

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

CAMILA ALVES DA CRUZ

**OS LIMITES DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS DO
TRABALHADOR POR MEIO DA INSTITUIÇÃO DE NORMAS AUTÔNOMAS**

Brasília/DF

2016

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

CAMILA ALVES DA CRUZ

**OS LIMITES DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS DO
TRABALHADOR POR MEIO DA INSTITUIÇÃO DE NORMAS AUTÔNOMAS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Escola de Direito de Brasília - EDB/IDP como exigência parcial à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

Brasília/DF

2016

CRUZ, Camila Alves da.

Os limites da flexibilização dos direitos e garantias do trabalhador por meio da instituição de normas autônomas. Camila Alves da Cruz. - Brasília, 2016.

55 fl.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Escola de Direito de Brasília - EDB/IDP como exigência parcial à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

Dedicado aos meus pais que sempre me incentivaram e confiaram em meu potencial e ao meu noivo, Guilherme

da Hora Pereira, que muito contribuiu para a realização deste estudo.

“O trabalho precede ao capital e deste não depende. O capital não é senão um fruto do trabalho e não chegaria nunca a existir, se primeiro não existisse o trabalho. O trabalho é, pois, superior ao capital e merece consideração mais elevada”.

Abraham Lincoln - 1859

Resumo

O presente trabalho monográfico aborda os limites para a flexibilização dos direitos trabalhistas por meio da negociação coletiva frente ao atual cenário do Direito do Trabalho e da sociedade. Tem por objetivo mostrar a necessidade de imposição de limites às negociações coletivas, pois se torna clarividente a existência de um conflito entre o princípio da autodeterminação coletiva com os princípios da dignidade da pessoa humana, o da proteção, o da norma mais favorável e o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Para tanto, se propõe argumentação que contempla a história e os princípios do direito do trabalho, bem como a história do sindicalismo brasileiro, a função negocial das entidades sindicais, as disposições constitucionais, legais, doutrinárias e jurisprudenciais que, apesar de reconhecerem as convenções e acordos coletivos de trabalho, impuseram alguns limites para a realização da negociação coletiva.

Palavras-chave: Direito do trabalho. Função negocial. Flexibilização. Limites da negociação coletiva.

Abstract

This monograph discusses the limits to the flexibility of labor rights through collective bargaining in such scenario of labor laws and the society itself. Aims to demonstrate the necessity to impose trading limits to the union bargaining, considering the conflict between the principle of collective of self-determination and the principles of human dignity, of protection, of the more favorable rule and the unavailability of human rights. To this end, proposes argument that includes the history and function of the unions, constitutional, legal, doctrinal em jurisprudential provisions which, while acknowledging the conventions and collective bargaining agreements, imposed some limits to the realization of union bargaining.

Key words: Labor law. Negotiation function. Easing rights. Trading limits.

Sumário

Introdução	10
1 História do Direito do Trabalho	13
1.1 Fundamentos e formação histórica do Direito do Trabalho.....	13
2 História do sindicato	18
2.1 Histórico	18
2.2 Funções sindicais.....	22
3 Da norma coletiva como fonte de direitos	26
3.1 Das fontes	26
3.2 Do Sistema de proteção.....	33
4 Da negociação coletiva como instrumento de flexibilização de direitos	36
4.1 Autonomia negocial das partes	36
4.2 Dos limites da negociação coletiva	42
Conclusão.....	52
Referências.....	54

Introdução

O início do ramo do Direito do Trabalho se deu em razão da questão social e do agrupamento organizado dos trabalhadores, na tentativa de melhorar o meio ambiente do trabalho e as relações trabalhistas como um todo.

Isso porque com a oposição entre os trabalhadores e empresas aumentando em níveis consideráveis em razão do aumento da exploração da classe trabalhadora a partir da Revolução Industrial, os operários criaram liames de solidariedade grupal que se intensificaram com a luta aberta que se instalou contra o grupo empresarial.

Foi a partir dessa consciência coletiva que os trabalhadores passaram a conquistar melhorias nas condições de vida e trabalho de forma autônoma, sem ingerência estatal.

Dessa forma, o primeiro capítulo do presente estudo tem por objetivo explanar acerca da história do direito do trabalho e seus fundamentos.

Ressalte-se que essas conquistas trabalhistas, coletivas e individuais, passaram a se efetivar por intermédio das uniões sindicais dos trabalhadores em negociação direta com as empresas.

Portanto, verifica-se que desde o surgimento do Direito do Trabalho, os atores sociais tiveram participação essencial na regulamentação de suas condições de vida e labor. É o que chamamos de poder normativo das partes, ou seja, o poder de os próprios sujeitos estipularem suas condições de trabalho.

A negociação coletiva consiste, portanto, em uma prerrogativa inerente aos sujeitos conflitantes coletivamente considerados que tem o condão de solucionar os conflitos coletivos por meio do poder normativo autônomo.

Assim, o segundo capítulo visa expor a história do sindicato e suas funções e prerrogativas, dentre elas a função negocial.

Essa prerrogativa é efetivada e elaborada por meio de instrumentos coletivos que, dada a especificidade do instituto, possuirão natureza jurídica normativa, ou seja, de lei em sentido material, no limite das respectivas representações.

Dessa forma, em razão do poder normativo, exercido por meio da negociação coletiva ou da intervenção estatal, foram definidos como instituições do direito coletivo do trabalho, dentre as principais, a convenção coletiva de trabalho, o acordo coletivo de trabalho e a sentença normativa.

Todos esses instrumentos pressupõem negociação coletiva, sendo por ela que se exerce o poder normativo que poderá ser autônomo, quando a negociação coletiva se der de forma direta entre os sujeitos conflitantes, ou heterônomo quando, a partir da frustração desta negociação, as partes o transferem a um terceiro para que este decida o conflito.

Todas as questões relacionadas com a autonomia negocial das partes, negociação coletiva e seus limites serão explanadas no terceiro capítulo.

Ocorre que os avanços nas condições de vida e trabalho da classe operária advindos da negociação coletiva, como colocado até aqui, vem retrocedendo. O modelo de Estado do Bem-Estar Social vem cada vez mais se alterando para o modelo do passado, o sistema liberal (neoliberal), onde o poder normativo se presta, especialmente, para a retirada de direitos ou para a flexibilização destes.

Dessa forma, o objeto do presente estudo diz respeito à (im)possibilidade de flexibilização dos direitos e garantias trabalhistas por meio de normas coletivas autônomas. Seria legítimo admitir que a crise econômica que o país vem vivenciando seja transferida para a negociação coletiva permitindo a retirada ou redução de direitos?

A principal técnica utilizada para abordar o problema é a pesquisa bibliográfica e documental, dado o caráter teórico-argumentativo do estudo, bem como a pesquisa sócio-jurídica, tendo em vista a relação entre o campo do Direito e outras esferas do conhecimento.

1 História do Direito do Trabalho

Impossível fazermos qualquer abordagem analítica acerca do “fenômeno” da flexibilização dos direitos e garantias advindos da relação de trabalho sem que dediquemos algumas linhas em torno do próprio trabalho humano enquanto elemento do metabolismo social por excelência.

É que o Direito do Trabalho, na forma como o pretendemos abordar na presente pesquisa, não se restringe ao conjunto normativo de regras e condições ao exercício de um determinado labor, mas se configura em instrumento de revolucionamento do modo de controle do metabolismo social, habitualmente decorrente do constante conflito entre o capital e o trabalho.

1.1 Fundamentos e formação histórica do Direito do Trabalho

Em uma perspectiva doutrinária, o conceito atribuído ao *direito do trabalho* visa à mesclar tanto o seu viés subjetivo (pertinente aos sujeitos da relação de trabalho) quanto o seu viés objetivo (pertinente à própria regulamentação da relação de trabalho). É a chamada teoria mista, assim preconizada por Martins Catharino¹:

É o conjunto de princípios e normas que regulam, principalmente, as relações imediata ou mediatamente ligadas ao trabalho remunerado, livre, privado e subordinado, e, ainda, aspectos relativos à existência dos que os executam.

Todavia, fazemos eco às críticas tecidas por Vólia Bomfim Cassar acerca das limitações do conceito delineado por Catharino²:

O Direito do Trabalho é muito mais amplo, tem toda uma conotação coletiva, social, com institutos internacionais, nacionais e setoriais que visam à melhoria da condição social dos trabalhadores, à

¹ CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Jurídica e universitária, 1972, v. i, p. 49

² CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 10. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2014, p. 5

proteção das minorias e dos hipossuficientes, à proteção da sociedade trabalhadora.

[...]

O Direito do Trabalho não pode ser visto apenas como aquele que cuida da aplicação das regras trabalhistas, isto é, da aplicação da CLT e das demais leis extravagantes. Vai além destes limites. Supera a visão individualista e coletiva e perpassa pela visão econômica, política e social.

Isso porquanto é nítido o caráter socializante do direito do trabalho enquanto instrumento informador da manutenção da dignidade da pessoa humana, da valorização social do trabalho e da proteção ao hipossuficiente. Ou seja, o direito do trabalho tem em si importante finalidade social de aplicação difusa envolvendo todos os membros de uma determinada sociedade, bem como o próprio Estado.

Veja-se que o direito do trabalho surge como reação ao cenário liberal-burguês consolidado na Revolução Industrial, em meados do século XIX.

Até então o trabalho humano era regulado a partir de regras e princípios aplicáveis às transações comerciais em geral (normas de direito civil), as quais implicaram na exploração desumana dos trabalhadores.

É que o liberalismo extremado tinha por consequência o desequilíbrio da relação capital-trabalho. Ora, a prática de que “o contrato faz lei entre as partes” inferiorizava os trabalhadores, em razão da sua hipossuficiência em relação aos empregadores, impondo-os condições desumanas e degradantes de exercício do trabalho em verdadeiros “contratos de adesão” em que dispunham da sua condições humana.

