

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

Ana Cláudia Wiest

**FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO POR MEIO DA
NEGOCIAÇÃO COLETIVA**
Análise dos parâmetros jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho

**Porto Alegre
2015**

ANA CLÁUDIA WIEST

**FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO POR MEIO DA
NEGOCIAÇÃO COLETIVA**
Análise dos parâmetros jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Porto Alegre

2015

ANA CLÁUDIA WIEST

**FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO POR MEIO DA
NEGOCIAÇÃO COLETIVA**
Análise dos parâmetros jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 18 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Dr. Leandro do Amaral D. de Dorneles
Orientador

Professora Dr^a. Luciane Cardoso Barzotto

Professor Dr. Glênio José Wasserstein Hekman

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Roseli e Ruben, pelo apoio incondicional e pelos exemplos de força e humildade. À minha irmã Rúbia, pelo companheirismo e pelos diversos almoços feitos nessa reta final do curso. Ao Bruno, por estar sempre presente de alguma forma e compreender a minha ausência nos últimos meses.

Aos meus amigos e amigas, queridos Coolers, pelo carinho e amizade durante os cinco anos de faculdade.

Ao professor Leandro do Amaral D. de Dorneles pela disponibilidade e valioso auxílio na elaboração deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho almeja analisar o fenômeno da flexibilização dos direitos trabalhistas sob o prisma da autonomia coletiva privada dentro da perspectiva do entendimento atual do Tribunal Superior do Trabalho. Tendo em vista o impulso conferido pela Constituição Federal de 1988 à negociação coletiva torna-se importante fazer um estudo quanto aos poderes e limites impostos pelos operadores do direito ao exercício da autonomia coletiva privada. Para isso, foi utilizado o método indutivo, mediante pesquisa à legislação trabalhista brasileira, bem como à doutrina e jurisprudência relacionada ao tema. Da análise da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, verifica-se que a flexibilização por meio da negociação coletiva não é ilimitada, ainda que considerada a autonomia coletiva privada dos trabalhadores. São impostos limites como a observância aos princípios constitucionais, dentre eles o da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como normas de caráter cogente que constituem um mínimo existencial, não sendo estes passíveis de supressão ou modificação *in pejus* por meio de negociação coletiva.

Palavras-chave: Flexibilização. Direitos trabalhistas. Autonomia coletiva privada. Negociação coletiva. Limites.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO..... | 10 |
| 1.1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO..... | 10 |
| 1.2 ORIGEM DA FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO..... | 11 |
| 1.3 CONCEITOS E CLASSES DE FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA..... | 16 |
| 1.3.1 Conceitos..... | 17 |
| 1.3.1.1 Flexibilização e Desregulamentação..... | 20 |
| 1.3.1.2 Flexisegurança..... | 22 |
| 1.3.2 Classificação..... | 22 |
| 1.4 CORRENTES..... | 24 |
| 1.4.1 Corrente flexibilista..... | 25 |
| 1.4.2 Corrente antiflexibilista..... | 26 |
| 1.4.3 Corrente intermediária..... | 27 |
| 2 AUTONOMIA COLETIVA PRIVADA NO DIREITO DO TRABALHO..... | 30 |
| 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS..... | 30 |
| 2.2 DEFINIÇÃO DE AUTONOMIA COLETIVA PRIVADA..... | 32 |
| 2.3 NEGOCIAÇÃO COLETIVA..... | 32 |
| 2.3.1 Diplomas negociais coletivos: convenção e acordo coletivo de trabalho | 38 |
| 2.4 NEGOCIAÇÃO COLETIVA: POSSIBILIDADES E LIMITES..... | 39 |
| 2.4.1 O princípio da proteção e a autonomia coletiva privada..... | 40 |
| 2.4.2 Limites à negociação coletiva..... | 42 |
| 2.4.3 Entraves à ampla autonomia coletiva privada..... | 46 |
| 3 LIMITES DA AUTONOMIA COLETIVA PRIVADA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO..... | 49 |
| 3.1 PERÍODO INICIADO EM 1990..... | 50 |
| a) Banco de Horas..... | 53 |
| b) Limitação das horas <i>in itinere</i>..... | 57 |
| c) Intervalo intrajornada..... | 57 |
| 3. 2 PERÍODO INICIADO EM 2000..... | 59 |
| a) Banco de Horas..... | 59 |

| | |
|---|-----------|
| b) Limitação das horas <i>in itinere</i>..... | 60 |
| c) Intervalo intrajornada..... | 65 |
| 3.3 PERÍODO INICIADO EM 2010..... | 68 |
| a) Banco de Horas..... | 69 |
| b) Limitação das horas <i>in itinere</i>..... | 70 |
| c) Intervalo intrajornada..... | 73 |
| 3.3 CONCLUSÕES GERAIS ACERCA DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO..... | 76 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 77 |
| REFERÊNCIAS..... | 79 |

INTRODUÇÃO

A flexibilização dos direitos trabalhistas tem gerado intensos debates ao longo da evolução do Direito do Trabalho, tornando-se tópico corrente na doutrina e na jurisprudência principalmente em períodos de crise econômica. Esse instituto historicamente tem sido uma reivindicação empresarial identificável com uma solicitação de menores custos sociais e maior governabilidade do fator trabalho.

Existem diversas correntes doutrinárias pertinentes à flexibilização, destacando-se três delas: a flexibilista, a antiflexibilista e a semiflexibilista ou moderada. Quanto à forma, a flexibilização poderá ser imposta pelo Estado (heterônoma) ou promovida pelos sindicatos através da negociação coletiva (autônoma), sendo esta última analisada com maior profundidade no presente trabalho.

A Constituição Federal prevê, em seu art. 7º, os chamados direitos sociais, aos quais fazem jus os trabalhadores urbanos e rurais. Por outro lado, a própria Lei Maior autoriza, via negociação coletiva, a redução ou limitação de alguns desses direitos, tema que desperta divergência entre os operadores do direito. O objetivo desta monografia é justamente tratar dos poderes e limites impostos à autonomia coletiva privada. Propõe-se, portanto, analisar o entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho a fim de identificar se as cláusulas derivadas da negociação coletiva estão ou não sujeitas a certos limites, considerando a autonomia coletiva privada das entidades

Nesse contexto, o tema em questão revela uma problemática no tocante à flexibilização de direitos trabalhistas por meio da negociação coletiva, especialmente no que diz respeito aos limites de sua atuação. Embora haja muitos posicionamentos acerca do assunto, a função da presente pesquisa se faz na tentativa de buscar respostas a essas polêmicas através da jurisprudência do TST.

O trabalho foi fracionado em três capítulos. No primeiro, a partir de uma breve análise histórica do Direito do Trabalho, busca-se justificar a importância da natureza protecionista inerente a este ramo jurídico. Em seguida passa-se ao estudo da

flexibilização propriamente dita, dando ênfase à origem do instituto, suas causas e efeitos, considerando, ainda, três correntes básicas quanto ao assunto.

No segundo capítulo aborda-se a autonomia coletiva privada no direito do trabalho, contemplando os seus aspectos fundamentais, a negociação coletiva como meio de composição de conflitos, bem como as diversas correntes doutrinárias que tentam explicar a interação entre as normas coletivas autônomas e as normas estatais heterônomas. Por fim, no último capítulo propõe-se analisar o entendimento atual do Tribunal Superior do Trabalho quanto aos poderes e limites conferidos à autonomia coletiva privada, o que se fará através da análise da evolução jurisprudencial de três institutos do Direito do Trabalho: Banco de Horas, intervalo intrajornada e limitação das horas *in itinere*.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

1.1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho surgiu com a finalidade de reduzir a desigualdade existente entre a classe empregadora e a trabalhadora, por meio da intervenção do Estado. Quanto ao período do seu surgimento, a doutrina nos remete a um atrelamento ao fenômeno da Revolução Industrial, que é considerada um grande marco para o Direito do Trabalho. O desequilíbrio de forças existente entre os empregadores e os empregados, desde a escravidão e das corporações de ofício, tomou grandes proporções nesse período, forçando o Estado a intervir com a criação de normas protetivas ao trabalhador.¹

Em apertada síntese, Arnaldo Süssekind leciona que a Revolução Industrial teve início em 1775, quando James Watt inventou a máquina a vapor. Com essa energia motora as empresas cresceram e expandiram a contratação de operários livres.² O pensamento econômico da época pregava a não intervenção do Estado nas relações contratuais, sendo o governo um simples intermediário entre o povo e a vontade geral, à qual lhe cabia dar cumprimento, com um mínimo de interferência.

Consoante explica Alice Monteiro de Barros, “surgiu daí uma liberdade econômica sem limites, com opressão dos mais fracos, gerando, segundo alguns autores, uma nova forma de escravidão”³. Nesse aspecto, pode-se dizer que a ideia central do liberalismo, baseada na liberdade absoluta do homem em busca de seu próprio interesse, não favoreceu o Direito do Trabalho.

Consoante leciona Arnaldo Süssekind, desenvolveu-se o regime do contrato de trabalho formalmente livre, entretanto, as condições de trabalho, inclusive o salário, eram ditadas pelo empregador.⁴ Nesse contexto, a máquina tomava conta a ponto de reduzir o esforço físico e simplificar a atenção mental do trabalhador, o que facilitou a exploração do trabalho das mulheres e dos menores, considerados “meias

1 SAEGUSA, Cláudia Zanetti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2008, p. 13.

2 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11.

3 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013, p. 51.

4 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11.

forças”.⁵ A partir daí, verificou-se o desgaste prematuro dos trabalhadores nos acidentes mecânicos, baixos salários e excessivas jornadas de trabalho.

Somados tais fatores de exploração à condição de miserabilidade extrema na qual viviam os operários, surge um sentimento comum de solidariedade entre os oprimidos, dando origem à formação de consciência de classe.⁶ Pouco a pouco os trabalhadores passaram a se organizar nos países industrializados unindo sofrimentos comuns e, através de manifestações coletivas, fizeram frente ao poder dos capitalistas para a luta contra o liberalismo econômico que propiciava a exploração dos trabalhadores. As crescentes manifestações da classe trabalhadora forçaram o Estado a reconhecer como indevida aquela situação e a legislar criando, para o trabalhador, melhores condições de vida e de trabalho.⁷

Assim também leciona Alice Monteiro de Barros:

“Diante das agitações dos trabalhadores e das lutas sociais no continente europeu, o Estado resolveu intervir na regulamentação do trabalho, inspirando-se em normas que lhe atribuem critérios próprios, não encontrados em outro ramo do Direito”.⁸

O Estado, por sua vez, começou a intervir e proporcionar proteção jurídica e econômica ao trabalhador por meio de leis a fim de regulamentar minimamente as condições do trabalho. Porém, ao final do século XX surgem os fenômenos da globalização e do neoliberalismo, representando um novo e grande impacto no Direito do Trabalho, os quais serão analisados a seguir.

1.2 ORIGEM DA FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

A relação de trabalho passou por diversos processos ao longo do tempo, dentre os quais pode-se destacar alguns que deram ensejo à discussão sobre a

5 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013, p. 67.

6 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.2.

7 SAEGUSA, Cláudia Zanetti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2008, p. 73.

8 Essas normas peculiares a que se refere a autora, são os princípios do Direito do Trabalho, “entre os quais está o da proteção, centralizado numa garantia de condições mínimas de trabalho, sustentadas por um outro princípio, o da irrenunciabilidade.” BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013, p. 67.

flexibilização das condições de trabalho. São exemplos a invenção da máquina, que trouxe a dispensa de muitos trabalhadores, o alto preço do petróleo, as inovações tecnológicas, a modificação na organização da produção e o desemprego.

O professor Miguel Reale transmite um ensinamento de grande valia para o estudo em questão, mostrando que a ciência do Direito não é estática ante a evolução social e econômica, mas é uma ciência dinâmica. Segundo leciona Miguel Reale:

“[...] o Direito do Trabalho pode e deve ser um Direito de Vanguarda, no sentido de que se coloca sempre a par dos acontecimentos últimos que se realizam no Plano Cultural, em benefício dos valores essenciais daqueles que exercem atividade criadora em qualquer campo do conhecimento.”⁹

Consoante explica Luis Carlos Amorim Robortella¹⁰, o Direito do Trabalho sempre oscilou entre o econômico e o social, funcionando como mediador na procura de soluções de compromisso entre os interesses da economia e as necessidades sociais. Assim, pode-se afirmar que este ramo jurídico, desde o seu surgimento, sempre trabalhou com o conflito entre a classe empregadora e a classe dos trabalhadores. No mesmo sentido, Sérgio Pinto Martins leciona que “é mister a conciliação entre o econômico, que é a produção, e o social, que é a própria sobrevivência do trabalhador e de sua família”¹¹.

Quanto aos processos históricos que deram ensejo ao debate sobre a flexibilização das condições de trabalho, importa citar a crise econômica iniciada nos anos setenta, gerada por uma combinação de fatores como inflação, recessão e preços do petróleo, trazendo como resultado a desestabilização de muitas economias. Nessa época “começaram a cair os níveis de emprego e os sistemas de seguridade social deram mostras de desequilíbrio e insuficiência de recursos, por força de uma grave crise de financiamento”.¹²

9 REALE, Miguel. **A globalização da economia e o direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1997. p. 11.

10 ROBORTELLA, Luis Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1994. p. 97.

11 MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 6.

12 ROBORTELLA, Luis Carlos Amorim. **Estabilidade, flexibilidade e formas de solução dos conflitos do trabalho**. Curitiba, Juruá, 1991. 1. Trabalho. Conflitos. I Congresso Internacional de Direito do Trabalho em Curitiba, 1. II. Título: Anais, 4. Série, p. 184.

No mesmo sentido destaca Sérgio Pinto Martins quando afirma que as crises passaram a ser cíclicas, começando com a do petróleo, por volta de 1973, o que gerou a necessidade de adaptação das regras trabalhistas às novas exigências dos tempos. “Daí a necessidade de flexibilização das regras do Direito do Trabalho”, aponta o autor.¹³ Na mesma linha, Cláudia Zanetti Saegusa afirma que nos 70 e 80 “ocorreram a alta do petróleo, o desenvolvimento tecnológico e a globalização que causaram a crise na economia exigindo maior flexibilidade no mercado de trabalho”.¹⁴

A conjugação desses fatores apontados implicaram modificações nas relações individuais de trabalho. Essas mudanças, consoante explica Alice Monteiro de Barros, desencadearam a discussão sobre a flexibilização do emprego, cujos significados variam conforme o sistema legal que se adote e o grau de desenvolvimento dos países¹⁵.

Já nos anos oitenta, conforme leciona Luis Carlos Amorim Robortella,

“a tudo isto veio se somar a questão da dívida externa, principalmente do chamado Terceiro Mundo, com graves reflexos econômicos internos, atestados por altas taxas de inflação e quedas ainda maiores nos níveis de emprego e de remuneração do trabalho”¹⁶.

Para muitos doutrinadores, a flexibilização surgiu nesta época, contemporânea à crise econômica que atingiu a Europa no princípio da década de oitenta. Cássio de Mesquita Barros leciona:

“... o aparecimento desse novo elemento da relação de trabalho deu-se na Europa contemporaneamente à recessão de 1980/1981. A noção nova, flexibilidade, passou a ser utilizada no vocabulário de um conjunto de economias de mercado da época com força acreditada de desempenhar um papel decisivo num conjunto de formas e práticas modernas de gestão de recursos humanos.”¹⁷

13 MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8.

14 SAEGUSA, Cláudia Zanetti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2008, p. 74.

15 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013, p. 68

16 ROBOTELLA, Luis Carlos Amorim. **Estabilidade, flexibilidade e formas de solução dos conflitos do trabalho**. Curitiba, Juruá, 1991. 1. Trabalho. Conflitos. I Congresso Internacional de Direito do Trabalho em Curitiba, 1. II. Título: Anais, 4. Série, p. 184.

17 BARROS JÚNIOR. Cássio Mesquita. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. Revista Trabalho e Processo. São Paulo: Editora Saraiva, nº 2, setembro de 1994, p. 45.

Na mesma linha, quanto à gênese do fenômeno, Ari Possidônio Beltran, registra que “começa-se a desenvolver, na década de 80, sobretudo na Europa e Estados Unidos, o movimento pela flexibilização das normas trabalhistas.”¹⁸ Sérgio Pinto Martins refere, a título exemplificativo, que na tentativa de evitar o fechamento da Chrysler nos Estados Unidos, houve a flexibilização dos salários dos trabalhadores no início dos anos oitenta e, em troca, houve a garantia de que os trabalhadores não seriam dispensados¹⁹. Esse fenômeno flexibilizatório, que tomou destaque sobretudo na Europa Ocidental desde os anos 80, repercutiu reflexos na Constituição Federal de 1988, afirma Arnaldo Süssekind.²⁰

Seguindo a linha cronológica, destaca-se o surgimento de um novo processo de produção, inicialmente no Japão, na fábrica da Toyota, no qual passa haver a produção por demanda, sendo o consumo o parâmetro para a produção. Explica Sérgio Pinto Martins, que nesse processo “o trabalhador passa a ter de desenvolver vários trabalhos ao mesmo tempo e a possuir melhor educação de forma a entender os novos processos tecnológicos”, tornando o processo produtivo mais flexível.²¹

Posteriormente, o trabalho mecanizado organizado em linha de montagem passa a ser substituído pela automação²². Leciona Carlos Roberto Cunha:

“Assim como a máquina a vapor revolucionou a história, do mesmo modo, a máquina automática, informatizada, está produzindo consequências semelhantes, tal qual o aumento da produtividade e mais uma vez uma saturação do mercado. De certo modo, está ocorrendo uma repetição cíclica da Primeira Revolução Industrial, em proporções redimensionadas, complexas, encerradas num contraste entre o crescimento da produção quantitativa e qualitativamente em proporção inversa ao número de trabalhadores exigidos pelas empresas”²³.

18 BELTRAN, Ari Possidônio. **Flexibilização, globalização, terceirização e seus impactos nas relações de trabalho**. Revista Ltr, v.61, abril. 1997, p. 61. São Paulo: Ltr, 1997.

19 MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 6.

20 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 9.

21 MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 7/8.

22 Arion Sayão Romita explica que a indústria entra em uma nova fase, que se define pelo desaparecimento do trabalho de execução, isto é, pelo automatismo da fabricação. “A automatização sucede progressivamente a mecanização da fase anterior, o que não significa que a oficina automatizada seja uma oficina sem operários, mas quase já não existe mão-de-obra empenhada diretamente na fabricação.” ROMITA, Arion Sayão. p. 18. In FRANCO FILHO, Georgenor de Souza (Org.). **Presente e futuro das relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2000. p. 245.

