procura a regulação da proteção do empregado de forma isolada, ou seja, do contrato de trabalho. Já a acepção coletiva busca regular a denominada *autonomia privativa coletiva* nas relações entre os sujeitos coletivos do Direito do Trabalho, que são as relações entre os sindicatos, empregadores e organização de empregadores. Esse segmento coletivo do Direito do Trabalho é chamado pela doutrina majoritária de Direito Coletivo do Trabalho, definido por Mauricio Godinho Delgado:

...como o complexo de institutos, princípios e regras jurídicas que regulam as relações laborais de empregados e empregadores e outros grupos jurídicos normativamente especificados, considerada sua ação coletiva, realizada autonomamente ou através das respectivas entidades sindicais. (DELGADO, 2012, p. 1308).

O Direito Coletivo do Trabalho, como delineado, possui uma autonomia parcial, mas não pode ser tratado como ramo autônomo do Direito – seria, para não fugir da precisão técnica, um sub-ramo do Direito do Trabalho. Essa relativa autonomia do Direito Coletivo do Trabalho se dá por essa “parcela” do Direito Trabalhista receber um tratamento diferenciado, tanto quanto aos seus sujeitos quanto nos princípios aplicáveis. Maurício Godinho Delgado destaca que ainda que seja o Direito do Trabalho um ramo jurídico especial e unitário está integrado por dois seguimentos diferenciados (o individual e o coletivo), posto que o Direito Individual do Trabalho está atrelado à relação de emprego, envolvendo, nesse sentido, empregador e empregado (essencialmente). No que se refere ao Direito Coletivo do Trabalho são seres coletivos trabalhistas e suas relações seu principal foco de análise (2001, p.79).

Quanto aos princípios aplicáveis ao Direito Coletivo do Trabalho, cabe destacar que o princípio da Proteção (*macro princípio* norteador) este permanece aplicável, ainda que com relativa aplicação visto que a hipossuficiência, em tese, deixa de existir entre os sujeitos coletivos. Destacam-se entre os princípios específicos: liberdade associativa, autonomia

sindical, interveniência sindical na normatização coletiva, equivalência dos contratantes coletivos e, lealdade e transparência nas negociações coletivas¹.

Quanto aos sujeitos estão inclusos entre os sujeitos coletivos as entidades sindicais (sindicatos, federações e confederações), empregadores (se entende o empregador como um sujeito coletivo por excelência), entidades estatais relacionadas ao mundo do trabalho (como o Ministério do Trabalho e Previdência Social, Ministério Público do Trabalho e Justiça do Trabalho), entre outros.

Dentre os sujeitos coletivos integrantes do Direito Coletivo do Trabalho destacam-se os sindicatos, que exercem claro protagonismo no Direito Laboral Coletivo, que são “entidades associativas permanentes, que representam trabalhadores vinculados por laços profissionais e laborativos comuns” (DELGADO, 2012, p. 1345), e possuem garantias constitucionais desde sua criação, administração e atuação não podendo o poder público interferir nestes aspectos. Como representante dos trabalhadores os sindicatos atuam principalmente na resolução dos conflitos coletivos de sua categoria profissional por meio da negociação coletiva².

Nos dizeres de Juan García Abellan (1961), citado por Livia Pereira Alves de Sousa, a palavra sindicato se origina de *sundike* (grego), de *síndico* (latim/romano), e de *syndic* (francês), “como sujeito diretivo de grupos profissionais encarregados de representar a coletividade, surgiu para designar associações clandestinas organizadas por trabalhadores após a Revolução Francesa” (2009, p.4).

Os sindicatos profissionais, assim, têm a finalidade de defender interesses econômicos, industriais e agrícolas e são formados por profissionais dessa categoria, ofícios similares ou profissões conexas (NASCIMENTO, 2004, p.1040). Pode-se dizer que o sindicato como ente coletivo constitui-se essencialmente na organização de trabalhadores que se unem (e unem suas forças) superando (ou ao menos diminuindo) sua hipossuficiência, equalizando as diferenças de poder entre empregadores e empregados, “a fim de se estabelecer a igualdade entre as partes litigantes na resolução dos conflitos coletivos” (AZAMBUJA, 2011, p.5).

¹ Para saber mais sobre os princípios mencionados sugere-se a leitura do artigo de Maurício Godinho Delgado, intitulado “Direito Coletivo do Trabalho e seus Princípios Informadores” (2001).

² Artigo 8º da Constituição Federal de 1988; Artigos 513 e 514 da Consolidação das Leis do Trabalho.

No Brasil a legislação não traz a definição de sindicato, apenas informa ser lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.³ Assim, poderá ser criado sindicatos tanto para os empregadores quanto para os empregados.

Os sindicatos por sua vez, como forma de fortalecer e expandir sua representatividade, têm a faculdade de associar-se em grau superior, formando uma federação, com a adesão mínima de 05 (cinco) entidades sindicais representantes da maioria absoluta de um grupo de atividades.⁴ Como grau mais abrangente de representatividade temos a figura da confederação, cuja formação depende da associação de no mínimo 03 (três) federações e terá necessariamente sua sede na capital do país. Em todo caso, cabe destacar, o protagonismo se dá especialmente em face dos sindicatos, entre as entidades de associação de trabalhadores.

1.2. Instrumentos de negociação coletiva

A negociação coletiva é uma forma auto compositiva de resolução de conflitos na qual as partes (sindicato patronal e laboral) buscam sem a interferência de um terceiro a solução dos impasses de cunho trabalhista e social. Como os interesses de empregados e empregadores são antagônicos, ou seja, os empregados buscam, por exemplo, por jornadas de trabalho menores e salários maiores, os empregadores, por sua vez, buscam por maior produtividade com o menor custo possível, e assim a negociação coletiva se torna o meio em que os conflitos são dirimidos, as melhorias nas condições de trabalhos são discutidas, os salários são negociados, ocorrendo concessões recíprocas de vantagens às partes coletivamente representadas, chegando-se desta forma a um denominador comum.

Para o teórico português Antônio Monteiro Fernandes, trata-se de “especial modo de produção de normas jurídicas” ou como “meio de composição de interesses coletivos contrapostos através de fórmulas gerais e abstratas” (1998, *apud* ANDRADE, 2005, p. 261).

Ela se concretiza como um dos mais importantes mecanismos de solução de conflitos existentes na sociedade contemporânea, pois se torna um fator de equilíbrio social.

³ Artigo 511, caput, Consolidação das Leis do Trabalho.

⁴ Artigo 534, caput, Consolidação das Leis do Trabalho.

(DELGADO, 2012, p. 1.387). Assim, pode-se entender negociação coletiva como uma instituição do Direito Coletivo do Trabalho, que traduz um ajuste entre entidades sindicais objetivando a novas condições de trabalho, cuja com eficácia será *erga omnes* (BARROS, 2012, p. 993).

Por meio da negociação coletiva não deve o interesse das partes prevalecer sobre o interesse público, não podendo ser transacionados direitos que afetem a saúde do trabalhador, como os relativos à higiene e segurança do trabalho, bem como os que prejudiquem sua integridade moral, boa fama e privacidade. (2012, p. 990). Muito embora, a pressão por maior autonomia nas negociações coletivas esteja enfraquecendo essas garantias e relativizando a proteção ao trabalhador.

O Direito, como ciência jurídica que é, possui pilares balizadores que garantem a harmonia, interpretação e integração de seus preceitos, são os chamados princípios, que na visão de Godinho são “como proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o” (2009, p. 183). No Direito do Trabalho e mais especificamente no Direito Coletivo do Trabalho há princípios específicos que norteiam a aplicação de suas normas e instrumentos, em especial a negociação coletiva.

O fundamental princípio que baliza a negociação coletiva é o Princípio da equivalência dos contratantes coletivos. Diferentemente do que ocorre no direito individual do trabalho, no qual o empregado isoladamente é a parte hipossuficiente da relação jurídica perante o empregador (ente coletivo por natureza), por não possuir mecanismos de negociação e pressão individualmente, no Direito Coletivo do Trabalho os sujeitos coletivos (sindicatos e empregadores) possuem, em tese, igualdade de condições. Essa equivalência é identificada na natureza jurídica de ambos os sujeitos: são sujeitos coletivos. Também os empregados, unidos em sindicato, possuem maior poder de negociação e pressão tais como greves, garantia de emprego dos sindicalistas, dentre outras e desta forma equilibram a relação jurídica.

A validade dos instrumentos de negociação coletiva está condicionada à participação obrigatória dos entes sindicatos. Determinação estampada na Constituição Federal⁵, que fundamenta o Princípio da Interveniência Sindical na normatização coletiva. Este princípio veda a formulação de qualquer negociação coletiva com tratamento direto entre o empregador

⁵ Artigo 8º, incisos III e VI, da Constituição Federal de 1988.

e seus empregados, mesmo que isso represente forma mais democrática. (DELGADO, 2012, p. 1.335). Com isso, eventuais ajustes realizados informalmente entre empresas e trabalhadores não terão o caráter de norma jurídica coletiva negociada, mas somente mera cláusula contratual. (2012, p. 1.335)

A negociação coletiva é gênero por meio do qual emanam algumas espécies de instrumentos para solução dos conflitos coletivos, sendo os principais a Convenção Coletiva de Trabalho e o Acordo Coletivo de Trabalho. Ambos possuem caráter normativos dentro de suas limitações, atribuindo às partes direitos e obrigações recíprocas.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) define Convenção Coletiva de Trabalho como o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho⁶. Ou seja, as condições de trabalho estipuladas na Convenção se refletem nas relações individuais de trabalho de todos os integrantes das respectivas categorias abrangidas no acordo.