Dessa verdadeira panela de pressão surge o direito do trabalho, de viés essencialmente coletivo a partir da agregação dos trabalhadores em sindicatos (conforme veremos mais adiante), com função tutelar, econômica, coordenadora, política e social.

Nesse sentido, cumpre registrar a assertiva de Vólia Bomfim Cassar³:

Tutelar, porque visa proteger o trabalhador e reger o contrato mínimo de trabalho, protegendo o trabalhador de cláusulas abusivas, garantindo-lhes um mínimo. Econômico, em face da sua necessidade de realizar valores, de injetar capital no mercado e democratizar o acesso às riquezas, de abalar a economia do país. Coordenadora ou pacificadora, porque visa harmonizar os naturais conflitos entre capital e trabalho. Política, porque toda medida estatal coletiva atinge a toda população e tem interesse público. Social, porque visa à melhoria da condição social do trabalhador, da sociedade como um todo. Alguns autores mencionam, ainda, a função conservadora, porque através da imperatividade de suas regras e indisponibilidade do direito, o Estado sufocaria a ação dos trabalhadores e dos empregadores, congelando-os, engessando-os, impedindo os “avanços do Direito do Trabalho”.

Com o nascimento do direito do trabalho foi conferido às relações laborais um caráter público, ultrapassando o regime de separação entre o Estado e a sociedade civil e preconizando a necessidade de intervenção e regulação pelo Estado da relação contratual, que até então era regida pelas leis comerciais.

A este respeito, Vólia Bomfim Cassar, referindo-se à publicização do direito do trabalho⁴:

Além desta publicização do direito privado, em que o Estado toma para si a gestão das principais regras até então delegadas ao arbítrio dos particulares, o Direito do Trabalho implantou no Direito um sentimento de justiça, já que buscou compensar a parte economicamente mais fraca da relação jurídica, travada entre empregado e empregador, de caráter eminentemente privado, mediante regulação legal, acarretando uma revisão dos pressupostos que informavam a ordem liberal, conferindo a ela um viés igualitário por meio da publicização da esfera privada.

³ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 10. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2014, p. 12

⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 10. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2014, p. 21

No Brasil, principalmente a partir de influências externas, tais como o Tratado de Versalhes assinado em junho de 1919, se consolidou a necessidade de o Estado lidar, diretamente, com a questão social e o trabalho. Diversos juristas da época, em especial Rui Barbosa, afirmavam o princípio de que o trabalho não deve ser considerado uma mercadoria ou artigo de comércio, tal concepção pressionava a adoção pelo Congresso Nacional de um novo espírito que contribuiria para o processo de regulamentação do trabalho no país.

É óbvio, entretanto, que o movimento juslaboral não se consolidou, nem no Brasil nem no mundo, de forma repentina, do dia para a noite. A adoção e a aperfeiçoamento do sistema de proteção ao trabalho foi e continua sendo paulatino, gradual e constantemente enfrenta ataques e retrocessos impostos pelo poder do capital.

O cotejo dos anais da legislação trabalhista brasileira ilustra à perfeição, à adoção e ao avanço graduais dos direitos fundamentais aplicados ao trabalho em nosso país, conforme se verifica em ensaio acerca das origens do ordenamento jurídico trabalhista catalogado por Mário de Almeida Lima⁵:

Certas leis tinham ficado no papel. Sem nenhuma eficácia. O Diário Oficial, como o inferno, está cheio de boas intenções. Ficava-se nisso. Há, pois, evidente exagero, quando Luiz Werneck Vianna afirma que “os direitos fundamentais do trabalho (descanso dominical, regulamentação da jornada de trabalho, do trabalho do menor, da mulher, férias, caixas de seguro, sindicatos e lei de acidentes do trabalho) estavam contemplados na legislação anterior a 30”. Não era bem assim, Ninguém ignora que no Brasil há leis que “pegam”, e leis que “não pegam”. Sobre aquelas matérias existia, de fato, uma legislação incipiente e incompleta, rara e precariamente cumprida. A própria carteira de trabalho, quantos anos foram necessários para que fosse realmente adotada? Era frequente, mesmo em grandes centros, o empregador “não assinar carteira”, condição que impunha para dar o emprego. O próprio Werneck Vianna reconhece que a aplicação daquelas leis “não era nem nacional e nem generalizada a todos os setores assalariados”. Tanto

⁵ COLLOR, Lindolfo. *Origens da legislação trabalhista brasileira. Organização e introdução de Mário de Almeida Lima.* - Porto Alegre: Fundação Paulo do Couto e Silva. 1990. APUD

basta para demonstrar que estávamos diante de leis de pouca ou quase nenhuma eficácia. Pior que a inexistência de lei é a existência de uma lei que não se aplica e não se respeita.

Atualmente, o direito do trabalho enfrenta um dos seus mais significativos obstáculos, qual seja o período de crise e retração econômica que, invariavelmente repercute no âmbito dos direitos sociais e de forma mais acintosa junto à concretização dos direitos e garantias do trabalho.

2 História do sindicato

Antes, porém, de nos imiscuirmos nos pormenores do problema da flexibilização das condições de trabalho e da legislação trabalhista em geral, importa, até mesmo pelo caráter coletivo do direito do trabalho e pela *práxis* adotada no sentido de que toda e qualquer relativização de direito trabalhista se dará mediante a celebração de acordo ou convenção coletiva, traçarmos breves comentários acerca da organização sindical e suas funções.

2.1 Histórico

Na segunda metade do século XVIII dois fatos foram determinantes para o surgimento do sindicalismo, quais sejam a revolução industrial e a supressão das corporações de ofício, que ocorreu a partir da adoção do liberalismo.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento⁶:

O liberalismo da Revolução Francesa de 1789 suprimiu as corporações de ofício, dentre outras causas, por sustentar que a liberdade individual não se compatibiliza com a existência de corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado. Para ser livre, o homem não pode ser subordinado à associação porque esta suprime a sua livre e plena manifestação, submetido que fica ao predomínio da vontade grupal.

É que os inúmeros fatores e situações aviltantes aos trabalhadores já mencionados em nossos comentários acerca da revolução industrial, somados à intensa concentração de trabalhadores nas fábricas daquele período fez com que surgisse no operariado a consciência de que seria impossível a equiparação de forças com o empregador individualmente. Assim, semeou-se a ideia de que somente pela coletividade seria possível estancar a exploração do trabalho pelo capital.

⁶ *Evolução histórica do sindicalismo*. In: ROMITA. Arion Sayão (coord.). *Sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1986. - AUTOR

Todavia, como já era de se esperar a consolidação jurídica do sindicalismo se deu por etapas, caracterizadas por Avilés como a fase de proibição, a fase de tolerância e a fase de reconhecimento jurídico, veja-se⁷:

En su tenaz lucha por conquistar un espacio de albedrío entre el Derecho público y el Derecho Privado individual, los sujetos colectivos laborales atravesaron diversas etapas que han sido codificadas por la doctrina francesa en tres fundamentales: una fase de prohibición, otra de tolerancia y otra, por fin, de reconocimiento jurídico. Las tres acaecen ordenadamente en la mayor parte de los países europeos, aunque con discrepancias cronológicas entre unos e otros, y podría decirse en consecuencia que la distinción tiene validez universal, y las evoluciones disonantes tendrían la consideración de excepciones. Claro que las tres fases en su consolidación jurídica deben entenderse con ciertas matizaciones: el ciclo completo supone saltos y retrocesos, tanto en el siglo XIX como en el XX, de los que los más conocidos tienen lugar con las dictaduras, y con frecuencia se observa una vuelta a la prohibición o la tolerancia tras haber alcanzado el reconocimiento estatal, por no hablar de situaciones híbridas en donde se reconoce un sindicalismo despojado de medios de acción o controlado de lleno por los poderes públicos; además, las etapas pueden predicarse, bien de los sujetos, bien de los instrumentos colectivos - en especial, de la huelga -, resultando fechas y conclusiones distintas.

Sobre a primeira fase, a Revolução Francesa e o Liberalismo foram as primeiras manifestações de proibição. Na Inglaterra, por exemplo, foram proibidas reuniões e organizações de trabalhadores que possuíam caráter reivindicatório com o objetivo de melhoria das condições de trabalho.

Entretanto, cumpre ressaltar que as proibições não tinham como foco apenas as organizações de cunho reivindicatório, mas também o próprio direito de coletivização.

Ocorre que, mesmo diante da fase de proibição, a união de trabalhadores continuou ocorrendo, desafiando as leis e penalidades aplicadas à época.

⁷ *Derecho Sindical*, 7. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p.100.- AUTOR

A partir daí o próprio Estado alterou seu entendimento, iniciando-se a fase de tolerância, na qual o Poder Público ainda não reconhecia o direito de associação, mas não o considerava proibido. Dessa forma, as organizações sindicais eram entes de fato, porém sem reconhecimento legal, como bem coloca Amauri Mascaro Nascimento⁸.

Nessa perspectiva, o sindicalismo não deixou de evoluir. Na próxima fase o Estado não permaneceu inerte e acabou por considerar a realidade reconhecendo os sindicatos e, em última instância, adotando uma atitude promocional em relação à autonomia coletiva.

Merece registro nesse sentido a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 e o próprio Tratado de Versalhes também de 1919, que resultou na criação da Organização Internacional do Trabalho.

Veja-se que a OIT em sua Constituição (art. 1º) preconiza a sua caracterização enquanto instituição encarregada de trabalhar pela realização do seu programa preambular, que inclui o reconhecimento da liberdade sindical e do direito de negociação coletiva.

Ainda no plano da legislação internacional destacam-se normas de notável proeminência no que se refere à associação classista/sindical, tais como a Convenção n. 87 da OIT, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito de sindicalização; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo o art. XXIII, item 4, garante a todo homem organizar sindicatos e neles ingressar; e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que tem dispositivo inteiramente destinado ao direito à sindicalização.