23 CUNHA, Carlos Roberto. **Flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2004, p. 60.

Consoante explica Carlos Roberto Cunha, “A automação fabril racionaliza os custos do trabalho, acelera a produtividade, mas gera um grandiosíssimo excedente de mão de obra: uma imensidão de trabalhadores são lançados às portas da rua”²⁴. O sistema, nesta lógica apontada pelo autor, seria responsável por gerar não somente marginalização, mas também exclusão social. O autor complementa sustentando que as políticas formuladas para o trabalho passaram, então, a ser revestidas de propostas desfavoráveis, de precariedade das relações de trabalho, com a pretensão de reduzir ao limite mínimo e, se possível, abolir direitos e garantias que o trabalhador havia conquistado no momento anterior ao desenvolvimento capitalista, em que as relações e forças eram outras.²⁵

Para a doutrina liberal, o Estado deve se afastar por completo, dando margem à liberdade. A justificativa encontra-se na eficácia e competitividade do processo econômico para preservação do lucro, sendo o mercado encarregado de regular as relações entre empregado e empregador, mediante a abolição de qualquer lei protecionista, por meio da desregulamentação.

Para Sérgio Pinto Martins, o liberalismo mostra que a economia deve seguir o caminho de livrar-se de obstáculos que dificultem ou impeçam o livre desenvolvimento do mercado, sendo a flexibilização das condições de trabalho voltada para o capital, para o aumento da produção, visando maximizar lucros em decorrência da internacionalização das economias.²⁶

Conforme explica Alice Monteiro de Barros, “a flexibilização no campo do trabalho, historicamente, tem sido uma reivindicação empresarial identificável com uma explícita solicitação de menores custos sociais e maior governabilidade do fator trabalho”.²⁷ Para a realização dessa reivindicação empresarial, “reclama-se uma flexibilidade normativa que poderá ser atingida sob o prisma legal, regulamentar e convencional, mas assegurando-se garantias mínimas ao empregado”.²⁸

24 “Para os trabalhadores, especialmente os não especializados, o que se pretende é restringir-lhes a proteção, mediante o afrouxamento das legislações trabalhistas e das leis sociais, culminando numa maior liberdade para contratações e dispensas, restringindo, dessarte, ainda mais os custos da produção.” CUNHA, Carlos Roberto. **Flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2004, p. 61.

25 CUNHA, Carlos Roberto. **Flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2004, p. 62.

26 MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8.

27 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013, p. 69.

28 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013, p. 69.

Camen Camino defende que o processo de flexibilização envolve a alteração de linhas mestras do Direito do Trabalho, como a proteção do trabalhador.

“Partindo-se do argumento de implicar, o sistema de proteção da pessoa do trabalhador, custo insuportável para as empresas, instaurou-se um ardiloso processo de culpabilização do direito do trabalho, afinado com o discurso neoliberal de prestígio à autonomia da vontade no plano das relações individuais de trabalho, com a conseqüente rarefação do sistema de proteção estatal. Esse processo envolve o questionamento de alguns dos postulados fundamentais do direito do trabalho, visto como óbice ao progresso econômico dos povos. Fala-se em flexibilização de princípios e desregulamentação do aparato de tutela estatal e abre-se campo propício à autocomposição, à prevalência do negociado sobre o legislado, através dos contratos coletivos, em momento de extrema fragilidade da classe trabalhadora e, portanto, de perda de força de negociação.”²⁹

No mesmo sentido, Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles afirma que as práticas da flexibilização e desregulamentação do direito do trabalho no Brasil “ao propiciarem maior autonomia de negociação direta entre o Capital e Trabalho, colocam em segundo plano a lógica de proteção jurídico-social do trabalhador que o consagrou preteritamente”.³⁰

Assim, é interessante pontuar que a justificativa inicial para a utilização da flexibilização das condições de trabalho, com fins de reduzir custos e evitar despedidas em massa em tempos de crise, pode acarretar em um deslocamento do Direito do Trabalho em direção ao sucateamento da mão de obra.

1.3 CONCEITOS E CLASSES DE FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA

O tema concernente à flexibilização das condições de trabalho é polêmico, exigindo refletir sobre diversos aspectos como grau de rigidez das normas trabalhistas, condicionantes sociais, econômicos, políticos e também jurídicos em torno do assunto. De fato, a flexibilização abarca uma série de aspectos, de acordo

29 CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 36-37.

30 “A lógica jurídica dessa nova regulação da relação de trabalho deixaria de ser a da preservação ao trabalhador e passaria a ser, de forma imediata, a da proteção da negociação livre 'neutra', sendo a lei uma forma de regulação suplementar), mas sob um enfoque predominantemente economicista que estimula a flexibilidade do quadro de empregados, e, de forma mediata, a lógica de proteção do Mercado.” DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade**. São Paulo: Ltr. 2002. p. 136.

com o Direito de cada país, tornando-se necessário verificar os diversos conceitos e classificações atribuídos ao fenômeno em estudo.

1.3.1 Conceitos

Consoante aponta Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles, “a flexibilização denota um sentido amplo, que pode traduzir-se em várias possibilidades, embora todas contestando a 'rigidez', que segundo os seus adeptos, caracteriza o Direito do Trabalho clássico ou preservacionista.”³¹

Também Carlos Roberto Cunha atenta para o fato de que o conceito de flexibilização não tem dimensão precisa, sendo um termo aberto e polissêmico. O autor ressalta que “a concepção é difusa em razão das peculiaridades da legislação do trabalho de cada país, assim como o encaixe conceitual depende do nível de desenvolvimento econômico e social”.³² No mesmo sentido leciona Cássio Mesquita Barros Júnior quando afirma que “Tem relevo, pois, a circunstância de que cada país pode apresentar uma rigidez, real ou presumida, diferente da rigidez que pode existir em outros”.³³

Oscar Ermida Uriarte ensina que, em termos muito gerais e no âmbito do Direito do Trabalho, “a flexibilidade pode ser definida como eliminação, diminuição, afrouxamento ou adaptação da proteção trabalhista clássica, com a finalidade de aumentar o investimento, o emprego ou a competitividade da empresa”.³⁴ Ressalta que são múltiplas as formas em que a flexibilidade se produz e destaca duas delas:

“diminuindo ou eliminando direitos ou benefícios trabalhistas ou, então, modificando a relação entre as fontes, mediante a prescindência dos preceitos legais pela negociação coletiva ou a dos acordos coletivos pelos indivíduos. Essa segunda modalidade flexibilizadora – a prescindibilidade de normas heterônomas por normas autônomas ou de normas coletivas por acordos ou atos individuais – é, em última

31 DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade**. São Paulo: Ltr. 2002. p. 140.

32 CUNHA, Carlos Roberto. **Flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2004, p. 116.

33 “A flexibilidade como tantos outros conceitos que despertam polêmicas, não constitui uma ideia unívoca. Nos diversos países existem ideias diferentes do que é flexibilidade e formas matizadas de flexibilizar o direito do trabalho”. BARROS JÚNIOR, Cássio Mesquita. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. Revista Trabalho e Processo. São Paulo: Editora Saraiva, nº 2, setembro de 1994, p. 59.

34 URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 9.

instância, um meio para chegar à primeira: a diminuição ou eliminação de direitos ou benefícios trabalhistas.”³⁵

O autor explica, ainda, que a ordem pública trabalhista sempre admitiu a modificação do Direito do Trabalho por normas heterônomas ou autônomas³⁶, coletivas ou individuais, mais favoráveis ao trabalhador. Por isso, na verdade, ressalta que o que hoje se chama flexibilidade “é, em geral, a flexibilidade 'para baixo', de desmelhoramento, ou *in pejus*”.³⁷

Como propõe Luis Carlos Amorim Robortella, a flexibilização do direito do trabalho com foco na negociação coletiva, passa a ser “o instrumento de política social caracterizado pela adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação de trabalhadores e empresários, para eficaz regulação do mercado de trabalho.”³⁸

Pode-se dizer, ainda, que a flexibilização do Direito do Trabalho é o processo de adaptação de normas trabalhistas à realidade cambiante. Conforme Barros Júnior:

“[...] do ponto de vista psicológico e sociológico, flexibilização consiste na capacidade da renúncia a determinados costumes e de adaptação a novas circunstâncias. Do ponto de vista jurídico, a flexibilização deve ser analisada em confronto com certos princípios imbuídos de alguma rigidez.”³⁹

Orlando Teixeira da Costa relaciona a flexibilização a um instrumento ideológico a serviço dos países de economia de mercado:

“A flexibilidade laboral é o instrumento ideológico neoliberal e pragmático de que se vêm servindo os países de economia de mercado, para que as empresas possam contar com mecanismos jurídicos capazes de

35 URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 10.

36 Heterônomas seriam as regras cuja produção não se caracteriza pela imediata participação dos destinatários principais das mesmas regras jurídicas. São, em geral, as regras de direta origem estatal. Autônomas seriam as regras cuja produção caracteriza-se pela imediata participação dos destinatários principais das regras produzidas. São, em geral, as regras originários de segmentos ou organizações da sociedade civil. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013, p.137.

37 URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 10.

38 ROBORTELLA, Luis Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1994. p. 97.

39 BARROS JÚNIOR, Cássio Mesquita. **Flexibilização no Direito do Trabalho**. Trabalho e Processo, n. 2, 2002, p. 44.

compatibilizar seus interesses e os dos seus trabalhadores, tendo em vista a conjuntura econômica mundial, caracterizada pelas rápidas e contínuas flutuações do sistema econômico, pelo aparecimento de novas tecnologias e outros fatores que exigem ajustes rápidos inadiáveis.”⁴⁰

Sob o prisma sociológico, Carlos Roberto Cunha explica que a flexibilização é sinônimo de renúncia ou perda de alguma conquista, em caráter temporário ou permanente. O autor complementa que a flexibilização “carrega um sofisma: o rótulo nunca revela ostensivamente a face oculta, o ânimo de *reformatio in pejus*, - a edição de 'novas leis, modificando as existentes para diminuir ou extinguir direitos’”.⁴¹

Joaquim Donizeti Crepaldi descreve a flexibilização da seguinte forma:

“Flexibilizar significa causar transformações nas regras existentes, atenuando a influência do Estado, diminuindo o custo social da mão-de-obra, mitigando certas regras que não ofendem a dignidade do ser humano, mas velando por um *standart minimum* indispensável, mediante a patente desigualdade existente entre empregadores e trabalhadores.”⁴²

Sérgio Pinto Martins, por sua vez, ressalta que a flexibilização se trata de “uma reação aos padrões até então vigentes das legislações que estão em desacordo com a realidade, das legislações extremamente rígidas que não resolvem todos os problemas trabalhistas, principalmente diante das crises econômicas ou outras”.⁴³ E complementa afirmando que a flexibilização é “o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem

40 COSTA, Orlando Teixeira da. Direito Alternativo ou flexibilização. **Revista LTr**, v. 56, n. 7, p. 56-57. São Paulo: Ltr, 1992.

41 CUNHA, Carlos Roberto. **Flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2004, p. 118. Assim também, Priscila Campana: “em outras palavras, a flexibilização significa a renúncia, pelos trabalhadores, de muitos de seus direitos conquistados e positivados.” CAMPANA, Priscila. **O impacto do neoliberalismo no Direito do Trabalho**: desregulamentação e retrocesso histórico. Revista de informação legislativa. n. 147, jul./set. 2000, p. 136. Brasília: Senado Federal, 2000.

42 CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O princípio da Proteção e a Flexibilização das Normas de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 57-58.

43 MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11.

econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho”.⁴⁴

Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles sustenta que a solução oferecida para superar a alegada rigidez das normas trabalhistas – que seria o fator preponderante a inviabilizar uma regulamentação capaz de atender à dinâmica do mundo moderno - “assenta-se na redução dos Direitos Sociais, em especial os trabalhistas, muitas vezes pincelada por um caráter pseudo-democrático, visto que é combinada com incentivo das negociações coletivas de trabalho para o estabelecimento da flexibilização de direitos.”⁴⁵

1.3.1.1 Flexibilização e Desregulamentação

Importa salientar que sob a denominação genérica de flexibilidade tende-se a incluir dois conceitos diferentes: desregulamentação e flexibilização.

Nesse sentido aponta Oscar Ermida Uriarte:

“De um lado, sobretudo na doutrina europeia reserva-se a palavra 'desregulamentação' para se referir à flexibilização unilateral, imposta pelo Estado ou pelo empregador, diminuindo ou eliminando benefícios trabalhistas, sem real participação da vontade do trabalhador e sem contrapartida ou sem contrapartida determinada e exigível. Por outro lado, essa mesma doutrina reserva o termo 'flexibilização' para identificar a adaptação autônoma, negociada e condicionada, quer dizer, em troca de determinadas e exigíveis contraprestações e não em troca de uma mera expectativa.”⁴⁶

Crepaldi retrata o conceito de desregulamentação da seguinte forma:

Desregulamentar significa retirar as normas heterônomas das relações de trabalho, de tal forma que a vontade dos sujeitos é que estabelecerá as normas que devem comandar as suas relações, ou seja, é a extinção

44 O autor utiliza o termo “conjunto” porque forma um todo organizado, um sistema para o fim de estabelecer mecanismos para compatibilizar as regras do Direito do Trabalho com as mudanças, isto é, uma reunião de medidas visando flexibilizar as relações trabalhistas. MARTINS, Sérgio Pinto.

Flexibilização das Condições de Trabalho. São Paulo: Atlas, 2015, p. 13.

45 “O caráter pseudo-democrático deve-se, em primeiro lugar, ao fato de o desemprego, que assola o mundo atualmente, forçar a classe trabalhadora a abrir mão gradativamente de seus direitos em qualquer processo autorregulador”. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade.** São Paulo: Ltr. 2002. p. 137-138.

46 URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade.** São Paulo: Ltr, 2002, p. 17.

gradual de regras imperativas, com a conseqüente ampliação da liberdade de convenção”.⁴⁷

Assim também entende Carlos Roberto Cunha ao referir que a desregulamentação é o absenteísmo completo do Estado nas relações de trabalho sendo que a flexibilização preserva um mínimo de garantias legais, sob a tutela do Estado.⁴⁸

Infere-se dos conceitos apresentados que a desregulamentação é uma espécie de flexibilização, enquadrando-se em sua forma heterônoma, ou seja, aquela imposta pela lei. Consiste em não mais legislar sobre determinada matéria, deixando para as partes tal incumbência pela via da negociação coletiva ou, ainda, em derrogar as leis protetivas, gerando uma desregulação. Portanto, a desregulamentação difere da flexibilização, já que esta pode ser definida como a adaptação dos direitos trabalhistas conquistados, mantendo sempre um mínimo fundamental, enquanto aquela é caracterizada pela retirada de normas protetoras do trabalho no ordenamento jurídico.

O autor Nei Frederico Cano Martins, entretanto, unifica os conceitos de flexibilização e de desregulamentação, justificando que:

“ambos os termos estão a significar o movimento que propugna pela diminuição gradativa da presença do Estado no campo das relações do trabalho, de modo que essas relações tenham a regrá-las principalmente a vontade dos empregados e dos empregadores, representados, no plano coletivo, pelas instituições sindicais. Flexibilizar significa também desregulamentar, ou seja, reduzir o número de normas de proteção ao trabalho.”⁴⁹

Priscila Campana acompanha a mesma ideia, admitindo ser possível uma diferenciação entre os termos, entretanto, aduz que isso não impede concebê-los como sinônimos. Sendo assim, a autora sustenta que as diferenças terminológicas não têm grande importância, porque tanto “a flexibilidade quanto o que seria a

47 CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O Princípio de Proteção e a Flexibilização das Normas de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 57-58.

48 CUNHA, Carlos Roberto. **Flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2004, p. 121.

49 MARTINS, Nei Frederico Cano. **Os princípios do Direito do Trabalho e a flexibilização ou desregulamentação**. Revista Ltr, v. 64, n.7, p. 64-67, São Paulo: Ltr, 2000.

desregulamentação servem a mesmo plano neoliberal, fazendo parte, como um todo, do processo de supressão das conquistas obtidas no Estado Social”.⁵⁰

1.3.1.2 Flexisegurança

Em paralelo aos conceitos acima referidos, destaque-se o surgimento nos anos noventa de uma evolução da flexibilização denominada flexisegurança. Maria do Rosário Palma Ramalho, autora portuguesa, explica que para fazer face aos efeitos perversos preconizados pela flexibilização, como precárias condições de trabalho e falta de segurança, a Comissão Europeia, juntamente com parceiros sociais comunitários, criaram novas estratégias a fim de contornar esses efeitos.

A autora sustenta que a ideia da denominada flexisegurança não é conter a evolução flexibilizante dos regimes laborais, mas sim pretende “contornar os efeitos perversos da flexibilização através do aumento da tutela dos trabalhadores nas situações de desemprego involuntário e de um maior investimento na formação e qualificação dos trabalhadores [...]”⁵¹.

Consoante menciona a autora, as estratégias de flexisegurança ainda estão em uma fase incipiente, sendo que a crise financeira e econômica dos últimos anos pode significar um óbice material para a sua implementação, já que as estratégias demandam altos investimentos do Estado.⁵²

1.3.2 Classificação

Quanto à classificação, tem-se dividido a flexibilização do trabalho em razão da finalidade, do objeto e da forma.

Jean-Claude Javillier, citado por Oscar Ermida Uriarte, distingue três classes de flexibilização segundo sua finalidade: uma de proteção, outra de adaptação e outra de desregulamentação:

50 CAMPANA, Priscila. **O impacto do neoliberalismo no Direito do Trabalho**: desregulamentação e retrocesso histórico. Revista de informação legislativa. n. 147, jul./set. 2000, p. 136. Brasília: Senado Federal, 2000.

51 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. Coimbra: Edições Almeida, 2012, p. 78.

52 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. Coimbra: Edições Almeida, 2012, p. 79.

