

FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

DENISE CRISTINA BRZEZINSKI

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS TRABALHADORES E A
INCONSTITUCIONALIDADE DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS QUE
REDUZEM O ADICIONAL DE PERICULOSIDADE**

CURITIBA

2010

DENISE CRISTINA BRZEZINSKI

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS TRABALHADORES E A
INCONSTITUCIONALIDADE DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS QUE
REDUZEM O ADICIONAL DE PERICULOSIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades integradas do Brasil - UniBrasil.

Orientador: Prof. Doutor Célio Horst
Waldruff

CURITIBA

2010

TERMO DE APROVAÇÃO

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS TRABALHADORES E A INCONSTITUCIONALIDADE DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS QUE REDUZEM O ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Célio Horst Waldruff.
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Membros: Prof^a. Dr. Eduardo Biacchi Gomes
Prof. Dr. Marco Antonio Villatore

Curitiba, 17 de dezembro de 2010.

Agradeço à compreensão da família pela minha ausência quase que total nos últimos dois anos. A todos os mestres dessa academia, que desde o primeiro dia me fizeram ver que ser mestre é ver o mundo com os olhos do saber. Especial agradecimento ao meu orientador científico pela paciência, respeito, dedicação e por acreditar no sucesso desta tarefa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	.01
1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	.06
2 REPENSANDO A PROTETIVIDADE.....	17
3 IRRENUNCIABILIDADE E INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS.....	25
4 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO MOVIMENTO SINDICAL.....	31
5 REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA DAS CONVENÇÕES E DOS ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO.....	.40
6 TIPOLOGIA DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO COLETIVO DO TRABALHO E SUAS TRÊS VARIAÇÕES.....	.46
7 AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA.....	53
8 FLEXIBILIZAÇÃO: NECESSIDADE E DESREGULAMENTAÇÃO.....	57
9 CORRENTES DA FLEXIBILIZAÇÃO: TEORIA DO CONGLOBAMENTO E DA ACUMULAÇÃO.....	.72
10 O LEGISLADO E O NEGOCIADO.....	.79
11 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.....	.89
12 ANÁLISE DE DOIS CASOS CONCRETOS.....	.94
13 POSIÇÕES ADOTADAS PELAS TURMAS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA NONA REGIÃO.....	.97
14 POSIÇÕES ADOTADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO...	103
15 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	.116
REFERÊNCIAS.....	.121
ANEXOS.....	.126

RESUMO

O trabalho humano sofreu transformações ao longo da história. Já foi considerado pena, tortura e castigo. No entanto, a Constituição de 1988 trouxe dignidade ao trabalhador e sua força produtiva e a redução de riscos à saúde couberam-lhe como direitos fundamentais sociais. Ela anunciou o direito dos trabalhadores como balizadores dos valores sociais e fundamento do próprio Estado Democrático de Direito. Reconheceu legitimação aos sindicatos para defesa dos interesses individuais e coletivos da classe representada. Todavia, a condição de hipossuficiência desequilibra as relações de emprego e justifica a busca de mecanismos de reestabelecimento de igualdade nas relações e a aplicação do Princípio Protetor. Em matéria coletiva, mesmo com a representação democrática dos sindicatos, a flexibilização deve ater-se ao ordenado pelo Artigo 7º da Constituição de 1988 sob pena de incorrer na desregulamentação do direito. O conteúdo mínimo absolutamente indisponível que trata da vida, saúde, segurança e medicina do trabalho não são passíveis de flexibilização sob pena de contrariar a coordenação constitucional e transformar instrumentos democráticos em mecanismos inconstitucionais, e nesses mecanismos incluem-se as cláusulas coletivas que reduzem o percentual de adicional de periculosidade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Legitimação sindical. Princípio Protetor. Flexibilização. Indisponibilidade. Adicional de periculosidade. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Human labor has been transformed throughout history and it has even been considered punishment as well as torture. However, the Constitution of 1988 brought dignity to workers and their productive power as the reduction of health risks fit them as fundamental social rights. The Constitution has announced the rights of workers workers as makers of social values and the foundation of a democratic State itself. Acknowledged legitimacy to the unions for the protection of individual and collective interests of the represented class. However, the condition of hiposuficiency affects the balance of the employment relations and stands for the search of mechanisms for re-establishing equality in relationships and the application of the Protective Principle. Regarding a collective ways, even with the democratic representation of unions, the easing should abide by the orders of the Article 7 of the Constitution under penalty of law on deregulation. The minimum amount of content that is unavailable which deals with life, health, safety and occupational medicine are not eligible for articulation under penalty of going against the constitutional coordination as well as transforming the democratic instruments in unconstitutional mechanisms. These mechanisms include the collective clauses that reduce the percentage the risk premium.

Keywords: fundamental social rights. Trade union legitimacy. Principle Protector. Flexibility. Unavailability. Risk premium. Unconstitutional.

INTRODUÇÃO

A evolução da economia e o mundo globalizado não afastaram a condição de hipossuficiente do empregado em situações e posições de desigualdade de seus agentes, afrontando por vezes, a dignidade do trabalhador.

Com a valorização do princípio da dignidade humana houve um reconhecimento dos direitos dos trabalhadores como balizadores dos valores sociais e fundamento do próprio Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 separou os Direitos Individuais dos Direitos Sociais, reconhecendo os movimentos sindicais e afastando a intervenção Estatal da vida sindical traduzindo-se em maior liberdade. Mas, trouxe no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Capítulo II Dos Direitos Sociais, as garantias mínimas de proteção ao trabalhador que especificamente, no Artigo 7º, Inciso XXII, ordenou a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, de higiene e de segurança.

Essa Constituição consagrou as regras de flexibilização em matéria trabalhista, operacionalizando-a através de instrumentos coletivos. Contudo, também adotou como critério, a possibilidade mediante intervenção sindical de redução salarial e alteração da jornada de trabalho prestigiando a autonomia coletiva dos convenentes.

Com o reconhecimento dos instrumentos coletivos resultante da autonomia privada coletiva observam-se alguns Acordos Coletivos que normatizam percentual de adicional de periculosidade inferior ao estabelecido na Consolidação das Leis do Trabalho.

O presente trabalho tem como tema “Direitos fundamentais sociais dos trabalhadores e a inconstitucionalidade dos instrumentos coletivos que reduzem o adicional de periculosidade”.

Considerando que historicamente os sindicatos têm em sua origem a proteção de sua coletividade que é composta de empregados, e, portanto, entes sujeitos à proteção sindical, o objetivo desta pesquisa é buscar

fundamentos teóricos para a inconstitucionalidade, ou não, de acordos de caráter normativo que reduzem o percentual do adicional de periculosidade.

Para tanto, a dissertação é dividida em duas partes distintas: a primeira, com onze capítulos, apresenta o arcabouço teórico da pesquisa. Já a segunda parte, com três capítulos, volta-se à prática, com posições adotadas pelo primeiro, segundo e terceiro grau do Poder Judiciário Trabalhista que envolve o tema da redução do adicional de periculosidade através de instrumentos coletivos por aquém do ordenado pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Ultrapassada a parte introdutória, o segundo capítulo abrange os direitos fundamentais sociais e a proteção do hipossuficiente onde, de forma bastante sucinta, traz a evolução do Direito do Trabalho e sua valorização pela Constituição de 1988 por intermédio de seus princípios que assumem papel de coordenação na estrutura da relação de emprego.

O terceiro capítulo discute a ideia da proteção dos direitos sociais fundamentais através dos princípios específicos do Direito do Trabalho, e em especial, o Princípio Protetor aplicável nas relações individuais e coletivas do trabalho. Essa proteção sindical se destaca na Constituição de 1988, no Artigo 8º, Inciso II quando garante a autonomia sindical atrelada à defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria.

Portanto, o Princípio Protetor está presente nas relações coletivas numa verdadeira releitura da origem dos movimentos sindicais voltados à luta de classes, na busca da igualdade social preservando a Irrenunciabilidade dos direitos fundamentais e a dignidade do trabalhador.

O princípio da proteção, enquanto norma imperativa, impõe limites à própria autonomia de vontade, distinguindo o renunciável e o disponível do irrenunciável e do indisponível, assunto tratado no capítulo quarto.

A Irrenunciabilidade justifica a intervenção Estatal e a indisponibilidade como regra do Direito do Trabalho. As normas de proteção no Direito do Trabalho são assim, de regra, de ordem pública, imperativas e impostergáveis.

O quinto capítulo mostra uma retrospectiva história da origem do movimento sindical, balizado na luta de classes e na busca de melhores condições de vida, saúde e trabalho para os operários. Esse capítulo ainda transita brevemente pelo anarcosindicalismo, pela autorização Constitucional

de validade das formações das entidades sindicais, onde a Constituição de 1988 reconhece a autonomia sindical, validando suas negociações e seus instrumentos coletivos de trabalho. Entretanto, limita a atuação dos sindicatos nos Artigos 7º e 8º, do mesmo diploma legal.

As negociações coletivas são importantes para a pacificação social, sendo os Acordos e Convenções Coletivas instrumentos de representação democrática. Esse tema é discutido no sexto capítulo do trabalho.

No sétimo capítulo rememorando o Direito Protetivo traçado no capítulo terceiro, faz-se uma digressão quanto à sua aplicabilidade no ramo Coletivo de Trabalho, discorrendo sobre os princípios específicos do Direito Coletivo como o Princípio da Equivalência dos Contratantes Coletivos, da lealdade e transparência, da liberdade associativa, entre outros.

O Princípio da Autonomia Coletiva privada, também é específico do Direito Coletivo e se evidencia no capítulo oitavo. Justifica-se o destaque por se tratar do sustentáculo das negociações coletivas. Traça-se aí, o conceito desse princípio, da valorização extremada das negociações coletiva, onde o Estado não é detentor do monopólio das normas trabalhistas. Esse fenômeno pode levar à flexibilização, desregulamentação ou deslegalização. Esse tema é o alvo do capítulo nono.

O nono capítulo, inicialmente, proporciona um esboço histórico a partir de 1966, de várias formas de flexibilização no ordenamento jurídico chegando a uma política neoliberal de desregulamentação. Citam-se algumas classificações da flexibilização, enquanto proteção, adaptação e desregulamentação, com o objetivo de aclarar que esse fenômeno não deve ser extirpado do ordenamento jurídico, apenas, é necessário ter um mínimo garantido não sujeito a flexibilizações.

É relevante a necessidade de uma leitura moderna nas relações de emprego e imperativa uma maior flexibilidade nas organizações empresariais. Entretanto, este trabalho não pretende defender o fim do fenômeno chamado flexibilização, que pode minimizar conflitos e até proporcionar uma solução para a crise econômica mundial como defendem alguns autores, ou como argumentam outros, a perda de conquistas dos trabalhadores ao longo da história. O embate travado então se cinge na existência, ou não, de um limite passível de sujeitar-se à flexibilização.

Este capítulo ainda reflete sobre as hipóteses dispostas no Artigo 7º, Incisos VI e XII, da Constituição de 1988 frente à interpretação ampliativa e restritiva da flexibilização com a posição adotada por alguns doutrinadores.

Quanto à aplicabilidade dos instrumentos coletivos, é assunto para o capítulo décimo a teoria do conglobamento e da acumulação. Nesse contexto, citam-se alguns de seus adeptos e a extensão da aplicação dos instrumentos coletivos balizados por essas duas teorias. Se aquela ordena que o instrumento coletivo seja aplicado em sua integralidade, com cláusulas benéficas e maléficas ao empregado, esta determina apenas o aproveitamento das cláusulas benéficas.

A extensão da aplicabilidade dos instrumentos coletivos envolve conflitos entre o legislado e o negociado, prevalecendo, por vezes, a vontade coletiva, e por outras, a norma constitucional disposta no Artigo 7º, Incisos XIII e XIV. Nesse capítulo se expõe a posição da corrente da prevalência da vontade coletiva e a de prevalência da norma constitucional ou legal. Essa última se refere à Irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas por se tratar de norma de ordem pública e discorre a respeito da limitação de matérias suscetíveis à flexibilização.

No mesmo capítulo se abordam também as matérias passíveis pelo Tribunal Superior do Trabalho de se sujeitar à flexibilização. Entre essas, a Súmula 364 dessa Corte admite a aplicação desse instituto para adicionais de periculosidade. O tema recebe especial atenção no capítulo décimo segundo pois, seria impossível a flexibilização do adicional por se referir à norma de ordem pública que diz respeito à saúde e à segurança do trabalhador. Por outro lado, admite a flexibilização da periculosidade por não se relacionar à matéria de medicina e segurança do trabalho, portanto, não se refere a indisponibilidades absolutas.

A segunda etapa do trabalho inicia com o capítulo décimo terceiro que faz menção a dois casos em tramitação na mesma Vara do Trabalho desta Capital, perquirindo a posição do Primeiro Grau sobre a aplicabilidade de acordos coletivos que reduziram adicional de periculosidade aquém do ordenado pelo Artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nos capítulos décimo quarto e décimo quinto, de forma sintética se mostra a posição do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região quanto à

redução do adicional de periculosidade em instrumentos coletivos, bem como a posição do Tribunal Superior do Trabalho sobre a mesma temática, respectivamente.

Não há como se dispor de um único marco teórico para o presente trabalho porque este tema, bastante polêmico e atual, é veiculado enfaticamente em artigos publicados nas revistas da área.

Assim, como fonte primária de pesquisa bem como para as considerações conceituais e principiológicas utilizam-se alguns clássicos do Direito do Trabalho e como fonte secundária, mas não menos importantes artigos de embate voltados ao tema proposto. A biblioteca do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região serviu de referência para a busca dos dados, primeiro, por ser uma das mais completas deste Estado, segundo, por ser a área de atuação profissional desta mestranda.

Escolheram-se os casos paradigmáticos pelo fato de se relacionarem a dois embates processuais de conhecimento mais aprofundado, pois, esta mestranda atua como advogada em ambos os casos.

É importante esclarecer que não se pretende esgotar o tema, nem tampouco tomar posição positiva ou negativa em relação à determinada teoria estudada. Não obstante, a pretensão se restringe a convocar aos doutrinadores, juristas, estudiosos e apreciadores do Direito do Trabalho a refletir sobre os caminhos atuais do movimento sindical na busca efetiva de melhorias de condições que atendam à saúde e segurança de sua coletividade.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Ao longo da construção histórica evolutiva do trabalho humano, nota-se a violação da dignidade da pessoa, especialmente do empregado, com a precarização dos direitos sociais. Essa trajetória se caracterizou por tortura e sofrimento na antiguidade, castigo para os gregos e romanos e sujeição dos servos aos senhores feudais em troca de subsistência e proteção.

Também, a condução de hipossuficiente se fez presente nas corporações de ofício com o Absolutismo e seus mestres, companheiros e aprendizes, na Revolução Francesa e na Industrial. A primeira revolução, com sua ideologia, afastou o Absolutismo das corporações de ofício. Nesse viés, a Idade Moderna agregou grande interesse pelo trabalho, inclusive mecânico.

Com a máquina a vapor, em 1738, e a Revolução Industrial, intensificou-se a abundante e barata produção, precarizando o trabalho, os riscos à saúde e à integridade física do trabalhador. Objetivou-se o lucro que provocou a exploração dos trabalhadores e seu estado de miséria, pois era tempo de desproteção da atividade laboral e o homem era mero instrumento de produção como cita Nascimento.¹

Cristiane Budel Waldraff, faz referência à mecanização de setores produtivos na Europa no século XVIII trazendo inúmeros problemas sociais ao invés de tornar o trabalho menos penoso e mais humano.²

Machado Júnior descreve as importantes consequências decorrentes da máquina a vapor como a redução do número de pessoas na execução dos trabalhos e a enormidade de crianças e de mulheres nas fábricas que sem nenhuma aprendizagem e como qualquer mercadoria respeitam-se unicamente as leis da oferta e da procura.

Com isso, desnecessária é dizer sobre a miséria e pobreza que se espalhou em grande parte da população. Contribuiu sobremaneira para esse quadro o liberalismo

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 399.

² WALDRAFF Cristiane Budel. **Princípio protetivo versus flexibilização**. In: WALDRAFF, Célio Horst, (1964, coord.). **Temas de Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis, 2004, p. 49.

político e jurídico baseado numa falsa igualdade e liberdade, onde tudo o que fosse contratual dizia-se justo. [...] Surgia uma nova classe social, o proletariado, que nas palavras de Amauri Mascaro do Nascimento, é constituída de 'um trabalhador que presta serviços em jornadas que variava de 14 a 16 horas, não tem oportunidades de desenvolvimento intelectual, habita em condições sub-humanas, em geral nas adjacências do próprio local da atividade, tem prole numerosa e ganha salário em troca disso tudo'. Vigorava, neste período histórico o sistema liberal ou seja, o Estado situava-se como mero expectador dos acontecimentos, não intervinha na ordem econômica e existia apenas direitos naturais do homem que lhe eram preexistentes.³

A citação esclarece a omissão do Estado na proteção da população operária, como esclarecem Sússekind, Maranhão e Vianna⁴, eram

[...] toda uma ralé fadigada, sórdida, andrajosa, esgotada pelo trabalho e pela subalimentação, vivendo em mansardas escuras, carecida dos recursos mais elementares de higiene individual e coletiva, oprimida pela deficiência dos salários, angustiada pela instabilidade do emprego, atormentada pela insegurança do futuro, próprio e da prole, estropiada pelos acidentes sem reparação, abatida pela miséria sem socorro, torturada na desesperança da invalidez e da velhice sem pão, sem abrigo, sem amparo.