Ou seja, é possível e razoável delinear uma tendência global, mais ou menos incidente em todos os países signatários dos tratados acima referenciados,

⁸ *Evolução histórica do sindicalismo*. In: ROMITA, Arion Sayão (coord.). *Sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1986, p. 5 - AUTOR

pela garantia pública do direito de associação sindical em um modelo de liberdade e autonomia (ainda que relativa).

No Brasil, merece destaque o posicionamento assumido por Lindolfo Collor desde as suas primeiras exposições de motivos destinadas a regulamentar a organização sindical, reconhecendo o direito de associação e representação classista. Lembrava Collor que o direito de associação “é um direito que hoje em dia ousaria discutir” desde idos de 1931⁹.

Também importa citarmos Lindolfo Collor quando das suas considerações acerca da necessidade de disciplinar o sindicalismo enquanto fato social¹⁰:

Foi o século XIX a era do individualismo econômico: o século XX será, como já está sendo, o da sindicalização das forças produtoras.

[...]

O sindicalismo é um fato social determinado pelas necessidades da vida contemporânea. A sua afirmação vem se fazendo penosamente através de vicissitudes de toda ordem [...] O direito sindical não é invenção apressada ou aleatória de escolas sociais e extremistas [...] É o traço de união ou o termo de passagem entre o direito privado e o direito público.

Foi a partir de tal compreensão que o Estado brasileiro justificou a adoção do modelo de reconhecimento da organização sindical corporativista, disposto na Consolidação das Leis do Trabalho e até hoje vigente sob determinados aspectos, a despeito da promulgação da Constituição de 1988.

Obviamente, a Constituição Federal de 1988, por meio do seu art. 8º e incisos, aponta para uma maior autonomia na organização sindical, mitigando alguns dos aspectos do referido modelo corporativista a partir da vedação à intervenção direta do Estado na organização sindical e estabelecendo de forma

⁹ COLLOR, Lindolfo. *Origens da legislação trabalhista brasileira. Organização e introdução de Mário de Almeida Lima*. - Porto Alegre: Fundação Paulo do Couto e Silva. 1990, p. 74

¹⁰ COLLOR, Lindolfo. *Origens da legislação trabalhista brasileira. Organização e introdução de Mário de Almeida Lima*. - Porto Alegre: Fundação Paulo do Couto e Silva. 1990. p. 75

mais clara as prerrogativas do sindicato na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria.

2.2 Funções sindicais

Nesse aspecto, importa destacar que o conceito de autonomia sindical acima referido enquanto corolário da “liberdade de ação diante dos poderes estatais ou sociais”, corresponde ao direito de as entidades sindicais autodeterminar-se no exercício das funções e prerrogativas constitucionalmente asseguradas, quais sejam, precipuamente, as abaixo relacionadas¹¹.

A primeira diz respeito à função econômica, a qual corresponde aos meios utilizados pelas entidades sindicais para obter a receita necessária para o exercício das suas atividades.

O art. 548 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe sobre o patrimônio das associações sindicais, estabelecendo que se constitui da contribuição sindical, da contribuição social, dos bens e valores adquiridos e das rendas por eles produzidos, das doações e legados e das multas e outras rendas eventuais, *verbis*:

Art. 548 - Constituem o patrimônio das associações sindicais:

- a) as contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades, sob a denominação de imposto sindical, pagas e arrecadadas na forma do Capítulo III deste Título;
- b) as contribuições dos associados, na forma estabelecida nos estatutos ou pelas Assembléias Gerais;
- c) os bens e valores adquiridos e as rendas produzidas pelos mesmos;
- d) as doações e legados;

¹¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical* - Direito, Política, Globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 358

e) as multas e outras rendas eventuais.

Ocorre que a própria CLT, em seu art. 564, proíbe às entidades sindicais o exercício de atividade econômica¹².

Todavia, alguns autores entendem que o mencionado dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em razão da sua incompatibilidade com a liberdade sindical consagrada, em certos aspectos, no texto constitucional.

Nesse sentido, entende Amauri Mascaro Nascimento¹³:

A proibição da Consolidação das Leis do Trabalho atrita-se com o princípio da autonomia de administração das entidades sindicais que se submetem a um único controle, o da aplicação da contribuição sindical. Com efeito, se é vedada a interferência do Poder Político nos sindicatos, não é possível mais impedir a atividade econômica das entidades sindicais.

A segunda função sindical consiste na política. É que o sindicato, enquanto ente que atua em favor de determinada categoria, tem, obrigatoriamente, a função política.

Dessa forma, ao nosso ver, os termos do art. 521 da Consolidação das Leis do Trabalho, que proíbe, à primeira vista, a atuação política dos sindicatos, não foi recepcionado pela Carta Magna, tendo em vista que vai de encontro com a liberdade sindical nela estabelecida¹⁴.

Ressalte-se, inclusive que a Organização Sindical do Trabalho, em sua Resolução sobre a Independência do Movimento Sindical, adotada em 26 de junho

¹² Art. 564 - Às entidades sindicais, sendo-lhes peculiar e essencial a atribuição representativa e coordenadora das correspondentes categorias ou profissões, é vedado, direta ou indiretamente, o exercício de atividade econômica.

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Sindical*. São Paulo:Saraiva, 1989, p. 206

¹⁴ Art. 521 - São condições para o funcionamento do Sindicato:

d) proibição de quaisquer atividades não compreendidas nas finalidades mencionadas no art. 511, inclusive as de caráter político-partidário

de 1952, não veda a atuação política do sindical, desde que não comprometa a finalidade da entidade¹⁵:

5. Cuando los sindicatos deciden, en conformidad a las leyes y a las costumbres en vigor en sus países respectivos, y la voluntad de sus miembros, establecer relaciones con un partido político o llevar a cabo una acción política conforme a la Constitución, para favorecer la realización de sus objetivos económicos e sociales, estas relaciones o esta acción política no deben ser de tal naturaleza que comprometan la continuidad del movimiento sindical o de sus funciones sociales y económicas, cualesquiera que sean los cambios políticos que puedan sobrevenir en el país.

O que Amauri Mascaro Nascimento afirma é que “é preciso separar política de política partidária, reconhecendo a pertinência da primeira e desaconselhando a segunda”, pois não parece ser possível imaginar o sindicato sem exercer sua função política em favor de seus representados¹⁶.

A terceira é a função ética, a qual pressupõe que as relações deem-se sob o aspecto da boa-fé, dentro de padrões éticos mínimos.

Sobre o assunto, defende José Claudio Monteiro de Brito Filho¹⁷:

Que o sindicato deve agir eticamente, disto não temos dúvidas. Que o Estado deve atuar para exigir a conduta do sindicato com boa-fé, disciplinando-a para resguardar os interesses da coletividade, como faz quando exige a adoção de certos procedimentos nas greves, por exemplo, acreditamos necessário.

O que não pode ocorrer é o Estado, a pretexto de exigir a atuação dentro de padrões éticos, restringir a atuação, principalmente dos trabalhadores, nas lutas que empreendem em busca de melhores condições de trabalho.

Dessa forma, devem as entidades sindicais agirem pautadas na boa-fé. Porém, cumpre registrar que a regulamentação do tema de forma rigorosa se torna

¹⁵ *Derecho Sindical de la OIT: normas y procedimientos*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1995, p.106.

¹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Sindical*. São Paulo:Saraiva, 1989, p. 205

¹⁷ FILHO, José Claudio Monteiro de Brito. *Direito Sindical*. 4 ed. São Paulo: Ltr, 2002, p. 143

arriscada, em razão da subjetividade inerente aos conceitos de “boa-fé” e “padrões éticos”, sob pena de suprimir ou reduzir a atuação dessas organizações sindicais.

Outra importante função das entidades sindicais é a assistencial, que consiste na atribuição prevista na lei ou em seus estatutos de prestar serviços aos seus representados, contribuindo para o desenvolvimento integral do ser humano, como por exemplo, a assistência judiciária prevista nos arts. 14 a 18 da Lei n. 5.584/70, bem como a assistência em caso de pedido de demissão de empregado e de pagamento das verbas rescisórias decorrentes da extinção do contrato individual de trabalho, nos termos do art. 477, §1º, da CLT, quando se trata de empregado com mais de um ano de serviço.

Como decorrência da própria finalidade do sindicato de defender os direitos e interesses de sua categoria representada, surge a quinta função sindical, qual seja a função de representação.

O art. 513 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que são prerrogativas do sindicato representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos á atividade ou profissão exercida.

No mesmo sentido, é o disposto no art. 8º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Dessa forma, a representação, quanto à área de atuação, pode ser dividida em judicial e extrajudicial; quanto aos interesses pode ser dividida em individuais e coletivos; e quanto aos limites subjetivos dessa representação em geral e dos associados.

Por fim, e não menos importante, tem-se a função negocial ou regulamentar, a qual se concretiza na celebração de convenções e acordos coletivos de trabalho.

Pela função negocial as entidades sindicais criam normas e condições de vida e de trabalho que traduzem os interesses de seus representados.

No Brasil, a função negocial é prerrogativa exclusiva dos sindicatos, salvo quando a categoria estiver inorganizada em sindicato, quando atuará a federação e, na falta desta, a confederação, conforme disposto no art. 8º, inciso VI, da Constituição Federal¹⁸.

Ressalte-se que, atualmente, a flexibilização do Direito do Trabalho vem se tornando cada vez mais frequente, operando-se a supremacia da contratação coletiva sobre a vontade da lei, razão pela qual a função negocial assume o papel de função mais importante do sindicato.