“A flexibilidade de proteção é própria do clássico Direito do Trabalho: o Direito do Trabalho foi sempre flexível, só que num sentido único. A norma trabalhista tradicional foi sempre superável e adaptável em benefício do trabalhador. A flexibilidade de adaptação, por sua parte, consistiria na adaptação, por meio da negociação coletiva, das normas legais rígidas a novas circunstâncias e numa avaliação global do que é mais conveniente para o trabalhador. A ideia central seria não se tratar de uma derrogação pura e simples, mas de uma adaptação que se faz por meio da autonomia coletiva. E a flexibilidade de desregulamentação seria simplesmente a derrogação de benefícios trabalhistas preexistentes ou sua substituição por outros inferiores.”⁵³

Ainda quanto ao ponto de vista da finalidade, Nelson Manrich explica que “a flexibilização pode ser de ordem pública; de adaptação, mediante acordos derogatórios; e de desproteção, mediante supressão dos direitos dos trabalhadores.”⁵⁴

Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles leciona que quanto aos fins:

[...] a flexibilização pode ser de proteção (modificação de direitos em benefício do trabalhador), de adaptação (adequação das normas legais rígidas a novas circunstâncias através da negociação coletiva, mediante uma valoração global do que é mais conveniente tanto ao trabalhador como ao empregador) e de desregulamentação (derrogação de benefícios trabalhistas).⁵⁵

No que tange ao objeto, o mesmo autor refere que a flexibilização pode ser interna – ocorre principalmente quando modifica aspectos de uma relação preexistente, como é o caso do horário, da jornada, etc. - ou ainda externa, quando se relacionar aos mecanismos de incentivo ao ingresso e de restrição à saída do mercado de trabalho.⁵⁶

Outra sistematização pode ser feita em função da fonte ou forma de direito flexibilizadora. Assim, segundo sua fonte formal, Oscar Ermida Uriarte sustenta que a flexibilidade pode ser classificada como autônoma e heterônoma:

53 URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 10.

54 MANRICH, Nelsn. **Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: Ltr, 2000. p. 505.

55 DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade**. São Paulo: Ltr. 2002. p. 141-142.

56 DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade**. São Paulo: Ltr. 2002. p. 142.

“A flexibilidade heterônoma, que boa parte da doutrina europeia qualifica como 'desregulamentação' e, às vezes, até como flexibilização ou desregulamentação selvagem, é a flexibilidade imposta unilateralmente pelo Estado, por meio de lei ou decreto que simplesmente derroga um direito ou benefício trabalhista, diminuindo-o ou substituindo por outro menor. Nesse tipo de flexibilização – do mesmo modo que na imposta unilateralmente pelo empregador – não intervém a vontade do sujeito passivo da flexibilidade.

A flexibilidade autônoma, por outro lado, é a flexibilidade introduzida pela autonomia coletiva. Intervém nela a vontade coletiva do 'sujeito passivo' da flexibilização, seja por meio de convenção coletiva, de pacto social ou acordo-padrão.”⁵⁷

Da mesma forma entende Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles quando sustenta que, quanto à forma, “a flexibilização pode ser imposta pelo Estado (heterônoma) ou negociada (autônoma).”⁵⁸

Assim, de forma simplificada, pode-se dizer que a flexibilização autônoma é aquela promovida pelos sindicatos através da negociação coletiva e por meio de acordos e convenções coletivas de trabalho, a qual será melhor estudada no capítulo seguinte. Já a flexibilização heterônoma é aquela promovida pela lei, podendo consistir em relegar aos sindicatos a função de criar legislação no plano do Direito do Trabalho, ou a desregulação total.

1.4 CORRENTES

Conforme afirma Arion Sayão Romita, a prática da flexibilização dos direitos trabalhistas é uma realidade, sendo um movimento quase que inevitável na atualidade. Nesse sentido leciona:

“A flexibilização opera seus efeitos, independentemente da manifestação dos teóricos. Muitos desses estudiosos pretendem parar o vento com as mãos: deblateram contra a flexibilização, reclamam novas leis rígidas, mas o fenômeno, decorrente de transformações políticas e econômicas, segue seu rumo”.⁵⁹

57 URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 11.

58 DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade**. São Paulo: Ltr. 2002. p. 142.

59 ROMITA, Arion Sayão. **Flexisegurança: a reforma do mercado de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 10.

O assunto provoca muita discussão entre os estudiosos devido a sua complexidade, gerando o aparecimento de, pelo menos, três correntes: a flexibilista, a antiflexibilista e a moderada, ou semiflexibilista.

Alguns autores acreditam que a flexibilização da legislação trabalhista representa um retrocesso, uma supressão nos direitos conquistados ao longo da história pelos trabalhadores. Para outros, essa flexibilização vem como uma mudança necessária, trazendo progresso e criando novos postos de trabalho.

Luis Carlos Amorim Robortella define bem a situação com a célebre citação:

“[...] para alguns, a flexibilização é um anjo, pra outros, um demônio; para alguns, a panaceia para todos os males; para outros, mera estratégia neoliberal de destruição das conquistas sociais, em benefício dos interesses do capital.”

A seguir serão expostos os argumentos defendidos pelas três principais correntes.

1.4.1 Corrente flexibilista

Carlos Roberto Cunha explica que a corrente pró flexibilização sustenta a necessidade de eliminar obstáculos tais como a imperatividade das normas tutelares do trabalho a fim de reduzir custos de produção e a inserção empresarial na economia da pós-modernidade.⁶⁰

Leciona Sérgio Pinto Martins que a corrente flexibilista entende que o Direito do Trabalho passa por três fases; a primeira fase compreende o fato de assegurar os direitos trabalhistas; a segunda fase diz respeito ao momento promocional do Direito do Trabalho; e à terceira fase concerne a adaptação à realidade dos fatos, como no que diz respeito às crises, que é feito por meio das convenções coletivas, que tanto podem assegurar melhores condições de trabalho como também situações *in pejus*. Complementa sugerindo que “Num momento em que a economia

60 CUNHA, Carlos Roberto. **Flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2004, p. 175.

está normal, aplica-se a lei. Na fase em que apresenta crises, haveria a flexibilização das regras trabalhistas, inclusive para pior”.⁶¹

No mesmo sentido, Joaquim Donizeti Crepaldi afirma que a corrente flexibilista entende que “o Direito do Trabalho passa pelas fases da conquista, a promocional e a de adaptação à realidade atual, com as convenções coletivas de trabalho desenvolvendo cláusulas '*in mellius*' e '*in pejus*’” a fim de tentar se adaptar às condições de cada época.⁶²

Luis Carlos Amorim Robortella apresenta uma visão otimista da flexibilização:

“Uma visão otimista do fenômeno da flexibilização aponta a possibilidade de frear a onda de desemprego: a 'moderação da proteção ao emprego e o advento de formas atípicas, como expressão da flexibilização', poderiam gerar novos postos de trabalho ou impedir a eliminação dos existentes”.⁶³

O autor aponta que a dinâmica do mercado de trabalho não comporta mais o velho modelo, sendo necessário o reconhecimento de maior protagonismo da negociação coletiva a fim de desenvolver um novo formato para a regulação das condições de trabalho.⁶⁴ Apresenta justificativa favorável à flexibilização no sentido de aumento da produtividade, geração de empregos e ampliação do nível tecnológico, além da atenuação da crise econômica.

Como se vê, a corrente favorável à flexibilização das condições de trabalho, a associa ao aumento da produtividade, competitividade, combate ao desemprego e melhoria do nível socioeconômico. Entretanto, para alguns autores como Carlos Roberto Cunha, esse discurso seria de estirpe neoliberal sendo que o que realmente se pretende, no seu entender, é lançar a ideia de que “a opção é não ter opção, a não ser entre a resignação ou o caos, entre o desemprego ou emprego acanhado ou, finalmente, 'entre a flexibilidade e a rigidez’”.⁶⁵

1.4.2 Corrente antiflexibilista

61 MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29.

62 CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O princípio da Proteção e a Flexibilização das Normas de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 69.

63 ROBORTELLA, Luis Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1994. p. 101.

64 ROBORTELLA, Luis Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1994. p. 97.

Para Sérgio Pinto Martins a teoria antiflexibilista prega que a flexibilização do Direito do Trabalho é algo nocivo, sendo uma forma de reduzir direitos dos trabalhadores.⁶⁶ No mesmo sentido leciona Joaquim Donizeti Crepaldi:

“[...] essa corrente entende ser a proposta de flexibilização mero pretexto para reduzir os direitos dos trabalhadores e eliminar certas conquistas que foram feitas ao longo de anos, piorando a situação dos mesmos sem que houvesse qualquer aperfeiçoamento ou fortalecimento das relações trabalho.”⁶⁷

Cláudia Zanetti Saegusa aponta que a corrente contrária à flexibilização baseia-se na situação de hipossuficiência do trabalhador, o que exige forte interferência legislativa do Estado. Sustenta que a teoria contrária à flexibilização defende a negociação coletiva somente para melhorar os direitos previstos nas normas imperativas.⁶⁸

José Affonso Dallegrave Neto sustenta que a flexibilização da relação do trabalho é uma corrente patrocinada por empresários e organizações financeiras mundiais, que visa basicamente “desregulamentar a legislação trabalhista; estimular formas flexíveis de contratação de empregados e rescisões sem ônus, bem como acabar com o princípio da proteção do empregado”.⁶⁹ Para Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles “a flexibilização pode revelar-se um mecanismo de inquestionável conteúdo ideológico do tipo 'não há alternativa’”.⁷⁰

Conclui-se, portanto, que a corrente contrária à flexibilização a define como uma agravante das condições dos hipossuficientes, já que os argumentos favoráveis

65 CUNHA, Carlos Roberto. **Flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2004, p. 176. “O pensamento neoliberal apoia fortemente a desregulamentação, a flexibilização e, inclusive, a eliminação de grande parte das normas trabalhistas, por entender que tais instrumentos e circunstâncias comportam o necessário ajuste à competitividade e ao crescimento, premissas para o desenvolvimento da economia e da elevação do nível de vida.” SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Flexibilização, desregulamentação e o direito do trabalho no Brasil**. In Carlos Roberto. **Flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2004, p. 176.

66 MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29.

67 CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O princípio da Proteção e a Flexibilização das Normas de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 69.

68 SAEGUSA, Cláudia Zanetti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2008, p. 79.

69 SAEGUSA, Cláudia Zanetti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2008, p. 80.

seriam uma justificativa empresarial para precarizar as relações de trabalho e desonerar os custos. Nesse sentido, a flexibilização vai de encontro a tudo aquilo que o trabalhador conquistou em séculos de lutas.

1.4.3 Corrente intermediária

Consoante ensina Joaquim Donizeti Crepaldi, “para a corrente semiflexibilista a flexibilização deve começar pela autonomia coletiva, para evitar riscos, por meio de negociações coletivas”.⁷¹ A flexibilização seria feita pela norma coletiva, havendo uma desregulamentação do Direito Coletivo do Trabalho, por meio das convenções ou acordos coletivos. Assim, sob a ótica da teoria semiflexibilista, seria possível afirmar a existência de uma norma legal mínima, estabelecendo regras básicas, e o restante seria determinado pelas convenções ou acordos coletivos

Destaca-se também a posição intermediária apresentada por Arnaldo Süssekind:

“A flexibilização corresponde a uma fenda no princípio da inderrogabilidade das normas de ordem pública e no da inalterabilidade *in pejus* das condições contratuais ajustadas em favor do trabalhador, visando a facilitar a implementação de nova tecnologia ou preservar a saúde da empresa e a manutenção de empregos. Na flexibilização sobrevive a legislação de proteção ao trabalho com algumas normas gerais irrenunciáveis e outras que admitem as adaptações precitadas.”⁷²

Depreende-se, portanto, que para a corrente intermediária a flexibilização pode ser conveniente para alguns fins, sem perda do sentido protecionista do direito do trabalho, já que seria implementada por meio da autonomia coletiva privada. Outro aspecto importante defendido pela corrente semiflexibilista é a manutenção da legislação mínima de proteção ao trabalho sendo que apenas algumas normas

70 O autor refere que a flexibilização traduz-se em um pretense discurso apolítico, mas que no fundo tem como base a subordinação da regulação estatal à valorização do livre mercado como marco regulatório social. Daí a sua vinculação à desregulamentação. DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade**. São Paulo: LTr. 2002. p. 141.

71 CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O princípio da Proteção e a Flexibilização das Normas de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 69-70.

72 SÜSSEKIND, Arnaldo. **A globalização da economia e o direito do trabalho**. Revista Ltr, v. 61, 1997. p. 42.

seriam passíveis de adaptação. Fica evidente a preocupação em evitar a perda do ponto de equilíbrio das relações jurídicas do trabalho.

2 AUTONOMIA COLETIVA PRIVADA NO DIREITO DO TRABALHO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O pluralismo jurídico, entendido por Amauri Mascaro Nascimento como a teoria da origem estatal e não-estatal do direito positivo, sustenta a diversificação de processos de formação do direito.⁷³ Assim, não é o monismo, mas sim o pluralismo jurídico que explica o direito do trabalho, na medida em que existem normas criadas pelo Estado e também por outros grupos sociais. O mesmo autor, baseado em Gurvitch, afirma que o Direito social

“é uma das teorias que demonstram a natureza plural do direito do trabalho, ressaltando a autonomia dos grupos profissionais e econômicos nas relações entre si e os ajustes de natureza normativa que celebram, mais precisamente, as convenções coletivas e os acordos coletivos trabalhistas, reconhecidos mas não produzidos pelo Estado.”⁷⁴

Consoante leciona Ronaldo Lima dos Santos a autonomia coletiva privada originou-se da concentração operária nas cidades, à época da Revolução Industrial, e do estreitamento dos laços entre os trabalhadores, em virtude das condições precárias e similares de vida e de trabalho, tendo como fundamento essencial a consciência coletiva dos trabalhadores.⁷⁵ Entretanto, complementa que somente a partir da Segunda Guerra Mundial, com a ascensão dos regimes democráticos é que se criou ambiente propício para o seu desenvolvimento⁷⁶.

Para Ronaldo Lima dos Santos, a insuficiência e a falta de efetividade da legislação intervencionista estatal para a proteção da parte hipossuficiente originou a noção da autonomia privada coletiva como instrumento de igualização de relações jurídicas.⁷⁷ Para Carmen Camino, a consciência de classe fez emergir o fenômeno

73NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva. p. 1298.

74NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva. p. 1298.

75SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2009. p.135.

76SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2009. p.135.

77 SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2009. p.124.

da autonomia coletiva privada, “no espaço intermediário do Estado e do indivíduo, com força normativa de caráter objetivo, uma lei profissional”.⁷⁸

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 incorporou estímulos que passaram a valorizar a autonomia coletiva privada no Direito do Trabalho e adotou a tendência de permitir, por meio da negociação coletiva, a modificação das garantias heterônomas dos trabalhadores. Isso pode ser observado, por exemplo, no artigo 7º, VI (quebra da garantia de irredutibilidade salarial), art. 7º, XIV (modificação do limite de seis horas para o labor em turnos ininterruptos de revezamento) e art. 7º, XIII (compensação de jornada).⁷⁹ Por outro lado, a Constituição de 1988, em que pese tenha privilegiado a autonomia coletiva privada, manteve traços de intervencionismo ao adotar o sistema de sindicato único impondo agrupamento profissional ou econômico, impedindo a plena associação, o que afetou negativamente o desenvolvimento da negociação coletiva.⁸⁰

Oscar Ermida Uriarte explica que

“Essa passagem da tutela estatal para o garantismo coletivo supõe, em primeiro lugar, que a legislação trabalhista ou parte dela deixa de ser absolutamente imperativa e indisponível, para passar a ser ‘disponível’

78 CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho (Do chão da fábrica ao serviço público)**. Porto Alegre: UFRGS, 2010. p. 43. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

79 BRASIL, Constituição Federal, 1988. “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 normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.” Os incisos transcritos apresentam espaços para o exercício da autonomia coletiva privada. A Constituição Federal, como visto, relativiza a irredutibilidade salarial e os limites de duração do trabalho ao ressaltar a possibilidade de negociação coletiva flexibilizadora. Outro exemplo de abertura para a autonomia coletiva privada é encontrado no art. 462 da Consolidação das Leis do Trabalho, quando afasta a atuação do princípio da intangibilidade salarial em relação a descontos permitidos em negociação coletiva: “Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo”.

80 SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2009. p. 151. O autor explica que conquanto manifesto e nítido o caráter democrático da Constituição de 1988, ela mesclou alguns elementos de autonomia e liberdade sindicais com outros de heteronomia e intervencionismo, de modo a impossibilitar a adoção de um modelo sindical segundo os princípios da Convenção nº 87 da OIT. Nesse sentido o art. 8º da Constituição Federal de 1988: “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: II - 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.”

por convenção coletiva: a autonomia coletiva poderia formular uma disposição diferente da legal”.⁸¹

No mecanismo habitual do Direito do Trabalho, em muitos casos a norma negociada se sobrepõe à legislada em razão do princípio da norma mais favorável⁸². A novidade é que, “em termos de flexibilidade ou de disponibilidade coletiva da lei, a previsão autônoma poderia deslocar a heterônoma, mesmo quando não fosse mais favorável”.⁸³

Assim, importa questionar até que ponto pode chegar a negociação coletiva, ou, em outras palavras, se há limites para a restrição de direitos, ainda que se considere a autonomia coletiva privada no direito do trabalho.

2.2 DEFINIÇÃO DE AUTONOMIA COLETIVA PRIVADA

Para Ronaldo Lima dos Santos, a autonomia coletiva privada trata “do poder jurídico conferido a determinados grupos sociais de criar normas jurídicas para a tutela de interesses de uma coletividade, comunidade ou classe de pessoas globalmente consideradas.”⁸⁴ No direito do trabalho, segundo o mesmo autor, pode-se definir a autonomia coletiva privada como “o poder de autorregulamentação das relações de trabalho, ou de matérias correlatas, pelos grupos profissionais e econômicos, por meio de suas organizações representativas”.⁸⁵

Carmen Camino sustenta que a autonomia coletiva envolve um poder normativo, que pode ser definido como o poder de autorregulação. Explica que:

“A autonomia coletiva é um fenômeno de descentralização normativa no sentido genérico de centros normativos menores e periféricos em relação à fonte normativa estatal, embora, verdadeiramente, se trate de autonomia, uma capacidade normativa que é ínsita ao próprio fato da

81 URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 34.

82 Consoante leciona Amauri Mascaro Nascimento, a prevalência da norma favorável ao trabalhador, é princípio de hierarquia para dar solução ao problema da aplicação do direito do trabalho no caso concreto quando duas ou mais normas dispuserem sobre o mesmo tipo de direito, caso em que prioritária será a que favorecer o trabalhador. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva. p. 496.