O excesso de liberalismo na contratação e na exploração do capital e do maquinário da Revolução Francesa foram freadas pela Revolução Industrial que se preocupou com a integridade física e a dignidade da pessoa humana, do Jus Naturalismo e do Iluminismo numa tentativa de banir a precarização das condições de vida e oferecer proteção nas relações de emprego.

Para Cristiane Waldraff, a crise que se instalava e as mudanças que adviriam com a perda do *status* político da burguesia, resultaram em um Estado que buscava eliminar ou, ao menos, minimizar as desigualdades. Preocupava-se com o coletivo em detrimento do particular, promovendo a passagem do Estado Liberal para o Intervencionista, o que ocasionou uma espécie de reconciliação entre o capital e o trabalho. Nesse contexto, salienta-se a importância da igreja com a Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, em 1891.⁵

A exploração econômica do Estado Liberal e o capitalismo selvagem trouxeram o clamor de uma mínima intervenção estatal, promovendo o nascimento do Direito do Trabalho e a passagem para o Estado Social.

Preleciona Stephan.

³ MACHADO JÚNIOR, César P. S. **Direito do Trabalho**. São Paulo. LTr, 1999, p.29-31.

⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições do Direito do Trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971, p. 14-15.

⁵ WALDRAFF, Cristiane Budel. *Op. cit*, p. 50-51.

O fato é que o nascimento do Direito Individual do trabalho foi, sem dúvida alguma, uma resposta aos abusos cometidos na exploração desmedida do trabalho humano, principalmente na etapa da Revolução Industrial, como uma resposta de garantir um mínimo de condições de vida ao trabalhador.⁶

Dessa luta por melhores condições de vida e trabalho, surgiu o Estado como provedor do bem estar social, preocupado com a proteção ao hipossuficiente e com o emprego.

Para Gomes e Gottschalk, quatro períodos marcaram a história do direito laboral,

[...] sendo que o primeiro período, caracterizado por escassa atividade regulamentar, inicia-se no Século XVIII e termina com o *Manifesto Comunista* de Marx e Engels (1848), que foi um real desafio aberto ao liberalismo e à hegemonia burguesa. Até fins do Século XVIII, o que existia era o Estado liberal que propagava a liberdade contratual, deixando os trabalhadores entregues às suas próprias fraquezas e à conseqüente exploração do economicamente mais forte sobre o mais fraco. O segundo período da história do Direito do Trabalho, revolucionário por excelência, é marcado pela publicação do *Manifesto Comunista*, em 1848, seguido da fundação da Primeira Internacional, dirigida teoricamente por Marx. O terceiro período, de visão reformista, teve seu início com a Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, datada de 15 de maio de 1891, que recomendava a intervenção estatal na economia como único meio capaz de pôr termo aos abusos do regime, e pela Conferência de Berlim, também de 1891, em que *Bismark* fez concessões à esquerda chefiada pelos socais democratas e sindicatos. O quarto período da história do Direito do Trabalho salienta o fim da primeira Grande Guerra, como o período em que este ganha sua posição definitiva e preponderante nos quadros internacionais e nacionais. Criou-se no Tratado de Versalhes a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

O quarto período da história do Direito do Trabalho, tratado por Gomes e Gottschalk é um marco na tutela do operário hipossuficiente, surgindo uma nova era de direitos, com proteção e garantias legais na tentativa de inibir abusos e o estado de dominação na relação de emprego.⁷

As transformações sociais clamavam por melhores condições de trato com os empregados, para que saíssem da seara da quase situação análoga a de escravo.

Era evidente a precariedade das condições de trabalho, quer quanto ao salário, quer quanto a riscos à saúde e à integridade física do empregado. Daí o surgimento de embates sociais e movimentos operários na busca de melhorias das condições de trabalho, o que contribuiu decisivamente para a

⁶ STEPHAN, Cláudia Coutinho. **Relações individuais de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 12.

⁷ GOMES, ORLANDO; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 3.

evolução das legislações protetivas, inclusive, no âmbito do Direito do Trabalho.

Da Colônia ao Império, não se vislumbrou no Brasil, qualquer proteção ao trabalhador. As poucas rebeliões da época foram provocadas por alguns escravos para se libertar de seus senhores violentos. Somente com o desenvolvimento industrial e a República apareceram as primeiras preocupações com as relações de trabalho, como cita Cristiane Waldruff.⁸

A Constituição promulgada em 1988, foi a primeira Lei Fundamental do país após a retomada da democracia e o ápice do olhar protetivo para o trabalhador, sem desmerecer a evidente importância da criação da Justiça do Trabalho, na Constituição de 1934 e que se agregou ao Poder Judiciário em 1946. Também foi importante o desenvolvimento social e econômico do Estado Novo de Getúlio Vargas, em 1937. Salientam-se ainda, os anos de 1943 e 1944 para a legislação do trabalho, com a promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Há que se ressaltar, a relevância da Constituição de 1946, que rompeu com o intervencionismo estatal de Vargas, trazendo como ideal a livre iniciativa e convivendo com a preservação dos direitos e garantias individuais.

Contudo, o verdadeiro palco da Revolução Política efetivamente transformadora, concretizou-se na convocação da Assembleia Nacional Constituinte, em 1985, que “transcende o social sem aniquilá-lo – produz equilíbrio e cooperação – espaço público de liberdade”.⁹

Diversidade de etnias, origens, grupos sociais de mulheres, índios e portadores de necessidades especiais, enfim, todas as facções queriam a proteção social do constituinte, com reivindicações da população após anos de ditadura. Entretanto, por quase vinte meses, discutiu-se a redação do texto constitucional.

Essa diversidade multifacetada, esse palco da multiculturalidade e seus movimentos sociais organizaram-se para que suas vozes fossem ouvidas nas subcomissões constitucionais.

⁸ WALDRAFF, Cristiane Budel. *Op. cit.*, p. 52-53.

⁹ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A., 2002, p. 29.

Amplas discussões sócio-políticas marcaram as subcomissões, entre elas, a de número 7, chamada de Ordem Social, dividida em três grandes cenários de discussões: 1 - de negros, população indígena, pessoas deficientes e outras minorias; 2 - direitos dos trabalhadores e servidores públicos; 3 – meio ambiente.

A nona subcomissão, responsabilizou-se então, pela redação do que chamou de Projeto Zero, resultado de uma compilação das discussões das 8 subcomissões que evoluíram para a promulgação da Constituição de 1988.

A Constituinte de 1988 reconhece a Constitucionalização dos Direitos das Minorias, e nelas se incluem os trabalhadores com “categorias que comportam as diferenças culturais, mas se contrapõem às desigualdades socioeconômica”, autorizando a disposição ao texto constitucional “sobre cidadania e dignidade da pessoa humana” como fundamentos do Estado brasileiro (Art. 1º, II e III da Constituição de 1988).¹⁰

Para Cristiane Budel Waldruff a Constituição de 1988 “erigiu o direito do trabalho à condição de direito fundamental” inserindo os “valores sociais do trabalho entre os objetivos da República”. Trouxe ainda a Constituição de 1988, o princípio da dignidade vinculado a valoração do trabalho como um de seus fundamentos.¹¹

A Constituição de 1988 tornou-se uma carta abrangente e no plano formal voltada aos interesses difusos e direitos de segmentos sociais. Essa Carta Democrática, contudo, reconheceu os direitos dos trabalhadores como balizadores dos valores sociais e fundamento do próprio Estado Democrático de Direito (Artigo 1º, IV).

Com supedâneo no Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” – Capítulo II, “Dos Direitos Sociais” - encontram-se as garantias mínimas de proteção ao trabalhador.

O Artigo 7º da Constituição dispõe, especificamente:

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

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

¹⁰PACHECO, Marcos Antônio B. **Estado multicultural e direitos humanos**. Tópico constitucional dos direitos étnicos. São Luiz: UFMA/CNPq, 2005, p. 121.

¹¹ WALDRAFF, Cristiane Budel. *Op. cit*, p. 52-55.

(...)

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; (...)

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

Esse Estado moderno de direitos fundamentais, subordinado às regras constitucionais exigiu novos mecanismos de proteção, além dos direitos de liberdade individuais¹².

Os princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito assumem esse papel de coordenação na estrutura da relação de emprego. Essa coordenação é fundamental para coexistência do governo e da sociedade.

Nesse sentido Charles Taylor cita:

Há muito em jogo para se deixar governo e a sociedade coexistirem sem coordenação. As economias realmente bem-sucedidas do século XX são decididamente corporativistas. Vamos sem dúvida viver um mix entre mercado e orquestração estatal. A questão difícil é saber que mix é adequado a cada sociedade.¹³

A coordenação, externada muitas vezes, em instrumentos sindicais, é necessária, pois a própria vontade na relação de emprego é eventualmente, desprovida de autonomia ou mitigada nas relações coletivas.

Sergio Pinto Martins, ao discorrer sobre Direito Social, relembra Cesarino Jr. como precursor da ideia na qual o Direito Social direciona-se à proteção do hipossuficiente e está adstrito a questões de Direito Individual do Trabalho e também Direito Coletivo do Trabalho.

O autor define Direito Social como o disposto no Artigo 6º da Constituição, que rege o Direito à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, proteção à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados.¹⁴

¹² MOREIRA, Vital. O futuro da constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.) **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. 2ª tirag. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 314.

¹³ TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000, p. 224.

¹⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.14.

Para Caio Gasparini, em sentido estrito, os direitos sociais elencados no art. 6º não são limitados aos direitos de proteção, havendo também previsão ao que chama de direitos à proteção e de natureza procedimental.

No mesmo capítulo que contém o Artigo 6º - Capítulo II, “(Dos Direitos Sociais)” do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) – apresentam amplo rol de Direitos Trabalhistas mínimos (Art. 7º) que se complementa com disposições próximas (Arts. 9º - 11), e traçam os princípios do sindicalismo (Art. 8º). Mais adiante, se expressa em relação às políticas de Saúde (Arts. 196 - 200), Previdência Social (Arts. 201 - 202), Educação (Arts. 205 - 214), Família e Infância (Art. 226 - 227)’.¹⁵

O mesmo autor distingue Direitos Trabalhistas de Direitos Sociais dos trabalhadores aos quais chama de Direitos Humanos dos trabalhadores que se referem aos direitos de pessoas comuns e dos trabalhadores.

Para Gasparini “a exposição da saúde e da integridade física do trabalhador a riscos maiores do que os suportáveis, ou exigíveis em suas funções, demonstrou a importância dos direitos humanos dos trabalhadores e a ineficácia das soluções desses problemas quando tratados na esfera contratual”, devendo ser elencados na ordem dos Direitos Humanos.¹⁶

O desequilíbrio de posições entre sujeitos ativo e passivo da relação de emprego justifica o vetor do Direito do Trabalho na proteção ao empregado.

Busca-se, portanto, mecanismos de equilíbrio, por vezes traduzidos nos princípios específicos do Direito do Trabalho individual ou coletivo, que traçam limites inclusive, para a vontade do empregador.

Se por vezes lutar para garantir o mínimo de proteção significa a resilição contratual sobejamente se observa o relevante papel dos sindicatos na proteção sua categoria profissional e econômica.

Para José Afonso da Silva, “os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a

¹⁵ GASPARINI, Caio Augusto Limongi. Efetivação dos direitos sociais dos trabalhadores mediante a aplicação do pacto sociolaboral do Mercosul, **Caderno de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico**, São Paulo, v. 4, n.1, p. 9-12, 2004.

¹⁶ GASPARINI, Caio Augusto Limongi. *Ibid.*, p. 14.

realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade”.¹⁷

Os direitos sociais e fundamentais são os pilares do Estado Democrático de Direito, merecendo a proteção.

Numa retrospectiva histórica dos direitos fundamentais, Bonavides classifica-os em três gerações: na primeira geração (século XVIII) encontram-se os direitos à liberdade, civis e políticos; na segunda, se englobam os direitos sociais, culturais, econômicos e na terceira, o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, etc.¹⁸, que juntas, formam a tríade liberdade, igualdade e fraternidade.

As três gerações de direitos coexistem buscando uma maior proteção do ser humano, que no conceito de Norberto Bobbio, a liberdade indica um estado; a igualdade, uma relação.¹⁹

Quando se fala em igualdade, buscam-se a igualdade formal e a material, consagrando-se os direitos que atendam às necessidades mínimas dos indivíduos, direitos positivos e direitos a prestações do Estado, efetivamente, os direitos sociais, econômicos e culturais. Como exemplos citam-se o direito ao trabalho, à saúde, à educação, que se inserem nos direitos fundamentais da segunda geração.

A titularidade destes direitos fundamentais, como esclarece Comparato, não é o ser humano abstrato, “com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização”.²⁰

A externalização da afirmação dos Direitos Sociais do século XX vislumbrou-se na Constituição Mexicana e de Weimar, em 1917 e 1919 respectivamente, que admitiram os direitos trabalhistas à categoria de direitos fundamentais, reafirmados na Declaração Universal, de 1948.

João dos Passos Martins Neto, ao se posicionar a respeito da fundamentalidade dos direitos sociais e a estreita ligação com as cláusulas

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo** 33ª. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.340.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 516 - 523.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 7.

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53.

pétreas, o faz considerando as seguintes justificativas: direitos sociais são pétreos e portanto, fundamentais e a expressão direitos individuais não exclui necessariamente os direitos sociais.

Aponta o autor mais razões para fortalecer a ideia supracitada, sendo a primeira de que “o estado social representou uma das mais cruciais decisões do poder constituinte originário no processo de elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. Para o autor, admitir a sujeição dos direitos sociais à “abolição por meio de emenda” necessariamente remeteria a admissão de uma revisão constitucional em sua “essência”. E esta revisão submetida a vontade mesmo que da maioria dos parlamentares, resultaria no que chama de “falência de vínculos substantivos que garanta algo mais do que uma democracia feita de liberdades meramente formais”.

Os Direitos Sociais tem a função de complementação para João dos Passos Martins Neto, pois materializam “os benefícios prometidos pelos direitos liberais e políticos formalmente proclamados. Daí formarem com estes, em conjunto, uma unidade indivisível. Por isso, supor que apenas são pétreos os direitos da liberdade e participação, segundo uma concepção meramente abstrata de pessoa humana, implica admitir a possibilidade de retorno da ordem constitucional à lógica do liberalismo originário, quando é certo que, sob a inspiração da ideias de complementaridade e indivisibilidade, justamente contra tal risco foram erguidas as barreiras do Estado Social”²¹.

Por fim, é necessário destacar algumas características dos direitos fundamentais: a primeira é a universalidade quando a política constitucional confere superioridade aos direitos fundamentais. Para a legislação pátria são os direitos individualmente exercidos, mas também outros, de interesse de determinado grupo de indivíduos, como é o caso dos direitos trabalhistas (*ex vi* Art. 7º. da Constituição de 1988).

O caráter absoluto é mais uma de suas características, em que pese seu relativismo que possibilita a imposição de limites a tais direitos, como na realidade brasileira por força do direito ambiental, por exemplo. A indisponibilidade e a imutabilidade também caracterizam os direitos fundamentais.

²¹ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais** – conceito, funções e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 173-174.

Para Martins Neto, a estrutura da Constituição se materializa em dois grandes núcleos de direitos fundamentais:

[...] O assunto não oferece a menor dificuldade. Uma rápida passagem de olhos no Sumário da Constituição evidencia que o desenvolvimento da matéria relativa aos *direitos sociais*, opera-se, basicamente, em dois núcleos afastados do catálogo inaugural: um dedicado a Ordem Econômica (CRB/88, Título VII) e o outro, à Ordem Social (CRB/88, Título VIII). Os direitos à educação, saúde, moradia, segurança, previdência, lazer, proteção materno-infantil e assistência tendem a encontrar aí as suas particulares identidades, muito embora sem prejuízo do disposto nos tratados internacionais sobre *direitos humanos* de que a República Federativa do Brasil seja parte, porquanto, por regra expressa, assimilados entre nós como lei interna (CRB/88, art. 5º. parágrafo 2º.) [...]”²².

Os direitos e garantias individuais, a fundamentalidade e a imutabilidade dos direitos fundamentais sociais estão em crise.

Nesse viés, Ingo Wolfgang Sarlet dita que a crise de efetividade nos direitos fundamentais também é revelada na crise do “reconhecimento e da confiança no papel exercido pelos direitos fundamentais numa sociedade genuinamente democrática. Sem que se possa aqui desenvolver este aspecto, constata-se, com efeito, uma crescente descrença nos direitos fundamentais.”