3 Da norma coletiva como fonte de direitos

Trata-se, em síntese, de um exercício da ponderação e do sopesamento entre as diversas fontes formais de direitos aplicáveis no sistema de proteção ao trabalhador. Está em foco o aparente conflito entre a norma legislada, heterônoma, e a norma negociada, autônoma, do qual não escapa a interpretação à luz de diversos princípios da hermenêutica constitucional, adiante examinados.

3.1 Das fontes

De acordo com **Kelsen**, fonte de direito é o “fundamento de validade jurídico-positiva da norma jurídica”¹⁹.

É a partir da fonte que se cria o direito e, conseqüentemente, a obrigação e a exigibilidade ao cumprimento desta.

¹⁸ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

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

¹⁹ *Apud. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p.20*

Em direito do trabalho a análise das fontes pressupõe a sua divisão básica em duas categorias: materiais e formais, sendo que estas últimas ainda se subdividem em fontes formais autônomas e fontes formais heterônomas.

Nossa pesquisa dedica-se especificamente às fontes formais, nada obstante, cumpre-nos conceituar as chamadas fontes materiais a partir de lição de Sergio Pinto Martins²⁰:

(...) complexo de fatores que ocasionam o surgimento de normas, envolvendo fatos e valores. São analisados fatores sociais psicológicos, econômicos, históricos, etc., ou seja, os fatores reais que irão influenciar na criação da norma jurídica, valores que o Direito procura realizar.

Noutro aspecto, por sua vez, a fonte formal é conceituada como comandos gerais, abstratos, impessoais e imperativos, conferindo à norma jurídica o caráter positivo, com o intuito de obrigar os agentes sociais²¹.

Como já mencionado, as fontes formais subdividem-se em autônomas e heterônomas. As autônomas são aquelas elaboradas pelos próprios sujeitos da relação de trabalho, sem a interferência do Estado. Por outro lado, as heterônomas são as emanadas do Estado ou com a intervenção deste.

Evidente o enquadramento, ao menos preliminar (dadas as peculiaridades inerentes ao direito do trabalho), das fontes formais dentro da hierarquia kelseniana, já vastamente conhecida por ter a Constituição em seu ápice e enquanto fundamento de eficácia de todas as demais regras e princípios existentes na ordem jurídica.

Dessa forma, a ordem hierárquica formal consiste na seguinte: Constituição, leis, decreto, súmula vinculante, sentença normativa, convenção coletiva, acordo coletivo, costume e regulamento da empresa.

²⁰ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 71

²¹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 10. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2014, p. 17

Entretanto, como se sabe o Direito do Trabalho tem como fundamento o princípio da proteção ao hipossuficiente, do qual deriva o princípio da preponderância da norma mais favorável ao trabalhador. Dessa forma, em que pese exista a ordem hierárquica formal das fontes, esta é flexível, devendo prevalecer aquela norma mais benéfica ao trabalhador, mesmo que seja inferior hierarquicamente a uma outra norma que não concede tal direito.

Considerando que no direito do trabalho brasileiro podemos ter várias normas que disciplinam a mesma matéria de forma diversa, existem três correntes que visam dirimir os conflitos de fontes formais.

A primeira delas pugna pela prevalência da norma mais favorável, ou seja, preconiza que se o intérprete estiver diante de duas ou mais normas aplicáveis ao trabalhador, deverá optar pela mais benéfica. Porém, pode ocorrer que não seja pacífico o entendimento de que norma é a mais favorável, pois em uma parte pode ser boa e em outra a mesma norma pode trazer desvantagens em relação à outra que está sendo comparada.

A fim de resolver essa celeuma, existem três teorias que defendem a forma de escolha da norma mais favorável, quais sejam a “teoria da acumulação”, “teoria do conglobamento” e a “teoria do conglobamento mitigado”.

A teoria da acumulação reúne todos os artigos e dispositivos contidos em cada norma autônoma que são vantajosos ao trabalhador, ignorando aqueles que preveem algum tipo de desvantagem. Porém, essa é a teoria minoritária na doutrina, pois submete à mesma relação regras contidas em fontes diversas.

Já pela teoria do conglobamento, o intérprete deve optar pela fonte mais benéfica no todo ao trabalhador.

Essa teoria é a adotada por **Martins Catharino**²²:

Vantagens: a mesma relação jurídica (contrato) se submete apenas a uma fonte de direito autônoma, incentivando os empregadores a criarem melhores condições de trabalho, aplicando-se o princípio da norma mais favorável de forma equilibrada. Além do mais, o intérprete não fraciona a fonte do direito que aplicou ao caso, respeitando os parâmetros estabelecidos pelas partes quando confeccionarem a norma.

Ademais, a jurisprudência também vem aplicando a teoria do conglobamento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESPROVIMENTO - CAESB - NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS - TEORIA DO CONGLOBAMENTO 1. Extrai-se do acórdão recorrido que o objeto da Reclamação Trabalhista não é a inaplicabilidade do novo Plano de Cargos e Salários instituído em 1997, mas a aplicação da regra de progressão funcional por antigüidade, constante do antigo PCS, com a manutenção das demais cláusulas contratuais inseridas pelo novo. 2. Não pode o Reclamante ser beneficiado com o melhor de cada um dos planos, recebendo o aumento salarial proporcionado pelo novo e, ao mesmo tempo, sendo promovido de acordo com as regras do antigo. 3. A reestruturação do Plano de Cargos e Salários deve ser entendida como novo regulamento empresarial. Assim, mesmo que não tenha sido conferida ao trabalhador oportunidade de exercer opção formal, houve previsão em acordo coletivo de trabalho de formação de comissão paritária, como ocorreu, para promover a reestruturação do Plano de Cargos e Salários. Incidência da Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

(TST - AIRR: 572200401210400 572/2004-012-10-40.0, Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 19/10/2005, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 11/11/2005)

Assim, referida jurisprudência defende que deve ser realizada análise de cada instrumento coletivo, a fim de aplicar aquele que será mais benéfico ao trabalhador como um todo. Vejamos:

²² *Apud.* CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972, p. 110 – QUEM ESTÁ SENDO CITADO?

RECURSO DE REVISTA. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. TERMO DE CONCILIAÇÃO. NULIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 126. INCIDÊNCIA 1. Acórdão regional em que se conclui, a partir da análise da prova documental e testemunhal produzida, que se impôs a celebração de acordo junto à comissão de conciliação prévia como pré-requisito para posterior contratação pela empresa sucessora, contexto apto a eivar de vício a manifestação da vontade do empregado e tornar sem efeito a quitação geral declarada no termo de conciliação . 2. Para alcançar conclusão distinta, da forma como articulada nas razões do recurso de revista, necessário proceder ao revolvimento dos fatos e provas produzidos nos autos, conduta vedada no âmbito restrito dos recursos de natureza extraordinária, gênero em que se insere o recurso de revista. 3. Incidência do óbice de natureza processual consolidado na Súmula nº 126 do TST. DIFERENÇAS SALARIAIS. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. PREVALÊNCIA. NORMA MAIS BENÉFICA. TEORIA DO CONGLOBAMENTO 1. **Consoante a reiterada jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, diante do conflito de normas existente ante a aplicação de acordo coletivo de trabalho em desfavor dos benefícios previstos em convenção coletiva de trabalho, leva-se em conta aquela que, em seu conjunto, afigura-se mais benéfica aos empregados, à luz da Teoria do Conglobamento. Precedentes da SbDI-1 do TST. 2. Ante a existência de dispositivos mais benéficos aos empregados, em relação ao piso salarial da categoria, na convenção coletiva de trabalho, não prevalece a especificidade inerente ao acordo coletivo de trabalho, à luz do princípio da aplicação da norma mais benéfica que informa o Direito do Trabalho.** 3. Recurso de revista interposto pela Reclamada Telsul Serviços S.A. de que não se conhece.
(TST - RR: 653001020085010022, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 06/05/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/05/2015). Grifo nosso.

Todavia, alguns autores tecem críticas à teoria do conglobamento ante a dificuldade de se examinar a integralidade de duas normas coletivas ou fontes autônomas aplicáveis ao trabalhador, a fim de escolher qual é a mais favorável.

Temos, ainda, a teoria do conglobamento mitigado, a qual “determina a aplicação do conjunto de normas agrupadas sob a mesma forma de instituto

jurídico, desde que mais favorável ao trabalhador”²³. Assim, as duas normas autônomas são aplicadas à mesma relação de trabalho, sendo que a adoção do instituto jurídico de uma fonte exclui a aplicação do mesmo instituto ou matéria contida na outra.

Ao contrário da teoria do conglobamento, a do conglobamento mitigado não é tão bem aceita na jurisprudência. Porém, a doutrina a adota com mais frequência, como por exemplo, Sússekind, Plá Rodriguez, Carrion e Pinho Pedreira.

A segunda corrente que visa dirimir os conflitos entre as normas aplicáveis às relações de trabalho é a aquela que defende que, em havendo conflitos entre as fontes de direito, prevalecerá a norma mais favorável, salvo quando ocorrer a flexibilização prevista em acordo coletivo e convenção coletiva, que poderá reduzir direitos dos trabalhadores.

Maurício Godinho é um dos defensores dessa corrente, desde que respeitado o patamar mínimo civilizatório, previsto em norma coletiva²⁴.

Ariom Romita também defende essa tese, mas fixa patamar diverso de Godinho - o patamar mínimo seria os direitos de personalidade²⁵.

Por fim, a terceira corrente leva em consideração o critério cronológico de edição da norma autônoma. Segundo a referida teoria, havendo conflito entre convenção e acordo coletivo, prevalecerá o acordo coletivo, mesmo que menos favorável, tendo em vista que se inspirou na realidade profissional e capacidade econômica da empresa.