83 URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 34.

84 SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2009, p. 124/125.

85 SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2009, p. 133.

organização associativa, onde a tutela do interesse grupal, impessoal e coletivo não se confunde com a tutela dos interesses individuais de cada um de seus integrantes.”⁸⁶

Essa capacidade normativa, segundo Carmen Camino, não se confunde com uma mera liberdade de contratar, e sim, a possibilidade de exercício de um poder de estipular normas jurídicas, as quais, embora de caráter privado, podem ser invocadas como verdadeiras fontes formais de direito.⁸⁷

Ronaldo Lima dos Santos, bem como Amauri Mascaro Nascimento apontam duas dimensões em relação ao conteúdo da autonomia coletiva privada: uma restrita e uma ampla.⁸⁸ Os adeptos da concepção restrita, explica Ronaldo Lima dos Santos, centralizam o conteúdo da autonomia privada coletiva na concepção estrita da atividade normativa dos particulares. “Assim, a autonomia privada coletiva envolveria o poder normativo dos particulares, seu procedimento (negociação coletiva) e o seu resultado (normas coletivas de trabalho).”⁸⁹ Já a concepção ampla da autonomia coletiva privada “a considera um princípio que fundamenta tanto a negociação coletiva como a liberdade sindical e a autotutela dos trabalhadores”.⁹⁰

A dimensão coletiva do contrato é destacada por Ronaldo Lima dos Santos quando sustenta que

“Pelo prisma da autonomia privada coletiva, o contrato adquire uma dimensão coletiva para reforçar a posição da parte social e economicamente mais vulnerável e individualmente hipossuficiente, que, nos dizeres de *Vicenzo Roppo* ‘recupera força contratual sobre a base coletiva’, isto é, por meio da organização da coletividade”.⁹¹

86 CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho (Do chão da fábrica ao serviço público)**. Porto Alegre: UFRGS, 2010. p. 52. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

87 CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho (Do chão da fábrica ao serviço público)**. Porto Alegre: UFRGS, 2010. p. 54. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. À luz de um direito social estatal, Carmen Camino sustenta que os sujeitos coletivos, aptos ao exercício da autonomia coletiva, são os grupos sociais investidos de capacidade normativa, os sindicatos. A empresa, ente naturalmente coletivo, também pode assumir esse status de sujeito apto à negociação coletiva, quando o faz diretamente com o sindicato representativo de seus empregados, através dos acordos coletivos de trabalho.

88 SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2009. p. 149.

89 SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2009. p. 149.

90 SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2009. p. 149.

91 SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2009. p. 125.

A autonomia coletiva privada insere-se num contexto em que se verifica a disparidade entre categorias socioeconômicas contrapostas. Afirma Ronaldo Lima dos Santos que sua concepção “baseia-se na percepção social da existência de uma lacuna entre a norma geral e a particular, entre a abstração das normas gerais estatais e a excessiva concretude e singularidade das situações particulares”, havendo, então, preenchimento pela esfera contratual coletiva.⁹²

Amauri Mascaro Nascimento afirma que com a teoria da autonomia coletiva dos particulares, a qual caracteriza como “negação dos fundamentos corporativistas do direito do trabalho”, põem-se problemas dos mais importantes, como as relações entre o domínio do Estado, expressando-se no interesse público, e dos grupos econômicos e profissionais. Sustenta o mesmo autor a ideia de que a atuação do Estado não deve aniquilar as liberdades econômica e sindical, devendo ser delineadas as “fronteiras entre a soberania do Estado, a autonomia coletiva dos particulares e a liberdade individual, portanto, entre o Estado, os sindicatos e os indivíduos.”⁹³

Das definições acima apresentadas, pode-se caracterizar a autonomia coletiva privada como um poder social constitucionalmente validado, em que, a partir de uma autorregulamentação, forma-se um ordenamento não Estatal, mas reconhecido pelo Estado.

A principal forma de manifestação da autonomia coletiva privada é através da negociação coletiva.⁹⁴ Desde o início da década de 1990, vem a negociação coletiva tomando vulto e importância no Direito do Trabalho, tornando-se uma das maiores fontes de produção coletiva. Nesse sentido, pontua Amauri Mascaro Nascimento:

“O significado da autonomia coletiva dos particulares tem, atualmente, no Direito do Trabalho, uma especial dimensão, no qual é uma das mais importantes fontes de produção, e o seu estudo é dos mais enriquecedores da reconstrução democrática das relações de trabalho nos países que sofreram, no passado, forte influência do corporativismo intervencionista do Estado. Fundamenta a liberdade sindical e a negociação coletiva.”⁹⁵

92 SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2009. p. 124/125.

93 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Sindical**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 397.

94 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.1433.

95 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Sindical**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 124.

Importa ressaltar que embora tenha-se buscado uma definição razoável para o fenômeno da autonomia privada coletiva, não há como determinar o exato sentido da proposição, já que qualquer definição jurídica é acompanhada pelo relativismo no tempo e no espaço.

2.3 NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Consoante já referido no item anterior, a autonomia coletiva privada das categorias profissionais se exterioriza por intermédio da negociação coletiva, a qual, conforme expõem Cíntia Machado de Oliveira e Leandro do Amaral D. de Dorneles é um “meio pacífico e legítimo de composição de conflito voltado à promoção da melhoria da condição social dos trabalhadores.”⁹⁶ A negociação coletiva, segundo os autores, se fundamenta na autonomia coletiva privada que parte do pluralismo social e, assim, legitima e estimula setores organizados da sociedade a participarem do grande cenário público instituinte de direitos.⁹⁷

Maurício Godinho Delgado aponta que este instituto é um dos mais importantes métodos de solução de conflitos existentes na sociedade contemporânea, sendo estes classificados em três grandes grupos: autotutela, heterocomposição e autocomposição. A negociação coletiva, explica o autor, enquadra-se no grupo dos instrumentos de autocomposição, o qual tem maior afinidade com a liberdade associativa, uma vez que busca o consenso através do diálogo social sem intervenção de terceiros.⁹⁸

Para Carlos Henrique da Silva Zangrado, a “negociação coletiva é o processo destinado ao entendimento entre os grupos em conflito, em busca do consenso na formação de normas e condições de trabalho, que serão aplicadas aos grupos envolvidos.”⁹⁹

96 OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de Dorneles. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 400.

97 OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de Dorneles. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 400.

98 OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de Dorneles. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 441.

99 ZANGRADO, Carlos Henrique da Silva. **Curso de direito do trabalho: tomo III**. São Paulo: Ltr, 2008. p. 1528.

Mais especificamente, Cíntia Machado de Oliveira e Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles, apontam com muita clareza que a negociação coletiva trata-se

“do conjunto de procedimentos, propostas e contrapropostas estabelecidos de boa-fé entre dois ou mais sujeitos de direito coletivo do trabalho representantes de polos contrapostos (patronal/laboral), devidamente habilitados para tal, por ocasião das chamadas datas-base, ou em outro momento conforme o caso e a necessidade, visando estabelecer obrigações entre si e/ou condições de trabalho de caráter abstrato e *erga omnes*, extensíveis às respectivas categorias representadas.”¹⁰⁰

Amauri Mascaró Nascimento sustenta a ideia de que as negociações coletivas são uma técnica por meio da qual os trabalhadores e empregadores tentam resolver os conflitos coletivos de trabalho. Isso ocorre segundo um procedimento via de regra informal e direto, em nível de empresa ou de categorias econômico-profissionais, que, “formulando reivindicações, tentam obter o consentimento dos empregadores, parcial ou total, para as suas pretensões de melhoria das condições que disciplinarão os contratos individuais de trabalho daqueles que são representados nas tratativas.”¹⁰¹

Usualmente apontam-se à negociação coletiva as seguintes funções:

“a) função normativa, ao estabelecer normas de caráter mais ou menos geral e abstrato (os instrumentos normativos dela resultantes vinculam a categoria como um todo); b) função obrigacional, uma vez que pode estabelecer direitos e deveres restritos aos negociantes (sindicatos ou sindicato e empresa); c) função compositiva, uma vez que a negociação visa estimular a composição de conflitos de interesses que marcam a relação capital-trabalho, sem (ou com mínima) intervenção do Estado ou de terceiros; d) função política, uma vez que estimula a democratização das relações de trabalho, concedendo aos próprios participantes envolvidos na relação de trabalho o poder de autodeterminação e autorregulamentação; e) função econômica, pois as condições de uma negociação coletiva devem ser periodicamente revistas (*rebus sic standibus*), visando a sua adaptação aos novos contextos econômicos.”¹⁰²

100 OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de Dorneles. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 400.

101 NASCIMENTO, Amauri Mascaró. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 394.

102 OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de Dorneles. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 441/442.

Por fim, importa ainda apresentar a definição constante na Convenção 154 da Organização Internacional do Trabalho, a qual caracteriza a negociação coletiva

“como todas as negociações que se colocam entre, de um lado, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores e, de outro lado, uma organização ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de (a) fixar as condições de trabalho e emprego, (b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores, (c) regular as organizações de trabalhadores (art. 2º).”¹⁰³

Verifica-se que há defesa das negociações coletivas pela OIT, sendo que esta se propõe a demonstrar, conforme aponta Amauri Mascaro Nascimento, que as negociações “atendem a exigências relacionadas com a flexibilidade de que devem ser revestidas as técnicas jurídicas destinadas a acompanhar as transformações que ocorrem nas relações de trabalho e que são marcadas por extrema velocidade.”¹⁰⁴

Mais que isso, o autor afirma que as negociações, para a OIT, permitem um nivelamento que o empregado, perante o empregador, não teria, caso reivindicasse individualmente o seu novo contrato de trabalho, hipótese na qual estaria em nítida inferioridade e praticamente sem condições de negociar, decorrência natural da sua situação de subordinação e dependência diante do empregador para o qual trabalha.¹⁰⁵ Assim, a negociação coletiva é considerada fórmula autocompositiva essencialmente democrática, gerindo interesses profissionais e econômicos de significativa relevância social.¹⁰⁶

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 8º, VI,¹⁰⁷ dispõe que é obrigatória a participação dos sindicatos na negociação coletiva, tendo este, consoante o disposto no art. 513 da CLT ¹⁰⁸ a prerrogativa de representar os interesses gerais da

103 OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de Dorneles. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 441.

104 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 395.

105 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 396.

106 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013. p.1406.

107 BRASIL, Constituição Federal, 1988. “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas e trabalho.”

respectiva categoria e os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida.

2.3.1 Diplomas negociais coletivos: convenção e acordo coletivo de trabalho

No Brasil, a convenção coletiva de trabalho e o acordo coletivo de trabalho são os instrumentos fins da negociação coletiva¹⁰⁹, sendo necessário tecer breves comentários a respeito, apenas para diferenciá-los.

A CLT define convenção coletiva de trabalho no artigo 611, caput:

“Trata-se de acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”.

Maurício Godinho Delgado afirma que a referida convenção resulta de negociações coletivas entabuladas por entidades sindicais, quer a dos empregados, quer a dos respectivos empregadores, envolvendo o âmbito da categoria, seja a profissional, seja a econômica.¹¹⁰

Já o acordo coletivo de trabalho é definido pela CLT no artigo 611, §1º, dispondo que é facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar acordos coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.

Cíntia Machado de Oliveira e Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles diferenciam os diplomas negociais coletivos:

“a convenção coletiva prevê um ajuste entre um sindicato de empregados e um sindicato de empregadores, podendo haver vários sindicatos em ambas as partes, estabelecendo normas genéricas que irão vigorar pelo prazo estipulado entre as partes, devendo ser no

108 BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. “Art. 513. São prerrogativas dos sindicatos: a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida (...)”.

109 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013. p. 1406.

110 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013. p. 1412.

máximo de dois anos como prevê o art.614, §3º da CLT, sendo de aplicação obrigatória a todos os contratos individuais de trabalho dos empregados e empregadores abrangidos pelos sindicatos convenientes, não podendo estes escusarem-se ao seu cumprimento. Já o acordo coletivo, apesar de estabelecer normas da mesma natureza que as convenções, em mesma imposição de limitação de vigência e de aplicação, possui aplicação mais restrita, pois é celebrado entre sindicato de empregados e uma ou mais empresas, não abrangendo toda a categoria econômica.”¹¹¹

Quanto aos legitimados a celebrar negociação coletiva trabalhista no Brasil, Maurício Godinho Delgado leciona que, sob o ponto de vista dos empregados, são os sindicatos de categorias profissionais. Sob o ponto de vista dos empregadores, a legitimação pode ser própria, direta, ao menos no caso de acordo coletivo de trabalho. É o que dispõe a Constituição Federal vigente (art. 8º, VI)¹¹².

Ao serem criadas por meio de uma negociação coletiva, as referidas normas integram os contratos individuais de trabalho. Entretanto, consoante dispõe a Súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho, tal integração se verifica somente enquanto outra norma coletiva não for elaborada. Em razão disso, podem até mesmo ultrapassar o prazo máximo de duração de uma norma coletiva, delimitado em dois anos. ¹¹³

Restando clara a diferença existente entre os instrumentos negociais, passe-se ao estudo da negociação coletiva na doutrina.

2.4 NEGOCIAÇÃO COLETIVA: POSSIBILIDADES E LIMITES

Consoante já referido, tanto o Acordo Coletivo de Trabalho como a Convenção Coletiva de Trabalho, ambos decorrentes da negociação coletiva, são os principais instrumentos de flexibilização das leis trabalhistas existentes em nosso ordenamento jurídico. Ao reconhecer tais instrumentos, torna-se importante o debate a respeito da extensão do exercício da autonomia coletiva privada e suas potencialidades jurídicas e restrições.

111 OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de Dorneles. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 441.

112 BRASIL, Constituição Federal, 1988. “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas e trabalho.”

113 MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.1113.

Para Maurício Godinho Delgado, esse debate nos remete ao que chama de princípio da adequação setorial negociada, que trata sobre “os critérios de harmonização entre as regras jurídicas oriundas da negociação coletiva e as regras jurídicas provenientes da legislação heterônoma estatal.”¹¹⁴

2.4.1 O princípio da proteção e a autonomia coletiva privada

Como regra, não pode o empregado, antes da admissão, no curso do contrato ou após seu término, renunciar ou transacionar seus direitos trabalhistas, seja de forma expressa ou tácita, em razão da natureza das normas trabalhistas, que são de ordem pública, cogentes, imperativas, logo, irrenunciáveis e intransacionáveis pelo empregado.¹¹⁵ Nesse sentido, o art. 9º da CLT¹¹⁶ declara como nulo todo ato que vise desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos direitos trabalhistas previstos na lei. Da mesma forma, o art. 468 da CLT,¹¹⁷ que considerou nula toda alteração contratual que cause prejuízo ao trabalhador. Reforçando o entendimento, o art. 444 da CLT¹¹⁸ autoriza a criação de outros direitos pela vontade das partes, desde que não contrariem aqueles previstos na lei e nas normas coletivas.

Entretanto, a matéria não é tão simples quanto parece. Ronaldo Lima dos Santos afirma que “Essa questão será tanto mais complexa quanto maior for o grau de democracia e a dimensão da pluralidade de uma sociedade”.¹¹⁹

Dos dispositivos acima mencionados, observa-se a intenção do legislador em proteger o trabalhador individualmente considerado, tendo em vista a relação de

114 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013. p. 1435.

115 CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008. p. 220. A renúncia e uma declaração unilateral de vontade que atinge direito certo e atual, cujo efeito é a extinção deste direito. Já a transação é bilateral e recai sobre direito duvidoso, e o seu efeito é a extinção da obrigação. Pressupõe concessões recíprocas. Em ambos os casos o objeto da renúncia ou da transação deve ser direito patrimonial disponível.

116 BRASIL. Constituição, 1988. Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

117 BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

118 BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

119 SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2009. p. 266.

hipossuficiência que este possui em relação ao Capital. Em tal hipótese, cabe ao Estado criar mecanismos de proteção aos vulneráveis, sob pena de compactuar com a exploração do mais forte sobre o mais fraco. Luciano Martinez, citando Luiz de Pinho Pedreira, afirma que

“o motivo dessa proteção é a inferioridade do contratante amparado em face do outro, cuja superioridade lhe permite, ou a um organismo que o represente, impor unilateralmente as cláusulas do contrato, que o primeiro não tem a possibilidade de discutir, cabendo-lhe aceitá-las ou recusá-las em bloco”.¹²⁰

Há relações jurídicas, entretanto, em que os sujeitos estão em postura de igualdade substancial e, conseqüentemente, em posição de equivalência contratual, razão pela qual a atuação estatal esperada é exatamente a de não privilegiar um contratante em detrimento de outro. Isso se observa quando se trata dos trabalhadores coletivamente considerados, já que no plano coletivo o Direito do Trabalho parte do pressuposto de igualdade entre as partes.

Nesse sentido, sustenta Luciano Martinez que no campo laboral, a relação jurídica destinatária do princípio da proteção é unicamente a relação individual de trabalho, não se estendendo à relação coletiva de trabalho, haja vista que a presença obrigatória da entidade sindical representativa dos trabalhadores nos negócios jurídicos coletivos do trabalho equilibra a balança perante a força econômica patronal.¹²¹

No entendimento de Orlando Gomes e Elson Gottschalk há diferença no tratamento do Direito do Trabalho aos titulares dos seus direitos quando considerados individual ou coletivamente:

120 MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.115.

121 MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.115/116. BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

“Enquanto as normas jurídicas elaboradas pelo Estado para regular o Direito Individual do Trabalho são aplicativas, criando para o indivíduo direitos subjetivos, as normas criadas para disciplinar o Direito Coletivo do Trabalho são normas instrumentais, porque fornecem aos grupos profissionais o instrumento técnico adequado à autocomposição de seus próprios interesses. São os grupos que, usando esses instrumentos, criam direitos subjetivos.”¹²²

Para Ronaldo Lima dos Santos, a autonomia coletiva privada não surgiu como antítese do princípio protetor, ao contrário, sustenta que ela objetiva uma maior efetivação desse princípio, “ante as mudanças fáticas que apontam para a necessidade de incrementar outros instrumentos de tutela dos interesses dos trabalhadores, diante da insuficiência, historicamente demonstrada, do ordenamento jurídico estatal para essa missão.”¹²³ O autor complementa afirmando que, em que pese, à primeira vista, haver uma certa contrariedade entre os princípios, não há que se falar em contradição já que “a Carta Magna ao acolher os dois valores, objetivou a integração entre eles e não a exclusão de um em prejuízo do outro”,¹²⁴ o que acaba por firmar a legitimidade da convenção coletiva no ordenamento jurídico, tendo, inclusive, patamar constitucional. Ronaldo Lima dos Santos sustenta ainda que deve haver ponderação entre os princípios (da autonomia coletiva privada e da proteção) a fim de que prevaleça norma negociada ou legal de acordo com o interesse em questão.¹²⁵ Assim, depreende-se que a hipossuficiência do trabalhador não é desconsiderada, mas vista de acordo com a atual conjectura social, onde os instrumentos de negociação coletiva ganham destaque.