Justifica o autor que os direitos fundamentais na visão da massa de excluído é tido como um verdadeiro privilégios de certos grupos, onde “(basta apontar para a oposição entre os ‘sem-terra’ e os ‘com-terra’, os ‘sem-teto’ e os ‘com-teto’, bem como os ‘com-saúde’ e os ‘com-educação’ e os que aos mesmos não têm acesso)”.

Chama ainda atenção para as crescentes manifestações favoráveis a pena de morte, outro reflexo da crise dos direitos fundamentais, com total desconsideração

“pelos mais elementares garantias da ampla defesa e do devido processo legal, do apoio à redução da idade penal para os adolescentes, tudo revelando que cada vez menos se toma a sério os direitos fundamentais. Que tal fenômeno – e nisso provavelmente reside a maior ameaça – abre as portas para a manipulação e toda a sorte de medidas arbitrárias e erosivas do Estado democrático de Direito, ainda que sob o pretexto de serem indispensáveis para a segurança social, parece evidente e reclama medidas urgentes [...]”²³

²² MARTINS NETO, João dos Passos. *Op. cit.*, p. 172.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 424.

Essa crise dos direitos fundamentais sociais remete à impossibilidade de se manter a ficção da existência de igualdade entre empregado e empregador, sendo a compensação da desigualdade econômica, a essência do Direito do Trabalho. Essa essência, seja no aspecto coletivo ou individual, conduz à importância dos direitos sociais fundamentais. Portanto, justifica-se a necessidade de nivelar as desigualdades a que se dispõe o Direito do Trabalho por meio da protetividade que será discutida a seguir.

2 REPENSANDO A PROTETIVIDADE

Antes de tratar especificamente do Direito Protetor, é necessário reafirmar que os direitos fundamentais sociais estão vinculados à igualdade, posição a princípio, desconstruída do reconhecimento da condição de hipossuficiência do empregado.

Na tentativa de minimizar essa desigualdade os princípios do Direito do Trabalho promovem uma espécie de compensação visando à proteção dos direitos sociais fundamentais.

Os princípios gerais do Direito têm como objetivo a integração e a interpretação quanto ao alcance das normas constantes do ordenamento jurídico, independentemente do ramo do Direito.

Tendo o Direito do Trabalho nascido da luta de classes e da posição vantajosa do capital sobre o trabalho, bem como na tentativa de garantir uma paridade jurídica entre seus pares, ele se funda em princípios específicos que se referem apenas ao Direito do Trabalho e áreas conexas.

Plá Rodriguez argumenta que a aplicabilidade restrita ao Direito do Trabalho se justifica na sustentabilidade da sua “estrutura conceitual assentada em séculos de vigência e experiência possuídas por outros ramos do direito”.²⁴

Já para Garcia, a primeira função dos princípios é a de integração do ordenamento Jurídico, e a segunda é a interpretação, “orientando o juiz e o aplicador ou intérprete das normas jurídicas quanto ao real sentido e alcance destas” Garcia²⁵.

Ao amparar as relações de emprego, o Princípio Protetor funciona como núcleo central das questões em Direito do Trabalho.

Talvez o limite mais importante para regular as relações de emprego na esfera individual ou sob a égide das relações coletivas, é indene de dúvida calcado no Princípio Protetor.

²⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. atual. São Paulo: LTr, 2000, p. 26 - 30.

²⁵ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007, p. 72-73.

José Afonso da Silva apresenta duas espécies de direitos sociais dos trabalhadores, dividindo-os em direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho (Constituição, Art. 7º) e direitos coletivos dos trabalhadores (Constituição, Arts. 9º - 11º).²⁶

É evidente o caráter protetivo do sindicalismo ao trabalhador, até porque não se pode conceber a divisão estanque do Direito Individual e coletivo.

Para Messias Donato a inexistência da dicotomia individual e coletiva é balizada por duas observações: primeira, afirma que o Direito Coletivo somente é uma divisão do Direito do Trabalho, e não um ramo autônomo ou tendendo à autonomia. A segunda observação do autor funda-se na afirmativa de que,

[...] os princípios específicos coexistem com os princípios gerais do Direito do Trabalho de correlação mais íntima com as relações individuais do trabalho, com destaque para abrangência do Princípio de Proteção, cuja tônica se revela em doses fortes tanto nas relações individuais como nas relações coletivas de trabalho [...].²⁷

Mas, afirmar que o papel precípua do sindicato também é a proteção do trabalhador conduz à necessidade de resgatar o conceito de proteção.

Como fundamentação da teoria da proteção, Alexy conceitua o direito à proteção como direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros, podendo ser usado para diferentes objetos,

[...] desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra perigos do uso pacífico de energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais [...].²⁸

O mesmo autor destaca a relevância da teoria da proteção, uma vez que “o legislador realiza demarcações entre esferas individuais, exigidas pelos direitos a proteção, ele configura uma parcela decisiva da ordem jurídica e, com isso, uma parte essencial da vida social”²⁹.

²⁶ SILVA DA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 289.

²⁷ DONATO, Messias Pereira. Princípios do Direito Coletivo do trabalho. **Revista LTr - Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 71, n.12, p.1418-1424, dez./2007.

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 450-456.

²⁹ ALEXY, Robert. *Idem*. p. 456.

Por se referir às relações coletivas do trabalho, não se pode rechaçar a aplicabilidade do Princípio Veto do Direito do Trabalho que é a proteção, mesmo que se exteriorize sob a forma coletiva, reconhecida na Constituição ao garantir a autonomia sindical atrelada à defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (Art. 8º, Inciso II, da Constituição Federal).

Devido ao imperativo de adequações das relações de emprego por conta da globalização, o Princípio Protetor recebe atenção especial no capítulo destinado à flexibilização.

Plá Rodriguez elege o vetor da proteção como base do Direito do Trabalho, ao discorrer sobre a impossibilidade de se manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho, o legislador “inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável”³⁰.

Para Wilma Nogueira Silva, esse princípio, além de ser o mais importante do Direito do Trabalho, “tem como tarefa compensar o indesejável desequilíbrio existente entre o empregador e empregado, através de um conteúdo mínimo e irrenunciável ao contrato de trabalho”. Essa autora, defende inclusive, que esse princípio é incompatível com a flexibilização dos direitos trabalhistas. Ela argumenta que a preocupação central do Direito do Trabalho é a proteção do empregado, “com vistas ao alcance de uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes. Em outras palavras, busca proporcionar uma superioridade jurídica do trabalhador, considerando a sua inferioridade econômica”.³¹

O princípio apresentado acima explica o que Wilma Nogueira Silva denomina “amparo preferencial ao trabalhador, tendo em vista a necessidade inadiável de se promover uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes”³².

O Princípio Protetor privilegia o empregado, disciplina a dicotomia capital/trabalho, reequilibra a desigualdade a partir de outra desigualdade, que é a proteção. Somente essa igualdade permite a liberdade entre iguais. A premissa é de desigualdade para gerar isonomia.

³⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Op. cit.*, p. 85.

³¹ SILVA, Wilma Nogueira Silva de A. V. da. O princípio de proteção e a flexibilidade do Direito do Trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 71, n. 06, p. 676, Jun./ 2007.

³² SILVA, Wilma Nogueira Silva de A. V. da. *Ibid.*, p. 677.

O nascimento do Direito do Trabalho vincula-se ao princípio da proteção, conceituado por Aldacy Coutinho como revelação da superação do princípio da igualdade de direito. A autora aponta como origem da proteção a desigualdade jurídica que tem como finalidade a superação de desigualdade de ordem econômica do trabalhador e como fundamento, a condição de hipossuficiente. Aduz que a proteção é necessária, antes e após, o “processo hermenêutico como valor colhido previamente pelo operador tendo como finalidade sempre na interpretação, a tutela” ³³.

Coutinho afiança que “a identidade protecionista do Direito do Trabalho deve estar resguardada na ordem jurídica da visão e aceitação do conteúdo do princípio da proteção. Ser tutelar é efetivar a proteção, garantir o acesso efetivo ao exercício dos direitos assegurados, reconhecer um espaço de cidadania real” ³⁴.

A mesma autora denota grande preocupação com os rumos do Direito do Trabalho propondo recontextualizar o princípio da proteção. Para sua aplicabilidade aponta duas condições:

- 1º - dúvida sobre o alcance da norma legal;
- 2º - manutenção da compatibilidade com a vontade do legislador (está fora da aplicação quando não há norma)

Ela considera justificável sua apreensão pelo fato da norma às vezes carecer de clareza. No entanto, impõe, quando necessária, a proteção como limite da interpretação.

De acordo com Plá Rodriguez, o princípio da proteção é “o critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num próprio propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador”.

Para o mesmo autor, o legislador “não pode mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável” ³⁵.

Plá Rodriguez justifica o princípio da proteção sob dois fundamentos:

³³ COUTINHO, Aldacy, R. O princípio da proteção revisitado. **Revista Bonijuris**, Curitiba, PR, C v. 13, n. 452, p. 05-07, 2001,

³⁴ COUTINHO, Aldacy, R. *Ibid.*, p. 2.

³⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Op. cit.*, p. 30-83.

- 1 – O sinal distintivo do trabalhador pela sua dependência, sua subordinação às ordens do empregador. Essa dependência afeta a pessoa do trabalhador.
- 2 – A dependência econômica, embora não necessária conceitualmente, apresenta-se na grande maioria dos casos, pois em geral somente coloca sua força de trabalho a serviço de outro quem se vê obrigado a isso para obtenção dos meios de vida³⁶.

Süssekind concebe o princípio da proteção como norma imperativa, “e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade”³⁷.

Para Garcia, o princípio da proteção se insere na estrutura do Direito do Trabalho primeiro, para impedir a exploração do capital sobre o trabalho, posteriormente, com o intuito de melhorar as condições de vida do empregado, e “por fim possibilitando aos trabalhadores adquirirem status social, noção máxima de cidadania. Para mesmo autor, este princípio ‘engloba três vertentes: o *in dúbio pro operário*, a aplicação da norma mais favorável e a condição mais benéfica”³⁸.

Para o princípio *in dúbio pro operário* cabe ao intérprete a escolha, entre duas ou mais interpretações viáveis, optando pela mais favorável ao trabalhador.

A discussão entre duas ou mais interpretações possíveis não autoriza o favorecimento do hipossuficiente ante a inexistência de descumprimento do ônus probante. Não se está defendendo o conferir ao trabalhador o que não tenha provado ser seu de direito, pois, não se trata de dúvida probante até porque, se restar dúvida sobre a questão, é porque não houve prova robusta. Essa dúvida é quanto ao alcance da norma e regramentos existem para a interpretação mais favorável.

Wilma Nogueira Silva na mesma linha de Aldacy Coutinho, didaticamente aponta duas condições para a aplicação dessa regra que favorece o trabalhador: “a) existência de dúvida sobre o alcance da norma legal; b) não esteja em desacordo com a vontade do legislador”³⁹.

³⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Op. cit.*, p. 30-32.

³⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO Délio. *Op. cit.*, v. I, p. 144.

³⁸ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 73-74.

³⁹ SILVA, Wilma Nogueira Silva de A. V. da. *Op. cit.*, p. 677.

Quando houver mais de uma norma ou regra aplicável a uma determinada relação trabalhista, pelo princípio da norma mais favorável, a opção deverá contemplar aquela mais favorável ao trabalhador.

Essa norma “torna questionável a visão tradicional de que as normas de grau superior prevalecem sobre as inferiores. A lei seria uma espécie de piso, assegurando um mínimo de proteção, que não comporta reduções”, como entende Wilma Nogueira Silva ⁴⁰.

Amauri Mascaro Nascimento, por sua vez, defende:

Ao contrário do direito comum, em nosso direito existe várias normas sobre a mesma matéria, a pirâmide que entre elas se constitui terá no vértice, não a Constituição Federal, ou a lei federal, ou as convenções coletivas, ou o regulamento de empresa, de modo invariável e fixo. O vértice as pirâmide de hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador dentre as diferentes em vigor ⁴¹.

Na seara da condição contratual mais benéfica, tem-se que a condição mais vantajosa ao trabalhador prevalecerá em seu contrato de emprego.

Francisco Meton Marques de Lima entende que essa regra fundamenta-se em dois pontos básicos: “a – a modificação das normas trabalhistas não podem operar ‘in pejus’; b – o rebaixamento fere o direito adquirido, constitucionalmente protegido”⁴².

Para Wilma Nogueira Silva, a relevância desse princípio reside na preservação das conquistas dos empregados no transcurso do contrato de emprego, o que seria “uma espécie de direito adquirido dentro da dinâmica laboral” ⁴³.

O contrato de emprego tem como uma de suas características que o trato sucessivo perdura no tempo, preserva o presente e o futuro do trabalhador, sua continuidade acarreta a paz e a segurança social. Essa é a síntese do princípio da continuidade da relação de emprego.

A conquista da permanência no emprego a nível internacional concretizou-se na Convenção nº 158, da Organização Internacional do

⁴⁰ SILVA, Wilma Nogueira Silva de A. V. da. *Op. cit.*, p. 677.

⁴¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1977, p. 86.

⁴² LIMA, Francisco Meton Marques de. **Princípios de Direito do Trabalho na lei e jurisprudência**. São Paulo, LTr, 1994, p. 35.

⁴³ SILVA, Wilma Nogueira Silva de A. V. da. *Op.cit.*, p. 678.

Trabalho que veda a dispensa arbitrária, embora tenha sido derogada pelo Brasil. Na Consolidação das Leis do trabalho a referência se traduz na Súmula 212 do Tribunal Superior do Trabalho⁴⁴.

Para o princípio da primazia da realidade sobre a forma, a realidade da prestação de serviços é que determina sua existência. Talvez seja o ponto mais difícil de compreensão dos operadores do Direito Civil. Para o Direito do Trabalho a realidade vivida, acordada e vivenciada entre as partes é o que importa, o que escreveram ou entabularam em documentos influi de maneira irrelevante.

A verdade, além do documento, é o que se objetiva no Direito do Trabalho: busca-se a pactuação real que se sobrepõe à formal.

Também não se pode olvidar que a regra no Direito do Trabalho é a da inalterabilidade das condições contratuais, salvaguardando-se as que favorecem o empregado, que é a síntese do princípio da inalterabilidade das condições contratuais.

O princípio da integralidade e da intangibilidade salarial preserva a impenhorabilidade do salário, os descontos abusivos e assegura a posição privilegiada em caso de insolvência do empregador. Juntamente com a regra da intangibilidade salarial, tem-se o princípio da irredutibilidade salarial a qual somente é afetada em casos excepcionais e sob a tutela sindical.

O Direito do Trabalho proíbe qualquer forma de distinção ou critérios diferenciados para a admissão, o exercício de função ou salários, quer por motivo de sexo, de cor, de raça, de religião, de estado civil, de idade, ou outras critérios discriminatórios, bem como a distinção entre o trabalho técnico, intelectual ou manual, enunciados dispostos no princípio da não-discriminação.

A razoabilidade e a boa-fé também se fazem presentes principiologicamente para o Direito do Trabalho. A razoabilidade sugere o bom senso nas relações de convivência do homem. Para situações onde a norma não consegue chegar, ela deve ter uma solução razoável, dentro do bom

⁴⁴ TST Enunciado nº 212 - Res. 14/1985, DJ 19.09.1985.

Ônus da Prova - Término do Contrato de Trabalho - Princípio da Continuidade.

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

senso. É o princípio da proibição dos excessos que alcança o empregador e o trabalhador. Além da prestação pecuniária decorrente do trabalho, há um envolvimento entre os empregados, entre esses e o empregador, o que se constitui na vida em comunidade dentro da empresa onde trabalham. Assim, é necessário que exista confiança para gerar uma boa relação entre empregado e empregador.

Portanto, sem a divisão estanque ou autônoma entre Direito Individual e Coletivo existe o Direito do Trabalho como gênero da espécie Direito Coletivo e Individual. Mesmo para a espécie coletiva, o Princípio Protetor não pode ser renegado a menor grau de importância.

É certo que outros princípios específicos também norteiam as relações coletivas, a exemplo da autonomia coletiva privada que se abordará neste trabalho.

É fundamental lembrar que mesmo para as relações coletivas, não se pode esquecer os princípios específicos do Direito do Trabalho, sob pena de soterrar a verdadeira origem dos movimentos sindicais fundada na luta de classes, na mitigação das desigualdades sociais, na preservação e Irrenunciabilidade dos Direitos Fundamentais e na dignidade do trabalhador.

Para Wilma Nogueira Silva, o Princípio Protetor é o de maior importância no Direito do Trabalho e “tem como tarefa compensar o indesejável desequilíbrio existente entre o empregador e empregado, através de um conteúdo mínimo e irrenunciável ao contrato de trabalho”⁴⁵.

A irrenunciabilidade e a indisponibilidade de direitos, como regra do Direito do Trabalho, serão apresentadas a seguir.