Isso significa que, apesar de ter origem privada, as Convenções Coletivas acabam por criar regras jurídicas, dirigidas a normatizar situações futuras, correspondendo a verdadeiras leis em sentido material, obrigando o seu cumprimento pelas partes envolvidas. (DELGADO, 2012, p. 1.394)

Por outro lado, o parágrafo 1º do artigo 611 da CLT faculta aos sindicatos firmar acordos coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica. Como consequência, seus efeitos são *inter partes*. Temos neste caso, o chamado Acordo Coletivo de Trabalho, construído em âmbito mais limitado do que o das Convenções, de efeitos restrito às empresas e trabalhadores envolvidos.

Em suma, esses instrumentos de negociação coletiva permitem, dentro de seus âmbitos a transação, em concessões aparentemente recíprocas, de direitos e deveres. Devendo haver, entre seus acordantes, equivalência de condições e autonomia.

Na prática, no caso brasileiro, essa equivalência diz alguns autores ser “ficta”, pois mesmo após 28 anos de promulgação da Constituição Federal, ainda não verificou a transição para um Direito Coletivo pleno, equânime e eficaz (DELGADO, 2009, p. 1.337). O que se vê

⁶ Artigo 611, caput, Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

é muitas vezes é a vontade do empregador prevalecer diante do frágil sistema sindical brasileiro.

É nesse ponto que muito se debate hoje em dia sobre o alcance e a autonomia dos entes coletivos em transacionar direitos trabalhistas já assegurados no ordenamento jurídico. Os sindicatos teriam liberdade plena para transacionar todos os direitos dos trabalhadores por eles representados? A certeza nesse primeiro momento é que não há negociação coletiva na esfera trabalhista sem a participação dos sindicatos, é o que determina o artigo 8º, inciso VI da Constituição Federal de 1988. Caso o empregador decida negociar diretamente direitos de uma coletividade de empregados há de observar obrigatoriamente a intermediação do sindicato representativo da categoria profissional, sob pena de nulidade da negociação no judiciário.

1.3.Função social da Negociação Coletiva

A História é marcada por muitos avanços no Direito do Trabalho, em especial no Direito Coletivo do Trabalho. Esses avanços só foram possíveis por meio da união dos trabalhadores na busca de melhores condições de trabalho. Sozinho o trabalhador é hipossuficiente perante o empregador, seja economicamente ou politicamente. Acuado pelo temor do desemprego, o trabalhador, isoladamente, se vê a mercê das escolhas do empregador, e assim acaba por aceitar aquilo que lhe é imposto, na maioria das vezes, em seu prejuízo. Desta forma, estes perceberam que sozinhos acabavam sucumbindo ao Capital, mas juntos ganhavam mais força, para aos poucos, se organizando, alcançarem o padrão de trabalho digno tanto almejado. (JANUZZI; MAGALHÃES, 2015)

Assim, os trabalhadores unidos coletivamente em sindicatos, conseguem, mesmo que aparentemente, equilibrar a relação jurídica com os empregadores detentores do capital. E com isso, o fazem por meio da Convenção Coletiva de Trabalho e do Acordo Coletivo de Trabalho, espécies da Negociação Coletiva.

É por meio da Negociação Coletiva que se efetiva o diálogo entre o sindicato dos trabalhadores e os empregadores ou sindicato de empregadores, se materializando como importante meio de exercício da democracia, do poder popular, da efetivação da cidadania e

da adequação setorial das normas, possibilitando às partes, sem a intervenção estatal, tratarem das peculiaridades de seus setores tanto economicamente, quanto socialmente. (JANUZZI; MAGALHÃES, 2015)

Na medida em que isto ocorre, os obreiros se sentem mais valorizados, participantes, pois podem determinar, de certa forma, seu próprio caminho, representando uma certa forma de “emancipação do cidadão-trabalhador”. Através da Negociação Coletiva a criação de leis se torna uma atividade mais democrática. (JANUZZI; MAGALHÃES, 2015)

Mas pode ocorrer de as partes não concordarem com os termos dos acordos, ou alguma delas se recusar a negociar e assim a Negociação Coletiva se mostrar infrutífera. Nestes casos, nosso ordenamento jurídico permite às partes a tutela jurisdicional, por meio da instauração do dissídio coletivo de natureza econômica, para nesta seara sejam decididas as normas coletivas via Sentença Normativa (2015, p. 03).

Chama-se sentença normativa a decisão dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) ou do Tribunal Superior do Trabalho (TST) no julgamento dos dissídios coletivos. O artigo 114, "caput" e seu parágrafo segundo, da Constituição Federal, dão competência a Justiça do Trabalho para estabelecer normas e condições de trabalho.

Os dissídios coletivos são ações ajuizadas no Tribunal para solucionar conflitos entre as partes coletivas que compõem uma relação de trabalho. Tem previsão legal no artigo 616 da Consolidação das Leis do Trabalho. Os dissídios coletivos podem ser de natureza econômica ou jurídica. Nos primeiros criam-se normas novas para regulamentação dos contratos individuais de trabalho, com obrigações de dar e de fazer. Exemplos típicos são a cláusula que concede reajuste salarial (obrigação de dar) e a que garante estabilidade provisória ao aposentando (obrigação de fazer).

Esta possibilidade de o Estado avocar para si a solução no âmbito negocial coletivo é vista por muito autores como prejudicial à Negociação Coletiva no sentido em que afeta o interesse sindical em buscar um total esgotamento das vias negociais, diante da facilidade de na ocorrência de uma simples recusa já recorrer à proteção Estatal.

Em nosso país isto acabou de certa forma mitigada com a Emenda Constitucional nº. 45 de 2004 que implantou a exigência do comum acordo das partes como requisito para a instauração dos dissídios coletivos de natureza econômica.

Por outro lado, entendem outros autores, ser benéfica essa intervenção estatal diante da situação crítica sindical atualmente, visto que a grande maioria dos sindicatos não possuem maturidade e capacidade que permitiria uma Negociação Coletiva ampla, justa e efetiva. (JANUZZI; MAGALHÃES, 2015, p. 11)

Essa limitada capacidade de negociação de muitos sindicatos tem estreitos vínculos com os traços das antigas políticas autoritárias que vinculavam os sindicatos ao Estado, como exemplos temos a contribuição sindical compulsória e a unicidade sindical, o enquadramento por categoria profissional, que foram garantidos na Constituição Federal de 1988. Ou seja, para se sustentarem financeiramente os sindicatos não dependem da angariação de empregados sindicalizados, enfraquecendo desta forma, sua legitimação perante seus representados.

Aliado a isto, temos que o grande empresarial, empregadores de grandes massas de trabalhadores, possuem elevado poder econômico e político, sendo responsáveis pela manutenção da economia de muitas cidades brasileiras. Consequência disto, é que os sindicatos, nesta situação, ficam de mãos atadas frente ao poder destes empregadores, fazendo com que o equilíbrio negocial entre os entes coletivos seja na prática não alcançado.

Esse cenário é bastante preocupante, diante da possibilidade de alargamento da autonomia sindical na flexibilização de direitos por meio da Negociação Coletiva. Será que realmente os sindicatos brasileiros estão capacitados para de forma equilibrada coletivamente negociarem direitos de seus representados frente ao poder econômico dos grandes empresariados capitalista? É uma pergunta que merece ser refletida e fundamentada com olhos atentos para o passado, para a Constituição Federal e com o cuidado que o Direito do Trabalho Coletivo se presta, para que o retrocesso social nos direitos do trabalhador seja evitado.

Capítulo II. O NEGOCIADO E O LEGISLADO: CONTROVÉRSIAS CONTEMPORÂNEAS

Trata-se de questão essencial abordar, ainda que de forma geral, a situação da flexibilização no contexto atual brasileiro, fazendo-se uma breve análise do contexto histórico, levantando a questão de como o negociado prevalecendo sobre o legislado pode impactar nas relações laborais, fundamentalmente com os riscos da precarização das condições de trabalho prejudiciais principalmente ao trabalhador. Bem como, que a flexibilização não é tema inédito, pois já existem mecanismos legais para malear os direitos trabalhistas, mas dentro de limites constitucionais e princiológicos. Por outro lado, como o legislado sobrepor o negociado pode influenciar na situação do trabalhador e das empresas, suas vantagens e consequências.