2.4.2 Limites à negociação coletiva

Carmen Camino explica que há substancial diferença entre as fontes formais provindas da ordem estatal e aquelas nascidas na ordem privada coletiva, sendo que “A luz das primeiras há direitos adquiridos. Por força das segundas, há direitos

122 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 535-536.

123 SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2009. p. 137.

124 SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2009. p. 137.

125 SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2009. p. 137.

precários, suscetíveis de reversão caso assim venha dispor nova ordem normativa”.¹²⁶

Pelo princípio da adequação setorial negociada, Maurício Godinho Delgado sustenta que as normas coletivas autônomas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justralhista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados:

“São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).”¹²⁷

Carmen Camino apresenta algumas correntes que tentam explicar a interação entre as normas coletivas autônomas e as normas estatais heterônomas. Destaca a predominância da corrente eclética que apregoa a precariedade dos direitos obtidos na esfera coletiva, em contraponto à posição conservadora, que somente admite *reformatio in pejus* do estatuto normativo-coletivo para novos contratos individuais de trabalho. Aduz que ambas as correntes têm em comum a prevalência da ordem estatal, salvo as exceções expressamente admitidas na Constituição Federal. Numa terceira linha doutrinária, afirma que situa-se a corrente liberal, à luz da qual prevalece o negociado sobre o legislado. A autora adota a corrente eclética, “com prestígio à autodeterminação coletiva, o que significa admitir uma esfera flexível do contrato de trabalho, regida pela cláusula *rebus sic stantibus*, na qual é possível tanto avançar na conquista de novas ou melhores condições de salário e de trabalho, como revertê-las ou substituí-las por outras, segundo a conveniência das

126 CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho (Do chão da fábrica ao serviço público)**. Porto Alegre: UFRGS, 2010. p. 43. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p 70.

127 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013. p. 1435. O autor explica que são direitos de indisponibilidade absoluta todos aqueles previstos na Constituição, princípios e valores constitucionais, leis, decretos, normas de medicina e segurança do trabalho etc. De disponibilidade relativa são os direitos de caráter privado, isto é, não previstos constitucionalmente, em lei etc., como os estipulados em normas coletivas, regulamento de empresa, contrato de trabalho etc.

categorias envolvidas na negociação.”¹²⁸ Entretanto, limita essa flexibilidade sustentando que só é possível modificar *in pejus* direitos nascidos da autonomia coletiva porque é somente nessa esfera que se situaria a liberdade de negociação.

Carmen Camino apresenta uma precisa análise acerca do seu entendimento quanto aos limites à flexibilização da aplicação dos direitos laborais:

“Podemos, assim, visualizar três espaços de autonomia bem definidos: a) um núcleo duro, âmbito da autonomia estatal, da qual promanam normas de ordem pública, cogentes e irrenunciáveis, as leis; b) uma esfera intermediária, espaço da autonomia coletiva, da qual emanam normas negociadas e disponíveis para a categoria profissional, mas prevalentes no contrato individuais e irrenunciáveis para os sujeitos desse contrato, as convenções e os acordos coletivos; c) uma esfera de autonomia individual, da qual nascem direitos subjetivos e deveres jurídicos que regerão o contrato individual de trabalho, desde que não conflitantes com a ordem estatal e a ordem coletiva”.¹²⁹

Quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável, Maurício Godinho Delgado explica que há uma elevação do patamar setorial de direitos trabalhistas, em comparação com o padrão geral imperativo existente. Nesse caso, não afrontam sequer o princípio da indisponibilidade de direitos que é inerente ao Direito Individual do Trabalho.¹³⁰

De outro lado, quando as normas autônomas juscoletivas transacionam parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa – e não de indisponibilidade absoluta, o autor afirma que ocorre afronta ao princípio da indisponibilidade de direitos, mas de modo a atingir somente parcelas de indisponibilidade relativa.¹³¹

O autor apresenta uma visão restritiva à flexibilização, entendendo que existem direitos de indisponibilidade absoluta e direitos de indisponibilidade relativa.

128 CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho (Do chão da fábrica ao serviço público)**. Porto Alegre: UFRGS, 2010. p. 43. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 70.

129 CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 34.

130 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013. p. 1435. Consoante afirma Maurício Godinho Delgado, o Direito Individual do Trabalho tem na indisponibilidade de direitos trabalhistas por parte do empregado um de seus princípios mais destacados.

Em suma, apenas estes poderiam ser flexibilizados, enquanto aqueles não, pois acredita que fazem parte de um patamar mínimo civilizatório. Esclarece que a adequação setorial negociada, citada anteriormente, não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia, e não de transação:

“É que o processo negocial coletivo falece poderes de renúncia sobre direitos de terceiros (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso). Cabe-lhe, essencialmente, promover transação (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas. Também não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III e 170, caput, CF/88). Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação de CTPS, o pagamento do salário mínimo, as normas de medicina e segurança do trabalho.”¹³²

Entende-se da visão exposta, portanto, que flexibilizar não pode implicar pura e simplesmente renúncia a direitos. Deve-se exigir que as concessões sejam recíprocas, jamais apenas renúncias da classe obreira, sendo necessário um mínimo a ser fixado na lei e sobre o qual não poderá avançar o ajuste coletivo.

Carlos Henrique da Silva Zangrado, na mesma linha teórica, não vê inconstitucionalidade ou ilegalidade na prevalência da norma coletiva sobre a lei ordinária, desde que respeitados alguns limites, dentre os quais destaca que a norma coletiva não pode suprimir direito ou garantia prevista na Constituição

131 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013. p. 1435/1436. “Estas assim se qualificam quer pela natureza própria à parcela mesma, (ilustrativamente, modalidade de pagamento salarial, tipo de jornada pactuada, fornecimento ou não de utilidades e suas repercussões no contrato, etc.) quer pela existência de expresso permissivo jurídico heterônomo a seu respeito (por exemplo, montante salarial: art. 7º, VI, CF/88; ou montante da jornada: art. 7º, XIII e XIV, CF/88).”

132 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013. p.1436. “No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral (respeitadas as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigorantes no plano interno brasileiro; as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a base salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.).”

Federal; a norma coletiva não pode violar, retirar ou modificar norma de segurança e medicina do trabalho; deverá haver respeito à dignidade humana, à vontade individual e aos princípios gerais do direito, e especialmente os princípios do Direito do Trabalho.¹³³

Consoante leciona o autor, “a moderna jurisprudência vem dando prevalência às condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo, até mesmo sobre o disposto em lei”, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de Segurança e Medicina do Trabalho.¹³⁴

Observa-se que a própria OIT estimula o uso da negociação coletiva ao estabelecer, na Convenção n. 98, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Dec. n. 33.196/53, que

“Art. 4º Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.”¹³⁵

No que se refere aos limites constitucionais da negociação, a Constituição Federal consagra hipóteses de flexibilização de direitos trabalhistas mediante acordos ou convenções coletivas de trabalho, sendo que, mesmo nas hipóteses em que há a admissibilidade da flexibilização, devem ser observados os princípios básicos norteadores da Lei Maior, ainda que no uso da autonomia privada coletiva.

Por fim, entende-se que qualquer que seja a posição adotada relativamente à flexibilização, salta à vista a relevância da autonomia coletiva privada na busca pela adequação das normas cogentes à realidade atual do Direito do Trabalho.

2.4.3 Entraves à ampla autonomia coletiva privada

133 ZANGRADO, Carlos Henrique da Silva. **Curso de direito do trabalho: tomo III**. São Paulo: Ltr, 2008. p. 1567.

134 ZANGRADO, Carlos Henrique da Silva. **Curso de direito do trabalho: tomo III**. São Paulo: Ltr, 2008. p. 1546.

135 ZANGRADO, Carlos Henrique da Silva. **Curso de direito do trabalho: tomo III**. São Paulo: Ltr, 2008. p. 1567.

A autodeterminação das vontades coletivas, como visto, confere prevalência à vontade dos trabalhadores coletivamente considerados na busca da concretização da melhoria da condição social. Para isso, devem ser “obedecidos pressupostos básicos como, por exemplo, um movimento sindical forte, organizado, livre e representativo.”¹³⁶

No mesmo sentido leciona Ronaldo Lima dos Santos quanto ao modelo de ampla autonomia privada, sustentando que é necessária a observância dos seguintes princípios fundamentais:

a) liberdade de fundar sindicatos; b) liberdade de constituição de órgãos não associativos (...); c) liberdade de elaboração dos estudos sindicais, salvo a presença de uma legislação de princípios gerais para fomentar a democracia sindical e impedir estatutos antidemocráticos ou a perpetuação de grupos no poder ou atos contrários à liberdade sindical; d) exercício da concertação social; e) direito de participação na elaboração do regulamento interno das empresas; f) liberdade de negociação coletiva, da qual surgem os convênios coletivos, quanto ao procedimento, ao conteúdo, aos níveis em que é praticada.¹³⁷

Resta claro que a problemática da negociação coletiva não está dissociada da liberdade sindical e essa inexiste onde se consagra a unicidade e a contribuição sindical obrigatória¹³⁸, como ocorre no Brasil. No modelo vigente os sindicatos possuem pouca capacidade de negociar e manter os direitos da classe trabalhadora empregada, sendo importante, consoante afirma Carlos Roberto Cunha, a reestruturação sindical a fim de promover a capacidade de organização e representatividade.¹³⁹ Essa reestruturação, entretanto, exige prudência e transição, já que “uma eventual mudança abrupta do modelo vigente, da unicidade para o pluralismo sindical, poderá culminar em fragmentação e fragilidade ainda mais intensa dos sindicatos e menor poder de barganha em sede de negociação coletiva.”¹⁴⁰

136 DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade**. São Paulo: Ltr. 2002. p. 68.

137 SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2009. p. 151.

138 SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. **Revista TST**, Brasília, vol. 69, nº 2, jul/dez 2003 p. 137.

Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67753-89183-1-pb.pdf>. Acesso em: 15 de novembro de 2015.

139 CUNHA, Carlos Roberto. **A flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal**. p. 329.

140 CUNHA, Carlos Roberto. **A flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal**. p. 328.

A fim de que o exercício da autonomia coletiva privada seja pleno, portanto, faz-se importa promover uma modificação no sistema sindical vigente, tornando o sindicato mais presente no processo de negociação. Do contrário, corre-se o risco de que os sindicatos acabem cedendo às pressões dos empregadores, abrindo mão de garantias já conquistadas.

3 LIMITES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O cabimento da flexibilização dos direitos trabalhistas mediante negociação coletiva é incontestável no ordenamento jurídico brasileiro. A própria Constituição Federal de 1988 adotou a tendência de permitir, por meio da negociação coletiva, a modificação das garantias dos trabalhadores e passou a valorizar a autonomia coletiva privada como expressamente prevê o artigo 7º, XXVI da CF, que trata como direito dos trabalhadores urbanos e rurais o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. Entretanto, há diversas correntes quanto ao assunto, das quais surgem divergências no que se refere aos limites do exercício da autonomia coletiva privada.

Diante da indefinição legislativa quanto a esses limites, Cláudia Zaneti Saegusa preceitua que a definição do âmbito da negociação coletiva *in pejus* “vai depender de uma batalha no terreno da interpretação, consoante demonstra, no cenário atual, a sucessão de julgados dos tribunais trabalhistas a respeito do tema, sempre oscilando de acordo com a ponderação de casos concretos”.¹⁴¹

Essas mudanças jurisprudenciais decorrem do fato de que o Direito do Trabalho não é estático, já que está exposto às pressões sociais que envolvem diversos fatores, como a ordem econômica, política e social. Torna-se interessante, assim, analisar o tratamento dado pelo Poder Judiciário no momento da interpretação e da aplicação das leis trabalhistas a fim de identificar a prática da chamada flexibilização autônoma.¹⁴²

Quanto ao assunto, Maurício Godinho Delgado afirma que são amplas as possibilidades de validade e eficácia jurídicas das normas autônomas coletivas em face das normas heterônomas imperativas, à luz do princípio da adequação setorial negociada. Ressalta, entretanto, que essas possibilidades não são plenas e

141 SAEGUSA, Cláudia Zaneti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2008. p. 82.

142 “A flexibilização autônoma é introduzida pela autonomia coletiva privada. Intervém nela a vontade coletiva da flexibilização, seja por meio de convenção coletiva, de pacto social ou acordo-padrão”. URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: LTR: 2002. p 11.

irrefreáveis.¹⁴³ Para o autor, a jurisprudência tem decantado, cada vez mais, o critério da adequação setorial negociada:

“tratando-se de vantagem jurídica situada acima do patamar heterônomo estatal, tornam-se válidos os contornos da regra coletiva instituidora da parcela. Tratando-se, porém, de direito regulado por norma heterônoma estatal imperativa, não cabe à negociação coletiva restringi-lo – exceto se a própria regra estatal assim o permitir.”¹⁴⁴

A fim de compreender o entendimento atual do Tribunal Superior do Trabalho quanto à possibilidade de flexibilização de direitos trabalhistas por meio da negociação coletiva, bem como os seus limites, importa fazer uma breve análise da evolução jurisprudencial da mencionada Corte. Para isso, propõe-se dividir o presente capítulo em três períodos: 1) década de 1990; 2) década de 2000; e 3) período contemporâneo, iniciado em 2010. Dentro de cada período será analisada a evolução jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho quanto à possibilidade de flexibilização em relação aos seguintes institutos: a) sistema de compensação de jornada anual (Banco de Horas); b) limitação das horas *in itinere*; e c) intervalo intrajornada.

3.1 PERÍODO INICIADO EM 1990

Conforme leciona Maurício Godinho Delgado, após o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma busca por um modelo desregulado e flexibilizado de mercado de trabalho no Brasil. Durante o governo de 1995-2002 iria-se “produzir incomparável *blitzkrieg* em favor da desregulamentação trabalhista.”¹⁴⁵ O intento mais agressivo desta época, do ponto de vista da desregulamentação legal trabalhista, consistiu no Projeto de Lei 5.483, de 2001, que permitia o afastamento

143 DELGADO, Maurício Godinho **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013. p. 1436. O autor leciona, conforme já exposto no capítulo anterior, que a adequação setorial negociada refere-se ao processo de conciliação entre as regras jurídicas autônomas e as heterônomas. Isto é, entre os critérios de validade e eficácia das negociais em relação às estatais. O princípio dessa medida informa que as normas coletivas podem prevalecer sobre as normas estatais, desde que: a) as normas transacionadas estabelecem um padrão setorial normativo superior ao padrão geral estatal; b) as normas autônomas transacionem setorialmente apenas normas de indisponibilidade apenas relativa.

144 DELGADO, Maurício Godinho **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013. p. 1437.

145 DELGADO, Maurício Godinho. **Doutrinas essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**. Revista de Direito do Trabalho. v. 1. p. 163-198, set. 2012.

do império da lei em face da negociação coletiva. Com a eleição presidencial de 2002, o Projeto de Lei Complementar 134/01 (número que recebeu o Projeto de Lei 5.481/01 no Senado Federal) foi retirado de pauta pelo novo governo, sobrando, então, ao Judiciário Trabalhista a análise da aplicabilidade ou não da flexibilização mediante negociação coletiva e de seus limites.

Maurício Godinho Delgado, ao ponderar a respeito da flexibilização interpretativa realizada pela jurisprudência trabalhista nos anos seguintes à Constituição Federal de 1988, sustenta que, em que pese ter a jurisprudência corrigido inegáveis excessos protecionistas do Direito do Trabalho construído nas décadas precedentes,

“essa flexibilização interpretativa foi muito além de certos naturais ajustes e adequações da ordem jurídica à mudança social: é que ela contribuiu para construir, nos anos de 1990, verdadeira nova cultura em torno do Direito Individual e Coletivo do Trabalho, reduzindo, em muito, a efetividade de suas regras e princípios jurídicos.”¹⁴⁶

Com efeito, merecem registro alguns julgados do Tribunal Superior do Trabalho em que fica evidente a valorização conferida à autonomia coletiva privada nesse período:

“Horas extras. Turnos ininterruptos e divisor salarial. Valorização da negociação coletiva. É imprescindível valorizar a negociação coletiva firmada na boa-fé, como forma de incentivo à autocomposição dos conflitos pelos próprios interessados. Renegar sua eficácia, sob pretextos outros, que não o de eventual incapacidade da parte, ilicitude de seu objeto ou de inobservância de sua forma prescrita ou não defesa em lei, é afrontar a inteligência que emana do art. 7.º, XXVI, da CF/1988, que veio prestigiar o acordo e/ou convenção coletiva como instrumento apto a dirimir dúvidas e conflitos sobre condições de trabalho e de salário pelos próprios interessados, através de suas legítimas representações sindicais. Recurso de embargos não provido. TST - ERR 309.158/96.0 - DJ. 20/3/2000 - julgado por Milton de Moura França.