Referida teoria vinha sendo aplicada pela jurisprudência pátria. Porém, verifica-se que, atualmente, o Tribunal Superior do Trabalho alterou seu entendimento, ao dispor que não é o simples fato de uma das normas ter sido

²³ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 10. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2014, p. 95

²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2002, p. 174-178

²⁵ **CITAR REFERÊNCIA**

celebrada posteriormente, ou de forma mais específica, que implica, genericamente, em sua prevalência sobre a outra. Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. REPRESENTAÇÃO SINDICAL. (...). NORMAS COLETIVAS. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO E CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO . NORMA MAIS BENÉFICA. PREVALÊNCIA. ART. 620 DA CLT. 1 . O Tribunal regional entendeu que -(...) **evidencia-se que a norma coletiva a ser aplicada é a que, observada em seu conjunto, seja mais benéfica ao empregado, obedecendo-se aos ditames do artigo 620 da CLT. Por outras palavras, não é o simples fato de uma das normas ter sido celebrada posteriormente, ou de forma mais específica, que implica, genericamente, em sua prevalência sobre a outra. É preciso observar aquela que, no conjunto, seja mais benéfica ao empregado.** (...). É certo que à luz dos princípios gerais de solução dos conflitos de normas no tempo e no espaço, deveriam prevalecer os Acordos Coletivos firmados entre a reclamada e o Sinttel-RJ, porque especiais. Contudo, a ordem dos fatos e a vontade geral da categoria (não só do reclamante deste feito, como observo dos numerosos processos que ascendem a este Tribunal), impelem-me a compreender pela sobreposição das Convenções Coletivas pactuadas entre aquele Sindicato e o Sindimest-RJ, pois estabelecem condições mais benéficas, principalmente quanto ao piso salarial específico, não previsto pelos citados acordos. Devem, portanto, prevalecer as Convenções, mais benéficas coletivamente, exatamente como exposto no artigo 620 da CLT-. 2. Esta Corte Superior, no que tange à prevalência de normas coletivas, tem entendido pela aplicação daquela que for mais benéfica ao trabalhador, na forma do art. 620 da CLT. Assim, tendo o Regional aplicado ao caso a norma mais benéfica ao reclamante, qual seja, a convenção coletiva, aspecto fático insuscetível de alteração, à luz da Súmula 126/TST, não se vislumbra a apontada violação dos dispositivos legais e constitucionais. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

(TST - AIRR: 6452020125010012, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 03/12/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/12/2014). Grifo nosso.

Assim, mesmo que uma norma tenha sido elaborada posteriormente ou de forma mais específica, é necessário observar se ela, em seu conjunto, seria mais benéfica ao trabalhador, para, assim, ser aplicada.

3.2 Do Sistema de proteção

Consagrou-se o princípio da proteção ao trabalhador enquanto pedra fundamental de todo o sistema do direito do trabalho. Ou seja, o direito do trabalho teria por objeto a proteção aos menos abastados, para evitar a supressão ou redução das garantias trabalhistas destes.

Bastante semelhantes, portanto, a questão do direito do trabalho e o próprio princípio de dignidade do ser humano, este brilhantemente abordado por Trindade, Juiz da Corte Internacional dos Direitos Humanos²⁶:

O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa ostensivamente mais fracos. Nas relações entre os desiguais, posiciona-se a favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Não se nutre das barganhas da reciprocidade, mas se inspira nas considerações de *ordre public* em defesa de interesses superiores, da realidade da justiça. É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas.

O princípio da proteção ao trabalhador se caracteriza, ainda, pela intensa intervenção do Estado nas relações de trabalho, o qual legisla e impõe regras mínimas que devem ser observadas pelos agentes sociais, a fim de limitar a autonomia de vontade das partes.

Tal princípio subdivide-se em: a) princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador; b) princípio da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador; e c) princípio da interpretação do *in dubio pro operario*.

²⁶ TRINDADE, Antonio A. C.; PIOVESAN, Flávia. *Os direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, Prefácio.

Assim, afirma Plá Rodriguez²⁷:

(...) além do princípio protetor, no qual se inserem as regras *in dubio pro operario*, da norma mais favorável e da condição mais benéfica, o Direito do Trabalho consagra os princípios da irrenunciabilidade, da continuidade da relação de emprego, da primazia da realidade, da razoabilidade e da boa-fé.

O princípio da prevalência da condição mais benéfica determina que prevalecerá sobre a situação anterior toda circunstância mais vantajosa em que o trabalhador se encontrar habitualmente, não podendo ser suprimido, pois é incorporado ao patrimônio do trabalhador, como cláusula tacitamente pactuada, conforme art. 468 da CLT.

Dessa forma, se o empregador permite que o empregado usufrua de condição mais benéfica daquela que foi pactuada em contrato de trabalho e na lei, fica limitado o seu poder potestativo de variar.

Por sua vez, o princípio da norma mais favorável, que também deriva do princípio da proteção ao trabalhador, pressupõe a existência de conflito de normas aplicáveis a um mesmo trabalhador.

Ocorrendo essa situação, deve-se optar pela norma que for mais favorável ao trabalhador, independente da sua hierarquia formal.

Como já citado em item anterior, havendo conflito entre duas normas autônomas que se apliquem ao mesmo trabalhador deve-se observar o critério de comparação segundo as teorias atomista, conglobamento e intermediária.

Por fim, temos o princípio do *in dubio pro operario*, o qual recomenda que quando o intérprete estiver diante de uma norma que comporte mais uma interpretação deve-se optar por aquela que seja mais favorável ao trabalhador.

²⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1978, p.41

Segundo Vólia Bomfim Cassar, o princípio do *in dubio pro operario* só poderá ser aplicado quando preenchidos dois requisitos de forma simultânea, quais sejam: quando existir dúvida razoável sobre o alcance da norma legal e sempre que não esteja em desacordo com a vontade expressa do legislador²⁸.

Destaca-se que a jurisprudência aponta alguns exemplos da aplicação do princípio ora em estudo, como as Súmulas 360 e 372, ambas do Tribunal Superior do Trabalho²⁹.

Ocorre que a despeito de todo o sistema de proteção, fundamento do direito do trabalho, o princípio da proteção ao trabalhador, em todas as suas esferas, está passando por uma visível crise, tendo por consequência uma realidade de desproteção ou de menos proteção destinada ao trabalhador.

²⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 10. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2014, p. 164

²⁹ Súmula 360 do TST - TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. INTERVALOS INTRAJORNADA E SEMANAL (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A interrupção do trabalho destinada a repouso e alimentação, dentro de cada turno, ou o intervalo para repouso semanal, não descaracteriza o turno de revezamento com jornada de 6 (seis) horas previsto no art. 7º, XIV, da CF/1988.

Súmula 372 do TST - GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES (conversão das Orientações Jurisprudenciais nos 45 e 303 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ nº 45 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)

II - Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação. (ex-OJ nº 303 da SBDI-1 - DJ 11.08.2003)

4 Da negociação coletiva como instrumento de flexibilização de direitos

Como já dito em capítulo anterior a negociação coletiva consiste em fonte material de elaboração de normas no Direito do Trabalho, que tem como função a criação, modificação ou supressão de condições de trabalho. Ocorre que ela, ao contrário da lei, é elástica e flexível.

Dessa forma, em razão do efeito inerente à negociação coletiva, bem como dos altos índices de desemprego mundial e de subempregos de milhões de pessoas, se acentua cada vez mais a adoção de medidas que tentam equilibrar os interesses empresariais com as necessidades dos trabalhadores, “justificando”, assim, a flexibilização de alguns direitos trabalhistas.

4.1 Autonomia negocial das partes

Utilizando-nos da doutrina de Miguel Reale, elevamos a fonte negocial enquanto fonte formal de direito das mais relevantes para a revelação de um direito posto, como meio de solução de conflitos e como exteriorização da liberdade³⁰.

A autonomia da vontade é fonte geradora de regras de direito, uma vez que o contrato decorrente da fonte negocial tem força de lei. Dessa forma, as estruturas normativas do direito do trabalho podem vir dos grupos de trabalhadores e empresas, que, diretamente ou por meio de representações, ajustam normas e condições de trabalho em negociações coletivas.

Portanto, a negociação coletiva é expressão do princípio da autonomia coletiva dos particulares e da liberdade sindical, sendo uma das principais funções do sindicato, como já visto em capítulo anterior.

Obviamente, porém, tal autonomia não é irrestrita, encontrando limites na própria concretização legal do princípio da proteção. É sobre esses limites que o

³⁰ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

presente trabalho se debruça, enquanto fundamentos da valorização do trabalho humano e das garantias mínimas e inderrogáveis do trabalhador, impassíveis de relativização de qualquer espécie.

É certo, portanto, que a convenção coletiva, enquanto expressão da vontade coletiva, tem por objetivo suprir a insuficiência do contrato individual de trabalho, possuindo natureza instrumental a fim de criar as normas que terão projeção sobre as disposições individuais que regulam as relações de trabalho *in concreto*. É a aplicação prática da doutrina de Amauri Mascaro Nascimento, na medida em que atribui à convenção coletiva a natureza jurídica de norma não-estatal.

Nessa perspectiva, atribui-se à negociação coletiva uma gama de funções jurídicas e políticas de bastante relevo, dentre as quais se destacam: a) a função compositiva; b) a função normativa; c) a função obrigacional; d) a função política propriamente dita; e) a função econômica; f) a função social; e g) a função de preservação do equilíbrio dos custos sociais ³¹.

Por função compositiva se compreende o papel de superação dos conflitos entre as partes negociantes, harmonizando os interesses naturalmente contrapostos entre trabalhadores e empregadores e evitando os desgastes e danos advindos das disputas de classe mais violentas e incisivas.

Já a função normativa se consubstancia na prerrogativa de os entes convenientes pactuarem a criação de normas justralhistas que serão, diretamente, aplicadas às relações individuais de trabalho. É a mais importante das funções da negociação coletiva, vez que disciplina e regulamenta as garantias e direitos advindos do trabalho, na maioria das vezes, em benefício do trabalhador, configurando-se, assim, na justificadora básica da existência do papel negocial *de per se*.