2.1. O fenômeno da flexibilização e o risco da precarização das relações de trabalho

A flexibilização dos direitos trabalhistas e sociais é tema que vem ganhando espaço na mídia e sendo pauta de muitas discussões no meio político de nosso país. Insere-se dentro deste contexto a questão que trata sobre o poder normativo das negociações coletivas perante às normas estatais. Ou seja, até que ponto a autonomia coletiva teria liberdade em transacionar os direitos dos trabalhadores que prevalecessem diante dos comandos das leis trabalhistas. Essa pauta de negociado versus legislado não é questão atual. Já em 1906, por Criação da Confederação Operária Brasileira, os trabalhadores optavam pela livre negociação, descartando a intervenção do Estado em suas relações com o empresariado. Isso foi consequência principalmente da desconfiança histórica aos comandos estatais. No entanto, ao longo dos anos essa aversão ao legislado foi se alterando, muito por culpa do fenômeno da constitucionalização dos direitos sociais que teve como marco no Brasil a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual “ratificou o modelo legislado” concedeu aos sindicatos

maior legitimidade e importância nas relações trabalhistas, vindo à tona novamente discussão sobre a eficácia da intervenção estatal nas relações trabalhistas.

Já no ano de 1991, são criadas as câmaras setoriais por meio da Lei 8178/1991, “que tinha por objetivos monitorar a estrutura de custos e preços em setores e cadeias produtivas”. Eram de estrutura tripartite (governo, empregadores e empregados), que versavam sobre temas ligados às relações de trabalho. Esse modelo, no entanto, não prosperou. O modelo negociado retomou o foco no ano de 2000, por meio da criação das CCP (Comissões de conciliação prévia) de composição paritária, sem interferência estatal, que tinha por objetivo “conciliar os conflitos individuais de trabalho”. Essas CCP’s, apesar de ainda estarem em vigência, não tem obtido êxito, visto que as demandas judiciais na área trabalhista têm aumentado consideravelmente.

Contudo, hoje o modelo legislado é a regra em nosso ordenamento jurídico no que diz respeito ao Direito do Trabalho, seja em sua acepção individual ou coletiva. Mas as vozes que clamam por mudanças, vindas principalmente dos grandes capitalistas, reforçam a discussão do modelo negociado, e ganham força diante de decisões recentes do STF (Supremo Tribunal Federal).

A precarização das relações de trabalho não é um fenômeno necessariamente novo. A nova configuração do Capitalismo (que se caracteriza especialmente pela flexibilidade, sob o pretexto de algum dinamismo) busca reduzir direitos sociais sob pretexto de competitividade mundial (LIMA, 2004, p.167).

É salutar destacar que não se pode pensar que flexibilização seja sinônimo de precarização. A flexibilização nas relações de trabalho pode permitir algum dinamismo, com possibilidade benéfica ao trabalhador (o banco de horas, com a possibilidade de compensação de jornada, por exemplo), entretanto, na atual conjuntura política (e jurídica) a tendência é que as medidas “flexibilizadoras” a serem tomadas sejam precarizantes como destacado. Vislumbra-se a perda de direitos com a vulnerabilização progressiva dos trabalhadores.

2.2. Prevalência do Legislado sobre o Negociado

Como mencionado, já há algum tempo a questão do legislado e negociado no Direito Coletivo do Trabalho é debatida. O negociado já é aceito no sentido de favorecer o trabalhador, seja lhe proporcionando direitos e vantagens não previstos em lei ou melhorando o mínimo na lei estabelecido. Porém o que se verifica agora é a possibilidade da redução de direitos por meio da negociação coletiva amparada no discurso da necessidade da criação de mais empregos, ou na manutenção dos já existentes, frente a crise econômica e política que o Brasil vem passando. Assim, a convenção e os acordos coletivos “perderiam seu papel de fonte suplementar do Direito do Trabalho” para ganhar um status criador e regulador de normas (MENEZES, 2002).

Essa negociação em desfavor dos trabalhadores deve ser utilizada com cuidado, para que a dignidade do trabalhador seja protegida. A própria Constituição Federal de 1988 consignou limites para essa flexibilização de direitos, consagrados nos incisos VI, XIII e XIV, ao estabelecer:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

XIII – duração do trabalho 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;

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

Desta forma, de acordo com a Constituição Federal, a negociação dos direitos trabalhistas estaria limitada às questões de compensação de jornada de trabalho e à redução dos salários. Assim não caberia falar em negociação em *pejus* para o trabalhador de assuntos que não estivessem relacionados às permissões constitucionais. (MENEZES, 2002)

A flexibilização das normas trabalhistas na sua essência deveria assegurar um conjunto de direitos mínimos ao trabalhador e, permitir a sobrevivência das empresas, dentro de um cenário de instabilidade econômica e social. Seria uma forma de adaptação das regras vigentes às necessidades das empresas e conveniência dos trabalhadores. Nesse sentido, os sindicatos ganhariam um importante papel como representantes dos trabalhadores, pois é através das entidades sindicais, mediante as negociações coletivas que possibilitam à classe trabalhadora verem seus direitos resguardados. (MARTINS, 2002, p. 47)

Legislativamente a flexibilização já possui respaldo em diversas normas, para além da Constituição Federal, a própria CLT⁷ que dentro outras possibilidades, permite a fixação de um tempo médio, mediante negociação coletiva, para as microempresas e empresas de pequeno porte, referente as horas *in itinere*, que é tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, quando o empregador fornecer a condução por qualquer meio de transporte; também a Lei nº 4.923/65, que em seu artigo 2º, autoriza às empresas, por força de conjuntura econômica comprovada e mediante negociação coletiva sindical, a redução dos salários, mantido o limite percentual de 25%, mas com a correspondente redução da jornada ou do número de dias de trabalho, por três meses, prorrogáveis. Nesse mesmo sentido, a Lei nº 11.101/05, permitindo da mesma forma a redução salarial, com redução de jornada, mediante negociação coletiva, como meio de recuperação judicial da empresa.

A jurisprudência também tem acompanhado essa esteira conforme várias súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, como as de número 277, 423 e 364, que apontam limites e atuações da flexibilização mediante as convenções e acordos coletivos praticados pelos entes coletivos.

Para os que veem a flexibilização como algo prejudicial ao trabalhador, encaram essas mudanças com grandes reservas, diante das possíveis perda de direitos trabalhistas a muito custo conquistados que poderiam *precarizar* as relações de trabalho. Pois deixariam o empregado como “válvula de escape” em situações de crise econômica em prol da manutenção dos lucros dos grandes capitalistas.

Deve-se levar em consideração também o princípio da adequação setorial negociada. Este princípio informa que normas jus coletivas podem prevalecer sobre a legislação heterônoma jus trabalhista desde que sejam respeitados critérios objetivamente determinados, tais como quando se tratar de direitos de indisponibilidade apenas relativa e o implemento de um padrão de direitos superior ao padrão geral.

Apesar destas possibilidades de as normas trabalhistas serem transacionadas, para alguns autores isso não é o melhor a seguir. Os direitos trabalhistas hoje são resultados de toda uma história de luta dos trabalhadores. Foram longos processos de luta política para garantir um mínimo de direitos. Com a possibilidade dessa flexibilização essas conquistas

⁷ Artigo 58, §§ 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho

estariam ameaçadas, podendo ser derogadas em minutos o que se levaram décadas para alcançar.

A reclamação que a “intromissão” do Estado nas relações privadas laborais “engessa” o processo de negociação não procede. A garantia dos direitos laborais e a indisponibilidade de direitos trabalhistas tem a função de proteger o trabalhador contra as pressões econômicas que o empregador pode tentar impor. Em situações de vulnerabilidade e hipossuficiência mais ou menos extremas, o trabalhador pode se ver sem alternativa e pode renunciar garantias conquistadas historicamente. O legislado, a priori, foi produzido por representantes do povo, em debates democráticos, passando por um rigoroso processo de controle e de constitucionalidade. O negociado pode se afastar dessa proteção e segurança.

Outro ponto importante é que o sistema sindical atual está defasado. A maioria dos sindicatos não possuem em suas respectivas circunscrições estrutura e poder de barganha para negociar com grandes empresas. E com isso esses sindicatos sucumbiram aos interesses privados ocasionando negociações prejudiciais aos seus representados. (MENEZES, 2002)

2.3. Prevalência do Negociado sobre o Legislado

Para os que defendem maior autonomia coletiva para temas além dos permitidos taxativamente na Constituição, se amparam no artigo 7º, XXVI da CF, o qual dá reconhecimento à validade das convenções e acordos coletivos e também garante a prevalência hierárquica dos direitos flexibilizados diante das demais legislações.

A Convenção nº. 154 da Organização Internacional do Trabalho – OIT⁸, dá fomento à Negociação Coletiva, quando menciona que os países membros devem adotar medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva. As convenções e os acordos coletivos figuram como mecanismos de grande importância, pois de forma autônoma os entes coletivos envolvidos podem, sem a interferência de um terceiro, elaborarem as normas que vão vigorar por certo tempo as relações laborais da categoria com força normativa.

⁸ Convenção vigente no Brasil. Promulgada pelo Decreto 1.256 de 1994.

A Negociação Coletiva é resultado de uma época em que existia pouca legislação protetora aos trabalhadores. Ela surgiu justamente nesse vazio, como “direito espontâneo” sem vínculo com o Estado, integrando-se mais tarde ao sistema *justralhista* brasileiro. (VOGEL NETO, 2009, p. 669)

No mesmo sentido, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT é de 1943 e nos dias atuais as novas demandas do mercado de trabalho justificam uma modernização da legislação trabalhista, estabelecendo de uma maneira mais eficiente e substancial que os próprios envolvidos possam compor suas regras e condições de trabalho.