⁴⁵ SILVA, Wilma Nogueira Silva de A. V. da. *Op. cit.*, p. 676.

3 IRRENUNCIABILIDADE E INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS

As árduas conquistas dos trabalhadores ao longo da história trouxeram a necessidade da intervenção estatal para garantir uma proteção mínima dos direitos conquistados, impondo limitações como já se viu nos Direitos Fundamentais Sociais e no princípio da proteção. Exemplos clássicos desta limitação estão estampadas nos Artigos 9º e 468º, da CLT como se discorreu no item antecedente.

Se a proposta do trabalho é tratar da inconstitucionalidade dos instrumentos coletivos que reduzem adicional de periculosidade, a premissa que se adota é da existência de uma limitação possível de composição nesses instrumentos coletivos.

O princípio da irrenunciabilidade de direitos é de importância crucial para o Direito do Trabalho, na medida em que está intrinsecamente relacionado ao Princípio Protetor.

A Irrenunciabilidade resulta de normas imperativas, de ordem pública, com a intervenção do Estado nas relações do trabalho. Esse princípio rege a vontade das partes, é a linha divisória entre a vontade do Estado e das partes, entre o renunciável e o irrenunciável, entre o disponível e o indisponível. De regra, impera no Direito do Trabalho, a Irrenunciabilidade de direitos.

A externalização dessa irrenunciabilidade se encontra no Artigo 9º da CLT ao cotejo com o Artigo 468º do mesmo diploma legal, Eles admitem a nulidade de atos praticados com intuito de fraudar, desvirtuar ou impedir a aplicação dos preceitos trabalhistas, mesmo que por mútuo consentimento dos sujeitos ativo e passivo da relação de emprego, e se desta resultar, de forma direta ou indireta prejuízos ao empregado, com a penalização de nulidade da cláusula infringente da garantia.

Para Plá Rodriguez “a renúncia equivale a um ato voluntário pelo qual uma pessoa se desliga de um direito reconhecido a seu favor e o abandona”⁴⁶.

Sergio Pinto Martins defende que a transação está vinculada a direitos incertos, portanto, passível de concessões, daí a expressa autorização legal

⁴⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Op. cit.*, p. 142.

para sua ocorrência. A transação é bilateral, e prescinde da *res dúbia*, mas não pode implicar em renúncia de direitos, que é unilateral. Como exemplo desse fato o autor cita a Súmula 276 do Tribunal Superior do Trabalho que aponta para a Irrenunciabilidade do aviso prévio. Enquanto a transação visa prevenir litígios e envolve direitos duvidosos, a renúncia volta-se à extinção de direitos⁴⁷.

Gustavo Garcia colaciona que para o princípio da Irrenunciabilidade não se admite “em tese, que o empregado renuncie, ou seja, abra mão dos direitos assegurados pelo sistema jurídico trabalhista, cujas normas são em sua grande maioria, de ordem pública”⁴⁸.

Essa limitação de renúncia pela prevalência das normas de ordem públicas no Direito do Trabalho vem ao encontro da indisponibilidade de direitos reconhecidos por Lei.

O Direito do Trabalho como define Sússekind

[...] se constitui, em grande parte, de preceitos de ordem pública' com regras de índole imperativa. Esta ordem vincula o Direito do Trabalho às suas garantias e seus princípios de um modo geral, no sentido da imperatividade da norma. Ao cotejo com estas regras imperativas, temos em princípio a observância da indisponibilidade dos preceitos de ordem pública.⁴⁹

Para Almeida, é inegável a ordem pública das regras básicas de proteção no Direito do Trabalho, e por isso são “imperativas e imposteráveis”⁵⁰.

Segundo Eduardo Damião Gonçalves

[...] para traçar o melhor controle das matérias indisponíveis, é necessário o recurso à noção de ordem pública. Essa noção, tão pouco explorada pela doutrina brasileira e passível de ser aplicada de modo indiscriminado, é de fato fundamental para auxiliar na solução da questão.⁵¹

Há no Direito do Trabalho regras de ordem pública e privada, com contornos no princípio da dignidade da pessoa humana e preceitos de ordem pública.

⁴⁷ MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.* 2010, p. 69.

⁴⁸ GARCIA, Gustavo *Op. cit.*, p. 77.

⁴⁹ SÚSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio. *Op. cit.*, p. 201.

⁵⁰ ALMEIDA, Amador Paes de. **CLT comentada**: legislação, doutrina, jurisprudência. 4ª ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 48.

⁵¹ GONÇALVES, Eduardo Damião. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.) **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007, p. 152.

Süssekind esclarece que,

[...] a ordem pública não se confunde, portanto, com o direito público, nem se constitui característico de suas regras; representa isto sim, elemento indispensável à eficácia da maioria das normas do Direito do Trabalho [...] a ordem pública, está diretamente relacionada ao Direito do Trabalho, as suas garantias e princípios de um modo geral, no sentido da imperatividade da norma⁵².

Sergio Pinto Martins define a divisão da indisponibilidade em absoluta ou relativa. Exemplifica a primeira com direitos concernentes à segurança e à medicina do trabalho, enquanto a segunda, refere-se a alterações desprovidas de prejuízo ao empregado ou aquelas que contêm autorização expressa constitucional, como por exemplo, a redução salarial disposta no Artigo 7º, Inciso VI, da Carta Constitucional.

Afirma o autor:

Direitos de indisponibilidade absoluta são, por exemplo, os direitos relativos à segurança e medicina do trabalho [...] direitos de indisponibilidade relativa são os que podem ser alterados desde que não causam prejuízo ao empregado (art. 468 da CLT) ou haja expressa autorização constitucional (reduzir salários – art. 7º, VI) ou legal (reduzir intervalo – par. 3º do art. 71 da CLT).⁵³

Já Tércio Roberto Peixoto Souza discorre que a valorização do trabalho humano “impõe a manutenção de condições mínimas de sobrevivência dos trabalhadores”.

No mesmo sentido de Pinto Martins, Souza afirma que “a vida e a saúde já são postos como limites intransponíveis”. Portanto, intransponíveis mesmo ao escopo da flexibilização, tema que será discutido neste trabalho.⁵⁴

Tepedino trata de forma bastante aprofundada a problematização quanto “insuficiência da dicotomia entre direito público e privado para a proteção dos direitos humanos”⁵⁵.

Para o autor supracitado a ordem constitucional se reflete nas relações privadas e públicas, e essa ordem elegeu a dignidade da pessoa humana

⁵² SÜSSEKIND, Arnaldo. A. *Op. cit.*, p. 201.

⁵³ MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, 2010, p. 70.

⁵⁴ SOUZA, Tércio Roberto Peixoto. Flexibilização trabalhista: entre o pleno emprego e o direito fundamental do trabalhador. **Revista de Direito do Trabalho**. MANRICH, Nelson (coord.) Editora Revista dos Tribunais, ano 34, nº 130, p. 270, abril/jun/2008.

⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo. **A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro**: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 154.

como seu viés mais importante.

Flávio Vidigal ao tratar dos limites da flexibilização no Acordo Coletivo, defende que a indisponibilidade dos direitos está diretamente vinculada a cláusulas atentatórias a “disposições legais mínimas de proteção ao trabalho”, defendendo que elas não estariam autorizadas pela Constituição de 1988, portanto indisponíveis.⁵⁶

Ainda neste trabalho, em capítulo próprio, se refletirá sobre os limites da flexibilização.

Süssekind também aponta um limite mínimo indisponível na seara trabalhista:

Nas relações de trabalho, ao lado do conteúdo contratual, que é livremente preenchido pelo ajuste expresso ou tácito entre as partes interessadas, prevalece, assim, o conteúdo institucional, ditado pelas normas jurídicas de caráter imperativo (leis, convenções coletivas, sentenças normativas etc.).⁵⁷

O mesmo autor explana que essas normas jurídicas de caráter imperativo, trazem consigo o que chama de efeitos infringentes do preceito normativo:

De nada valerá a estipulação do salário abaixo do mínimo legal ou de uma jornada de trabalho acima do número de horas estabelecido como máximo pela norma jurídica aplicável, uma vez que a regra imperativa correspondente terá plena eficácia, independentemente do ajuste que a infringiu.

Disponibilidade das normas de Direito do Trabalho, portanto deve ser vista como exceção, estando condicionada a um paradigma que é a norma mais favorável, ao princípio da proteção, a não imperatividade e certamente, à autorização expressa, como é o caso da flexibilização disposta no texto constitucional.

Tal esclarecimento parece óbvio, porém em muitas situações essas questões geram dúvidas e podem provocar nulidade no Poder Judiciário

⁵⁶ VIDIGAL, Flávio Salem. Limites à flexibilização na convenção coletiva e nos acordos coletivos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista do TRT- 3ª R.**, Belo Horizonte, 25 (54): 5-6, p. 219, jul.94/jun.95.

⁵⁷ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio. *Op. cit.*, p. 202 e 2003

Trabalhista, a exemplo da Orientação Jurisprudencial 307 do Tribunal Superior do Trabalho⁵⁸ e Orientação Jurisprudencial 342 da mesma Corte.⁵⁹

Yoshida clarifica que a indisponibilidade no Direito do Trabalho, como em qualquer outro ramo do Direito, deve ser analisada de forma cuidadosa “[...] dentro do amplo contexto da dogmática jurídica e dos institutos que lhe pertinem, direta ou indiretamente, bem como com o tratamento que a legislação material e processual lhes confere”⁶⁰.

O mesmo autor complementa que,

A questão da renúncia de direitos com a assistência dos sindicatos dos trabalhadores, que pode inclusive ser formalizada por acordo ou convenção coletiva de trabalho, merece melhor reflexão, pois teria ela, em princípio, o condão de eliminar eventual vício de manifestação de vontade do hipossuficiente decorrente de coação.⁶¹

O novo olhar que transmuda a disponibilidade dos Direitos Trabalhistas, chamado de flexibilização, é para Calheiros Bomfim, uma verdadeira “desconstitucionalização dos direitos do trabalhador”⁶².

Se a liberdade de trabalho, a proteção, a indisponibilidade e a Irrenunciabilidade são alguns dos alicerces do Direito do Trabalho, estes temas flexibilizados, são o prenúncio dos limites da inconstitucionalidade.

Dessa forma, antevendo as discussões calorosas traçadas no tema flexibilização em matéria coletiva, em momento algum se dispõe a não valorar as formações e representações sindicais, o que seria até pueril.

⁵⁸ OJ-SDI1-307 INTERVALO INTRAJORNADA (PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO). NÃO CONCESSÃO OU CONCESSÃO PARCIAL. LEI Nº 8.923/1994. DJ 11.08.03 Após a edição da Lei nº 8.923/1994, a não-concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

⁵⁹ OJ-SDI1-342 INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. EXCEÇÃO AOS CONDUTORES DE VEÍCULOS RODOVIÁRIOS, EMPREGADOS EM EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO (alterada em decorrência do julgamento do processo TST IUJ-EEDEDRR 1226/2005-005-24-00.1). Res. 159/2009, DJe, divulgado em 23,24e25.11.2009 I - 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 Constituição de 1988), infenso à negociação coletiva.

⁶⁰ YOSHIDA, Márcio. **Arbitragem trabalhista**. Um novo horizonte para a solução dos conflitos laborais. São Paulo: LTr, 2006, p.80-81.

⁶¹ YOSHIDA, Márcio. *Ibid.*, p. 80-81-88.

⁶² BOMFIM, Benedito Calheiros. Da flexibilização a desregulamentação. Synthesis - **Direito do Trabalho Material e Processual**. São Paulo, 1999, p. 29.

Valorar os movimentos sindicais significa reconhecer a luta de classes e a evolução do Direito do Trabalho, como se verá no capítulo seguinte.

4 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO MOVIMENTO SINDICAL

A valoração do movimento sindical encontra-se na sua origem, nas associações de trabalhadores após a Revolução Industrial e o desaparecimento das Corporações de Ofício.

Nesse sentido, Sergio Pinto Martins reforça a ideia de que a raiz dos movimentos sindicais era o órgão de luta de classes voltado à reivindicação por melhores condições de trabalho.⁶³

Para este estudioso, o berço do sindicalismo está na Inglaterra de 1720, quando associações reivindicavam a redução da jornada de trabalho, melhores salários e condições de trabalho. Como consequência estabeleceu-se então, um período de tolerância dos sindicatos, culminando com a revogação de sua proibição formal, em 1824. Todavia, sem o reconhecimento das *trade unions*, como embrião do movimento sindical, o que somente se tornou possível em 1806, e em Manchester, no ano de 1830.

Na França, de acordo com o mesmo autor, a Lei “Le Chapellier” (17-7-1791) caracterizou-se por proibir tomadas de decisão de grupos unidos profissionalmente e dispostos a lutar por seus interesses. Essas uniões profissionais e de interesse da classe representada somente foi possível, sem a autorização governamental, em 21.03.1884, com a Lei “Waldeck-Rousseau”. Martins também explica que o Código de Napoleão (1810) proibia associação de trabalhadores até 1884. Na Alemanha, pela primeira vez, pela Constituição de Weimar, 1919, admitiu-se o direito de associação, abordando as matérias trabalhistas individual e coletiva.

No sistema fascista italiano, ainda destaca Martins, os interesses estatais limitavam os movimentos sindicais, mas não proibiam expressamente sua criação.

A Carta de Lavoro, em 1927, deixava livre a associação sindical ou profissional de categorias, sem personalidade jurídica e organizada pelo Estado, com representação paritária. A associação era voluntária, no entanto,

⁶³ MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, 2010, p. 706-707.

o enquadramento sindical era prévio e obrigatório. Havia unicidade para o reconhecimento formal sindical, mas, com a existência de mais de um sindicato na mesma base territorial.

Martins exemplifica essa livre associação ao se referir à constitucionalização da liberdade sindical na França, em 1946 e à Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948. Ela reconheceu o direito de ingresso em sindicato e a OIT, com a Convenção nº 87 do mesmo ano, que regra a livre sindicalização sem intervenção estatal.⁶⁴

Bobbio conceitua sindicato como “ação coletiva para proteger e melhorar o próprio nível de vida por parte de indivíduos que vendem a sua força de trabalho”, afirmando a complexidade e contradição dessa instituição.⁶⁵

Justifica a afirmativa de contradição ao trazer como finalidade precípua proteger o indivíduo do capitalismo. Sob o ponto de vista mais simplificado, há uma contrariedade em tal afirmação, na medida em que o homem também é erigido à condição de trabalhador devido ao próprio capitalismo.

No entanto, precisa-se reconhecer que o sindicalismo permitiu uma maior integração do trabalhador com a sociedade. Também, o associacionismo proletário não pode ser mencionado sem se referenciar a contribuição do Marxismo. Marx foi um dos precursores do idealismo sindical. Essa postura se deve ao condão valorativo que Marx atribuía à força de trabalho, na medida em que o trabalho era “ato de autocriação do homem”, que se realizava e se transformava através do labor.⁶⁶

Ao considerar a contribuição de Marx e a historicidade sindical, afirma que confiar “no desenvolvimento intelectual da classe operária, tal qual este tinha necessariamente que resultar da unidade de ação e da discussão”, mas, a submissão e alienação do operário frente à força destruidora do capitalismo é em síntese a própria autodestruição.⁶⁷

A proposta de Marx era emancipar a classe operária pela sua força laborativa não alienada.

⁶⁴ MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, p. 708.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília, 2008, p. 1150.

⁶⁶ MARX, Karl. **O capital**. Vol. I. Chicago: Charles H. Kerr e Co.: 1906, p. 197-198.

⁶⁷ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista 1948**. Porto Alegre: L&PM, 2002, p. 16.

Em relação aos pilares extraídos de Marx, no que tange à formação e à criação do movimento sindical, é certo que os ideais de Marx evoluíram, servindo como base informativa referencial. Contudo, não conclusiva, pois, as desigualdades nas relações de trabalho e de emprego ainda perduram com complexidade.

Entretanto, é necessário lembrar a efetiva contribuição de Marx na valorização do trabalhador frente ao capitalismo desenfreado, esmagador da dignidade, que se estendia por toda a Europa, convocando a classe operária a se mobilizar pela emancipação sociolaborativa.

Portanto, não se pode perder o foco da origem dos sindicatos, na proteção à classe trabalhadora, com lutas por melhores condições de trabalho, de segurança, de salário, de vida e dignidade do trabalhador, em todo o mundo. Nesse contexto, as guerras, as opressões e as indignidades, desproviavam os empregados de seus direitos. Ao contrário, só tinham obrigações, como trabalhar e produzir, sem qualquer garantia, como ocorreu na Crise de 29, e como infelizmente, com a globalização e a crise econômica mundial, essa situação é passível de repetição.

Um retorno histórico às Constituições brasileiras que antecederam a de 1988 denotam situações díspares, às vezes, opressão, outras vezes, liberdade ampla sindical; em algumas épocas, unicidade sindical, em outras, pluralidade.