³¹ CITAR QUEM DEFENTE ESSE POSICIONAMENTO

Noutro aspecto, a função obrigacional consiste na prerrogativa de os sujeitos coletivos envolvidos no processo de negociação coletiva estabelecerem obrigações e direitos entre si, desvinculados dos contratos individuais de trabalho e sem nenhum reflexo nestes.

Há também a chamada *função política propriamente dita*, consistente na valorização da ação pacífica enquanto mecanismo de relaxamento da tensão permanentemente existente entre o capital e o trabalho, promovendo o equilíbrio do sistema político e a gestão dos conflitos sociais enquanto instrumento de estabilidade política.

Não menos importante é a chamada função econômica, desempenhada pela negociação coletiva enquanto meio de distribuição de riquezas ou, em um cenário de crise e flexibilização, enquanto meio de redução de vantagens e benefícios do assalariado.

Também a função social, desempenhada quando da garantia da participação dos trabalhadores no processo de decisão empresarial, na gestão empresarial, e enquanto complemento da função compositiva enquanto mecanismo de prevenção de conflitos futuros.

Ao fim, releva traçar o que seja a função de preservação do equilíbrio dos custos sociais, importantíssima para a empresa, eis que possibilita que esta anteveja os custos trabalhistas advindos das suas operações, diminuindo assim os riscos de violação da sua saúde financeira.

Em síntese, não se equivoca aquele que compreende a negociação coletiva como instrumento de apaziguamento dos conflitos coletivos e de exegese da tensão permanente entre o capital e o trabalho, envolvendo, por assim dizer, todas as esferas sociais, políticas e econômicas do mundo do trabalho.

Veja-se, nesse sentido, a doutrina de **Otto Kahn Freund**³²: **VERIFICAR TRADUÇÃO**

Os empresários podem, legitimamente, aspirar a encontrar força de trabalho a um preço que lhes permita uma margem razoável para o investimento, e os trabalhadores, do mesmo modo, podem, legitimamente, aspirar a que o seu nível real de salários não permaneça estancado, senão que se incremente progressivamente. Os empresários podem expressar seu interesse legítimo em encontrar o trabalhador mais adequado para cada posto de trabalho; os trabalhadores podem expressar um interesse legítimo em obter um posto de trabalho para cada trabalhador em desemprego. Os empresários podem e devem sempre esperar que os instrumentos sociais (por meio das leis ou de outras vias) lhes assegurem que a mobilidade da força de trabalho seja a máxima possível, tanto no sentido geográfico como funcional; os trabalhadores devem sempre insistir em assegurar-se uma razoável dose de estabilidade no emprego que lhes permita planificar a sua vida e da sua família.

Não menos valiosa é a lição de Amauri Mascaro Nascimento³³ acerca da mutação histórica das funções da negociação coletiva, linha importantíssima para os fins a que este texto se propõe, *verbis*:

Registre-se que houve alterações nas funções da negociação coletiva desde as suas origens até a época contemporânea caracterizadas por um processo cumulativo, sem a perda do sentido inicial, mas com o acréscimo de outras funções, mantidas as anteriores. As normas jurídicas que regem as relações de trabalho são parte do processo maior da história e do desenvolvimento econômico e cultural, e as suas características estão relacionadas com o tipo de sociedade que temos, com todas as suas condicionantes, políticas, econômicas e sociais, o que explica as transformações da negociação coletiva no tempo.

Aí se insere a grande questão envolvendo a autonomia negocial coletiva, enquanto elemento de preservação do equilíbrio econômico entre as contrapartes empresariais e seus trabalhadores. Poderá esta ser empregada enquanto elemento

³² FREUND, Otto Kahn. *Labour and the law*. Londres: Sweet and Maxwell, 1983.

³³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2009.

de flexibilização de direitos e relativização de garantias em prol do empregador, mitigando disposições legislativas mais favoráveis ao trabalhador?

A resposta é complexa e incerta, recaindo, inexoravelmente, em uma análise sobre a casuística brasileira acerca da matéria e aos diversos fatores variáveis incidentes em cada hipótese de negociação.

Sob um ponto de vista geral, é bastante marcante a visão do professor espanhol **Rodriguez-Piñero**³⁴, que afirma que a norma negociada coletivamente tem em si a prerrogativa de ser o instrumento de reintrodução da flexibilidade do mercado, levando a cabo uma operação controlada de desregulamentação, valorizando a autonomia coletiva e o dinamismo das relações de trabalho, às quais devem se adaptar a circunstâncias econômicas e empresariais como um todo.

Aí reside, talvez, um dos maiores impasses da negociação coletiva, que é a sua aplicação irrestrita como mero mecanismo de gestão bilateral da crise empresarial.

Nesse sentido, novamente e com o habitual vigor intelectual, Amauri Mascaro Nascimento³⁵:

O que se verifica é que o modelo tradicional de convenção coletiva está se transformando profundamente, e a contratação coletiva já não é necessariamente um instrumento para a formalização de acordos vinculantes entre as partes, deixou de ser um mecanismo unilateral de introdução de melhorias em nível coletivo para os trabalhadores, passando a ser um instrumento bilateral cujo conteúdo é também gerencial e administrativo, concessivo ou recessivo, perante um sindicalismo mais maleável e disposto a considerar as situações pelas quais uma empresa pode passar, as suas dificuldades e crises e a necessidade de ação conjunta visando ao interesse comum da defesa dos empregos.

Também merece destaque a lição de Vólia Cassar³⁶:

³⁴ *Apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2009.

³⁵ *Idem*.

A negociação coletiva tem efeito equilibrador, por isso, é elástica e flexível, ora pode tender para proteção do direito dos trabalhadores, ora para a proteção da saúde da empresa. Enquanto a lei engessa por ser rígida e inflexível, a negociação coletiva prima pela adequação de interesses sempre levando em conta o momento que se está apresentando a problemática, a localidade, as bases e diretrizes, assim como a condição econômica dos partícipes desta barganha.

Ressalte-se a importância do tema ora tratado na medida em que se verifica, em rápido cotejo no âmbito dos tribunais pátrios, a chamada *modalização jurisprudencial brasileira*, que tem por noção básica a ampliação da negociação coletiva a fim de conferir validade aos acordos e convenções que visem à compensação de horas, relativização de jornada de trabalho, sobrejornada em escala de 12x36 e, até mesmo, em caso de relativização do intervalo intrajornada.

Sobre isso, citamos dois extratos de jurisprudência retirados dos Tribunais Regionais do Trabalho da 14^a Região e 2^a Região:

BANCO DE HORAS ANUAL. ACORDO COLETIVO. HABITUALIDADE DO LABOR EM SOBREJORNADA. INVALIDADE DO PACTUADO. É válido o regime de compensação de horas anual ajustado em acordo coletivo, quando observado o que nele se ajustou, devendo, contudo, ser desconsiderado, quando provado labor em sobrejornada prestado de forma habitual, consoante item IV, da Súmula 85 do TST, eis que o denominado banco de horas previsto no § 2º, art. 59, da CLT, conforme idealizado, tem por objetivo atender a sazonalidade de demanda que estão sujeitas certas atividades empresais, no que não se enquadra a empresa que apresenta habitualidade na prestação da horas extras por seus empregados por praticamente todo o módulo compensatório (um ano).

(TRT-14 - RO: 39320080811400 RO 00393.2008.081.14.00, Relator: DESEMBARGADOR VULMAR DE ARAÚJO COELHO JUNIOR, Data de Julgamento: 16/09/2009, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DETRT14 n.0174, de 18/09/2009)

³⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 10. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2014, p. 1251

REDUÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA POR CONVENÇÃO COLETIVA. POSSIBILIDADE. A redução do intervalo intrajornada é possível, desde que negociada em norma coletiva e observados os parâmetros do artigo 71 parágrafo 3º da CLT, condicionada à existência de refeitório e não prestação de horas extras, requisitos observados no caso em tela. Recurso da reclamada provido para excluir a condenação no pagamento de uma hora extra diária.

(TRT-2 - RO: 00018356420135020041 SP 00018356420135020041 A28, Relator: MANOEL ARIANO, Data de Julgamento: 11/09/2014, 14ª TURMA, Data de Publicação: 19/09/2014)

No mesmo sentido, é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Vejamos:

TRABALHISTA. AUTO DE INFRAÇÃO. ANULAÇÃO. JORNADA DE TRABALHO. 12X36. CONVENÇÃO COLETIVA. MULTA TRABALHISTA AFASTADA. 1. Tendo sido a jornada de trabalho na modalidade 12x36 (doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso) objeto de regular proposta dos Sindicatos interessados, resta atendida a exigência posta pelo artigo 7º, XIII da Constituição Federal de 1988, quando prevê exceção à regra geral. 2. A existência de convenção coletiva de trabalho, com a demonstração de que o trabalhador compensa as horas excepcionais prestadas afasta a ilegalidade da conduta. 3. Remessa oficial improvida.

(TRF-3 - REOMS: 92681 SP 96.03.092681-7, Relator: JUIZ CONVOCADO WILSON ZAUHY, Data de Julgamento: 30/03/2011, JUDICIÁRIO EM DIA - TURMA C)

Assim o problema se põe com relevo e recorrência. O choque entre o negociado e o legislado relativiza os limites da norma trabalhista heterônoma em face da autonomia de vontade dos contratos coletivos de trabalho, sobretudo em relação a matérias sensíveis relacionadas à tutela da personalidade, da saúde, da segurança e do meio ambiente de trabalho.