Também é matéria utilizada como fundamento da prevalência do negociado a questão do custo elevado da mão de obra no Brasil, como algo que prejudica a competitividade da indústria nacional diante da globalização e abertura da economia a mercados internacionais. Seria, nesse sentido, a legislação trabalhista vigente como um entrave ao desenvolvimento econômico do país, em razão de suas normas rígidas que engessam a estrutura laboral atribuindo muitos direitos aos trabalhadores em desfavorecimento dos empregadores.

É com esse e outros argumentos que, em 13 de julho de 2017, o Legislativo nacional aprovou a Lei nº. 13.467 que alterou vários artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, flexibilizando vários direitos dos trabalhadores e dando maior autonomia para as negociações coletivas via Convenção Coletiva de Trabalho e Acordo Coletivo de Trabalho, com o propósito, segundo seus idealizadores, de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Em suma, de acordo com essa Lei, a grande maioria dos temas que for acordado via negociação coletiva prevalecerá frente ao padrão legislado, inclusive nas matérias consideradas de indisponibilidade absoluta, com exceção de poucos direitos. Mas essa legislação, como está hoje e levando-se em conta a realidade sindical brasileira, é algo assustador, de grave ameaça à Constituição Federal.

Vive-se uma realidade em que as empresas estão quase todas automatizadas, que terceirizam e reorganizam os seus métodos de trabalho, fazendo com que, simplesmente possam desconsiderar boa parte da mão de obra ou reaproveitá-la a custo menor. “O desemprego e a precarização não são efeitos indesejados, acidentais ou passageiros – mas componentes da própria lógica do sistema” (VOGEL NETO, 2009, p. 689).

Aliado a isso, hoje em dia, os sindicatos estão mais enfraquecidos, muitos sucumbem ao poder econômico e políticos dos grandes capitalistas e não conseguem negociar de forma imparcial os acordos e convenções coletivas de trabalho.

Mesmo assim, a importância dos sindicatos é notória para os trabalhadores. Sem o sindicato o trabalhador se torna presa fácil para o empregador. Ou seja, embora os sindicatos estejam atualmente longe do ideal no sentido de força e capacidade na defesa dos direitos de seus representados; mesmo assim eles ainda são fundamentais para o equilíbrio na relação negocial. Os sindicatos como entes coletivos proporcionam apesar dos pesares maior força ao trabalhador na defesa de seus direitos trabalhistas.

A lógica natural seria a Lei Maior estabelecer limites para os atores sociais ampliarem o seu alcance. Mas do jeito que as coisas andam, brevemente a Lei é que vai ter que se submeter à disponibilidade coletiva. Coisa que alguns falam em “laissez-faire coletivo”, que em países como a Argentina tem aumentado a precarização das condições do trabalho. (VOGEL NETO, 2009, p. 691)

Apesar de tudo, o que se deve buscar é um maior diálogo entre os entes coletivos, a fim de que haja limites ao que dispuserem mediante negociação coletiva. O legislado como está hoje é resultado de longos anos de lutas e deve ser protegido, é algo que não pode ser jogado fora da noite para o dia.

Em suma, a prevalência do negociado sobre o legislado é algo que deve ser debatido mais em sociedade e não imposto pelo Estado. Deve se analisar os pontos importante, sempre no sentido de manter a proteção ao trabalhador e de propiciar as empresas crescimento econômico. Deve-se buscar um equilíbrio nessa relação em que todos possam sair ganhando.

Capítulo III. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – VOTOS PARADIGMÁTICOS

A partir da análise de duas decisões do Supremo Tribunal Federal na matéria da flexibilização de direitos mediante a negociação coletiva de trabalho, aponta-se, de forma sucinta, a fundamentação jurídica na qual os ministros relatores basearam suas decisões, suas bases principiológicas e análise do caso concreto. Será apresentado primeiramente o “Caso BESC” do Recurso Extraordinário - RE nº. 590.415 de SC, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. Trata-se o RE da discussão sobre os limites da transação de direitos no ambiente negocial coletivo, precisamente neste caso da validade de quitação genérica do termo de rescisão e quitação dos contratos de trabalho dentro do programa de demissão incentivada homologado em Negociação Coletiva. Em seguida, será destacado o RE de número 895.759 PE, que tinha como relator o saudoso Ministro Teori Zavascki, no qual houve-se a discussão sobre a supressão das horas *in itinere* mediante concessão de outras vantagens aos trabalhadores também situação ocorrida dentro do contexto coletivo de trabalho. Ao final serão apresentadas críticas aos postulados que basearam os votos dos Ministros, principalmente diante desses precedentes que indicam a inclinação da máxima Corte jurídica nacional em prevalecer o negociado frente ao legislado num cenário com sindicatos enfraquecidos seja economicamente e politicamente.

3.1 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 590.415: “Caso BESC”

A presente análise versa sobre o Recurso Extraordinário nº. 590.415 Santa Catarina, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Luiz Roberto Barroso, no qual figura como Reclamante o Banco do Estado de Santa Catarina – BESC. Esse voto foi escolhido para servir como parâmetro de avaliação da pesquisa por tratar da relativização do princípio do “legislado sobre o negociado”, como se destaca.

O caso concreto trata-se do questionamento da validade do Plano de Demissão Incentivada, firmado por meio de acordo coletivo, promovido pelo Banco do Estado de Santa Catarina e seus empregados. Através dessa proposta foi dada eficácia ampla para quitação de verbas rescisórias independente de sua discriminação do termo de rescisão de contrato de trabalho, em evidente contrariedade ao que dispõe o artigo 477 § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, e também da Súmula 330 do Tribunal Superior do Trabalho – TST.

A CLT estabelece que é assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja motivo (justa causa) para cessação das relações de trabalho, se configura legítimo direito a uma indenização, paga pelo empregador (conhecida como multa rescisória). Assim, o instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas. Nesse mesmo sentido destaca a Súmula 330 do TST que a quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas. Assim, a quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo. Nesse mesmo sentido, quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.

Em 2001 o Banco elaborou o PDI 2001, tendo grande aceitação de seus empregados. Porém o sindicato da categoria estava resistente para convocar assembleia geral para deliberarem sobre o Plano. Insatisfeitos os empregados convocaram assembleia geral eles próprios deliberaram pela aprovação do PDI 2001. Posteriormente, diante das pressões promovidas pelos empregados o sindicato representativo da categoria concordou em homologar o Plano. Aos empregados foi esclarecido minuciosamente as condições do PDI, sendo que a estes a adesão sempre foi facultativa.

No ano de 2003 a questão chegou ao TST em recurso ordinário interposto pelo BESC no âmbito de ação anulatória e de ação cautelar propostas pelo Ministério Público do

Trabalho de Santa Catarina - MPT. A questão foi levada à Seção de Dissídios Coletivos – SDC, do TST, que concluiu pela validade da quitação ampla das verbas rescisórias.

Posteriormente, em 2006, a matéria novamente foi levada a julgamento pela SDC em recurso ordinário interposto pelo BESC contra acórdão do TRT da 12ª Região, que julgara procedente a ação anulatória e cautelar do MPT. A conclusão desta vez foi pela invalidade da cláusula que previa a quitação total das verbas rescisórias. Como um dos fundamentos da decisão da SDC, foi destacado que “o empregado merece proteção, inclusive, contra sua própria necessidade ou ganância” e que a “tônica do Direito do Trabalho é precisamente o esvaziamento do princípio da autonomia da vontade”. No Supremo Tribunal Federal – STF, a matéria chegou por meio de recurso extraordinário, cabendo ao Ministro Luiz Roberto Barroso a relatoria.

Em seu voto o Ministro buscou fundamentação no princípio da autonomia coletiva da vontade, citando que no “âmbito do poder coletivo não se verifica a mesma assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho” e conseqüentemente não se sujeita aos mesmos limites destas. Também considerou o princípio da equivalência dos contratantes coletivos, pois nessa relação as partes (empregador e empregados representados pelo sindicato) estão, em tese, em igualdade de condições não havendo assim parte hipossuficiente que precise de proteção maior. Mencionou que a irrenunciabilidade de direitos não deve ser aplicada às relações coletivas de trabalho.

Para Barroso, no âmbito coletivo, os acordos assumidos devem ser cumpridos como corolário ao princípio da lealdade na negociação coletiva, sob o risco de o contrário conspirar em descrédito dos acordos e convenções coletivas. Como último princípio fundamentador de seu voto, Barroso cita o princípio da adequação setorial negociada em que, exceto para direitos de indisponibilidade absoluta, as regras autônomas *jus coletivas* podem prevalecer sobre o geral heterônomo mesmo no sentido de restringir direitos. Por fim, ele sustenta a importância da negociação coletiva como meio de promover ao trabalhador a direção de sua própria vida laboral, dado a este sentimento de valor e participação, mecanismos que promovem a democracia e a paz social. Também ficou indicado que os PDI's possibilitam reduzir a repercussão social das dispensas de trabalhadores.