A Constituição de 1824, por exemplo, permitia associações religiosas e políticas e abolia as Corporações de Ofício, com seus Mestres, Companheiros e Aprendizes. Era a época do chamado anarcosindicalismo, que Amauri Mascaro Nascimento define como primeira fase do sindicalismo, que trazia em seu bojo a ideia do sindicalismo revolucionário, contrário ao Estado, à autoridade e domínio das leis.⁶⁸

Com a Carta de 1891, ainda sob a influência dos Estados Unidos, não se previa nenhuma citação sobre sindicato, em que pese o entendimento dos Tribunais de que a liberdade de associação garantia também a sindicalização e a greve.

⁶⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 1032.

Em 1903, com o Decreto Lei nº 979, houve a autorização para a formação de sindicatos rurais. Posteriormente, o Decreto Lei nº 1.637/1907 autorizou a formação de outros sindicatos, inclusive para profissões liberais.

Com o Decreto nº. 19.770/1931, o Governo Provisório disciplinou os sindicatos. Entrando, o movimento sindical, na sua segunda fase, a intervencionista, “chamando o sindicato para junto do Estado, tirando-o da penumbra da vida privada em que vivia para as responsabilidades da vida pública”.⁶⁹

Com a Constituição de 1934, adotou-se no País o pluralismo sindical, com base na Encíclica *Rerum Novarum* de 1891, com linhas de absoluta liberdade das coalizões e das associações de trabalhadores e de empregadores.

Todavia, essa pluralidade, também foi eivada de frustração na medida em que o Decreto Lei nº. 24.694/34, promulgado por Getúlio Vargas, às vésperas da promulgação da Constituição, a pluralidade sindical foi condicionada à exigência de um terço do grupo de trabalhadores para a formação sindical.

Mesmo assim, Nascimento defende que a partir de 1934, mesmo sem grandes modificações ou evoluções, as Constituições brasileiras seguintes, mantiveram certa “tradição”, incluindo normas sobre direito sindical em seus regramentos.⁷⁰

Em 1934, reconheceu-se a validade das Convenções Coletivas de Trabalho. Já a Constituição do Estado Novo, de 1937, afastando a pluralidade sindical, incrementou a unicidade, ao sindicato único, vinculado ao Poder Público, o que para muitos, atrelou o movimento sindical e seus representantes a meros instrumentos da política governamental

Em 1943, com a CLT, ainda prevaleceu a unicidade sindical, não consagrando a autonomia, na medida em que vinculava os sindicatos e sua formação a uma base territorial e ao Ministério do Trabalho, com competência para aprovação de estatutos e carecendo destes órgãos para seu reconhecimento oficial, fiscalizando sua administração, inclusive com controle dos órgãos diretores.

⁶⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascavo. *Op. cit.*, p.1033.

⁷⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascavo. *Ibid.*, p. 1030.

Com a Constituição de 1946 veio a positivação do exercício das associações profissionais, tanto as corporativas quanto as sindicais.

A Constituição de 1967, mesmo com a modificação introduzida em 1969, não trouxe grandes avanços com relação à Carta anterior embora se tenha avançado na questão do voto obrigatório nas eleições sindicais, delegando aos sindicatos poder de arrecadar contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas.

Os movimentos sindicais, ao longo da evolução política e normativa do País, não se mantiveram estanques, passando por transformações inclusive nas previsões Constitucionais evolutivas.

A fase intervencionista do sistema sindical brasileiro foi rompida com a Constituição de 1988, afastando o Estado da intervenção administrativa sindical tanto quanto possível. Entretanto, ainda se vive sob o mando da unicidade sindical, que se caracteriza como a fase do sindicalismo autônomo.

Como toda constituição democrática, a Constituição de 1988 separou os Direitos Individuais dos Direitos Sociais, traduzindo-as na liberdade sindical. Mas, ao passo em que reconhece a autonomia sindical e seus instrumentos coletivos, limita a atuação dessas entidades, como se denota nos Artigos 7º e 8º da Constituição.

Para elucidar o tema, transcreve-se abaixo, os Artigos 7º e 8º, da Constituição que dispõe especificamente sobre a questão:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; [...]

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

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

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.

O Art. 8º, da Constituição legitima os sindicatos na proteção de sua categoria, “III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

O reconhecimento Constitucional de existência da liberdade e autonomia sindical está, portanto, atrelado à defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (Art. 8º, Inciso III, da Constituição).

A defesa de interesses da categoria econômica, em princípio significa perpetuar direitos já reconhecidos e ampliá-los, inclusive quanto às garantias mínimas já consagradas na Constituição.

A ordem não interventiva estatal para com os sindicatos e o reconhecimento de sua autonomia, não desautoriza um olhar estatal. Como declina Novais “a perspectiva material do Estado de Direito liberal assenta, portanto, não só a limitação da forma de agir do Estado, mas sobretudo, na limitação do seu próprio querer por valores cuja realização só pode ser garantida com a instauração de uma nova ordem”⁷¹.

Essa nova ordem que permeia o Estado, “deve, na medida comportada pelas circunstâncias objectivas, procurar garantir: os serviços e os sistemas essenciais ao desenvolvimento das relações sociais na complexidade da sociedade actual (...) no objectivo da prossecução da justiça social, a via para a integração das camadas até então marginalizadas”⁷².

Essa autonomia do movimento sindical e sua constitucionalização remete a uma conceituação do Direito Coletivo do Trabalho, ao estudo dos princípios das relações coletivas de trabalho e seus instrumentos de exteriorização, com as Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho.

Assim, o Direito Coletivo do Trabalho não é um ramo autônomo ou equidistante do Direito Individual do Trabalho, porém, ambos são espécie do gênero Direito do Trabalho.

Sergio Pinto Martins chama o Direito Coletivo de um “segmento” do Direito do Trabalho, que não “trata de regular todas as situações da sociedade, mas apenas aquelas regras coletivas que serão observadas em decorrência do contrato individual do trabalho e a organização sindical”. Define, no entanto, o Direito Coletivo como “um segmento do Direito do Trabalho encarregado de tratar da organização sindical, da negociação coletiva, dos contratos coletivos,

⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 102.

⁷² NOVAIS, Jorge Reis. *Ibid.*, p.195-196.

da representação dos trabalhadores e da greve”. Ainda afirma que “não deixa o direito coletivo do Trabalho de ser um instrumento para a melhoria das condições de trabalho do empregado, como ocorre com os demais ramos da matéria em estudo.”⁷³

Nascimento conceitua esse ramo do direito como “ramo do Direito do Trabalho que tem por objeto o estudo das normas e das relações jurídicas que dão forma ao modelo sindical”⁷⁴.

Traçando uma distinção entre Direito Individual e Coletivo, para Delgado, o Direito Individual é o ramo que “trata da regulação do contrato de emprego, fixando direitos, obrigações e deveres das partes. Trata, também, por exceção, de outras relações laborativas especificamente determinadas em lei”⁷⁵.

Já o Direito Coletivo se refere às relações “inerentes à chamada autonomia privada coletiva, ou seja relações entre organizações coletivas de empregados e empregadores e/ou entre organizações obreiras e empregadores diretamente, a par das demais relações surgidas na dinâmica da representação e atuação coletiva dos trabalhadores”⁷⁶.

Delgado ainda apresenta duas funções do Direito Coletivo: finalística e teleológica. Para a função finalística o Direito Coletivo segue regras e princípios específicos para um fim também determinado.

A função teleológica, por sua vez, é da maior importância para esse trabalho, segundo defende o mesmo autor:

Nas formações socioeconômicas centrais, a legislação trabalhista, desde seu nascimento cumpriu o relevante papel de generalizar ao conjunto do mercado de trabalho aquelas condutas e direitos alcançados pelos trabalhadores nos segmentos mais avançados da economia, impondo, desse modo, a partir do setor mais moderno e dinâmico da economia, condições mais modernas, ágeis e civilizadas de gestão da força de trabalho.

Essas condições ágeis, modernas e civilizadas para a gestão do trabalho valorizam e trazem melhorias nas relações de emprego.

⁷³ MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, p. 705-706.

⁷⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 1284.

⁷⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed.. São Paulo: LTr, 2007, p.1279.

⁷⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Id.*, p.1279.

Nem sempre as relações de emprego, mesmo sob o manto coletivo, desenvolvem-se com normalidade e harmonia. Ao contrário, muitas vezes, produzem-se perturbações, que resultam em conflitos. É natural que se busque a harmonização. Se num primeiro momento travaram-se duelos e combates, posteriormente, voltam-se às negociações, nas mais diversas formas de solução de conflitos.

Os instrumentos coletivos, apesar de sua limitação gerada pelos princípios, regras e institutos fundamentais do Direito do Trabalho buscam a melhoria na condição de vida dos empregados e a harmonização entre seus sujeitos. Contudo, essa limitação nas negociações coletivas objetiva a harmonização nos planos juscoletivos e jusindividuais.

Delgado define o “princípio da adequação setorial negociada”:

Por esse princípio, as regras autônomas juscoletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalista, quanto à comunidade profissional e econômica envolvida, desde que implementem padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável, ou desde que transacionem setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não indisponibilidade absoluta)⁷⁷.

Para esse autor, portanto, ao se tratar de negociações parciais e de indisponibilidade relativa, que não atingem a integralidade da negociação, nada há que afronte o princípio da indisponibilidade, quando respeitadas as limitações constitucionalmente impostas. Nada haverá de irregular.

Exemplifica com a redução salarial ou negociações afetas à jornada laboral dispostas no Artigo 7º, da Carta Constitucional:

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.

⁷⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, 2007, p.1322.

Dessas negociações podem surgir frequentemente, Acordos Coletivos e Convenções Coletivas, efetivos instrumentos de representação democrática como se apresentará no próximo capítulo.

5 REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA DAS CONVENÇÕES E DOS ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO

A Constituição de 1988 reconheceu os instrumentos coletivos, entre eles, as Convenções e os Acordos Coletivos, muitas vezes, efetivos instrumentos democráticos de representação.

A conceituação se localiza no Art. 611, *caput* e § 1º da CLT:

Art. 611. Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais do trabalho.

§ 1.º é facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordo 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.

Esses instrumentos coletivos dispõem de três tipos de cláusulas: obrigacionais, normativas e normativas de adaptação.

Cláusulas normativas - criam direitos e obrigações para empregados e empregadores representados.

Cláusulas obrigacionais - obrigam as pessoas jurídicas que celebram o contrato.

Cláusula normativa de adaptação - substituir a cláusula inviável (impossível de cumprir) por outra vantagem, num processo de livre negociação. (assistido pelo sindicato - art. 8º, VI da CF).

Portanto, essas negociações coletivas tornam o ambiente de autocomposição democrático, objetivando a salvaguarda dos direitos daquela categoria representada.

A pacificação social das negociações coletivas decorrente é prerrogativa sindical, que busca a defesa dos interesses de seus representados. Nesse viés, a Constituição procura preservar e ampliar a atuação das entidades sindicais.

Para Bobbio, a Democracia é um conjunto de regras definidoras inclusive dos agentes autorizados a tomar decisões coletivas. São necessários três elementos para a efetivação da Democracia: primeiro, elevado número de cidadãos; segundo, as regras para a tomada das decisões e, terceiro, os

chamados a decidir precisam garantir os direitos e as liberdades. O Estado exerce esses poderes “dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos invioláveis do indivíduo”⁷⁸.

Instrumentos sindicais, como Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho, são a princípio, instrumentos democráticos, ao cotejo com a definição de Democracia Representativa e não, de Democracia Direta.

Ao eleger seus representantes sindicais, os empregados, em tese, exteriorizam a sua vontade democraticamente. Essa representatividade democrática repise-se, deve procurar garantir os “serviços e os sistemas essenciais ao desenvolvimento das relações sociais na complexidade da sociedade actual’ buscando na justiça social, a via para a integração das camadas até então marginalizadas”^{79 80}.

Nada mais razoável que essa Democracia se faça pelos representantes da coletividade.

Para Simone Fabre Goyard, a vontade do povo é a fonte do poder, justificando que, se antes as democracias eram diretas, agora, são por meio de seus representantes.⁸¹

Com a Democracia Representativa tem-se a ideia de governantes, com mandato autorizado pelos governados, governar em nome de quem os elegeram. Formam, o que Simone Fabre Goyard chama de, “axiomas fundamentais da democracia”, em relação à limitação do governante estar subordinada à vontade do governado, como “se cada um deles representasse não seus eleitores em particular, mas a nação inteira.”⁸²

Reportando esses ensinamentos à estrutura sindical, o representante daquela categoria econômica e profissional, tem em seu mandato, uma Democracia Representativa, onde não somente os que o elegeram serão atingidos pelos instrumentos coletivos, como também toda a coletividade (econômica ou profissional) representada naquela gestão. No entanto, são sempre limitados pela moldura constitucional de defesa dos direitos e

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução Marco Antonio Corrêa. 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, p. 32.

⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 195-196.

⁸⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Ibid.*, p. 192.

⁸¹ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 46.

⁸² GOYARD-FABRE Simone. *Ibid.*, p. 127-129.

interesses coletivos ou individuais da categoria, como dispõe o Art. 8^a da Carta Constitucional.

No plano formal, a democratização do instrumento coletivo, está prevista no Artigo 612 da CLT e seguintes, onde consta que para sua validação, obrigatoriamente, terá que ser precedido de Assembleia Geral no sindicato, especialmente convocada para essa finalidade e em fiel cumprimento aos estatutos da organização sindical. O referido Artigo da Consolidação das Leis do Trabalho, ordena ainda, que para aprovação e validade do instrumento coletivo, deverá contar com a presença mínima de 2/3 dos associados da entidade, em primeira convocação quando se tratar de Convenção Coletiva e 1/3, na segunda convocação. E, em caso de Acordos Coletivos, valem as mesmas regras e presença mínima, todavia nesse caso, os sujeitos são os interessados no instrumento coletivo, chamado de Acordo Coletivo de Trabalho.

Portanto, embora a gestão sindical seja efetivamente uma Democracia Representativa e seus instrumentos - Convenções e Acordos Coletivos - representem a exteriorização dessa democracia, ao menos no plano formal, no plano material, nem sempre se observa esse mesmo alcance.

Canotilho afirma que,

[...] a representação democrática, constitucionalmente conformada, não se reduz, porém a uma simples delegação de vontade do povo. A força (legitimidade e legitimação) do órgão representativo assenta também no conteúdo dos seus actos, pois só quando os cidadãos (povo), para além das suas diferenças e concepções políticas, se podem reencontrar nos actos dos representantes em virtude do conteúdo justo destes actos, é possível afirmar a existência e a realização de uma representação democrática material⁸³.

Cita, ainda, Canotilho que “a questão das imposições constitucionais não é apenas um problema de execução oportuna ou inoportuna de ordens legiferantes, mas também um problema de cumprimento global da constituição”⁸⁴.

Por conseguinte, não há como se conceber materialmente Acordos Coletivos e Convenções Coletivas como instrumento democrático que, em

⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2^a ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 282- 283.

⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: [s.n.], 1994, p. 256.

detrimento ao Art. 8º da Constituição de 1988, refogem da moldura mínima de proteção dos empregados, dispondo contrariamente aos direitos, interesses coletivos ou individuais da categoria.

Somente quando os instrumentos coletivos, quer sob a forma de Convenções ou Acordos Coletivos, forem a representação da vontade coletiva, na moldura da garantia de direitos sociais mínimos de proteção e perseguindo a proeminência dos princípios fundamentais, é que haverá o cumprimento global da constituição. Então, estar-se-á diante da efetiva representação democrática material e formal. Para isto, seu conteúdo não poderá dispor de normas de ordem pública, indisponíveis e que tratem da saúde e segurança do trabalhador.

O poder emana do povo, e o Estado pelas normas gerais e abstratas tem a pretensão de atingir seus jurisdicionados. Daí a necessidade da perfeita sintonia com os princípios constitucionais, na medida em que outros entes reconhecidos pelo Estado têm sua função delegada de participar dessa ordem jurídica.

A normatividade dos princípios, especialmente dos princípios constitucionais, é tratada por Luís Roberto Barroso. Ele ressalta a ascensão dos princípios constitucionais, lembra da ausência de hierarquia entre princípios e regras constitucionais e destaca três modalidades de eficácia dos princípios: direta, interpretativa e negativa.

Para Barroso, na eficácia direta, chamada de positiva ou simétrica, “o princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra, pelo enquadramento do fato relevante na proposição jurídica nele contida. Muito comumente, um princípio constitucional servirá de fundamento para a edição de uma regra legal”. Já na eficácia interpretativa “o sentido e alcance das normas jurídicas em geral deve ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados nos princípios constitucionais”. Finalmente, para a eficácia negativa “a paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em contrariedade com o princípio constitucional em questão”⁸⁵.

Para o mesmo autor,

⁸⁵ BARROSO, Luís Robert Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 318-320.

[...] os princípios jurídicos, especialmente os de natureza constitucional, viveram um vertiginoso processo de ascensão, que os levou de fonte subsidiária do Direito, nas hipóteses de lacuna legal, ao centro do sistema jurídico. No ambiente pós-positivista de reaproximação entre o Direito e a Ética, os princípios constitucionais se transformam na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico⁸⁶.