LIVRE NEGOCIAÇÃO – EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA - FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS. O produto de uma negociação exitosa é a forma mais justa, democrática e eficiente de compor os interesses opostos de empregadores e trabalhadores. A legislação, por mais que se prolifere e se especialize, jamais poderá prever todas as situações potencialmente geradoras de conflito, nos

146 DELGADO, Maurício Godinho. **Doutrinas essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**. Revista de Direito do Trabalho. v. 1. p. 163-198, set. 2012.

diversos setores da economia, nem tampouco acompanhar o ritmo com que estas se revestem de novas e sutis nuances, as quais apenas as partes envolvidas em sua experimentação prática quotidiana sabem perceber e traduzir. Na elaboração desse regramento próprio, destinado a satisfazer, momentaneamente, suas necessidades, bem como a manter em equilíbrio os custos da atividade que desenvolvem, é normal que as categorias econômica e profissional desprezem alguns institutos legais, ou os adaptem, segundo suas conveniências, ainda que transitórias. Para tanto, a Constituição Federal instituiu o princípio da flexibilização de direitos - que corresponde à possibilidade de derogar, voluntariamente, normas de direito positivo, mas não se aplica às normas adjetivas de ordem pública. Recurso do Ministério Público conhecido e provido em parte. (RODC - 486125-49.1998.5.08.5555 , Relator Ministro: Armando de Brito, Data de Julgamento: 03/05/1999, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DJ 04/06/1999)

Outro aspecto que fica evidente nos precedentes jurisprudenciais dos anos de 1990 é a preocupação com as transformações decorrentes do processo de globalização, ressaltando-se julgados que davam ênfase a preceitos de ordem econômica para justificar as práticas flexibilizatórias. É o que se observa no trecho a seguir, retirado da fundamentação do acórdão prolatado pelo Ministro Milton de Moura França:

Realmente, atentos às transformações que a globalização da economia está produzindo na vida do capital e do trabalho, compete às respectivas organizações sindicais encontrar soluções para seus problemas, de forma a compatibilizar a coexistência de dois interesses básicos, ou seja, do lado dos empregados, a preservação de seus empregos; do lado da empresa, a imprescindível competitividade de seus bens, produtos e serviços, com preços atraentes e compatíveis com a nova realidade mundial, para que ambos possam sobreviver. TST - ERR 309.158/96.0 - DJ. 20/3/2000 - julgado por Milton de Moura França - Área do Direito: Trabalho.”

Nesse aspecto, pode-se dizer que os principais fatores que geraram o movimento flexibilizador têm evidente natureza econômica, sendo possível sintetizar em dois os argumentos utilizados para justificar a flexibilização dos direitos trabalhistas, os quais, inclusive, são observados no julgado transcrito acima: a) combater o desemprego e b) promover a redução de custos a fim de garantir a competitividade da empresa. No tocante à competitividade, sustenta-se que o sucesso econômico da empresa geraria benefícios aos trabalhadores, sendo o principal deles a manutenção de empregos.

Ocorre que, de forma geral, como bem aponta José Eduardo Alcântara, “na carona do discurso sobre o desemprego, a autorização flexibilizatória é concedida de modo generalizado, a todas as empresas, independentemente de alguma condição mais específica”.¹⁴⁷

a) Banco de Horas

Um caso emblemático envolvendo a flexibilização das condições trabalhistas, diz respeito à ideia de jornada flexível inaugurada pela Ford do Brasil em outubro de 1995, evitando, com isso, 1.300 demissões.¹⁴⁸ A empresa implantou, por acordo coletivo direto com seus trabalhadores, o sistema de Banco de Horas, sendo que os seus empregados passaram a acumular créditos de horas não trabalhadas para serem usadas quando necessário e sem o pagamento de remuneração extra. Outras empresas do setor, inclusive a General Motors e a Volkswagem, inauguraram sistemas de jornada flexível parecidos com o da Ford.

O caso apresentado diz respeito à flexibilização da jornada de trabalho, a qual está balizada em dois pontos. De um lado, há limitação constitucional da jornada diária (8 horas)¹⁴⁹; de outro lado, existe a possibilidade de labor excedente a esse limite, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho, com pagamento de remuneração adicional¹⁵⁰. A hipótese de flexibilização da jornada de trabalho, concernente ao caso acima exposto, diz respeito ao sistema de compensação de horas, no qual admite-se não apenas o excedimento do limite de oito horas diárias de trabalho como também o não pagamento de adicional de horas extras.

147 NETO, José Afonso Dallagrove. **Direito do Trabalho Contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: Ltr: 2003. p. 103.

148 SAEGUSA, Cláudia Zaneti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2008. p. 83.

149 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Art. 7º, XIII, da CF - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho .

150 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Art. 59 da CLT- A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho. Art. 7º, XVI, da CF - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal.

Apesar de já ser objeto de negociação coletiva, apenas em 1998 o mecanismo do Banco de Horas passou a ter regulamentação legal, a partir da Lei nº 9.601/98, que alterou o §2º do artigo 59 da CLT quanto ao prazo de compensação das horas extras, até então permitida apenas quando realizada dentro da mesma semana:

“§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de cento e vinte dias, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.”

A instituição do Banco de Horas se deu sob a justificativa da recessão econômica pela qual passou o Brasil na década de 90, época marcada pela demissão de diversos trabalhadores. Surgiu, assim, como espécie de flexibilização a fim de autorizar a concessão de folga aos empregados em momento de crise das empresas e diminuir o número de demissões. O sistema adotado se mostrou eficaz no caso analisado, alcançando o objetivo proposto diante da crise econômica que assolava o país. Porém, o que se viu depois de alguns anos, com as diversas alterações legislativas, foi outro exemplo, revelando-se o banco de horas mais como um instrumento de gestão empresarial do que como um instrumento realmente necessário para a manutenção da empresa e dos empregos em momentos de crise, sendo inclusive utilizado largamente independentemente de uma condição de crise econômica da empresa.

Quanto à forma de instituição do Banco de Horas, anteriormente à Constituição de 1988 permitia-se a implementação de compensação de jornada por meio de acordo individual, no caso dos homens. Em relação às mulheres exigia-se negociação coletiva. Nesse sentido a Súmula 108 do TST, não mais vigente desde 1998: “A compensação de horário semanal deve ser ajustada por acordo escrito, não necessariamente em acordo coletivo ou convenção coletiva, exceto quanto ao trabalho da mulher.”

Com o advento da Constituição de 1988, deu-se início ao debate quanto ao regime jurídico do acordo necessário para a implementação do Banco de Horas. O artigo 7º, XIII, da Constituição Federal dispõe que a duração do trabalho normal não será 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”. Alguns autores afirmam ser dúbia a expressão “mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho” sustentando que a interpretação sistemática levava o intérprete a entender que se tratava de acordo individual. De outro lado, parte da doutrina sustentava que o acordo de que trata o inciso XIII do art. 7º da Lei Maior é o coletivo e não o individual, sob o argumento de que toda e qualquer flexibilização autorizada pela Constituição Federal, far-se-ia, sempre, sob a tutela coletiva sindical, e assim também a flexibilização compensatória da jornada¹⁵¹.

O entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho quanto ao tema era no sentido de ser válido o sistema de compensação de jornada instituído por meio de acordo individual, restando inclusive convalidado na Orientação Jurisprudencial nº 182 da SDI-1 do TST em 08/11/2000: é válido acordo individual para compensação de horas, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário”.

Nesse sentido, importa destacar o julgado do Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, que em que pese tenha sido publicado 2000, merece análise no período ora em estudo, já que foi pautado no entendimento majoritário do TST vigente na década 1990:

HORAS EXTRAS – COMPENSAÇÃO DE JORNADA – ACORDO INDIVIDUAL – VALIDADE – Não é difícil concluir, por mera interpretação gramatical da norma do artigo 7º, inciso XIII, da Constituição, que a expressão “acordo” foi utilizada em contraposição à convenção, para sinalizar tratar-se de acordo individual. Até porque é sabido que a convenção e o acordo coletivo se equivalem como instrumentos normativos destinados à melhoria das condições de trabalho. Supondo que o acordo de que trata a norma fosse o coletivo, então o Constituinte teria pecado por redundância, na medida em que alusão à convenção traz implícita alusão ao seu congêneres. Para evitar o constrangimento de se atribuir ao Constituinte a pecha de redundante, mesmo porque a lei não contém palavras inúteis, é forçoso associar o tal acordo ao acordo individual, resgatando dessa maneira a sapiência que o intérprete deve tributar ao legislador. Some-se a isso o detalhe de a redação da norma constitucional ser idêntica à do § 2º do art. 59 da CLT, sobretudo no que se refere à polivalente expressão “acordo ou convenção coletiva”. Constitui indício seguro de o Constituinte ter pretendido se orientar segundo a interpretação doutral de que o acordo da CLT se consubstanciava em mero acordo individual, como sempre se entendera, aliás, nos pretórios trabalhistas e fora convalidado na recente orientação jurisprudencial nº 182 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. TST – RR 466091 – 4ª T. - Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen – DJU 15.12.2000.

Verifica-se que a expressão “acordo” contida no inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal era entendida como acordo individual, sendo possível, portanto, a implementação do mecanismo de compensação de jornada por meio de simples acordo entre empregado e empregador, ou seja, não exigia-se a negociação coletiva.

b) Limitação das horas *in itinere*

As horas de itinerário computáveis na jornada, também conhecidas como horas *in itinere*, dizem respeito ao tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte regular público, bem como o tempo despendido para o seu retorno. Ou seja, sempre que o empregador fornecer a condução para local de difícil acesso ou para lugar não servido por transporte público regular, as horas em itinerário (intituladas pela jurisprudência de horas *in itinere*) serão consideradas como de serviço efetivo ficto, salvo quando a própria lei impuser o fornecimento do transporte.¹⁵²

Esse instituto foi originalmente reconhecido como construção jurisprudencial e referido nas Súmulas nº 90 e nº 320 do TST:

Súmula nº 90 - HORAS "IN ITINERE". TEMPO DE SERVIÇO
I - O 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 é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula nº 90 - RA 80/1978, DJ 10.11.1978)

II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "in itinere". (ex-OJ nº 50 da SBDI-1-inserida em 01.02.1995)

III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "in itinere". (ex-Súmula nº 324 – Res. 16/1993, DJ 21.12.1993)

IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula nº 325 – Res. 17/1993, DJ 21.12.1993)

152 MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 423.

Súmula nº 320 - HORAS "IN ITINERE". OBRIGATORIEDADE DE SEU CÔMPUTO NA JORNADA DE TRABALHO. O fato de o empregador cobrar, parcialmente ou não, importância pelo transporte fornecido, para local de difícil acesso ou não servido por transporte regular, não afasta o direito à percepção do pagamento das horas "in itinere". (Redação original - Res. 12/1993, DJ 29.11, 01 e 03.12.1993)

c) Intervalo intrajornada

O tema envolvendo a flexibilização do intervalo para refeição e descanso mediante negociação coletiva suscita intenso debate doutrinário e jurisprudencial desde muito tempo.

São entendidos como intrajornada os intervalos concedidos dentro de cada jornada laboral para repouso e/ou alimentação ou por conta das exigências impostas por normas de segurança e de medicina do trabalho.¹⁵³ A matéria atinente ao intervalo intrajornada era (à época analisada) e é regulada pelo artigo 71 da CLT, que assim dispõe:

Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

§ 1º - Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas.

§ 2º - Os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho.

§ 3º O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.

§ 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (Incluído pela Lei nº 8.923, de 27.7.1994)

Conforme se infere do parágrafo terceiro do artigo 71 acima transcrito, existia hipótese legal de redução do intervalo para refeição e descanso condicionada a ato administrativo exclusivo do Ministro do Trabalho, desde que respeitados os demais requisitos previstos no referido artigo.

Não sendo hipótese de aplicação do artigo 71, §3º da CLT, a jurisprudência do TST manifestava-se no sentido de não admitir a redução do intervalo intrajornada, mesmo que considerada a autonomia coletiva privada dos trabalhadores, sob o fundamento de que o mínimo do intervalo deve ser de uma hora, conforme previsto em lei, por tratar-se de norma protetiva da saúde do trabalhador. Importa registrar parte do fundamento do voto nº AIRR-505.564/98.3 da Relatoria da Juíza Convocada Maria do Socorro C. Miranda, julgado em setembro de 1999, no qual a relatora deixa claro que é inadmissível a flexibilização por negociação coletiva para diminuir o intervalo intrajornada, porquanto trata-se de limite mínimo de proteção ao trabalhador:

“Trata-se de jornada contratual superior a seis horas com intervalo incontestado de 15 minutos. Verifico que, desde quando o *caput* do art. 71 consolidado diz de forma clara, que o mínimo do intervalo deve ser de uma hora, não me parece tenha aquela norma, possibilitado, por via negocial, reduzir tal intervalo, repito, mínimo. A possibilidade de flexibilização por via convencional se verifica, de forma expressa naquele dispositivo legal, apenas quanto ao elástico do intervalo para além de duas horas. Outra possibilidade de redução do limite mínimo de uma hora de intervalo, é a prevista no § 3º do art. 71 da CLT, que não é o caso dos autos. Se considerarmos os princípios de direito do trabalho, no sentido de que as normas de fonte estatal (no caso a lei) estabelecem os limites mínimos de proteção do trabalhador deixando à autonomia privada coletiva a liberdade para a melhoria desses limites mínimos e, dispendo sempre de forma expressa, quando podem as partes negociar redução de tais limites mínimos, pode-se chegar à conclusão de que as partes, mesmo pela via negocial coletiva, não podem reduzir os limites mínimos de intervalo, salvo quando a lei assim o autorizar.”

Vólia Bomfim Cassar leciona no mesmo sentido do precedente acima. Afirma a autora que os intervalos previstos em lei constituem medida de proteção ao trabalhador, que tentam diminuir os impactos dos excessos sobre o organismo.¹⁵⁴

Nesta esteira de raciocínio, o TST entendia que tais regras, por serem imperativas, não poderiam ser modificadas pela simples vontade das partes, salvo quando houvesse autorização expressa em lei, como é o caso do parágrafo 3º do artigo 71 da CLT já mencionado.

3. 2 PERÍODO INICIADO EM 2000

Na década inicial do século XXI, verifica-se que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho por vezes aprovava as práticas de flexibilização de direitos trabalhistas, e por vezes não, conforme o caso concreto. Cláudia Zaneti Saegusa pondera no mesmo sentido, sustentando que a interpretação das normas autônomas e heterônomas, bem como a hierarquia com as demais fontes do Direito do Trabalho não são aplicadas de maneira uniforme pelos juristas, variando o entendimento de acordo com a análise dos casos concretos¹⁵⁵.

a) Banco de Horas

Quanto ao instituto de compensação de jornada, um ponto importante a ser observado no início do período em análise é o advento da Medida Provisória nº. 2.164-41/2001, que alterou a redação do artigo 59, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, modificando o prazo de compensação das horas extras para até um ano:

Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

Consoante visto anteriormente, a redação do §2º do artigo 59 da CLT previa prazo máximo para compensação de jornada de 120 dias. Ocorre que com a referida alteração promovida pela Medida Provisória nº. 2.164-41 em 2001, as discussões

¹⁵⁵ SAEGUSA, Cláudia Zaneti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2008. p. 83.

quanto à forma de instituição do Banco de Horas, bem como quanto às diferentes posições da palavra “acordo” no texto constitucional se intensificaram. Isso porque grande parte da doutrina afirmava que com a majoração do prazo de compensação de horas para até um ano, a extenuação obreira por longos e contínuos períodos de trabalho extraordinário no transcorrer de vários meses comprometeria as condições de saúde e segurança do trabalhador no ambiente empregatício. Nessa medida, o parâmetro anual iria se chocar frontalmente com princípios e regras da Constituição de 1988.¹⁵⁶

Assim, a doutrina passou a considerar o regime de compensação anual (Banco de Horas) como um novo tipo de sistema compensatório de jornada, prejudicial à saúde e segurança do trabalhador, diferentemente do sistema de compensação semanal que era considerado até mesmo benéfico.

O regime compensatório clássico (semanal/mensal), por apresentar um benefício ao obreiro, poderia ser instituído por acordo individual escrito. Isso porque, inexistindo prejuízo ao empregado, dispensava-se a atuação dos sindicatos e dos instrumentos inerentes à negociação coletiva. Entretanto, o sistema de compensação anual, por apresentar riscos à saúde e segurança do trabalhador deveria ser pactuado com a chancela protetiva da negociação coletiva.

Todavia, o entendimento sedimentado na Súmula 85, II do TST, não fez distinção entre as figuras do regime compensatório clássico (semanal/mensal) e o novo banco de horas anual: “O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ nº 182 da SDI-1, inserida em 08.11.2000).” Assim, tal linha jurisprudencial sugeria a validade do simples acordo individual para qualquer dos sistemas de compensação de horários.

De outro lado, é possível verificar corrente jurisprudencial no sentido contrário, de modo a diferenciar o regime compensatório clássico do regime compensatório anual (Banco de Horas). Nesse diapasão, admitia-se a pactuação de banco de horas somente se fixado por negociação coletiva:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPENSAÇÃO DE JORNADA. BANCO DE HORAS (REGIME COMPENSATÓRIO ANUAL)

TÍTULO JURÍDICO AUTORIZADOR. Nos termos da Súmula 85, I/TST, a compensação de jornada de trabalho dentro do mês deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. Tratando-se, porém, do chamado "banco de horas" (regime compensatório anual) este, sim, desfavorável e penoso, só pode ser fixado por negociação coletiva. Contudo, *in casu*, em que pese a existência de acordos coletivos permitindo a sua implantação, o Regional deixou assentado que não restou caracterizada a efetivação do banco de horas, razão pela qual não há como ser reexaminado o conjunto probatório, haja vista o óbice da Súmula 126/TST. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 199340-13.2004.5.23.0003, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 11/06/2008, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 13/06/2008)

RECURSO DE REVISTA. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO - COMPENSAÇÃO DE JORNADA - BANCO DE HORAS. O sistema de banco de horas não se compatibiliza com o regime de jornada semanal máximo previsto na Constituição Federal. Recurso de revista de que não se conhece. (RR - 1815300-17.2001.5.09.0009, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 24/09/2008, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/10/2008)

BANCO DE HORAS. PACTUAÇÃO MEDIANTE ACORDO INDIVIDUAL. INVALIDADE. SÚMULA Nº 85 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 1. A adoção do sistema de compensação de jornada mediante banco de horas só é válida se prevista em norma coletiva. 2. De outro lado, inaplicável a orientação consagrada na Súmula nº 85 desta Corte superior nos conflitos relacionados a compensação de jornada por meio de banco de horas, porquanto tal sistema extrapola o parâmetro semanal de que trata o referido verbete. 3. Recurso de revista de que não se conhece. (RR-1324/2005-002-04-00.9, Relator Ministro Lélío Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 30/04/2008, 1ª Turma, Data de Publicação: 16/05/2008).