Na conduta negocial coletiva quaisquer das partes deve agir com lealdade e transparência durante todo o período negocial. Não se pode invocar o princípio de proteção,

inerente ao Direito Individual, para negar validade a certa norma jurídica anteriormente celebrada em acordo ou convenção coletiva. Essa é a síntese norteadora do princípio da Lealdade e Transparência na negociação coletiva. (DELGADO, 2012, p. 1.338)

Com isso, seria inválida, por exemplo, uma greve durante vigência de convenção coletiva de trabalho, diante da situação de cumprimento integral das normas acordadas. Deriva da boa-fé em respeito aos acordos negociados. Só admitindo exceção no caso do descumprimento reiterado dos dispositivos convencionais pelo empregador, abrindo assim, direito aos empregados de se utilizarem da greve. (2012, p. 1.339)

Por esse motivo, devem as negociações coletivas serem conduzidas de forma transparente, pois “a responsabilidade de se produzirem normas (e não meras cláusulas) conduz à necessidade de clareza quanto às condições subjetivas e objetivas envolvidas na negociação” Não se trata de uma simples negociação entre particulares, mas do exercício da autonomia privada direcionada a produção de dispositivos legais que afetam toda uma coletividade. Portanto, a transparência e consequentemente a lealdade na condução das negociações deve ser adequada para os fins da proteção aos direitos das partes representadas. (DELGADO, 2012, p. 1.339)

Diante disso, no caso concreto, na visão de Barroso, houve a efetiva participação dos empregados na aprovação do Plano de Demissão Incentiva com total conhecimento da quitação ampla das verbas rescisórias. Tendo que ser respeitado o reconhecimento dos acordos coletivos em razão do que determina a Constituição Federal, pois a autonomia coletiva deve prevalecer e que neste os empregados não abriram mão de parcelas indisponíveis e desta forma ele considera como válido o PDI nas condições em que foi aprovado pelas partes.

Para Lopes a autonomia coletiva pressupõe a participação do sindicato na negociação coletiva, a ele a Constituição Federal garantiu a legitimidade para firmar normas coletivas em benefício de seus representados. (1998, *apud* PORTO, 2012, p. 44) E assim, as normas estabelecidas em negociação coletiva, com a devida representação do sindicato das categorias, se sobrepõem às condições pactuadas nos contratos individuais de trabalho⁹. Os contratos individuais, em respeito a autonomia coletiva, devem necessariamente respeitar as regras estabelecidas nos acordos ou convenções coletivas, podendo, porém, oferecer garantias e

⁹ Artigo 619, caput, da Consolidação das leis do Trabalho.

direitos superiores aos instrumentos coletivos, mas não suprir direitos em desacordos aos negociados coletivamente. (PORTO, 2012, p. 44)

Ocorre, contudo, que a autonomia coletiva não pode ser exercida a bel prazer, ela deve ter seus limites bem definidos e para tanto tomamos mão do princípio da adequação setorial negociada. Princípio este também utilizado por Barroso em seu voto.

É princípio somente existente no ordenamento *juscoletivo* a partir da Constituição de 1988. Por ele contrapomos até que ponto as normas *jusindividuais* imperativas estatais podem ser flexibilizadas pelas normas *juscoletivas*. De acordo com critérios objetivamente fixados, vistos a seguir, as normas autônomas *juscoletivas* podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo *justralhista*. (DELGADO, 2010, p. 137).

Para que isto ocorra, basta que sejam atendidos dois requisitos: que as normas coletivas implementem direitos superiores ao padrão geral oriundo da legislação estatal e que tais normas *juscoletivas* não transacionem parcelas *justralhistas* de indisponibilidade absoluta. Diante do atendimento dessas condições estará atendido o princípio da adequação setorial negociada e válida a sobreposição da norma coletiva perante a norma estatal. (2010, p, 137)

1.4. Análise pormenorizada do voto

Neste caso, entende-se que, como já mencionado, houve a efetiva participação dos empregados na deliberação do plano de demissão incentivada e a estes foi esclarecido seus direitos e a repercussão das transações. No entanto, diferentemente do caso analisado no outro RE, neste constitucionalmente não há amparo para flexibilização dos direitos dos empregados, ou seja, não há na Constituição Federal norma que estabeleça a possibilidade de que haja convenção ou acordo coletivo com poderes para modificar aspectos definidos na CLT. E a Consolidação das Leis do Trabalho é precisa em seu artigo 477, § 2º ao dizer que as verbas liberatórias são apenas as discriminadas no termo de rescisão de contrato de trabalho, justamente para proteger o desconhecimento do empregado de todos os seus direitos.

A decisão é positiva no sentido de garantir aos empregados a efetiva participação na definição de seus direitos. Pois a estes deve ser dada a oportunidade, após a devida explanação, de escolha daquilo que entender mais apropriado às suas convicções. Ou seja, o empregado tem o direito de também ser ouvido e ter sua opinião levada em consideração. Essa participação efetiva é muito importante na construção do direito.

Outro aspecto é o da valoração da negociação coletiva, que embora a realidade brasileira sindical entendemos não ser a ideal, deve-se priorizar os instrumentos coletivos de negociação, pois os reais interessados nas normas, em tese, se qualificam como os mais apropriados para definir seus direitos.

Também temos que os planos de demissão incentivada são mecanismos de grande valia diante das crises econômicas, beneficiando principalmente o capital empresarial, mas de certa forma também evitando maiores problemas sociais diante da demissão em massa de trabalhadores.

Porém, é importante, reiterar o lado negativo dessa decisão, visto entendermos que no caso concreto as verbas salariais por serem de natureza alimentar devem ser devidamente discriminadas no documento rescisório como forma de dar maior transparência para os trabalhadores em relação aos seus direitos. Isso de certa forma, o cerceia da compreensão do que exatamente do seu direito foi transacionado.

Não se pode sobre a batuta da autonomia coletiva, suprimir direitos indisponíveis absolutos, pois isso *precariza* ainda mais as relações de trabalho já a tanto descredita.

É certo que a negociação coletiva de trabalho deve ser estimulada, por se materializar em instrumento legítimo e democrático de paz social, dando origem a normas jurídicas autônomas.

No Estado Democrático de Direito que vivemos, que tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa¹⁰, a autonomia coletiva dos particulares, entretanto, não deve ser utilizada com o objetivo de suprimir e de *precarizar* os direitos trabalhistas, mas sim de melhoria das condições sociais, com o aperfeiçoamento das relações de trabalho e a adaptação do sistema *justabalhista* às necessidades dos tempos contemporâneos. (GARCIA, 2016).

¹⁰ Artigo 1º, incisos III e IV da Constituição Federal.

3.3 Voto do Ministro Teori Zavascki no Recurso Extraordinário 895.759 Pernambuco

Recurso Extraordinário nº. 895.759 Pernambuco, de relatorio do Excentíssimo e saudoso Ministro Teori Zavascki, tendo como Reclamante a Usina Central Olho D'água S.A.

Trata-se o caso da contestação da validade de acordo coletivo de trabalho que veio a suprimir o pagamento de horas *in itinere*¹¹ tendo como contrapartida a concessão de outros benefícios. Os benefícios concedidos foram de: fornecimento de cesta básica durante a entressafra; seguro de vida e acidentes além do obrigatório; pagamento de abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários-mínimos; pagamento de salário família além do limite legal; fornecimento de repositores energéticos e adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na convenção coletiva de trabalho.

O tribunal de origem teve entendimento pela invalidade do acordo em razão do entendimento de que as horas *in itinere* seria direito indisponível.

O Ministro Teori se amparou em sua decisão monocrática no princípio do reconhecimento das convenções e acordos coletivos, no princípio da autonomia da vontade no direito coletivo do trabalho, e também no alegou que o princípio da razoabilidade foi preservado visto que as outras vantagens oferecidas terem equilibrado a situação diante do não pagamento das horas. Ele também menciona que a própria Constituição Federal permite a flexibilização, por parte dos mecanismos coletivos, sobre questões envolvendo o salário (art. 7º, VI) e também de jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), em que se enquadra perfeitamente as horas *in itinere*.

Pelo princípio da razoabilidade “as condutas humanas devem ser avaliadas segundo um critério associativo de verossimilhança, sensatez e ponderação” (DELGADO, 2010, p. 167-168). Ou seja, as condutas humanas devem ser analisadas se estão diante do caso concreto dentro de padrões que demostrem serem prudentes de acordo com o contexto,

¹¹ Conforme Súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho combinado com artigo 4º da CLT, trata-se as horas *in itinere* do tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno. Essas horas são computadas na jornada de trabalho do empregado. Cabe destacar que com a atual mudança da legislação, não se reconhece mais o pagamento dessa modalidade de horas-extras.

melhor dizendo, que demonstrem que estão em equilíbrio, razoável. É princípio intrinsecamente ligado ao da proporcionalidade, possibilitando o alargamento de seu sentido, evidenciando a adequada ponderação entre meios e fins. (2010, p. 168)

Com isso, por estes princípios as normas jurídicas devem ser analisadas de acordo a critérios que ponderem o “adequado equilíbrio entre meio e fins a elas vinculadas, de acordo com um juízo de verossimilhança, sensatez e ponderação”. (DELGADO, 2010, p. 169)

Em seu voto o Ministro Teori alegou ter justamente se utilizado da razoabilidade para sopesar se a norma coletiva foi adequada e se foi mantido o equilíbrio, principalmente financeiro, diante da transação de direitos dos trabalhadores da referida categoria.