Garcia se expressa, “a primeira função dos princípios é a de integração do ordenamento Jurídico, a segunda, é a interpretação, orientando o juiz e o aplicador ou intérprete das normas jurídicas quanto ao real sentido e alcance destas”⁸⁷.

Essa proeminência dos princípios na atualidade, há que ser vista e revista aos olhos da harmonia dos princípios constitucionais e submissão às regras jurídicas que harmoniosamente se entrelaçam tecnicamente às regras constitucionais. Nessa participação harmônica, é de vital importância a representação sindical.

Primeiramente, convém lembrar que não se pode tratar de maneira estanque o Direito Coletivo e o Direito Individual do Trabalho, pois são ramos que se emaranham e são apenas divisões formais de um grande ramo, chamado Direito do Trabalho.

Delgado esclarece que Direito Coletivo e Direito Individual são partes integrantes de uma mesma realidade jurídica que é o Direito do Trabalho.⁸⁸

Assim, não se pode falar em princípios do Direito Coletivo e negligenciar o Princípio Vetor do Direito do Trabalho que é a proteção, quer do empregado individualmente considerado, quer em sua representação coletiva. Em referência ao fato do sindicato precipuamente deter a função de defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, não se pode olvidar que os princípios específicos que regem o Direito do Trabalho possuem vital importância nas relações coletivas.

Todavia Delgado, na mesma obra, admite o Direito Coletivo do Trabalho como ramo jurídico especializado, com princípios e regras próprias que se integram e entrelaçam entre si para salvaguardar a noção de ser

⁸⁶ BARROSO, Luís Robert Barroso. *Op. cit.*, p. 317.

⁸⁷ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 72.

⁸⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito Coletivo do trabalho e seus princípios informadores. Trabalho & Doutrina*, São Paulo, nº 27, p. 80-108, dez./2002.

coletivo em torno de suas prerrogativas e papéis assumidos nessa relação coletiva, considerando seus sujeitos e os interesses que representam.⁸⁹

Rosita Nassar reconhece a negociação coletiva como um dos maiores palcos da Democracia na regulação das condições de trabalho. Todavia, afirma que essas negociações não podem estar somente ao arbítrio das partes, valorando assim os princípios, principalmente, o da boa-fé já tratado neste trabalho no discurso dos princípios específicos do Direito do Trabalho.⁹⁰

Nassar define esse princípio sob o enfoque coletivo, como “uma série de atitude cuja finalidade é propiciar que o acordo ou convenção não venham a cristalizar apenas os interesses de uma das partes, sobretudo os da mais forte economicamente”⁹¹.

Assim como não se pode violar o princípio da boa fé, é vedado se olvidar do Princípio Protetor nas relações coletivas, como já se discorreu nesta pesquisa, sob pena inclusive, de apontá-las como uma inconstitucionalidade.

Evidentemente, as relações coletivas possuem princípios próprios, não no sentido de aniquilar o Princípio Protetor e as regras de indisponibilidade e de Irrenunciabilidade de direitos, mas no viés de nortear essas relações, como a seguir se debaterá.

⁸⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, 2002, p. 83.

⁹⁰ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. A legitimidade do sindicato e boa-fé negocial: pressupostos da flexibilização do Direito do Trabalho. **LTr - Suplemento Trabalhista**, São Paulo, v. 32, nº. 101, p. 587, 1996.

⁹¹ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. *Ibid.*, p. 588.

6 A TIPOLOGIA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO E SUAS TRÊS VARIAÇÕES

Ao tratar especificamente, da tipologia dos princípios do Direito do Trabalho, Delgado apresenta a classificação sob o enfoque de três divisões que variam segundo a matéria, o objetivo e o grupo.⁹²

Destaca que a primeira variação, segundo a matéria, trata de relações “entre os seres coletivos obreiros e empresariais, no contexto da negociação coletiva” e moldam as relações grupais, traçam parâmetros e delegam poderes nessas negociações. Nesse item se situam os princípios da interveniência sindical na normatização coletiva, o da equivalência dos contratantes coletivos e o da lealdade e transparência nas negociações coletivas.

Para o mesmo autor o “princípio da interveniência sindical na normatização coletiva”[...] é um [...] “verdadeiro princípio de resistência trabalhista”. Nessa situação, os particulares criam somente cláusulas contratuais (em princípio de criação democrática) que se sujeitam à nulidade, pelo poder judiciário trabalhista como nos casos preconizados pelos Arts. 9º e 468⁹³, ambos da CLT e princípio da indisponibilidade e Irrenunciabilidade, já dispostos neste trabalho. Cabem somente às entidades sindicais as negociações coletivas trabalhistas. A validade do “processo negocial coletivo se submete à necessária intervenção do ser coletivo institucionalizado obreiro – no caso brasileiro, o sindicato”⁹⁴.

Esse princípio é contemplado pela Carta Constitucional, no Artigo 8º, Incisos III e VI:

⁹² DELGADO Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p.1303.

⁹³ 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.

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.

Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

⁹⁴ DELGADO Mauricio Godinho. *Ibid.*, p.1304

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive questões judiciais ou administrativas; (...)
VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

O Princípio da Autonomia Coletiva privada passa obrigatoriamente, pelas entidades sindicais. Devido ao seu grau de importância, refletir-se-á sobre esse princípio em um capítulo específico.

Delgado⁹⁵, ao discorrer sobre o Princípio da Equivalência dos Contratantes Coletivos, esclarece que a natureza coletiva faz parte da condição do empregador, que não é visto isoladamente como o empregado, mas sob o enfoque do Direito Coletivo, onde, empregado e empregador têm a mesma natureza, a de seres coletivos. A forma coletiva dos empregados surge com a institucionalização, e, de seus entes associativos, por meio dos sindicatos.

Esses dois seres coletivos contrapostos têm seus poderes de pressão, de persuasão, enfim, de negociação. As prerrogativas, como a estabilidade do dirigente sindical e a de atuação do sindicato já discutidas neste trabalho, ou mesmo, o mecanismo da greve, conferem certa redução das disparidades de posições entre os entes coletivos dos empregados e os empregadores. Esse fato proporciona um tratamento coletivo mais equânime e equilibrado entre as partes envolvidas, que para Delgado, justifica a minimização do protecionismo intervencionista do Direito Individual do Trabalho.

Mas, na mesma obra, Delgado salienta que “mais de dez anos após a carta de 1988, ainda não se completou a transição para um Dissídio Coletivo pleno, equânime e eficaz-assecuratório de real equivalência entre os contratantes coletivos trabalhistas”. Para tanto, exemplifica as constantes discussões sobre as extensões de estabilidades sindicais por além dos restritos sete diretores e três conselheiros fiscais eleitos, como consta do Art. 522, da CLT.⁹⁶

Para o Princípio da Lealdade e da Transparência na negociação coletiva, Delgado argumenta que das negociações coletivas resultam normas, e não cláusulas contratuais. A lealdade e transparência nessas negociações é premissa do desenvolvimento democrático do próprio processo negocial

⁹⁵ DELGADO Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p.1303.

⁹⁶ Art. 522. A administração do sindicato será exercida por uma diretoria constituída no máximo de sete e no mínimo de três membros e de um Conselho Fiscal composto de três membros, eleitos esses órgãos pela Assembleia Geral.

estando atrelado à equivalência, ao menos teórica, dos sujeitos da relação coletiva de trabalho.⁹⁷

Delgado assevera que “não se pode aqui, de regra geral, invocar o princípio tutelar (próprio do direito individual) para negar validade a certo dispositivo ou diploma anteriormente celebrado na negociação coletiva – as partes são teoricamente equivalentes (ao contrário do que ocorre no ramo justralhista individual)⁹⁸”.

Todavia, pontua-se neste trabalho a discordância dessa afirmativa sob o fundamento de que o Princípio Vetor do Direito do Trabalho, a protetividade, não deve ser dissociado das relações coletivas de trabalho, afinal o Direito Coletivo não é ramo dividido e distante, mas, apenas uma espécie desse grande gênero que é o Direito do Trabalho.

Também o discurso constitucional, no Artigo 8º, Inciso III, dispõe: “III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive questões judiciais ou administrativas”.

A segunda variação, discutida por Delgado, tem seu vetor no objeto enfocado, que são “conjuntos de princípios que tratam das relações e efeitos perante o universo e comunidades jurídicas das normas produzidas pelos contratantes coletivos”. Aqui, estão os princípios da criatividade jurídica da negociação coletiva e o princípio da adequação setorial negociada.

Delgado continua discorrendo e assegura que esses princípios sintetizam o “potencial criativo das normas provindas da negociação coletiva e seu relacionamento hierárquico com o estuário heterônomo do Direito do Trabalho”. Além disso, fixam validade e extensão das normas coletivas, tratam da relação e efeito produzido pelas normas coletivas e pelas normas tradicionais do Direito Individual do Trabalho.

Reafirma-se que as negociações coletivas produzem normas e não cláusulas contratuais porque as primeiras, não aderem permanentemente à relação jurídica, diferentemente, das cláusulas contratuais que se sujeitam a efeitos permanentes nos contratos de emprego. Aquelas, diferentemente destas, tem poder revocatório.

⁹⁷ DELGADO Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p.1304-1305.

⁹⁸ DELGADO Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p.1305-1306.

Para o princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva, Delgado ainda dita que “os processos negociais coletivos e seus instrumentos (contrato coletivo, acordo coletivo e convenção coletiva do trabalho) tem real poder de criar norma jurídica (com qualidades, prerrogativas e efeitos próprios a estas)”.

A terceira e última variação apontada por Delgado⁹⁹ tem seu vértice na classificação segundo o grupo, conceituando como princípios “assecuratórios das condições de emergência e afirmação da figura do ser coletivo”, e a partir dele nascem as relações grupais, objeto deste ramo do direito.

Partindo da premissa que o empregador é um ser coletivo (salvaguardado o caso dos empregadores domésticos) a princípio esse enfoque propõe-se a fortalecer a organização de trabalhadores, para a expressão de uma vontade real coletiva. Neste caso, situam-se os princípios da liberdade associativa e sindical e da autonomia sindical.

O princípio da liberdade associativa e sindical se atrela à liberdade de associativa e de sindicalização, decorrendo desta última, o princípio da liberdade de associação e liberdade sindical.

A liberdade de associação e de reunião pacífica, sem caráter paramilitar, é assegurada na Carta Constitucional, pelo Artigo 5º, XVI e XVII que prevê reunião estável e pacífica. Possui duas dimensões: uma positiva, “prerrogativa de livre criação e/ou vinculação a uma entidade associativa”; e a negativa “prerrogativa de livre desfiliação da mesma entidade”. (Arts. 8º, V da Constituição de 1988 e Art. 5º, XX do mesmo diploma legal).

Delgado ainda assegura que as cláusulas de sindicalização forçada, que são sistemáticas de incentivo à sindicalização são antagônicas, como princípio da liberdade sindical. Exemplifica essas cláusulas negociais coletivas, como as “*closed shop, union shop, preferencial shop e maintenance of membership*”.

Para *closed shop* (empresa fechada), o empregador se obriga a contratar somente empregados filiados ao sindicato, ação considerada ilegal nos EUA desde 1947, com a Lei *Taft-Hartley*.

Na *union shop* (empresa sindicalizada) há um compromisso do empregador de manter o empregado que, após um período de contratação, filie-se ao sindicato.

⁹⁹ DELGADO Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p.1306.

Na *preferencial shop* (empresa preferencial) o empregador prefere contratar empregados filiados a determinado sindicato.¹⁰⁰

Já na *maintenance of membership* (manutenção de filiação), enquanto durar a vigência do instrumento coletivo, o empregado obriga-se a permanecer filiado ao respectivo sindicato, sob pena de dispensa.¹⁰¹

Para o autor, essas cláusulas de sindicalização forçada são antagônicas à liberdade do empregado de filiar-se e se desfiliar. Finaliza esclarecendo que no Brasil essas cláusulas de sindicalização forçada não encontram respaldo jurídico de validação.

Além das mencionadas citam-se outras práticas de desestímulo à sindicalização, ou práticas anti-sindicais, que também são contrárias ao princípio da liberdade sindical. Os chamados *yellow dog contracts*, *company unions* e *mise à l'index*, são exemplos conhecidos.

No *yellow dog contracts* (contrato de cães amarelos), verifica-se entre o empregado e o empregador um ajuste de não filiação a sindicato como pré-requisito de admissão e manutenção no emprego. Essa prática manifesta-se no Brasil de forma velada e informal.

O *company unions* (sindicato de empresas – chamado no Brasil de sindicatos amarelos), caracteriza-se pelo controle que o empregador mantém sobre as ações e a organização do sindicato obreiro, mesmo que indiretamente.

Por fim, na *mise à l'index* (no Brasil, chamado de lista negra), as empresas divulgam para seus pares uma lista com os nomes dos empregados ativistas, com efetiva atuação sindical, levando-os à exclusão do mercado de trabalho.

Induz-se que para efetiva atuação, os grupos sindicais necessitam de garantias legais que permitem suas atividades. A principal é a estabilidade do dirigente sindical, sendo vedada sua dispensa arbitrária desde o momento da inscrição da chapa que concorre à eleição, até um ano após o término de seu mandato (Art. 8º, VIII, Constituição de 1988). Também aparece a

¹⁰⁰ DELGADO Mauricio Godinho. *Ibid.*, p. 1307.

¹⁰¹ DELGADO Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 1307.

intransferibilidade do dirigente sindical para fora de sua base territorial (Art. 543, da CLT).

Exemplifica algumas garantias previstas em Convenções Internacionais, como a de nº 158, em vigor no Brasil desde 1950, que trata da liberdade de sindicalização e de negociação coletiva, bem como reprime restrições empresariais pela participação em movimentos coletivos de seus empregados. Cita ainda a Convenção nº 135, em vigor no Brasil desde 1991, que protege os representantes dos empregados.¹⁰²

O fato das normas não aderirem ao contrato de emprego, não exclui a necessidade de harmonização das “normas coletivas negociadas ao conjunto da normatividade estatal trabalhista”. Ela é o objeto do princípio da adequação setorial negociada e está diretamente relacionado ao capítulo em que se debaterá os limites entre o negociado e o legislado, revolvendo as indisponibilidades relativas e absolutas já tratadas neste trabalho.

Para Delgado o princípio da autonomia sindical é responsável pela existência e perpetuação do ser coletivo obreiro.

Sustenta que a “garantia de autogestão às organizações associativas e sindicais dos trabalhadores, sem interferências empresariais ou do Estado”. E, conforme o autor a “livre estruturação interna do sindicato, sua livre atuação externa, sua sustentação econômico-financeira e sua desvinculação de controles administrativos estatais ou em face do empregador”.

Convém lembrar que a dicotomia entre autonomia e controle político administrativo sempre se fez presente ao longo da história, às vezes, minimizada, outras vezes, categórica, trazendo desdobramento e envolvendo a liberdade dos sindicatos e questões de autonomia das entidades sindicais.

Num percurso histórico, Delgado argumenta que antes de 1930, não existia no Brasil a autonomia sindical, mas, o controle político e administrativo do Estado nos modelos corporativistas quando o Ministério do Trabalho detinha o poder de criar, extinguir e intervir no cotidiano sindical.

Delgado esclarece também que mesmo após a era Getulista (1945), a autonomia sindical não fez parte da ordem jurídica brasileira. Menciona que havia “mecanismos democráticos formais no plano político-institucional e

¹⁰² DELGADO Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 1307-1310.

estrutura corporativista centralizadora e autoritária no plano do mercado de trabalho”.

O princípio da liberdade associativa e sindical concretiza-se no Artigo 8º, Inciso III na Constituição Federal de 1988, ao se referir à gestão sindical e autorizar a atuação das entidades sindicais em questões judiciais e administrativas, na defesa dos interesses coletivos e individuais.

A independência econômica das entidades sindicais é assegurado pelo mesmo Artigo da Constituição, Inciso IV, onde preleciona as formas de custeio das atividades sindicais.

Por ser o sustentáculo das negociações coletivas, o Princípio da Autonomia Coletiva privada passa necessariamente pelas entidades sindicais sendo por vezes, tratado como complemento do princípio da liberdade sindical, ou sinônimo da autonomia sindical. Esse aspecto é de relevância para este estudo, ao cotejo inclusive, com a indisponibilidade, Irrenunciabilidade e Princípio Protetor, discutidos anteriormente.

Pelo grau de importância, na sequência do trabalho, apresentar-se-á o Princípio da Autonomia Coletiva.

7 AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA

O monopólio da criação de normas, como já se notou, não é do Estado, denominando-se essa situação de pluralismo jurídico.

Cabe ao sindicato, então, por delegação e com seus instrumentos coletivos, a capacidade de criar normas jurídicas. Elas são representadas pelos instrumentos coletivos e, diferentemente das cláusulas contratuais que aderem ao contrato de emprego, necessitam de harmonização com a normatividade estatal trabalhista.