4.2 Dos limites da negociação coletiva

Importa destacar, nessa linha, as chamadas “relações entre a convenção e a legislação”, consagradas por Ignacio Garcia-Perrot Escartín³⁷ e trazidas à realidade nacional pelo saudoso professor Amauri Mascaro Nascimento³⁸. São elas: a) a relação de exclusividade, pela qual a legislação define um campo que lhe é próprio e exclusivo; b) a relação de concorrência, em que a convenção e a lei atuam em campo comum, sem supremacia definida (adotada pela corrente flexibilizadora de direitos); c) a relação de complementariedade, na qual a convenção tem o condão de regulamentar uma situação garantida pela Lei; e d) a relação de suplementariedade, pela qual a Lei fixa o “patamar mínimo civilizatório” a ser incrementado pela negociação coletiva em favor do trabalhador.

Nas palavras de Escartín³⁹, a relação de suplementariedade seria a mais típica forma de relação entre a lei e a convenção coletiva, remetendo ao caráter semântico do direito do trabalho, veja-se:

Dessa forma, o modelo tradicional e ainda hoje prevalecente na relação norma estatal convenção coletiva estrutura-se sobre as seguintes bases. A norma estatal estabelece um tratamento normativo mínimo que a convenção deve necessariamente respeitar e, se for o caso, melhorar no sentido favorável para os trabalhadores. Por outro lado, proíbe-se à autonomia negocial coletiva derogar o tratamento estatal em sentido desfavorável para os trabalhadores, assim como administrar as previsões normativas estatais em tal sentido pejorativo. Ou para dizê-lo de outra forma: se a norma ou preceito estatal se conforma como mínimo, isso significa que é inderrogável *in pejus* pela convenção e que, pelo contrário, é derogável *in mellius* por esta.

Ocorre que como já dito em capítulo anterior, a negociação coletiva, ao contrário da lei, é elástica e flexível.

Assim, ainda que usualmente a negociação coletiva tenha por objetivo a fixação de cláusulas *in mellius*, que tradicionalmente elevam o nível de proteção do

³⁷ ESCARTÍN, Ignacio Garcia-Perrot. *L'autonomía colectiva*. Madri, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.

³⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2009.

³⁹ *Idem.* - **QUEM ESTÁ SENDO CITADO?**

obreiro e asseguram-lhe maiores e melhores direitos em relação ao patamar mínimo legalmente estabelecido, há hipóteses de celebração de cláusulas *in pejus*, que reduzem vantagens anteriormente existentes.

Há intenso debate em relação aos limites da negociação coletiva, tanto em relação às cláusulas *in mellius* quanto (e com mais afinco) em relação às cláusulas *in pejus*, notadamente circundando o problema fundamental do comando da economia e a intervenção do Estado no plano da autonomia negocial coletiva.

Nessa esteira, Amauri Mascaro Nascimento advoga pela inexistência de impeditivo principiológico ou constitucional para o estabelecimento, via ordem legislada, de um teto para as vantagens salariais negociadas em períodos de emergência e/ou de crise inflacionária, no interesse da estabilização da economia e da preservação de uma relação entre os preços dos produtos e dos salários.⁴⁰

Cite-se, exemplificativamente, o caso dos Países Baixos, em que, logo após o final da Segunda Grande Guerra, o Colégio dos Mediadores do Estado promovia o controle dos contratos coletivos a fim de garantir a reconstrução da economia do Estado. Também é referência em tal sentido a Bélgica, em 1976, em que a lei previu a suspensão da indexação das escalas mais altas dos salários, ou a Itália, em 1977, em que a lei proibiu a escala móvel salarial.

No Brasil, há linha de posicionamento neste sentido, sobretudo a partir dos termos da Súmula Vinculante n. 4⁴¹, do Supremo Tribunal Federal, que veda o emprego do salário mínimo enquanto indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado.

Divergências ainda maiores existem em relação à celebração das chamadas cláusulas *in pejus*, que reduzem o patamar protetivo dos trabalhadores, atualmente em evidência por conta da grave crise econômica global, impondo aos

⁴⁰ *Ib idem.*

⁴¹ Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

sindicatos a negociação de formas de garantia periódica de empregos, reduções salariais, contratos a prazo, suspensão temporária do contrato de trabalho, dispensas coletivas, programas de requalificação profissional, compensação de horas, etc.

Dessa forma, em razão do efeito inerente à negociação coletiva, bem como dos altos índices de desemprego mundial e de subempregos de milhões de pessoas, se acentua cada vez mais a adoção de medidas que tentam equilibrar os interesses empresariais com as necessidades dos trabalhadores, “justificando”, assim, a flexibilização de alguns direitos trabalhistas.

Flexibilizar é diminuir a rigidez das leis trabalhistas pela negociação coletiva, ou seja, é dar ênfase ao negociado em detrimento do legislado. Na flexibilização permanecem as normas básicas de proteção ao trabalhador, mas permite-se maior amplitude dos acordos e convenções para adaptação das cláusulas contratuais às realidades econômicas da empresa e às realidades regionais. De acordo com Arnaldo Sussekind⁴²:

Com a flexibilização, os sistemas legais preveem fórmulas opcionais ou flexíveis de estipulação de condições de trabalho, seja pelos instrumentos da negociação coletiva, ou pelos contratos individuais de trabalho, seja pelos próprios empresários.

As empresas reivindicam a flexibilização para diminuir a forte intervenção do Estado na elaboração das leis trabalhistas. o argumento utilizado pelos empresários é que com a flexibilização haveria maior possibilidade de manter os empregos.

É exatamente neste momento que se vive. O Direito do Trabalho está sendo criticado pelos patrões, sob a alegação de que os direitos dos trabalhadores são muitos e custam caro.

⁴² SUSSEKIND, Arnaldo. et al, Instituições de Direito do Trabalho. Vol. I, 21. ed. São Paulo: LTr. 2004, p. 202.

Portanto, a flexibilização do trabalho pode ser analisada sob dois ângulos diversos, como sinônimo de desregulação e precarização do contrato de trabalho ou como processo de adaptação do sistema de relações de trabalho à nova realidade econômico-social.

É de se ressaltar que o Direito do Trabalho sempre conheceu uma flexibilidade da proteção normativa. Isso porque, em que pese a Constituição da República de 1988 se caracterizar por ser uma Constituição Social, a qual defende a aplicação de seus princípios como meio de reforçar a proteção aos hipossuficientes, o próprio Direito do Trabalho muitas vezes aceita a flexibilização ou até mesmo a desregulamentação dos direitos trabalhistas, a fim de criar regras alternativas para justificar a manutenção da saúde da empresa e da fonte de emprego.

E mais, a própria Carta Magna já prevê a possibilidade de retrocesso de direitos, quando permite que se negocie redução salarial (art. 7º, VI da CF/88) e jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV da CF/88). São casos em que se abre mão de determinados direitos, em troca, por exemplo, da estabilidade financeira da empresa, com vistas à manutenção de empregos.

Portanto, há uma ponderação prévia, estabelecida entre a empresa e o sindicato profissional, sendo que este deve transacionar apenas direitos disponíveis e sempre com a intenção de melhorias – como resultado final – no conjunto da relação.

Segundo Maurício Godinho Delgado sugere a existência de direitos que representam um patamar mínimo civilizatório que deve ser garantido ao trabalhador⁴³:

No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado essencialmente, por três grupos de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de

⁴³ **INSERIR REFERÊNCIA**

tratados e convenções internacionais vigorantes no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, §2º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes à base salarial mínima, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc).

Dessa forma, de acordo com Maurício Godinho, existem direitos de indisponibilidade absoluta e direitos de indisponibilidade relativa. Na visão do autor, apenas os direitos de indisponibilidade relativa podem ser flexibilizados, enquanto os direitos de indisponibilidade não podem, por fazerem parte de um patamar mínimo civilizatório. Esse é o limite para negociação coletiva, fundamento do princípio da adequação setorial negociada.⁴⁴

Nesse sentido, é a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO. Previsão da hora corrida em acordos coletivos. A Constituição Federal de 1988 conferiu maiores poderes aos sindicatos, de modo que essas entidades podem, no interesse de seus associados e mediante negociação coletiva, restringir certos direitos assegurados aos trabalhadores a fim de obter outras vantagens não previstas em lei. Não obstante, tal flexibilização não autoriza a negociação coletiva que atente contra as normas referentes à segurança e saúde do trabalho. De fato, o estabelecimento do intervalo mínimo de uma hora para refeição e descanso dentro da jornada de trabalho é fruto da observação e análise de comportamento humano, e das reações de seu organismo quando exposto a várias horas de trabalho. Doutrina e jurisprudência evoluíram no sentido da necessidade desse intervalo mínimo para que o trabalhador possa não apenas ingerir alimentos, mas também digerir-los de forma adequada, a fim de evitar o estresse dos órgãos que compõem o sistema digestivo, e possibilitar o maior aproveitamento dos nutrientes pelo organismo, diminuindo também a fadiga decorrente de horas de trabalho. Se de um lado a Constituição Federal prevê o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho como direito dos trabalhadores

⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 212.

urbanos e rurais (art. 7º , XXVI da Constituição Federal), de outro estabelece ser a saúde um direito social a ser resguardado (art. 6º da Carta Política). Recurso de Revista não reconhecido.

TST - RR 619.959.99.7 - Rel. Min. Rider Nogueira de Brito – Publ. em 14/03/2003. (grifo nosso)

Ocorre que a desregulação e precarização do contrato de trabalho como meio de aumentar a competitividade e reduzir o desemprego provocado pela introdução das novas tecnologias e outros fatores está desenfreado atualmente. E essas novas formas de flexibilização colocam em xeque o princípio protetor. Uma vez que o trabalho não é mercadoria e o ser humano não se reduz a mera peça da engrenagem produtiva, devem ser reavaliadas as experiências de desregulação.