3.4 Análise pormenorizada do voto

A flexibilização sem limites é perigosa; ainda mais diante da realidade sindical brasileira, que possui sindicatos enfraquecidos em muitas regiões do país. No entanto, a respeito deste caso, entendo que se houve realmente participação dos empregados envolvidos na discussão das condições do acordo; por ser matéria com permissão constitucional quanto a flexibilização do salário e jornada de trabalho e por ter o Ministro ponderado os benefícios concedido verificando que no caso não houve prejuízo aos empregados; entendo que, diante desses fatos, o acordo possa ser considerado válido.

No entanto é um caso específico que traduz como os sindicatos na defesa dos interesses de seus representados deveria agir, ou seja, proporcionando outras vantagens em troca da relativização de direitos. Mas isso, deve ser feito com cautela, visto que na prática deveria, neste caso, ter-se em mãos os dados da quantidade de horas *in itinere* que os trabalhadores estão deixando de auferir para comprovar o equilíbrio na transação desse direito.

A autonomia coletiva no direito do trabalho deve ser manejada com cuidado. Os limites constitucionais devem ser respeitados, para se evitar usurpação de direitos. A Negociação Coletiva deve ser estimulada pelo Estado. A *autocomposição* dos entes coletivos é uma forma democrática que assegura a participação efetiva popular nas decisões que vão

reger suas vidas, e deve ser incentivada. No entanto, é importante que esse estímulo leve em consideração as demais consequências que permeiam o âmbito sindical e as garantias dos direitos trabalhistas fundamentais. (JANUZZI; MAGALHÃES, 2015)

Decisões como a do caso analisado podem ser mal interpretadas, dando a entender que na Negociação Coletiva tudo é permitido. Deve-se evitar a transação de direitos ilimitada. Os direitos indisponíveis absolutamente devem permanecer intactos frente a autonomia coletiva.

1.5. Crítica aos Argumentos Postulados

As decisões dos magistrados se fundamentam na situação ideal de entidades representativas dos trabalhadores estando estas em situação de igualdade jurídica e econômica frente ao empresariado e sua força capital. Levam em consideração os princípios da autonomia negocial, da lealdade na negociação coletiva e da razoabilidade dentre outros, mas se esquecem de verificar se na prática esses princípios estão sendo realmente respeitados e se suas decisões poderiam ser aplicadas a casos semelhantes diante da situação sindical brasileira na atualidade.

É fato que a partir da Constituição Federal de 1988 os sindicatos ganharam mais autonomia, mesmo o sistema sindical, ainda carregando traços corporativos da ‘Era Vargas’, como a contribuição sindical obrigatória¹² e a unicidade sindical¹³. Essas características propiciam a nos depararmos na atualidade com sindicatos pouco representativos e atuantes. Consequentemente, isso colabora para a baixa adesão à sindicalização por parte dos trabalhadores, e também dificulta em muito setores da economia a negociação coletiva. Muitos sindicatos existem apenas para carimbar rescisões de contrato de trabalho e para uma vez no ano elaborar uma convenção coletiva de trabalho, que quase sempre se limita a reproduzir as disposições da CLT, sem angariar novas melhorias para seus representados. (PORTO; NETO, 2011)

¹² Conforme artigo 579 da CLT A contribuição sindical é devida por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão.

¹³ De acordo com o artigo 8º, inciso II, da CF, é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.

Outra situação é o desnível de poder dos agentes na negociação coletiva. Diferentemente do que prega o princípio da equivalência dos entes coletivos, a maioria dos sindicatos na prática não possuem efetivamente força, em condições equânimes, para uma negociação coletiva com grandes empregadores, muito em razão da “dificuldade de mobilização dos trabalhadores, práticas *antissindicais* e toda sorte de repressão à atuação coletiva”, por parte dos empregadores. (PORTO; NETO, 2011)

Essa força representativa tem sido enfraquecida na atualidade pelas mudanças no mundo do trabalho, com a economia volátil, terceirizações, desemprego, individualismo dos trabalhadores, ou seja, pela precarização das condições de trabalho oriundas das flexibilizações desmedidas.

A partir desse cenário, não se descarta a importância dos sindicatos na Negociação Coletiva. Mesmo diante das dificuldades elencadas, ainda se encontram entidades com forte participação e representação em alguns setores da econômica, tais como dos metalúrgicos e bancários. (PORTO; NETO, 2011) O que se busca analisar é como sindicatos enfraquecidos atualmente terão condições de flexibilizar direitos em prol dos trabalhadores de forma equilibrada perante o empresariado capitalista. As consequências podem ser graves.

Segundos dados da Organização Internacional do Trabalho – OIT, nos anos 90, na América Latina e Caribe, detectaram-se baixa produtividade do trabalho, aumento do desemprego e da informalidade, principalmente nos países em que houve flexibilizações das legislações trabalhistas.

Nesses países, sustentados pela necessidade de romper com a rigidez protetiva ao trabalho, como forma de reduzir os custos da mão de obra para o empregador, diversos direitos trabalhistas acabaram por se mitigados, possibilitando novas formas de contrato e demissão dentre outros. Mas em lugar do aumento do emprego formal, o constatado foi o inverso, mais informalidade e desemprego em razão da menor proteção ao trabalhador.

Nos anos de 2000 a situação se manteve quase a mesma, com destaque para leve queda no desemprego. Mas em 2009 com a crise financeira mundial e o contínuo pensamento político da flexibilização, o quadro piorou.

Segundo o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no Brasil entre 2012 e 2013 ocorreram 4.948.000 (quatro milhões e novecentos e quarenta e oito mil)

acidentes de trabalho, uma taxa de 340 por 10 mil. De acordo com Débora Malta, organizadora da pesquisa junto com o IBGE, os acidentes vitimam em sua maioria trabalhadores desqualificados, pior remunerados, que não tem vínculo formal de trabalho e são terceirizados e por isso menos protegidos pela ação dos sindicatos. (DE CASTRO LADAZ, 2016)

Consequentemente isso se reflete no custo com os benefícios previdenciários decorrentes destes acidentes de trabalho. Em 2013 foram R\$ 367 milhões gastos em benefícios desta natureza. (2016)

Nesses anos seguintes a situação tem cada vez mais se agravado, ou seja, mudanças na legislação trabalhista sem o devido cuidado, tem provocado efeitos diferentes dos alegados pelos defensores da flexibilização.

No mesmo período, houve grande mundialização do capital, com a acumulação flexível que caracteriza o capitalismo contemporâneo. Embora a produtividade esteja em ritmo menor, a lucratividade aumentou, nunca foram tão altos e tão rápidos os retornos do capital investido pelo empresariado. Exigências de uma financeirização da economia que viabilizou a mundialização do capital num alto grau. (DRUCK, 2011)

A mesma lógica que influência a constante inovação tecnológica e dos produtos financeiros, atinge sobremaneira a força de trabalho, transformando em obsoletos e descartáveis os homens que trabalham, por outros novos e modernos, ou seja, por outros mais flexíveis, com formas precárias de contratação, força e consentimento, como recursos utilizados pelo capital para acumulação de mais capital sem limites. E assim, impondo condições precárias de trabalho frente a permanente ameaça de desemprego. “Afinal, ter qualquer emprego é melhor do que não ter nenhum”. São traços da precarização social do trabalho e com isso, se instaura o consenso de que as transformações no trabalho implacáveis, inflexíveis passam a ser justificadas nesta nova perspectiva capitalista. (DRUCK, 2011)

Por essas e por outras é que existe a legislação protetiva ao trabalhador, tanto em âmbito individual quanto coletivo. Permitir que o negociado prevaleça frente ao legislado além dos limites constitucionais vigentes é um risco que pode minar com vários direitos historicamente alcançados. Numa situação ideal, de sindicatos fortes, atuantes, verdadeiramente entes coletivos com poder político, até se poderia cogitar um meio termo

para flexibilizar normas diante de novas tendências do mercado. Mas o que a realidade demonstra hoje é que esse cenário ainda está distante.

Apesar de tudo que já foi mencionado, os representantes do povo no Congresso Nacional, mesmo diante das manifestações de vários setores da sociedade, não se furtaram em aprovar uma lei que em muito desagradou a classe trabalhadora. Trata-se da Lei nº. 13.467 de 13 de julho de 2017, conhecida como a Lei da Reforma Trabalhista, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho, e outras leis, sob o argumento de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

Em que pese as relações de trabalho estarem em constante mutação, com o aparecimento de novas modalidades de trabalho, que nos primórdios se limitava aos operários do chão de fábrica, mas que atualmente se moderniza em outras tendências como por exemplo o teletrabalho¹⁴, ou o home office¹⁵; isto por si só não seria motivo suficiente para derrogar direitos antes garantidos aos trabalhadores.