Dos precedentes acima, observa-se que além de ser feita diferenciação entre os regimes de compensação de jornada, considerando o sistema de banco de horas prejudicial ao trabalhador, aos poucos foi sendo implementada a ideia de que a Súmula 85 do TST seria aplicável somente ao regime de compensação semanal, porquanto o sistema de banco de horas extrapola o parâmetro de que trata o referido verbete. Assim, a dispensa de negociação coletiva em sede de compensação de jornada passou a encontrar seu espaço somente no regime clássico de compensação semanal, já que este não causaria prejuízos à saúde e segurança do trabalhador. Fica evidente a inclinação do Tribunal Superior do Trabalho em direção a uma visão mais restritiva quanto à flexibilização, ao passo que a exigência de negociação coletiva dificulta a implementação do sistema de banco de horas a fim de proteger o trabalhador de jornadas excessivas e degradantes.

b) Limitação das horas *in itinere*

Quanto às horas *in itinere*, após construção jurisprudencial maturada, inclusive sumulada nos enunciados nº 90 e nº 320 do TST, o legislador incorporou em diploma normativo as horas em itinerário. Com o advento da Lei nº 10.243 de 2001, foi inserido o §2º ao art. 58 da CLT para reconhecer legalmente como extra o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, desde que tal local seja de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, e desde que o empregador forneça a condução necessária.¹⁵⁷

Já em 2006, a Lei Complementar nº 123/06, inseriu novo parágrafo ao art. 58 da CLT, estabelecendo a seguinte ressalva: “Art. 58, § 3º - Poderão ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo ou convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração”. Entende-se que essa medida flexibilizatória veio de encontro à necessária maleabilidade da norma para que pequenas empresas possam sobreviver num mercado de grande competitividade.

Em que pese uma primeira corrente defender que não seria possível tal previsão, visto que consistiria em afronta ao disposto no art. 444 da CLT¹⁵⁸, por violação de direito garantido por norma de ordem pública, o entendimento majoritário do TST no período ora analisado (2000/2009) é no sentido de valorizar o que foi pactuado entre as partes por meio das convenções e acordos coletivos e permitir a limitação do número de horas *in itinere*.

Neste sentido decidiu o TST:

157 BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Artigo 58, §2º: § 2º-O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001).

158 BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Artigo 444: Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

HORAS *IN ITINERE*. VALIDADE DO ACORDO COLETIVO DE TRABALHO QUE LIMITA O NÚMERO DE HORAS DE PERCURSO A SEREM PAGAS. Na hipótese de fixação do número de horas *in itinere*, deve ser prestigiado o que foi pactuado entre as partes por meio das convenções e dos acordos coletivos de trabalho, em observância ao disposto no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República, porquanto a negociação, fundada na autonomia coletiva, permite a obtenção de benefícios para os empregados, com concessões mútuas. Recurso de Embargos de que não se conhece'(E-RR-471958/1998, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 16/9/2005).

DURAÇÃO DO TRABALHO. HORAS DE PERCURSO - *IN ITINERE*. FIXAÇÃO EM NORMA COLETIVA. Nos termos do inciso XXVI do artigo 7º da Constituição da República, está garantido o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. No caso concreto, apura-se a existência de norma coletiva que fixa o pagamento de 1(uma) hora diária como remuneração do tempo despendido no deslocamento entre a residência e o local de trabalho. Nesse diapasão, o acórdão regional viola o referido dispositivo constitucional se não observa a previsão contida na norma coletiva e defere horas de percurso - *in itinere*, em desconformidade ao ajustado entre as partes abrangidas no referido acordo coletivo. Precedentes SBDI-1. Conhecido e provido. (RR - 117300-62.2006.5.09.0562, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 16/12/2009, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/02/2010)

Quanto a possibilidade de limitação das horas de percurso, observa-se que o TST primava por prestigiar o acordado entre as partes por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho, com fundamento no sentido de que a autonomia coletiva privada poderia trazer benefícios aos empregados.

Apesar de reconhecer o pactuado nas convenções e acordos coletivos quanto à possibilidade de limitação das horas *in itinere*, o Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento no sentido de que é inviável a supressão desse direito, ainda que avençada em instrumento coletivo, consoante se observa nos julgados a seguir:

RECURSO DE REVISTA. HORAS IN ITINERE. SUPRESSÃO. NORMA COLETIVA. INVALIDADE. A autonomia da vontade coletiva, consagrada no art. 7º, XXVI, da Lei Maior, há de se exercer no âmbito que lhe é próprio, com observância, portanto, no expressivo dizer de Carmen Camino, do chamado núcleo duro do Direito do Trabalho, formado por normas de fonte estatal, imperativas e de ordem pública, informadas pelos princípios da proteção e da irrenunciabilidade, com ressalva das hipóteses de abertura, pela própria lei, à autonomia coletiva - a que Oscar Ermida Uriarte chama de válvulas de escape -, e que dizem, no direito posto, com salário e jornada de trabalho (Art. 7º, VI, XIII e XIV, da Constituição Federal). Com o advento da Lei 10.243/2001, que acrescentou o § 2º ao artigo 58 da CLT, as horas *in itinere* - conceito até então oriundo de construção da jurisprudência-, passaram a direito legalmente assegurado aos trabalhadores. Nessa linha,

e à luz da jurisprudência desta Corte, inviável a supressão das horas *in itinere*, ainda que avençada em instrumento coletivo de trabalho, como ocorreu, em parte do período, na espécie. Precedentes da SDI-I/TST. Recurso de revista não conhecido. (RR - 14400-64.2007.5.09.0659 , Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, Data de Julgamento: 02/12/2009, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/12/2010)

RECURSO DE REVISTA. HORAS IN ITINERE E REFLEXOS. O reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, conforme previsto no art. 7º, XXVI, da Carta Magna, não autoriza que, por meio desses instrumentos, seja promovida a simples supressão de direitos e garantias legalmente assegurados. No caso em exame, a norma coletiva, objeto da discussão, subtraiu direito assegurado ao empregado em norma cogente, qual seja, o art. 58, § 2º, da CLT. O caso dos autos não encontra amparo no ordenamento jurídico, que não contempla a supressão de direitos trabalhistas protegidos por norma legal de caráter cogente mediante acordo ou convenção coletiva. Recurso de revista conhecido e provido. parcialmente provido. (RR - 82400-74.2007.5.03.0048 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 16/12/2009, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/02/2010)

RECURSO DE REVISTA. HORAS IN ITINERE - ACORDO COLETIVO - RENÚNCIA. Importa considerar que os instrumentos coletivos de trabalho, embora sejam legitimamente firmados pelas representações sindicais profissional e econômica, gozando de plena eficácia, sendo reconhecidos, por força do que dispõe o artigo 7º, XXVI da CF/88, não podem eliminar direitos e garantias assegurados por lei. É que, no processo de formação dos referidos instrumentos, deve evidenciar-se a existência de concessões recíprocas pelos seus signatários. Por esta razão, inconcebível que se estabeleça, via acordo coletivo, mera renúncia do reclamante ao pagamento da rubrica, garantida por lei, concernente aos trajetos residência-local de trabalho e local de trabalho-residência, beneficiando apenas o empregador, razão por que incólume. Dessa forma, a negociação coletiva não pode prevalecer em razão da existência da Lei nº 10.243/2001, a qual passou a regular de forma cogente a jornada *in itinere*. Recurso de revista não conhecido. (RR - 4600-61.2004.5.12.0003, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 16/12/2009, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/02/2010)

Assim, em que pese a valorização da negociação coletiva nos casos de limitação das horas *in itinere*, o TST firmou entendimento no sentido de que a autonomia coletiva privada deve ser exercida com observância a certos limites fundados nas normas de caráter cogente, como é o caso do direito às horas de percurso. Como visto, com o advento da Lei 10.243/2001, que acrescentou o § 2º ao artigo 58 da CLT, as horas *in itinere* passaram ao patamar de direito legalmente assegurado aos trabalhadores. Sendo assim, o TST passou julgar inviável a

supressão do direito às horas itinerantes, ainda que avençada em instrumento coletivo de trabalho.

c) Intervalo intrajornada

No período ora analisado, com início em 2000, o TST manteve o entendimento no sentido de não considerar válida cláusula de acordo ou convenção coletiva que contemple supressão ou diminuição do intervalo intrajornada, em respeito ao princípio da proteção e da dignidade humana, prevalecendo as medidas de higiene, saúde e segurança do trabalho por se tratar de normas de ordem pública. Nesse sentido restou consubstanciada no ano de 2004 a Orientação Jurisprudencial nº 342, da SDI-1 do TST:

"É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva (Redação original - DJ 22.06.2004)".

Uma análise envolvendo os precedentes jurisprudenciais que sobrevieram à edição dessa orientação jurisprudencial revelará que permaneceu inalterado o disposto no artigo 71, §3º da Consolidação das Leis do Trabalho, isto é, a possibilidade legal de redução do intervalo mediante autorização ministerial, consoante fica evidente no trecho do julgado a seguir:

O §3º do artigo 71 da CLT permite a redução do intervalo mínimo previsto no 'caput' do artigo, mediante autorização do Ministério do Trabalho, que não existiu 'in casu'. Por outro lado, o artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal permite a compensação de horários e a redução da jornada, mediante negociação coletiva, mas não a redução do intervalo intrajornada. Outrossim, o inciso XXVI do mesmo artigo 7º, ao reconhecer a validade dos acordos e convenções coletivas de trabalho, não autoriza o descumprimento das demais normas legais. Assim, tais instrumentos, que se destinam a melhorar as condições de trabalho, não podem contrariar a lei, podendo apenas dispor sobre condições não previstas em lei ou sobre condições mais favoráveis do que as já previstas, não havendo falar em ofensa aos artigos 615 da CLT e 486 do CPC. Inválida, pois, a redução do intervalo intrajornada, estabelecida no instrumento de fls. 208/210, eis que não preenchidos os pressupostos legais previstos no §3º do artigo 71

da CLT. (TST, Relator: Horácio Raymundo de Senn Pires, Data do julgamento: 29/03/2006, 6ª Turma) grifei

Os precedentes jurisprudenciais no período analisado dão conta de que a negociação coletiva deve observar princípios, como o da adequação setorial negociada, que impede a flexibilização de normas de indisponibilidade absoluta, a exemplo do intervalo intrajornada. Mesmo que a intenção do legislador constituinte tenha sido garantir a prevalência das convenções e acordos coletivos, a jurisprudência do TST firmou-se no sentido de que não é possível reconhecer como válida a norma coletiva que se contrapõem à legislação atinente à segurança e saúde no trabalho. Sendo assim, o entendimento no período analisado era de que as normas coletivas não têm o condão de validar a supressão ou a diminuição de direitos trabalhistas indisponíveis. Nesse sentido, observa-se que o TST faz uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, ou seja, interpreta conjuntamente o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, que trata como direito do trabalhador o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, com o conteúdo do art. 71, §3º da Consolidação das Leis do Trabalho, no sentido de que o limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido, apenas, por ato do Ministro do Trabalho. É o que se observa nos precedentes a seguir colacionados em conjunto com o fundamento do voto transcrito acima:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO POR NORMA COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE. OJSBDI1 DE Nº 342/TST. A decisão regional que não reconhece validade ao acordo coletivo entabulado com o fim de reduzir o intervalo intrajornada encontra-se em consonância com a OJSBDI1 de nº 342 do TST. Anote-se ainda a inexistência de afronta literal ao artigo 7º, XXVI, da CF, pois a criatividade jurídica da negociação coletiva não é ilimitada, devendo observar certos princípios, dentre eles o da adequação setorial negociada, que impede flexibilização de normas legais de indisponibilidade absoluta. Estas asseguram às relações de emprego o chamado patamar civilizatório mínimo, a inibir afronta à dignidade humana do trabalhador. Aí estão inclusas as normas de segurança e saúde no ambiente de trabalho, as de combate à discriminação e até a previsão de salário mínimo. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 86841-70.2003.5.04.0029 , Relator Juiz Convocado: Ricardo Alencar Machado, Data de Julgamento: 23/08/2006, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 15/09/2006)

FLEXIBILIZAÇÃO. INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INVIABILIDADE. 1. Conquanto no Direito do Trabalho seja admitida certa margem de flexibilização, fundada na autonomia coletiva privada, em que se permite a obtenção de benefícios pelos empregados com concessões mútuas, as normas que possibilitam a referida flexibilização - insculpidas nos incs. XII e XXVI do art. 7º da Constituição da República - não autorizam, como objeto de negociação, redução de direitos indisponíveis do empregado, concernentes à proteção da higidez física e mental. 2. A negociação por intermédio da qual se reduz o intervalo intrajornada atenta contra normas de segurança e saúde no trabalho que, por serem normas de ordem pública, não admitem flexibilização. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR - 497796-96.1998.5.07.5555, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 30/04/2003, 5ª Turma, Data de Publicação: DJ 16/05/2003)

RECURSO DE REVISTA. INTERVALO INTRAJORNADA. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/88), infenso à negociação coletiva- (OJ. da SBDI-1/TST nº 342). (TST, Relator: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 09/08/2006, 2ª Turma)

Quanto à Orientação Jurisprudencial nº 342 da SDI-1, que considera inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada, destaca-se que os Tribunais Regionais passaram, muitas vezes, a ressaltar a sua aplicação no tocante ao trabalho realizado pelos condutores e cobradores de veículos rodoviários empregados em empresas de transporte público coletivo urbano. Por esse motivo, em 2009 o TST resolveu inserir tal exceção no próprio enunciado da OJ nº 342, como item II:

“II – Ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais de trabalho a que são submetidos estritamente os condutores e cobradores de veículos rodoviários, empregados em empresas de transporte público coletivo urbano, é válida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a redução do intervalo intrajornada, desde que garantida a redução da jornada para, no mínimo, sete horas diárias ou quarenta e duas semanais, não prorrogada, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada.”

Destaca-se o julgado a seguir, da Relatoria do Ministro Emmanoel Pereira, julgado em dezembro de 2009, no qual concluiu-se pelo enquadramento na exceção prevista no item II da Orientação Jurisprudencial nº 342 da SBDI-1:

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. FRACIONAMENTO MEDIANTE NORMA COLETIVA. EMPREGADO EM EMPRESA DE TRANSPORTE URBANO. Em 21/09/2009, o Pleno desta Corte, ao julgar o E-ED-ED-RR-1226/2005-005-24-00.1, decidiu alterar a redação da Orientação Jurisprudencial nº 342 da SBDI-1, acrescentando-lhe o item II, segundo o qual é admitida a redução do intervalo mínimo intrajornada dos profissionais de transporte urbano, desde que prevista em norma coletiva e condicionada à redução da jornada de trabalho para, no mínimo, 7 horas diárias ou 42 semanais, bem como à concessão de intervalos para descanso menores e fracionários ao final de cada viagem. No caso dos autos, o contexto fático lançado pelo Regional permite concluir pelo enquadramento na exceção prevista no item II da Orientação Jurisprudencial nº 342 da SBDI-1, visto que, com base em norma coletiva, houve a redução da jornada de trabalho para 6 horas diárias e a concessão de intervalos de 3 a 5 minutos ao final das viagens. Recurso de revista não conhecido. (RR - 355200-60.2006.5.09.0024 , Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 09/12/2009, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/12/2009)

A ressalva criada pelo TST demonstra que há situações, e certamente outras além daquelas que dizem respeito aos condutores e cobradores de veículos rodoviários, que merecem o reconhecimento da autonomia coletiva sindical de caráter negocial para reduzir intervalo em detrimento de outras vantagens, por exemplo, menor tempo à disposição do empregador e elastecimento do tempo para proveito próprio e convívio familiar.¹⁵⁹

3.3 PERÍODO INICIADO EM 2010

Mais de duas décadas após o advento da Constituição de 1988, percebe-se uma mudança no entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de restringir as hipóteses de flexibilização das normas trabalhistas e aplicar o princípio da adequação setorial negociada.

159 MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 479.

a) Banco de Horas

Como visto, a compensação de jornada é concebida como medida flexibilizatória a embasar o excesso de jornada de um determinado dia de trabalho, em contraponto à diminuição proporcional de outro, tudo dentro de um intervalo de tempo e sem que se promova o pagamento de adicional de horas extras ao trabalhador.

Em um contexto de inúmeras controvérsias quanto ao título jurídico autorizador do banco de horas, conforme já salientado na análise dos períodos anteriores, o Tribunal Superior do Trabalho explicitou entendimento necessário para uniformizar a jurisprudência. Em 2011, portanto, foi incluído o item V à Súmula nº 85 que passou a dispor que as orientações contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade 'banco de horas', o qual somente pode ser instituído por negociação coletiva.¹⁶⁰

Desta forma, o entendimento do TST foi uniformizado no sentido de restringir as hipóteses de implementação do regime de Banco de Horas. Atualmente permite-se a instituição desse sistema de compensação somente quando previsto em norma coletiva:

RECURSO DE REVISTA. BANCO DE HORAS. SÚMULA 85 DO TST. INAPLICABILIDADE. Esta Corte pacificou entendimento no sentido de que a orientação contida em sua Súmula n.º 85, não se aplica aos casos envolvendo banco de horas. Inteligência da Súmula n.º 85, V, do TST. Recurso de revista não conhecido. (TST – RR: 37700-41.2006.5.04.0332, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 19/10/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/10/2011)

HORAS EXTRAS. INVALIDADE DO REGIME DE BANCO DE HORAS. AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. No caso, conforme se observa da fundamentação do acórdão regional, a condenação ao pagamento de horas extras a partir da 44ª hora semana decorre da invalidade do sistema de banco de horas adotado pelo supermercado reclamado, em razão da ausência de prévia negociação coletiva

160 COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item V) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 - V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade "banco de horas", que somente pode ser instituído por negociação coletiva.

dispondo sobre esta modalidade de compensação de jornada, nos termos da Súmula nº 85, item V, do TST. Verifica-se, portanto, que a controvérsia não foi dirimida à luz das regras de distribuição do ônus da prova, motivo pelo qual se torna inócua a alegação de ofensa ao artigo 818 da CLT. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 11267520125060001, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 29/04/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015)

Essa restrição à possibilidade de flexibilização da jornada de trabalho por meio da instituição do Banco de Horas se deve ao fato de que o regime de compensação anual é considerado prejudicial à saúde do trabalhador, e, portanto, somente poderá ser implementado sob a tutela protetiva da negociação coletiva.

Para Vólia Bomfim Cassar, a melhor forma de interpretar o comando previsto no art. 59, §2º da CLT, é sob a sistemática do princípio da unidade da Constituição e da interpretação conforme, para concluir que o banco de horas, como uma das formas de flexibilização dos direitos dos trabalhadores, só pode ser admitido quando em benefício do trabalhador ou quando não lhe causar prejuízo¹⁶¹.