Segundo Vólia Bomfim⁴⁵:

Deve haver ponderação entre a flexibilização das relações de trabalho e a realização dos valores sociais preservadores da dignidade do ser humano que trabalha, através da aplicação da teoria pós-positivista dos princípios constitucionais, priorizando o homem, o trabalhador e sua dignidade, sempre à luz das necessidades brasileiras.

Afirma, ainda, que:

Essa tendência a se desprezar o mínimo existencial garantido ao trabalhador aumenta a necessidade de ponderação entre a flexibilização da legislação, que preconiza a redução de direitos trabalhistas para a manutenção da saúde da empresa e a preservação de direitos absolutos e universais que são: o direito à dignidade humana, os direitos fundamentais do trabalho e a preservação da proteção do trabalhador.

Como já dito a própria legislação trabalhista mitiga alguns direitos dos trabalhadores, a exemplo do parágrafo único do art. 422 da CLT, que isenta do vínculo de emprego a relação de trabalho cooperado e o contrato a tempo parcial; a previsão do banco de horas inserido no §2º do art. 59 da CLT; o contrato de trabalho por prazo determinado, instituído pela Lei n. 9.601/98, dentre outras.

⁴⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 10. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2014, p. 35

O exemplo mais recente de flexibilização de direitos trabalhistas por meio de legislação é a Medida Provisória n.680, de 6 de julho de 2015, que instituiu o Programa de Proteção ao Emprego - PPE. A edição e a proposição do PPE observa o contexto de necessidade de se oferecer uma resposta, em nível de Política Pública, ao agravamento das situações de crise econômica global, e da minoração do consumo (especialmente de bens duráveis).

Dessa forma, a referida Medida Provisória permite a redução da jornada de trabalho e do salário em até 30%, desde que tal hipótese esteja prevista em Acordo Coletivo de Trabalho específico e que a empresa que pretende aderir ao Programa cumpra alguns requisitos, dentre eles a comprovação de situação de dificuldade econômico-financeira.

Porém, não se pode admitir que a redução e supressão de benefícios históricos da classe trabalhadora sejam convalidados no âmbito dos próprios sindicatos, por meio das negociações coletivas.

E ressalte-se que por muitas vezes essa flexibilização está ocorrendo com a permissão dessas entidades. A respeito dessa crise⁴⁶:

Certamente, então, uma crise também se instaurou dentro do sindicalismo brasileiro. O enfraquecimento dos sindicatos vem junto com a quebra da solidariedade grupal (o trabalhador terceirizado se torna inimigo do trabalhador efetivado, este temendo por seu emprego e aquele desejando o emprego do outro) e a diluição das categorias (realizando os mesmos serviços dentro da mesma fábrica há, agora, trabalhadores com categorias e direitos diferenciados).

Ressalte-se, portanto, que os sindicatos não sobreviverão caso não se reorganizem, principalmente porque o mundo do trabalho no Brasil atual, quando a grande discussão passa pela redução dos custos para a sobrevivência e majoração dos lucros, vê-se pressionado a mudar o modelo sindical para implementar, quase

⁴⁶ HAZAN, Bruno Ferraz. A Aderência Contratual das Normas Coletivas. São Paulo: LTr, 2012

que de forma definitiva, a grande máxima do modelo liberal capitalista: o negociado sobre o legislado.

Segundo Bruno Hazan⁴⁷:

Esse planejamento se destaca pela possibilidade de os direitos dos trabalhadores serem reduzidos pelos próprios sindicatos, com base na flexibilização. Ou seja, a nova lógica do sistema, legitimada pelo Estado, pretende acabar com os direitos dos trabalhadores por meio da negociação coletiva com sindicatos profissionais fracos ou que apoiam o governo, o que transformará o poder normativo das partes, de instrumento da paz social e de melhoria nas condições da classe que vive do trabalho, em instrumento de redução de direitos e aumento dos lucros empresariais.

É exatamente assim que se encontram os sindicatos profissionais brasileiros frente à política de flexibilização e desregulamentação dos direitos trabalhistas: fracos, desorganizados e desacreditados.

Portanto, defende-se que o Brasil adotou a flexibilização legal e a negociada sindicalmente. Segundo Vólia Bomfim⁴⁸:

A primeira (legal) ocorre quando a própria lei prevê as exceções ou autoriza, em certas hipóteses, a redução de direitos. A segunda (sindical ou negociada sindicalmente) acontece quando as normas coletivas autorizam a diminuição de direitos.

Ademais, a Súmula n. 449 do TST também limita a flexibilização por norma coletiva, considerando nula cláusula prevista em convenção ou acordo coletivo que elastece o limite de 5 minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho para fins de apuração das horas extras.

Portanto, conclui-se que se por um lado temos a defesa da flexibilização em favor do resgate da saúde da empresa, que se extinguindo esta, o maior prejudicado será o trabalhador, por outro temos que nos dias atuais a flexibilização

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 10. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2014

tem sido utilizada pelas empresas como forma de realizar ganhos através da diminuição dos direitos trabalhistas. Dessa forma, necessário se faz limitar as hipóteses de flexibilização, a fim de garantir os direitos dos trabalhadores, em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana e a preservação da proteção ao trabalhador.

Conclusão

A partir do contexto jurídico, histórico, social e econômico ora colacionado ao presente estudo, julgamos possível aferir, sinteticamente, apontamentos voltados a consolidar o entendimento ora versado em torno do tema nos reflexos das normas e princípios constitucionais, legais, doutrinários e jurisprudências à negociação coletiva como instrumento de flexibilização dos direitos e garantias dos trabalhadores brasileiros.

O primeiro capítulo visou a explanar pontos basilares acerca do histórico do direito do trabalho, no qual foi abordado o caráter protetivo do direito do trabalho, em razão da hipossuficiência do trabalhador em relação ao seu empregador.

Tal capitulação permite a conclusão de que o direito do trabalho surgiu a partir de agregação dos trabalhadores em sindicatos, com função tutelar, econômica, coordenadora e social.

Nesse viés, no segundo capítulo elaborou-se digressão consolidada com vistas a explanar sobre a organização sindical e as funções das entidades sindicais, dentre as quais se encontra a função negocial, uma das mais importantes, a qual se concretiza na celebração de convenções e acordos coletivos de trabalho.

Isso porque o Estado concedeu às partes, coletivamente consideradas, o poder de criarem norma jurídica que irá, além de integrar os contratos individuais de trabalho, regular a vida e a convivência entre elas e, especialmente, aderir ao ordenamento jurídico vigente.

Dessa forma, no terceiro capítulo visamos a consolidar entendimento acerca da norma coletivo como fonte de direito e, mais uma vez, abordamos o sistema de proteção, o qual consiste em pedra fundamental de todo o sistema do direito do trabalho, a fim de evitar a supressão ou redução das garantias trabalhistas por intermédio de instrumentos coletivos autônomos.

Por fim, em apanhado da norma juscoletiva do tema especificamente em torno do qual se consolidou o presente estudo, visamos a firmar entendimento acerca da negociação coletiva como instrumento de flexibilização dos direitos trabalhistas.

Concluimos pelo presente estudo que o direito do trabalho é caracterizado por conter normas de conteúdo eminentemente social e que visam, primordialmente, a assegurar aos trabalhadores condições ou direitos mínimos relacionados a salário, jornada, aspectos pertinentes à saúde e segurança, dentre outros.

Dessa forma, a problemática gira em torno do confronto entre flexibilização, previsões constitucionais e princípios norteadores do direito do trabalho, onde verificou-se que a vontade das partes, por meio da autonomia coletiva, encontra sua limitação no princípio da dignidade da pessoa humana e a preservação da proteção ao trabalhador.

Conclui-se, ainda, que a flexibilização ocorre com a participação do próprio sindicato representativo da categoria profissional. Assim, caso a organização e união da classe trabalhadora não se organize e não lute pelos seus direitos, a tendência será o desaparecimento gradual do direito do trabalho e isso afetaria a vida de todos os trabalhadores, inclusive daqueles que possuem emprego formal.

São estas as considerações que se colocam quanto à análise do fenômeno da “flexibilização dos direitos trabalhistas”, não se podendo admitir, assim, que a crise do direito do trabalho seja transferida para a negociação coletiva, suprimindo e reduzindo as conquistas dos trabalhadores.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

CAMPANER, Ozório César. *Conflitos Coletivos de Trabalho e Formas de Solução*. São Paulo: LTr, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 10. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2014.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Jurídica e universitária, 1972, v. i.

COLLOR, Lindolfo. *Origens da legislação trabalhista brasileira. Organização e introdução de Mário de Almeida Lima*. - Porto Alegre: Fundação Paulo do Couto e Silva. 1990

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo:LTr, 2002

Derecho Sindical, 7. ed. Madrid: Tecnos, 1995

Derecho Sindical de la OIT: normas y procedimientos. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1995.

ESCARTÍN, Ignacio Garcia-Perrot. *L'autonomía colectiva*. Madri, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987

Evolução histórica do sindicalismo. In: ROMITA. Arion Sayão (coord.). *Sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1986 - AUTOR

FILHO, José Claudio Monteiro de Brito. *Direito Sindical*. 4 ed. São Paulo: Ltr, 2002

FREUND, Otto Kahn. *Labour and the law*. Londres: Sweet and Maxwell, 1983

HAZAN, Bruno Ferraz. *A Aderência Contratual das Normas Coletivas*. São Paulo: LTr, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. *Flexibilização do Direito do Trabalho*. São Paulo:LTr, 1991.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1978

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical* - Direito, Política, Globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

ROMITA, Sayão Arion. *Sindicalismo Economia Estado Democrático*. São Paulo: LTr, 1993.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEIXEIRA, João Lima; SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições do Direito do Trabalho*. 21 ed. São Paulo: LTr, 2003.

THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Direito Coletivo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

TRINDADE, Antonio A. C.; PIOVESAN, Flávia. *Os direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006