Em linhas gerais, essa reforma trabalhista trouxe modificações em vários artigos da CLT que me atentarei a citar os mais relevantes: sucessão empresarial, horas in itinere, trabalho a tempo parcial, férias, horas extras, banco de horas, jornada 12 x 36, teletrabalho, intervalo intrajornada, dano extrapatrimonial, trabalho da mulher em condições insalubres, trabalho intermitente, uniforme, prêmios, salário, equiparação salarial, demissões coletivas, sindicatos e representação, contribuição sindical, diárias para viagem, terceirização, acordos e convenções coletivas e homologação de acordo extrajudicial.

Como pode-se notar a reforma trabalhista foi muito abrangente, mas alguns temas, dos citados, merecem uma explanação um pouco melhor, vislumbrando os efeitos práticos que tanto os empregados quanto os empresários poderão sentir, pelo menos nesse limiar das alterações. Partindo dessa ideia passemos a analisá-los.

A contribuição sindical dos empregados, que até então era obrigatória e correspondia a 01 (um) dia de salário por ano do empregado, agora com o novo texto da CLT, passa a ser

¹⁴ É espécie de trabalho realizado em local diverso ao local central do empregador e/ou do centro de produção, implicando na utilização de tecnologias que amplifiquem e facilitem a comunicação e consequentemente induzem ao distanciamento físico.

¹⁵ Home Office é uma expressão inglesa que significa “escritório em casa”, na tradução literal para a língua portuguesa. Também conhecido pela sigla SOHO (Small Office and Home Office), este método de trabalho é normalmente usado por trabalhadores independentes, também conhecidos por freelancers.

facultativa, tanto para a empresa quanto para o empregado. É o que se extrai do novo artigo 579 da CLT¹⁶, que condiciona o desconto da contribuição sindical à expressa autorização do empregado nesse sentido. Passa o empregado, agora, a desempenhar um papel importante acerca da sobrevivência da entidade sindical, pois esta, com a mudança, vê ameaçada sua principal fonte de custeio. Assim, as entidades sindicais precisarão se reinventar para atrair associados a fim de conseguir contribuições espontâneas.

Outra mudança significativa foi a das chamadas horas *in itinere*. Elas agora simplesmente deixaram de existir por força da nova redação do artigo 58 §2º da CLT¹⁷. Agora o tempo despendido pelo empregado nos itinerários casa-trabalho e trabalho-casa, ainda que o local de trabalho seja de acesso difícil ou não servido por transporte público, independente de o empregador conceder o transporte, não é fator que garanta o direito ao recebimento de horas extras, pois esse tempo não é computado mais como tempo à disposição do empregador. Nessa alteração vê-se claramente a vantagem auferida pelo empregador, pois fica desobrigado de custear esse período que o empregado levava para chegar ao local de trabalho. Para o empregado também é clara a desvantagem da mudança, pois agora tem que readequar seus horários, necessitando sair mais cedo de sua residência para chegar no horário correto ao trabalho, além de ver reduzida sua remuneração.

No que tange as férias, elas são um período de 30 (trinta) dias de descanso anual do empregado, para que este se recupere física e psicologicamente do trabalho. O empregado adquire esse direito após cada 12 (doze) meses de trabalho, sendo que as férias deveriam ser usufruídas num só período, exceto apenas em situações excepcionais, nas quais se admitia seu fracionamento em dois períodos, sendo que um deles não seria inferior a 10 (dez) dias. Com a lei da reforma trabalhista, havendo concordância do empregado, as férias poderão ser concedidas em até 03 (três) períodos, sendo que um deles não pode ser inferior a 14 (quatorze) dias corridos. Com essa alteração o empregador se aproveitaria de maior liberdade para organizar os períodos de descanso dos seus colaboradores, de acordo com sua conveniência. Para o empregado pode ser um benefício para os que não apreciam um

¹⁶ Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.

¹⁷ Art. 58 § 2º. O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

descanso de 30 dias corridos. Mas há de se enfatizar que esse fracionamento pode desvirtuar a grande finalidade das férias, de recuperação física e psicológica do trabalhador, sendo o descanso normal fator importante até para melhora na produtividade do empregado. Fracionar as férias pode causar danos a saúde do empregado que teria na prática períodos de uma semana de férias, considerados insuficientes para sua recomposição total.

A lei condiciona esse fracionamento de férias à concordância do empregado, mas a questão que fica é que: qual empregado que discordaria de seu empregador nesta situação em que este lhe submetesse ao parcelamento das férias? Com o risco do desemprego muitos empregados não optariam em discordar de seu empregador, deixando assim essa escolha a bel prazer do patrão.

Outro tema abordado na reforma diz respeito ao chamado banco de horas, que se trata de uma modalidade de compensação de horas extras do empregado em dias de descanso, sem a necessidade, regra geral, de o empregador remunerar esse período extraordinário. Até vigência da atual CLT¹⁸, o banco de horas pode ser utilizado para todos os trabalhadores, ou trabalhadores de alguns setores, exceto os sob regime de tempo parcial, e depende de acordo ou convenção coletiva de trabalho. Para sua formalização o empregador comunica o sindicato desta intenção de implantar o banco de horas e a entidade sindical se incumbem de esplanar aos empregados as condições/benefícios do banco. Da forma atual, os empregados recebem todo um aparato da entidade sindical sobre seus direitos, sendo orientados de que não são obrigados a aceitar a compensação de horas.

Com a reforma trabalhista, precisamente no § 5º do artigo 59 da CLT¹⁹, o banco de horas poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra em período de até 06 (seis) meses, neste caso sem a participação do sindicato.

Vê-se com isso, novamente que o empregador aumentou seu poder de decisão frente aos seus empregados, pois poderá negociar diretamente, sem a intervenção do sindicato, a compensação de horas nos moldes do banco de horas. Isso aflorará ainda mais o desequilíbrio na relação trabalhista, pois se com a participação do sindicato, que muitas vezes não conseguem defender com rigor os direitos de seus representados, já ocorre situação de prejuízos para os trabalhadores, o que dirá agora que o empregador pode negociar diretamente

¹⁸ Diz-se atual, pois a Lei 13.467 só entra em vigência 120 (cento e vinte) dias após sua publicação.

¹⁹ Art. 59 § 5º. O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.

com o empregado. Também nesta situação, há de se esperar que na maioria das vezes, por uma questão até de medo, o empregado decline sua vontade, diante das exigências de seu empregador.

Um outro direito do trabalhador modificado com a Lei nº. 13.467/2017 é o FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que é disciplinado pela Lei nº. 8.036/90. Essa lei em seu artigo 18 § 1º prevê que o Empregador, regra geral, é obrigado a pagar uma multa no valor de 40% (quarenta por cento) sobre o saldo dos depósitos de FGTS quando da dispensa do empregado sem justa causa. Pela redação atual da CLT, as rescisões dos contratos de trabalho ocorreriam por iniciativa do empregado ou por iniciativa do empregador, sendo neste último caso, na maioria das vezes, devida a multa do FGTS.

Nesse sentido, a reforma trabalhista inova, incluindo pela primeira vez na legislação do trabalho a modalidade de rescisão por mútuo consentimento do empregado e empregador. Nesta opção alguns direitos trabalhistas serão pagos pela metade, como o aviso prévio, se indenizado, e a multa de 40% (quarenta por cento) do FGTS, que nesta situação passaria a ser de apenas 20% (vinte por cento) dos depósitos do FGTS da conta vinculada do trabalhador. Encerrando-se o contrato de trabalho desta forma, os saques aos depósitos do FGTS ficam limitados a 80% (oitenta por cento) do saldo e não dá o direito ao fruímento do seguro-desemprego.

Mais uma vez as empresas são beneficiárias desta reforma trabalhista, pois podem dispensar o empregado com custo reduzido. Já para o trabalhador, ele perde direitos caso queira ser demitido, mas na prática pode sentir-se pressionado a aceitar o acordo com o empregador.

É situação que antes da Reforma, apesar de ilegal, já ocorria na prática, quando a rescisão era encerrada pela iniciativa da empresa, porém o empregado devolvia o valor da multa do FGTS informalmente. No entanto, os demais direitos o empregado mantia intactos, mas agora com a reforma deixa de os tê-los na totalidade.

Outro ponto bastante controvertido na Reforma Trabalhista foi a questão da insalubridade no serviço da mulher. Até então, a empregada gestante ou lactante era afastada de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.

Com a mudança, a mulher gestante ou lactante que exercer suas funções em atividade ou local insalubre de grau mínimo ou médio não precisa mais se afastar de suas atividades, sob a condição de que haja um atestado médico liberando o exercício. É uma situação de grave risco à gestante e ao bebê, pois é evidente que qualquer que seja o grau, a insalubridade é prejudicial à saúde de qualquer trabalhador, o que dirá neste caso em que a mulher se encontra gestante ou lactante.

Apesar dessa prática necessitar de atestado médico liberativo, ela é preocupante, pois em cidades menores do país, em que grandes empresas possuem grande influência na sociedade local, não é raro a existência de atestados “arranjados”, fazendo com que a gestante ou lactante se submeta à lugares insalubres, prejudicando sua vida e a da criança.