Independente da existência ou não de crise econômica, o banco de horas vem sendo amplamente adotado pelos empregadores brasileiros, por ser mais uma alternativa legal à flexibilização dos direitos trabalhistas. Grande parcela da doutrina entende que a instituição do sistema de banco de horas beneficia, fundamentalmente, o empregador, pois é ele quem determina qual a jornada de trabalho a ser exercida por seus obreiros, baseando-se nas necessidades que revestem sua empresa. Assim, revela-se mais um motivo para avalizar o entendimento do TST no sentido de reconhecer o banco de horas somente quando instituído através de negociação coletiva.

b) Limitação das horas *in itinere*

Quanto às horas *in itinere*, o Tribunal Superior do Trabalho mantém atualmente o entendimento no sentido de permitir o estabelecimento de tempo fixo para fins de pagamento das horas de percurso, desde que por meio de negociação coletiva. Vigê também a posição de não reconhecer a transação que importe em

161 CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008. p. 153.

renúncia ou supressão ao direito ao pagamento dos valores relativos às horas *in itinere*, já que após a alteração do art. 58, § 2º, da CLT, pela Lei nº 10.243/2001, esse direito passou a ser assegurado por norma de ordem pública.

A título exemplificativo, destacam-se os seguintes precedentes:

RECURSO DE REVISTA - HORAS IN ITINERE - LIMITAÇÃO ESTIPULADA MEDIANTE ACORDO COLETIVO DE TRABALHO - A jurisprudência desta Eg. Corte, amparada no disposto no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição da República, firmou-se no sentido de admitir a limitação do pagamento de horas in itinere por convenção ou acordo coletivo de trabalho, desde que não implique sua supressão total. Recurso conhecido e provido. (RR - 340400-34.2009.5.08.0126 , Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 13/04/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/04/2011)

RECURSO DE REVISTA. 1. HORAS IN ITINERE. LIMITAÇÃO EM UMA HORA DIÁRIA. NORMA COLETIVA. VALIDADE. É válida cláusula coletiva que fixa a duração de horas in itinere, com pagamento de horas extraordinárias na forma estabelecida no respectivo acordo, em observância ao disposto no artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, porquanto a negociação, fundada na autonomia coletiva, permite obtenção de benefícios para os empregados, como concessões mútuas. As horas in itinere não se enquadram no rol dos direitos trabalhistas irrenunciáveis, a justificar a decretação da invalidade da cláusula coletiva que restringe o pagamento jornada itinerante. Precedentes da SBDI-1. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. RR - 280-50.2010.5.15.0107 Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 16/05/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: 25/05/2012

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. HORAS *IN ITINERE*. SUPRESSÃO POR NORMA COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o direito ao pagamento dos valores relativos às horas in itinere (depois da alteração do art. 58, § 2º, da CLT, pela Lei nº 10.243/2001) não pode ser suprimido mediante negociação coletiva, por se tratar de direito assegurado por norma de ordem pública. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (AIRR - 1630-46.2013.5.12.0012, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, Data de Julgamento: 25/11/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/11/2015)

Importa destacar que os julgamentos vêm implementando a ideia de que a limitação das horas *in itinere* deve ser proporcional e razoável em relação ao tempo efetivamente gasto no deslocamento do trabalhador. Do contrário, a avença

traduziria prejuízo ao empregado e, portanto, renúncia ao direito, tornando ineficaz a proteção outorgada pela norma de natureza cogente.

RECURSO DE REVISTA. HORAS *IN ITINERE*. PREFIXAÇÃO POR NORMA COLETIVA. I. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de considerar válida norma coletiva que fixa previamente a quantidade de horas *in itinere* a serem pagas ao empregado, em observância ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho consagrado no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, desde que guarde proporcionalidade em relação ao tempo efetivamente gasto pelo empregado no deslocamento de ida e volta ao local de trabalho. Precedentes da SDBI-1. II. Conforme critério consolidado no âmbito desta Quarta Turma do TST, há razoabilidade na prefixação de um tempo médio de percurso de pelo menos metade (50%) do tempo real. Precedente. III. Sob estes enfoques e considerado o registro no acórdão regional de que o tempo médio real despendido pelo Reclamante no trajeto de ida e volta ao trabalho era de "noventa a cem minutos", deve ser considerada válida a norma coletiva que fixa o pagamento de 1 hora por dia a título de horas *in itinere*. IV. Recurso de revista de que se conhece, por violação do art. 7º, XXVI, da CF/88, e a que se dá provimento. (RR - 374-66.2011.5.22.0107, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, Data de Julgamento: 25/11/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/11/2015)

ACORDO COLETIVO QUE FIXA O NÚMERO DE HORAS *IN ITINERE* A SEREM PAGAS BEM INFERIOR AO TEMPO REAL GASTO NO TRAJETO. EQUIVALÊNCIA À RENÚNCIA. As normas coletivas de trabalho devem ser resultado de concessões recíprocas entre as partes convenientes, mas não podem ser utilizadas para estabelecer condições menos favoráveis aos empregados do que aquelas previstas na lei, pois o inciso XXVI do artigo 7º da Constituição da República, que estabelece como direito fundamental dos trabalhadores o - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho-, deve ser interpretado e aplicado em consonância com o caput daquele mesmo preceito constitucional, que estabelece, claramente, que seus incisos somente se aplicam para estabelecer um patamar mínimo de direitos sociais, -além de outros que visem à melhoria de sua condição social-. Diante disso, este Tribunal Superior do Trabalho tem admitido, em determinadas circunstâncias, a possibilidade de prefixação, por norma coletiva de trabalho, de um tempo uniforme diário *in itinere* a ser pago aos empregados por ela abrangidos, desde que não se traduza em verdadeira usurpação ou renúncia do direito às horas extras, como em situações em que há uma disparidade entre o horário prefixado nas normas coletivas e aquele efetivamente gasto pelo empregado no seu deslocamento para o trabalho. No caso, impõe-se entender como não razoável a previsão normativa, visto que, no acordo, foi convencionado o pagamento somente de vinte minutos diários a esse título, enquanto que, conforme consignado na instância ordinária, o reclamante gastava uma hora e quarenta minutos no trajeto de ida e volta. Essa desigualdade entre a realidade dos fatos e o pactuado, que beneficiou, visivelmente, somente o empregador, implica ausência de concessões mútuas e, conseqüentemente, não observância da reciprocidade, que é

característica dos acordos coletivos firmados entre trabalhadores e patrões, em direta afronta ao princípio da razoabilidade, equivalendo à renúncia dos salários correspondentes a esse tempo à disposição do empregador. Na hipótese, portanto, é inválida a convenção coletiva que transacionou o direito laboral às horas *in itinere*, assegurado pelo § 2º do artigo 58 da CLT, que, por se tratar de norma de ordem pública, não pode ser objeto de renúncia, seja pela via individual, seja pela via coletiva. Recurso de revista conhecido e desprovido. RR - 593-39.2010.5.03.0141, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 16/05/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: 25/05/2012

Extraí-se dos precedentes acima colacionados que o TST passou a apresentar uma maior preocupação com os limites da autonomia coletiva privada, sustentando que as normas coletivas de trabalho devem ser resultado de concessões recíprocas entre as partes convenientes, mas não podem ser utilizadas para estabelecer condições menos favoráveis aos empregados do que aquelas previstas na lei. Diante disso, o Tribunal Superior do Trabalho tem admitido a possibilidade de fixação, por norma coletiva de trabalho, de um tempo uniforme diário *in itinere* a ser pago aos empregados, desde que não se traduza em supressão ou renúncia do direito às horas extras, como em situações em que há uma disparidade entre o horário prefixado nas normas coletivas e aquele efetivamente gasto pelo empregado no seu deslocamento para o trabalho.

c) Intervalo intrajornada

Quanto à possibilidade de flexibilização do intervalo intrajornada, a Orientação Jurisprudencial nº 342 da SDI-1, que permitia a redução do intervalo dos condutores e cobradores de veículos rodoviários, empregados de empresas de transporte público coletivo urbano, foi cancelada em 2012 e convertida na Súmula nº 437 do TST que passou a dispor:

“SUM-437 INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma

de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inafiançado à negociação coletiva.”

A edição da Súmula nº 437 vem apenas ratificar o entendimento que já vinha sendo aplicado pelo Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que a finalidade demonstrada é de assegurar a concessão e o cumprimento efetivo dos intervalos para descanso, uma vez que eles envolvem a segurança e saúde do empregado, garantindo a preservação dos direitos laborais básicos.

Em abril de 2012 foi acrescentado o parágrafo 5º ao artigo 71 da CLT, que passou a permitir o fracionamento do intervalo intrajornada dos motoristas e cobradores do transporte coletivo de passageiros, mediante negociação coletiva. A redação do referido parágrafo foi novamente alterada recentemente, em 2015, passando a dispor:

“§ 5º O intervalo expresso no caput poderá ser reduzido e/ou fracionado, e aquele estabelecido no § 1º poderá ser fracionado, quando compreendidos entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora trabalhada, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais de trabalho a que são submetidos estritamente os motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros, mantida a remuneração e concedidos intervalos para descanso menores ao final de cada viagem”.

Por fim, verifica-se que o intervalo intrajornada continua sendo tratado como matéria afeta ao âmbito da saúde do trabalhador, norma de ordem pública, sendo restritas as possibilidades em que é permitida a sua flexibilização. Desse modo, observa-se uma preocupação do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de enfatizar os limites da negociação coletiva trabalhista, que deve observar a soberania da norma estatal, abrindo-se espaço para a flexibilização *in pejus* somente quando a regra heterônoma expressamente permitir.

3.3 CONCLUSÕES GERAIS ACERCA DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Em análise aos precedentes apontados, podemos extrair alguns parâmetros fixados pelo Tribunal Superior do Trabalho ao longo da evolução jurisprudencial quanto à flexibilização trabalhista autônoma. Destaca-se a impossibilidade de suprimir integralmente direitos reconhecidos pela ordem heterônoma, a exemplo das horas *in itinere*, bem como a inadmissibilidade de flexibilização de normas concernentes à medicina e segurança do trabalho, porquanto tratam-se de direitos mínimos do trabalhador e que merecem maior proteção jurídica, salvo nos limites em que a ordem jurídica imperativa especificamente autorizar.

Na década de 1990 percebe-se que a autonomia privada coletiva recebeu forte impulso, tanto da Constituição Federal, quanto dos operadores do direito. Atualmente, a autonomia coletiva privada continua exercendo papel fundamental na adequação das leis à realidade do trabalhador, entretanto, não tem o alcance de retirar direitos históricos da classe operária. Nesse sentido, Cláudia Zaneti Saegusa leciona que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a visão mais moderada, “em que a lei possui grande importância nas relações trabalhistas, garante condições básicas, mas permite que os atores sociais desenvolvam a negociação coletiva como expressão de vontade dos trabalhadores, livres da subordinação em relação ao empregador”.¹⁶²

O entendimento majoritário atual do TST passou a restringir as hipóteses de flexibilização por meio da negociação coletiva, evitando que a modificação dos direitos trabalhistas se transforme em precarização das relações de trabalho. Fica claro que há uma preocupação a fim de evitar que a negociação coletiva reduza direito instituído pela ordem jurídica heterônoma estatal.

Essa evolução jurisprudencial mais restritiva restou expressa, como exemplo, na Súmula nº 437, II, do TST:

162 SAEGUSA, Cláudia Zaneti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2008. p. 88.

“SUM-437 INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inafiançável à negociação coletiva.

Para Maurício Godinho Delgado, a referida súmula enfatiza os poderes e os limites da negociação coletiva trabalhista, que deve respeitar o império da normatividade estatal.¹⁶³

O autor sustenta que a jurisprudência trabalhista já tem, contemporaneamente, aferido de modo bastante objetivo e transparente a adequação setorial negociada.

“Nesta linha, de maneira geral, tem considerado que, estando a parcela assegurada por regra imperativa estatal (Constituição, Leis Federais, Tratados e Convenções Internacionais ratificados), ela prevalece soberanamente, sem possibilidade jurídica de supressão ou restrição pela negociação coletiva trabalhista – salvo se a própria regra heterônoma estatal abrir espaço à interveniência da regra coletiva negociada.”¹⁶⁴

Com efeito, percebe-se uma inclinação cada vez mais acentuada da jurisprudência do TST no sentido da adoção do princípio da adequação setorial negociada, a qual visa harmonizar as regras oriundas da legislação trabalhista do Estado, e as normas juscoletivas. Assim, o TST vem admitindo a flexibilização, embora de uma forma mais restrita, desde que para a melhoria das condições de trabalho, ou ainda, quando houver uma concessão de direitos disponíveis por ambas as partes.

163 DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2015. p. 73.

164 DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2015. p. 73.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente o trabalhador sempre esteve em patamar de desigualdade em relação ao empregador, razão pela qual as normas protetivas estatais têm papel fundamental na compensação da fragilidade socioeconômica da classe trabalhadora. O motivo dessa necessária proteção é a inferioridade do contratante amparado em face do outro, cuja superioridade lhe permite impor unilateralmente as cláusulas do contrato, que o primeiro não tem a possibilidade de discutir, cabendo-lhe aceitá-las ou recusá-las em bloco.

Todavia, dentro de um novo contexto das relações de trabalho no qual as normas heterônomas estatais não tem meios para regular minuciosamente as condições de trabalho em cada caso concreto e o processo de elaboração das leis é mais lento e rígido do que o processo negocial, despontou uma tendência flexibilizatória dos direitos trabalhistas.

Nesse aspecto, o exercício da autonomia coletiva privada, conquistada à força pelos trabalhadores nas concentrações operárias à época da Revolução Industrial, mostrou-se uma grande conquista da classe trabalhadora. Com o surgimento da negociação coletiva, haja vista a presença obrigatória da entidade sindical representativa dos trabalhadores nos negócios jurídicos coletivos, equilibra-se de certa forma a balança perante a força econômica patronal.

É certo que o Estado deverá manter sua interferência nas relações trabalhistas com a manutenção de normas de proteção mínima, mas isso não retira a importância do exercício da autonomia coletiva privada no processo de adequação das normas heterônomas às necessidades específicas e cambiantes da relação de trabalho.

A alteração da norma legal em benefício do trabalhador sempre foi possível no Brasil. Por sua vez, em decorrência das diversas modificações econômicas e sociais ao longo dos anos, a flexibilização *in pejus* foi permitida expressamente pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV, a qual também conferiu impulso ao exercício da autonomia coletiva privada, tornando direito dos trabalhadores o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Verificou-se que tanto a doutrina quanto o Judiciário, neste trabalho representado pelo Tribunal Superior do Trabalho, impõem limites à negociação coletiva. Especificamente quanto à jurisprudência da mencionada Corte, observou-se uma evolução no sentido de dificultar as hipóteses de flexibilização, que vinham sendo largamente conferidas na década de noventa, com o fim de evitar que a modificação dos direitos trabalhistas promovida pela negociação coletiva se transforme em precarização das relações de trabalho.

Observou-se uma inclinação da jurisprudência do TST no sentido da adoção do princípio da adequação setorial negociada, a fim de harmonizar as regras oriundas da legislação trabalhista do Estado, e as normas juscoletivas, admitindo a flexibilização, desde que para a melhoria das condições de trabalho, ou ainda, quando houver uma transação de direitos disponíveis.

Diante de todo o exposto no presente trabalho, defende-se a importância da negociação coletiva na flexibilização das condições trabalhistas, já que este é um processo difícil de ser evitado, considerando as mudanças correntes na relação de trabalho. Evidencia-se, portanto, a necessidade de manter regras e princípios jurídicos fundamentados na ordem pública, a fim de evitar a descaracterização da natureza protecionista do Direito do Trabalho.

REFERÊNCIAS

- BARROS JÚNIOR. Cássio Mesquita. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. Revista Trabalho e Processo. São Paulo: Editora Saraiva, nº 2, 2002.
- BELTRAN, Ari Possidônio. **Flexibilização, globalização, terceirização e seus impactos nas relações de trabalho**. Revista Ltr, v.61, abril. 1997, p. 61. São Paulo: Ltr, 1997.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013.
- CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho (Do chão da fábrica ao serviço público)**. Porto Alegre: UFRGS, 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.
- CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 2004
- CAMPANA, Priscila. **O impacto do neoliberalismo no Direito do Trabalho: desregulamentação e retrocesso histórico**. Revista de informação legislativa. n. 147, jul./set. 2000, p. 136. Brasília: Senado Federal, 2000.
- CAMPANA, Priscila. **O impacto do neoliberalismo no Direito do Trabalho: desregulamentação e retrocesso histórico**. Revista de informação legislativa. n. 147, jul./set. 2000, p. 136. Brasília: Senado Federal, 2000.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.
- COSTA, Orlando Teixeira da. Direito Alternativo ou flexibilização. **Revista LTr**, v. 56, n. 7. São Paulo: Ltr, 1992.
- CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O princípio da Proteção e a Flexibilização das Normas de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.
- CUNHA, Carlos Roberto. **Flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2004.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Doutrinas essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**. Revista de Direito do Trabalho. v. 1. p. 163-198, set. 2012.

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

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MANRICH, Nelsn. **Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: Ltr, 2000.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Sindical**. São Paulo: Saraiva, 1991.

NETO, José Afonso Dallagave. **Direito do Trabalho Contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: Ltr: 2003.

OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de Dorneles. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. Coimbra: Edições Almeida, 2012.

REALE, Miguel. **A globalização da economia e o direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1997.

ROBORTELLA, Luis Carlos Amorim. **Estabilidade, flexibilidade e formas de solução dos conflitos do trabalho**. Curitiba, Juruá, 1991. 1. Trabalho. Conflitos. I

Congresso Internacional de Direito do Trabalho em Curitiba, 1. II. Título: Anais, 4. Série.

ROBORTELLA, Luis Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1994.

ROMITA, Arion Sayão. **Flexisegurança: a reforma do mercado de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2002.

ROMITA, Arion Sayão. p. 18. In FRANCO FILHO, Georgenor de Souza (Org.). **Presente e futuro das relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2000.

Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2009.

SAEGUSA, Cláudia Zanetti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2008.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Rev. TST, Brasília, vol. 69, nº 2, jul/dez 2003. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67753-89183-1-pb.pdf>. Com acesso em: 15 de novembro de 2015.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **A globalização da economia e o direito do trabalho**. Revista Ltr, v. 61, 1997.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: Ltr, 2002.

ZANGRADO, Carlos Henrique da Silva. **Curso de direito do trabalho: tomo III**. São Paulo: Ltr, 2008.