No entanto, a autonomia não se confunde com soberania que é monopólio estatal. Assim, autonomia coletiva compreende a autonomia organizativa que é o direito dos sindicatos para elaborarem seus estatutos; a autonomia negocial, por sua vez, permite ao sindicato promover a Convenção Coletiva de Trabalho; já a autonomia administrativa se traduz no direito do sindicato eleger sua diretoria e exercer sua própria administração e na autotutela, o sindicato deve ter meios de luta, previstos na Lei para solução de conflitos trabalhistas

Para Beltran, a autonomia coletiva privada compreende:

- a) autonomia institucional (auto-organização e auto-regulamentação interna);
- b) autonomia normativa (autonomia coletiva em sentido estrito, com amplo poder de negociação e de contratação);
- c) autonomia representativa (poder de representação dos interesses do grupo) e finalmente,
- d) autotutela coletiva (poder de defesa dos interesses do grupo por meio de ação direta, sendo a greve a mais poderosa forma de exteriorização conflitiva que visa ao atendimento de reivindicações econômico-profissionais)¹⁰³.

A autonomia coletiva privada é o sustentáculo das negociações coletivas. Seu surgimento permeia o Iluminismo, servindo de base filosófica da Revolução Francesa para romper com o Feudalismo e participou da Revolução Industrial.

Nesse viés, Sergio Pinto Martins relembra as lições de Karl Larenz conceituando autonomia privada coletiva como “a possibilidade, oferecida e

¹⁰³ BELTRAN, Ari Possidonio. **Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2002, p. 47.

assegurada pelos particulares, de regularem suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, e em especial mediante contratos. Ele ainda conceitua autonomia coletiva privada como “o poder de criar normas jurídicas pelos próprios interessados” [...] “manifestação de um poder de criar normas jurídicas, diversas das previstas pelo Estado e em certos casos, complementando as normas editadas por aquele”¹⁰⁴.

Além disso, apresenta didaticamente algumas diferenciações entre a autonomia coletiva de outros institutos. No entender do autor, a soberania seria inerente ao Estado e seu poder de império, pois, a autonomia pública tem como diretriz a satisfação dos interesses públicos e se expressa por atos unilaterais da Administração Pública. Em relação à autonomia privada individual, ela tem como diretriz de aplicação de suas normas específicas, um grupo determinado de pessoas.

A autonomia coletiva privada se concretiza por negócios jurídicos bilaterais, com aplicabilidade de suas normas a grupos indeterminados, podendo atingir um grupo componente de uma categoria profissional e econômica, ou então, empregado de determinada empresa ou empresas. O interesse é coletivo, do grupo.¹⁰⁵

Maria Cristina de Sá conceitua a autonomia coletiva como “o resultado da iniciativa dos particulares; é tolerada pelo Estado, mas não elaborada por ele. Embora esses órgãos tenham autonomia, importante lembrar que ela é relativa, encontrando seus limites na própria lei”¹⁰⁶.

Seus sujeitos são os sindicatos de empregadores e de empregados; a finalidade é a busca do interesse do grupo profissional e prevalece o interesse coletivo, ao individual.

Para Sergio Pinto Martins “a fonte de validade da autonomia privada está nas normas estatais, que especificam e limitam o espaço de sua atuação. O Estado determina negativamente o conteúdo das normas extra-estatais deixando certas matérias reservadas para sua própria atividade normativa”.¹⁰⁷

¹⁰⁴ MARTINS, Sergio Pinto *Op. cit.*, p. 799.

¹⁰⁵ MARTINS, Sergio Pinto. *Ibid.*, p. 800.

¹⁰⁶ SÁ, Maria Cristina Haddad de. **Negociação coletiva de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2002, p. 36.

¹⁰⁷ MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, p. 804.

Essas limitações estão dispostas nas autorizações possíveis de flexibilização, que se apresentará em capítulo posterior.

Para Nascimento, a autonomia coletiva compreende:

[...] a autonomia organizativa, da qual resulta o direito dos sindicatos de elaborar os próprios estatutos; a autonomia negocial, que permite aos sindicatos fazer convenções coletivas de trabalho; a autonomia administrativa, da qual resulta o direito do sindicato de eleger a sua diretoria e exercer a própria administração; e a autotutela, que é o reconhecimento de que o sindicato deve ter meios de luta, previstos nos termos da lei, para a solução dos conflitos trabalhistas, dentre os quais a greve, o lockout e o direito a um arbitramento das suas disputas¹⁰⁸.

Sá, ao discorrer sobre a autonomia coletiva opondo-se ao intervencionismo estatal corporativista, dita que é um novo “modelo das relações coletivas trabalhistas” considerando a “atividade dos sindicatos e as convenções coletivas segundo o prisma de direito privado, formando uma ordem jurídica não-estatal, segundo o princípio do livre jogo de forças nos conflitos entre as organizações sindicais”¹⁰⁹.

Moreira Xavier, ao ponderar sobre o corporativismo concebe a autonomia privada como derivada da evolução das relações entre o Estado e o cidadão. O autor entende que a autonomia privada coletiva e o corporativismo se relacionam *Lato-Sensu* porque de início, toda associação tem o interesse direcionado à vontade coletiva.¹¹⁰

O mesmo autor relembra a evolução história do corporativismo e enfoca a época Medieval quando aflorou o corporativismo e não a vontade coletiva. A manifestação mais legítima desse estágio são as Corporações de Ofício que detinham o monopólio das atividades, profissões, artes e ofícios. Ao fim das Corporações de Ofício, adveio a Revolução Francesa, e após, a Industrial com o assalariado e o Capitalismo, com liberdade contratual e a submissão exacerbada do empregado. Como consequência dessa situação, a interferência estatal minimizou a autonomia da vontade e tentou oferecer alguma proteção jurídica ao hipossuficiente da relação de emprego.

Ainda para Moreira Xavier, a autonomia privada coletiva se manifesta nos Acordos e Convenções Coletivas reconhecidos expressamente pela

¹⁰⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 1032.

¹⁰⁹ SÁ, Maria Cristina Haddad de. *Op. cit.*, p. 32.

¹¹⁰ XAVIER, Carlos Alberto Moreira Do corporativismo para a autonomia privada coletiva. *Revista LTr - legislação do trabalho*, São Paulo, v. 59, n.3, p. 361-363, mar./1995,

Constituição de 1988. Xavier afiança que ainda hoje o Direito Coletivo do Trabalho é em certa medida corporativista, exemplificando com o “atrelamento do sindicato a recursos financeiros compulsórios, a unicidade sindical e os monopólios estatais ligados às necessidades básicas da população”.¹¹¹

Dorothee Rudiger, ao tratar da crise paradigmática do Direito do Trabalho e da autonomia coletiva privada, rememora as mudanças sociais e políticas do Capitalismo após a crise de 1973, que altera a forma, mas persiste mais voraz, “fragmentário, efêmero, caótico e desconstrutivo”, quando a “universalidade do mercado é apontada como única saída”.

Como fenômeno da globalização, a mesma autora descreve que o Estado já não detém mais o monopólio de promulgar regras, levando a uma “crescente privatização da regulação jurídica presente num direito reflexivo, isto é, num direito primordialmente procedente de negociação”.

Para Rudiger, o Estado é mero guia das relações sociais e da autorregulação pelo próprio mercado citando a década de 1990, quando as Medidas Provisórias governaram o País.

A autora nomina o resultado dessa supervalorização das negociações coletivas de “proceduralização”, conceituando-as como “a política do estado de transferir para a negociação coletiva a responsabilidade para o regramento das relações de trabalho”, deslocando para as relações privadas as fontes do poder estatal. Finaliza que no Brasil os efeitos dessas negociações coletivas são *erga omnes* na medida em que o sindicato representa não somente seus associados, mas também, toda a categoria por ele representada.¹¹²

Rudiger se preocupa com o fato de que em tempos de “desemprego crônico e sem delimitação jurídica estatal, quem mostra sua força é o capital articulado em redes contratuais transnacionais”, pelas ações de empresas e organizações sindicais no plano transnacional.¹¹³

A preocupação com o desemprego é uma das justificativas para a flexibilização, tema de reflexão do capítulo seguinte.

¹¹¹ XAVIER, Carlos Alberto Moreira. *Op. cit.*, p. 363.

¹¹² RUDIGER, Dorothee Susanne. Autonomia privada coletiva e crise paradigmática Direito do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região**, Curitiba, v. 29, nº. 53, p. 71-86, jul./dez.2004.

¹¹³ RUDIGER, Dorothee Susanne. *Ibidem*, p. 86.

8 FLEXIBILIZAÇÃO: NECESSIDADE OU DESREGULAMENTAÇÃO

Discursos inflamados ecoam pelos corredores das empresas em relação à necessidade de mudanças urgentes na legislação trabalhista retrógrada, caso contrário, argumentam que o emprego e a produção, desaparecerão.

A origem do discurso desse fenômeno encontra-se na crise do petróleo de 1973, na Europa, quando o avanço da tecnologia e o desemprego ditaram regras para minimizar a rigidez protetiva do trabalhador. Criou-se a possibilidade de novas formas de contratação para propiciar a utilização da mão de obra desempregada.

O fenômeno da flexibilização está presente no ordenamento jurídico brasileiro há muito tempo, com destaque para a flexibilização, nominada por alguns doutrinadores de flexibilização para baixo. Relacionam-se como exemplos: a Lei nº 5.017, de 13 de setembro de 1966, que substituiu a estabilidade decenal pelo sistema do FGTS; as terceirizações; a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho; o trabalho temporário (1974); o contrato de experiência e o banco de horas, entre outros.

O ressurgimento da fênix chamada flexibilização pela teoria Neoliberal, de mínima ou nenhuma intervenção estatal, e com presença maciça após o auge da crise 2009, fortifica-se sob a forma de desregulamentação.

São basicamente dois os fundamentos dos adeptos à flexibilização, enquanto desregulamentação: baratear o custo do trabalho tornando as empresas mais competitivas e aumentar as frentes de trabalho.

O Direito do Trabalho não tem culpa do desequilíbrio econômico e sua incapacidade de manter emprego, segundo o posicionamento de Oscar Ermida Uriarte:

[...] a incapacidade do sistema econômico de criar ou manter emprego tem levado seus cultores a culpar o Direito do Trabalho, que seria um dos obstáculos à sua ação: talvez se pudessem gerar (péssimos) empregos, se não houvesse (tantos) mínimos trabalhistas: eliminemo-los [...] o atual enfraquecimento sindical e o próprio desemprego, que supostamente deveria ser reduzido, aumentam o desequilíbrio de

forças entre o capital e trabalho a favor do primeiro. Os postulados econômicos neoliberais são utilizáveis para fundamentar a desregulamentação¹¹⁴.

Oscar Ermida Uriarte, didaticamente, apresenta o conceito e classes da flexibilização, definindo esse fenômeno como “eliminação, diminuição, afrouxamento ou adaptação da proteção trabalhista clássica, com a finalidade - real ou pretensa – de aumentar o investimento, o emprego ou a competitividade da empresa”.

O mesmo autor destaca que esse dado pode ser produzido ao diminuir ou eliminar os direitos trabalhistas, ou então, na modalidade de prescindibilidade de norma heterônomas para autônomas, ou de normas coletivas por acordos coletivos ou atos individuais. Aponta, todavia, que a segunda modalidade, a prescindibilidade, é um caminho para chegar à primeira modalidade da eliminação, diminuição ou modificação dos benefícios trabalhistas.

Continua Oscar Ermida Uriarte proporciona algumas sistematizações da flexibilização. A primeira classe ordena o fenômeno da flexibilização em três tipos: da proteção, da adaptação e da desregulamentação.

- Proteção – o Direito do Trabalho sempre foi flexível, todavia flexível em benefício do trabalhador, sendo sua norma superável e adaptável neste viés.
- Adaptação – afastando a idéia de derrogação e usando como mecanismo a autonomia coletiva, esta modalidade de flexibilização é realizada por meio das negociações coletivas, partindo-se as normas legais rígidas chegando a uma nova realidade mais proveitosa ao trabalhador.
- Desregulamentação – esta tão criticada pela maioria dos doutrinadores é a que derroga benefícios preexistentes ou os substitui por outros inferiores¹¹⁵.

A segunda classificação quanto à fonte formal do Direito apresenta a flexibilização como autônoma e heterônoma. A heterônoma, imposta pelo Estado, coercitiva e unilateralmente, derroga direitos trabalhistas existentes. É chamado de selvagem ou de desregulamentação pela doutrina europeia.

Essa forma de desregulamentação é particularmente atual com a crise europeia, quando direitos e benefícios trabalhistas, arduamente conquistados, deixam de existir através de um simples decreto estatal. A autônoma, no

¹¹⁴ ERMIDA URIARTE, Oscar. Flexibilização do Direito do Trabalho na experiência latino-americana. **Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, v.1, n.1, p. 135, set./2006.

¹¹⁵ ERMIDA URIARTE, Oscar. *Ibid.*, p. 117.

entanto, se materializa pela vontade do sujeito passivo da flexibilização, por meio da autonomia coletiva.

A terceira classificação, a condicionada e a incondicionada, é própria da situação da América Latina e seus sindicatos enfraquecidos.

Na incondicionada, nota-se simplesmente, a renúncia de direitos sem uma contra partida. Apenas se renuncia na expectativa de um futuro melhor, sem qualquer contraprestação determinada.

A condicionada, num primeiro momento, traz em seu bojo a renúncia, assim como a classe da incondicionalidade, mas observa-se uma efetiva compensação, quer pelo empregador, quer pelo Estado, que, se não cumprida a condição, retorna ao *status quo* anterior do direito renunciado. Para Oscar Ermida Uriarte, melhor seria chamá-la de sinalagmática ou bilateral.

Para a quarta classificação, a flexibilização pode ser interna ou externa e o foco é a matéria ou o instituto a ser flexibilizado.

Na interna pressupõe a existência da relação de trabalho e sua manutenção.

A externa prescinde da efetiva existência da relação de emprego, é a flexibilização de entrada e saída dela, mesmo antes da relação de emprego propriamente dita. Modifica as formas de contratação, como as contratações temporárias, transitórias e menos protegidas e de ruptura da relação de emprego. O autor exemplifica que elas versam sobre a ampliação “das causas justas, diminuindo valor de indenizações ou as hipóteses de readmissão”.¹¹⁶

Oscar Ermida Uriarte denomina as classes de flexibilização até aqui traçadas, de formas abertas e transparentes, declinando que algumas não são tão transparentes assim, embora sejam também flexibilizações, pois, produzem os efeitos desreguladores das flexibilizações.¹¹⁷

Continua o mesmo autor elucida esse aspecto com o prazo prescricional de interposição de ação trabalhista no Uruguai que antes era decenal, passando a ser bienal.

¹¹⁶ ERMIDA URIARTE, Oscar. *Op. cit.*, p. 118.

¹¹⁷ ERMIDA URIARTE, Oscar. *Ibid.*, p. 119-120.

Pode-se mencionar no Brasil, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004 no que tange aos prazos prescricionais das ações acidentárias, antes de 20 anos, agora, sujeitando-se aos prazos prescricionais trabalhistas.¹¹⁸¹¹⁹.

Essas classes de flexibilizações abertas são externadas em situações onde a jurisprudência modifica a orientação da norma, interpretando-a de forma favorável ao empregador, como esclarece Ermida Uriarte¹²⁰.

Essa forma de flexibilização remete ao exemplo da condição de transferência que perdurar por além de três anos na mesma localidade, englobada na legislação brasileira, no viés do Tribunal Superior do Trabalho.

Por fim, Oscar Ermida Uriarte ainda concebe a flexibilização jurídica como facilitadora normativa de uma flexibilização real; a flexibilização real de “adaptabilidade da organização produtiva”. Destas decorrem as flexibilizações classificadas como baixas que se adaptam à redução de direitos dos trabalhadores, e à alta que, através de capacitações e investimentos, adapta equipes ao processo produtivo e, finalmente, a flexibilização de fato, onde a condição de hipossuficiente, aliada à falta de mudança normativa, desemboca em um descumprimento unilateral.