Quando abordamos o julgamento pelo STF do caso do plano de demissão incentivada do BESC visualizamos que a tese controvertida se referia a possibilidade do termo de rescisão do contrato de trabalho no âmbito do PDI poder dar quitação plena dos direitos trabalhistas. Pois bem, com a reforma trabalhista esse tema, a princípio, será pacificado, pois de acordo com o artigo 477-B²⁰ incluído na CLT pela Lei nº. 13.467/2017 os Planos de Demissão Voluntário ou Incentivada previstos em acordos ou convenção coletiva ensejaram quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação de trabalho, salvo se for disposto algo em contrário entre as partes.

Mas sem dúvidas o ponto que mereceu maior debate foi o que dá prevalência dos acordos coletivos e convenções coletivas sobre a lei. Ou seja, é a materialização da preferência do negociado frente à matéria legislada. É o que aponta o novo artigo 611-A²¹ da CLT.

²⁰ Art. 477-B. Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

²¹ Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

Com tudo que foi exposto, é evidente que essa alteração legislativa vem ao encontro das decisões do STF abordadas neste estudo, o que reforça a importância de sua análise. Boa parte dessas alterações na CLT vieram para desmoronar toda uma jurisprudência construída pelo Tribunal Superior do Trabalho, que dentre suas Súmulas e Orientações Jurisprudenciais tratavam de vários dos temas que ora foram modificados. O mais marcante é que quase todas as mudanças por menor que seja o reflexo, vieram em prejuízo dos trabalhadores.

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
XI - troca do dia de feriado;
XII - enquadramento do grau de insalubridade;
XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal brasileira possui como um de seus fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Daí já se constata a grande importância do trabalho para a manutenção e o crescimento de uma sociedade igualitária, justa e democrática. Regular as relações que compõem esse tema é papel que o Direito tem preocupação especial, tanto é que um de seus ramos tem o trabalho como fonte principal de estudos e pesquisas, sendo denominado de Direito do Trabalho. Esse ramo especial do Direito tem ao longo dos anos dedicado esforços para compreender as diferentes facetas em que se traduz a relação entre empregado e empregador, tanto em seu aspecto individual quanto coletivo. Mereceu tratamento especial neste estudo, o Direito Coletivo do Trabalho, por ser uma parcela semiautônoma do Direito do Trabalho, tendo como grande preocupação o estudo, de forma mais aprofundada, das relações entre os sujeitos coletivos do mundo do trabalho. Sua importância vai além do simples estudo dos sujeitos coletivos, ele se mostra como verdadeiro instrumento de justiça social, frente a desigualdade econômica dos trabalhadores e empregadores.

O principal ente coletivo integrante desse arcabouço é o sindicato. Que são “entidades associativas permanentes, que representam trabalhadores vinculados por laços profissionais e laborativos comuns” (DELGADO, 2012, p. 1345). Ele tem papel central na representação dos trabalhadores frente aos empregadores, buscando assim equilibrar a situação de hipossuficiência em que se encontra o empregado individualmente. Sozinho o trabalhador não tem condições de reivindicar melhores condições de trabalho, diante do poder econômico e político que detém o empregador, terminando na maior parte das vezes aceitando o que lhe é imposto por seu patrão, quase sempre em seu prejuízo. Porém unidos em sindicato os empregados aumentam suas possibilidades na solução de controvérsias e lutas por melhores direitos.

Para isso os sindicatos tomam mão do Acordo Coletivo de Trabalho e da Convenção Coletiva de Trabalho, que são eficazes instrumentos de negociação coletiva, se reveste em

grandes meios de materialização da autonomia coletiva, importância essa que se destaca com a realidade atual com os movimentos de precarização das relações laborais.

Apesar de sua evidente importância, a negociação coletiva necessita ser bem delimitada, para se evitar mudanças oportunistas. Tudo em excesso deve ser visto com reservas. A autonomia coletiva não pode ser usada sem limites sob risco de se perder direitos que levaram vidas para serem obtidos. Não pode os instrumentos de negociação coletiva possuírem total liberdade para transacionar qualquer direito dos trabalhadores, há de ter um limite, que garanta direitos constitucionalmente resguardados.

Isso tudo se torna ainda mais relevante diante dos crescentes movimentos em prol do aumento da flexibilização dos direitos trabalhistas, em que se busca a prevalência do negociado frente aos direitos legislados. Como observado, essa movimentação está sustentada por interesses econômicos que na busca pelo lucro e por uma pretensa competitividade no mercado, sacrifica direitos dos trabalhadores. Essa articulação possui colaboração do Legislativo e do Judiciário (na Corte Constitucional).

A flexibilização dos direitos trabalhistas e sociais deve ser vista com reservas. Sua utilização desmedida se mostra claramente ofensiva aos direitos dos trabalhadores, mas ao mesmo tempo não se pode descartá-la, visto as exigências do muito moderno, com novas formas de trabalho.

Assim, apesar da escolha pelo nome prevalência na intitulação dos temas nesse trabalho, não devemos ter a preocupação da prevalência do legislado ou do negociado. A preocupação deve ser precipuamente o melhor interesse do trabalhador, ou o respeito do princípio da proteção do obreiro. Não estando o problema em estar ou não o sindicato “habilitado” para estabelecer as normas prevalentes, desde que não se sacrifiquem os interesses do trabalhador.

Essa temática, especialmente em razão da aprovação da reforma trabalhista demandará novos encaminhamentos e pesquisas, analisando como o Judiciário Trabalhista aplicará ou negará essas alterações legislativas. Nesse sentido, se faz salutar que a pesquisa nessa temática analise a jurisprudência no decorrer de 2018, bem como a reforma trabalhista será tratado pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelo Tribunal Superior do Trabalho em grau de recurso. Uma análise de decisões da Corte Constitucional sobre esse assunto também

serão úteis para entender o problema e sua resolução nos casos concretos. Essa análise da reforma com a aplicação em casos concretos não foi objeto da presente pesquisa, nem teria espaço em razão do prazo e formato monográfico dessa produção de pesquisa.

Outra possibilidade que se apresenta como encaminhamento futuro dessa pesquisa é a resposta das entidades sindicais (por meio de suas assembleias e negociações coletivas), analisando como essas entidades se adaptarão, aproveitarão as possibilidades da reforma trabalhista ou as denunciarão como instrumento antissindical.

Por certo a presente pesquisa não se pretende exaustiva ou conclusiva sobre a temática do negociado sobre o legislado, nem se pretende análise definitiva sobre os votos estudados. Se conformando o presente trabalho monográfico como uma contribuição da pesquisa para os debates acadêmicos e democratização dos impactos do negociado sobre o legislado na realidade do trabalhador, ainda que sob o enfoque conceitual e acadêmico.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: Editora LTr, 2005.

AZAMBUJA, João Carlos Felix de. **Liberdade sindical no Brasil e na OIT – unicidade sindical x unidade sindical**. Monografia (Direito). 78fl. Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2011. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/35830/000816759.pdf>
Acesso em: 28 de maio 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2012.

DE CASTRO LACAZ, Francisco Antonio. **Continuam a adoecer e morrer os trabalhadores: as relações, entraves e desafios para o campo Saúde do Trabalhador**. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, v. 41, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. Direito Coletivo do Trabalho e seus Princípios Informadores. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 67, nº 2, abr/jun. 2001. p. 79-98.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2010.

DRUCK, Graça. **Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios?**. Caderno CRH, v. 24, n. 1, 2011.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia da Análise de Decisões (MAD). **Universitas/Jus** (Impresso), v. 21, p. 01-17, 2010.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Negociado e legislado na atual jurisprudência do Supremo**. Revista Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-20/gustavo-garcia-negociado-legislado-atual-jurisprudencia-stf>. Acesso em: 07 de junho de 2017.

JANUZZI, Adriano; MAGALHÃES, Aline. **A Função Social da Negociação Coletiva como Instrumento Democrático de Criação de direitos Trabalhistas: história, contextualização, comum acordo e desafios.** Revista Publius, v. 1, n. 1, 2015.

LIMA, Jacob Carlos. Trabalho e novas sociabilidades: introdução. **Caderno CRH**, Salvador. v. 17, nº 41, p. 167-171, mai/ago, 2004.

MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho.** 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MEDEIROS, Livia Pereira Alves Sousa de. Representatividade Sindical. **Boletim Conteúdo Jurídico**, v. 247, p. 1-33, 2009.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. O negociado sobre o legislado. O negociado sobre o legislado, v. 68, n. 2, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho.** – 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Sairaiva, 2004.

PORTO, Roberta Guasti. **A Negociação Coletiva de Trabalho e a (Re) construção das relações de trabalho na sociedade contemporânea.** Belo Horizonte, 2012.

PORTO, Roberta Guasti; NETO, Antonio Carvalho. **O Esvaziamento da noção do ser coletivo e a reação sindical no Brasil do século XXI.** III Encontro de Gestão de pessoas e relações de trabalho. João Pessoa, 20 a 22 dezembro 2011.

VOGEL NETO, Gustavo Adolpho. **Curso de Direito do Trabalho: em homenagem ao Professor Arion Sayão Romita,** coordenação Gustavo Adolpho Vogel Neto. 2 ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.