Amauri Mascaro Nascimento alerta que a maioria dos doutrinadores se utilizam da palavra flexibilização tanto para o ramo individual como para o ramo coletivo do trabalho, quando deveriam fazê-lo apenas quando se tratar de Direito Individual do Trabalho, e o termo desregulamentação, quando o ramo

¹¹⁸ AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO. Por se tratar de direito decorrente da relação de emprego, prevalece no âmbito desta Turma o entendimento de que a pretensão relativa à indenização por danos morais ou patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho, pleiteada em face do empregador, já ajuizadas na Justiça do Trabalho, ou que receberam sentença de mérito após a entrada em vigor da Emenda nº 45, de 2004, sujeitam-se aos prazos prescricionais trabalhistas estipulados no art. 7º, Inciso XXIX, da Constituição Federal. Recurso ordinário conhecido e desprovido. TRT-PR-02684-2009-662-09-00-7-ACO-13245-2010 - 3A. TURMA. Relator: ALTINO PEDROZO DOS SANTOS. Publicado no DJPR em 04-05-2010

¹¹⁹ INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO. As ações contendo pedido de indenização decorrente de acidente de trabalho, ajuizadas na Justiça Comum antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 e que por força desta foram transferidas para a Justiça do Trabalho, atraem o prazo prescricional previsto no Código Civil vigente na época do acidente, marco inicial (actio nata) em que o interessado teve ciência inequívoca da lesão à saúde ou à integridade física (Súmula 278 STJ). A adoção dos prazos prescricionais previstos no art. 7º, Inciso XXIX, da Constituição Federal, unicamente pela mudança da competência, implicaria na extinção praticamente automática da pretensão do empregado, em afronta aos princípios da estabilidade e da segurança jurídica. TRT-PR-13575-2007-002-09-00-0-ACO-31641-2009 - 1A. TURMA. Relator: CELIO HORST WALDRAFF. Publicado no DJPR em 25-09-2009

¹²⁰ ERMIDA URIARTE, Oscar. *Op. cit.*, p. 119-120.

indicado for o coletivo. Aqui não se utilizará este preciosismo técnico, pois se percebe, que ao longo dos seus artigos, o autor o abandona.¹²¹

Conceitua o mesmo autor o fenômeno flexibilização como sendo a “proposta segundo o qual as leis trabalhistas não devem dificultar o desenvolvimento econômico, mas o contrário pode atuar no sentido do desenvolvimento econômico que se refletirá sobre a condição social do trabalhador”. Define ainda Amauri Mascaro do Nascimento a desregulamentação como “a política legislativa de redução de interferência nas relações coletivas de trabalho, para que se desenvolvam segundo o princípio da liberdade sindical e ausência das leis do Estado que dificultem o e exercício desta liberdade”.

Para Amauri Mascaro Nascimento, na continuação do conceito entabulado acima, essa liberdade permite uma maior desenvoltura e representatividade dos movimentos sindicais com seus trabalhadores ao escopo de fomentar novas normas e condições de trabalho junto à classe econômica.¹²²

Evidentemente, esse fenômeno, dependendo do marco discursivo do doutrinador, pode levar a caminhos até antagônicos. Nessa conjuntura, alguns o veem como a solução para a crise econômica mundial e outros, como uma máscara do Neoliberalismo que pretende abolir as árduas conquistas dos trabalhadores ao longo da história, como já se viu neste trabalho no exemplo da Revolução Industrial.

Ermida Uriarte, em nítida preocupação com o fenômeno da flexibilização, aponta o momento de constitucionalização dos Direitos Trabalhistas na América Latina. Enumera então, Constituição Colombiana (1991), que adotou a linha protetora dos direitos trabalhistas; a Constituição Argentina (1994) que incorporou as Declarações e Convenções Internacionais mas, sem alterar as proteções trabalhistas já existentes; a Venezuelana (1999), que afirma “nenhuma lei poderá estabelecer disposições que alterem a intangibilidade e a progressividade dos direitos e benefícios trabalhistas” [...] “os direitos trabalhistas são irrenunciáveis”. Portanto, será pautado de nulo

¹²¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Flexibilização do Direito do Trabalho: dimensão e experiência brasileira. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 99, nº. 369, p.31, set./out. 2003.

¹²² NASCIMENTO, Amauri Mascar. *Op. cit.*, p.33.

qualquer “acordo ou convenção que implique renúncia ou redução desses direitos”¹²³.

O mesmo autor explica o fenômeno de constitucionalizações que, agindo como freio, protege a legislação trabalhista das desregulamentações, além de proteger e de inibir o que chama de “ataque iminente”.

Portanto, a forma de flexibilização, autorizada pela Constituição de 1988, não derroga a lei, apenas se sobrepõe a ela durante a vigência pontual do instrumento coletivo.

A flexibilização, sob o manto sindical, gera vantagens no sentido de que, em tese, haverá um condicionante proveito ao trabalhador, como forma de compensá-lo pela desregulamentação havida.

Mas, o ponto negativo é a inexistência de uma limitação clara do quanto disponível se pode ter dentro da regra da indisponibilidade, Irrenunciabilidade, do direito protetor e da ordem pública dos direitos trabalhistas.

Nascimento, também questiona a questão e preleciona diversos entendimentos a respeito. O primeiro: flexibilizar o Direito do Trabalho como um todo, sem limitações; segundo: com o intuito de fomentar a contratação, disporia em ampliar os tipos de contrato individual do trabalho.¹²⁴

O terceiro ponto: flexibilizar internamente o contrato individual de emprego e em especial, a contratação e a duração diária de trabalho, ao trazer turno aberto sem imposição de início, término e rigidez de jornada de oito horas mas com um “tempo nuclear de permanência na empresa”, como nomeia Nascimento; salário, com a desindexação salarial, pautado pela livre negociação coletiva e a modalidades de ruptura dessa contratação, ampliando as causas de dispensa, exemplificando com uma nova causa denominada reorganização da empresa, ou inovações técnicas ou ainda, crise econômica. Por fim, menos rigidez para os casos de empregados estáveis, com óbvia redução de custos das dispensa.¹²⁵

Se em 1943, havia no Brasil uma legislação rígida primada pelo intervencionismo estatal nas relações coletivas, com a Constituição de 1988,

¹²³ ERMIDA URIARTE, Oscar Ermida. *Op. cit.*, p. 118.

¹²⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 31.

¹²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ibid.*, p. 34.

rompeu-se em grande parte essa austeridade, como se abordou no trabalho ao discorrer sobre os Direitos Fundamentais Sociais.

O Artigo 7º, da Constituição Federal Brasileira de 1988, é exemplo dessa ruptura quando autoriza expressamente, duas hipóteses de flexibilização do Direito do Trabalho:

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;

A princípio, então, o problema estaria solucionado, afinal, a autorização legal constitucional que abarca esse fenômeno no território nacional estaria restrita a salário e jornada de trabalho, sempre sob o manto coletivo. No entanto, não é desta forma simplista que os fatos ocorrem.

A transformação ocorrida na legislação, flexibilizando diversos direitos, é discutida sistematicamente, por Nascimento, que cronologicamente aponta:

- 1988 - alterações do FGTS para todos os empregado automaticamente com a paga de multa pela demissão imotivada (relembre-se que antes o empregado era estável, e, agora mediocrementemente compensado com 40% do montante de FGTS depositado em sua conta vinculada). Ainda em 1988, a redução salarial e flexibilização de jornada contida na Constituição Federal, o contrato a prazo determinado (Lei 9601/1988);
- 1989 - elimina proibição de trabalho noturno, perigoso e insalubre para mulher, em minas, subsolo e construção civil;
- 1994 - reajustes salariais desindexados e obrigação transferida para as negociações coletivas. Inexistência de vínculo de emprego para o cooperado e cooperativa, e entre cooperado e utilizador de serviços;
- 1998 - autorizou trabalho voluntário sem vínculo de emprego;
- 1999 - admitiu trabalho a tempo parcial;
- 2000 - Participação nos lucros e resultados desvinculados a salário. Estados membros por lei estadual podem legislar sobre pisos estaduais mínimos;
- 2001 - compensação anual de horas de trabalho no banco de horas, desvinculação de algumas modalidades de salário in natura da remuneração, suspensão temporária coletiva do contrato de trabalho no período de 2 a 5 meses por motivação econômica, reorganização ou crise empresarial, mantendo-se apenas direitos previdenciários, bolsa requalificação e ajustes voluntários do empregador por meio de acordo ou convenção coletiva.¹²⁶

As flexibilizações acima descritas correspondem às chamadas “para baixo” de Ermida Uriarte.

¹²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 35-39.

Algumas flexibilizações para cima, protetoras e ampliativas também existiram:

- 1989 – proteção e inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho com a garantia de cotas nas empresas;
- 1999 – proteção à mulher grávida e regras atentatórias a descriminalização da mulher no acesso ao mercado de trabalho.;
- 2000 – sonegação previdenciária é crime;
- 2001 – criminalização do assédio sexual.

Reafirma-se que, o viés que fomenta a flexibilização tem duas vertentes: baratear o custo do trabalho tornando as empresas mais competitivas e aumentar as frentes de trabalho.

Rudiger justifica a necessidade de flexibilização devido às transformações de mercado, às mudanças da economia mundial, à revolução tecnológica, à reorganização da produção e ao desemprego. Aborda o ciclo das novas tecnologias que provocaram desemprego, exigindo um novo perfil de empregado. Assim, surgiram trabalhos temporários e de tempo parcial, em detrimento a uma economia baseada no regime fordista, como a autora entende ser o brasileiro. Para ela, a flexibilização é iminente e urgente. Avalia que o Artigo 7º, da Constituição não é o limite da flexibilização, mas sim, a ponta do *iceberg* desse fenômeno.¹²⁷

Doutrinadores fundamentam que na flexibilização do Direito do Trabalho, estariam o combate ao desemprego, o aumento de vagas, a competitividade e a produtividade. Essa visão ganhou mais adeptos com a política Neoliberal, adotada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso:

[...] a partir dos anos noventa ganharam importância as teses favoráveis à desregulamentação dos direitos sociais e à flexibilização da relação de trabalho, defendidas pelas principais entidades empresariais do país em nome da redução do custo do trabalho e da elevação dos níveis de produtividade e competitividade, face às políticas adotadas pelo governo FHC e ao contexto de baixo dinamismo econômico do país.¹²⁸

Sergio Pinto Martins também justifica a crise, como uma das causas da flexibilização:

¹²⁷ RUDIGER, Dorothee Susanne. *Op. cit.*, p.147-153.

¹²⁸ KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Marco Antonio. de. **Mudanças institucionais e relações do trabalho**: as iniciativas do governo FHC no período 1995-1998. In: Anais do VI Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos do Trabalho, Belo Horizonte, outubro de 1999. p. 10.

A crise não é apenas uma das questões que compreendem a necessidade de mudança de normas trabalhistas rígidas, mas também as novas tecnologias, o desemprego, a falta de criação de empregos, a globalização etc. É a crise uma das causas da flexibilização do Direito do Trabalho. A crise econômica, contudo, é uma companheira de viagem indesejável, mas histórica, do Direito do Trabalho¹²⁹.

É certo que o Direito do Trabalho tem que fornecer respostas à sociedade frente a esses momentos de crise, mas, precisa manter a tutela Estatal, talvez assim, se possa minimizar a pretendida desregulamentação da legislação protetiva ao hipossuficiente.

Essa desregulamentação liberada e sem limitação, Martins nomina de deslegalização.

A desregulamentação, segundo Martins é:

[...] a completa ausência de normas a respeito do trabalho. Não é isso que se pretende, mas a existência de normas legais trabalhistas, que garantam um mínimo ao trabalhador, porém com maior flexibilidade para se adaptar, por exemplo, às situações nas crises¹³⁰.

De igual sorte, também os defensores desse instituto, optam pela interpretação ampliativa dos limites postos no Art. 7º, da Carta Constitucional, ao argumento de que se até mesmo o salário foi flexibilizado por ordem Constitucional, qualquer outra matéria pode sujeitar-se à flexibilização.

A discordância a respeito desse raciocínio ampliativo fundamenta-se na interpretação exatamente oposta. Argumenta-se que se a Constituição de 1988 ordenou mediante ingerência sindical apenas duas hipóteses para a flexibilização, que são salário e jornada, nenhuma outra matéria pode estar sujeita à flexibilização, posto que se assim for, estar-se-á diante de desregulamentação do Direito do Trabalho, portanto, da inconstitucionalidade do instituto.

Contrapondo-se à ideia de flexibilização, de desregulamentação e de afastamento da interferência Estatal, mesmo sob a justificativa da autonomia

¹²⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.09.

¹³⁰ MARTINS, Sergio Pinto. *Ibid.*, p.10.

coletiva privada nas relações coletivas, esta seria a completa exclusão do Princípio Protetor e da indisponibilidade de determinados direitos.

Francisco Meton Marques de Lima chama a atenção para a verdadeira intenção do discurso Neoliberal atrás da máscara da flexibilização e libertação, pois, nas relações de trabalho, a flexibilização consistiria em afastar os “princípios rígidos que limitam a liberdade de negociação. Para não afirmar que não se pretende jogar tudo fora no lixo, os paladinos dessa abertura sugerem que se reduza a proteção à meia dúzia de postulados”. Acrescenta que essa pretensa flexibilização, por meio de organizações sindicais, “é utópico, coisa para inglês ver, porque inviável nas regiões menos desenvolvidas do rincão brasileiro”¹³¹.

Dallegrave Neto, preleciona que “a flexibilização é um primeiro passo da trajetória que visa a total desregulamentação do Direito do Trabalho. O fenômeno que já se inicia faz parte do receituário neoliberal que propugna pela diminuição do custo operacional e pela destruição dos direitos sociais”¹³².

Não se está afirmando, contudo, que a legislação Trabalhista não necessite de readequações, contudo, flexibilizar não é sinônimo de desregulamentação, como explica Sússekind:

[...] o objetivo primordial da flexibilização nas relações de trabalho foi o de propiciar a implementação de nova tecnologia ou novos métodos de trabalho, e, bem assim, o de evitar a extinção de empresas, com evidentes reflexos nas taxas de desemprego e agravamento das condições socioeconômicas... A desregulamentação retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva, regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindas da relação de emprego. Já a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, ainda que básica, com normas gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade¹³³.

Como paradoxo da proeminência dos princípios, observa-se na flexibilização, uma mitigação do Princípio Protetor, de acordo com Carli.

A flexibilização das normas trabalhistas está fazendo com que o Direito do Trabalho passe a adotar um modelo jurídico mais próximo da vida das empresas, para regular a relação de emprego, sob pena de desproteger o empregado, ao invés de protegê-

¹³¹ LIMA, Francisco Meton Marques de. *Op. cit.*, p. 623-624.

¹³² DALLEGRAVE NETO, Jose Affonso. (Coord.), **Direito do Trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003, p.127.

¹³³ SÜSSEKIND, A. *Op. cit.*, p. 206-207.

lo, ao provocar o aumento do desemprego, compreendendo assim também ao Direito do Trabalho, a proteção do trabalhador desempregado¹³⁴.

Carli continua explicando a flexibilização no âmbito brasileiro:

[...] o princípio da flexibilização das normas trabalhistas brasileiras pode vir a ser ampliado e aplicado com fito de procurar dar maior liberdade negocial às relações de trabalho desde que se garanta, por meio do poder público, a existência e a eficácia de mecanismos de proteção mínima ao hipossuficiente na busca de soluções criativas e equânimes que melhor atendam às necessidades dos dois lados, empregados e empregadores, sempre com o objetivo último de tornar o Brasil um país economicamente desenvolvido e socialmente justo¹³⁵.

Na verdade, o problema da geração de empregos ou da competitividade está mais relacionado ao sistema econômico do que ao Direito do Trabalho. Um empregado não é custoso ao orçamento de uma empresa na medida em que seu salário é pago na proporção de seu trabalho. Desregulamentar as proteções mínimas do Direito do Trabalho não gerará mais empregos, pois, o empregador jamais contratará empregado que não precisa, assim como não deixará de contratar mais, se assim precisar.

É certo não olvidar que a flexibilização é um fenômeno que, bom ou mau, não pode ser ignorado. Também é certo que as novas tecnologias e a globalização forçam a tolerar esse fenômeno, por vezes até necessária com novas formas de organização do trabalho.

A dificuldade está em se pautar um equilíbrio ou limite para atender às necessidades de mercado, às novas tecnologias e à globalização, sem desproteger o trabalhador.

Ricardo Carvalho propõe um olhar cauteloso sobre o fenômeno da flexibilização, não o negando, porém, indicando a garantia da humanização já conquistada.¹³⁶

O projeto ideal seria a proeminência dos princípios no intuito de salvaguardar Direitos Sociais e Fundamentais, mesmo os não explícitos na Carta Constitucional, entretanto, de óbvia proteção, como a vida e todos os mecanismos e medidas para protegê-la.

¹³⁴ CARLI, Vilma Maria Inocêncio. A Flexibilização dos contratos de Trabalho. Campinas, SP: ME, 2005, p. 35.

¹³⁵ CARLI, Vilma Maria Inocêncio. *Ibid.*, p. 59.

¹³⁶ FRAGA, Roberto Carvalho. Humanização inflexível. **Genesis - Revista de Direito do Trabalho**, Curitiba, v. 6, nº. 36 (dez. 1995), p. 698.

O que se vê, são flexibilizações que causam evidente desgaste no empregado, como o banco de horas, ou a redução de adicional de periculosidade em percentuais inferiores ao determinado no artigo 193 da CLT, além dos demais aspectos do invólucro da autonomia coletiva privada, externado nos acordos e convenções coletivas.

No entanto, não se pretende mitigar o caráter democrático das representações sindicais e de seus instrumentos coletivos, discutidos anteriormente nesta dissertação.

A princípio, os instrumentos sindicais, como Acordos Coletivos e Convenções Coletivas, são instrumentos democráticos, em paralelo à definição de Democracia Representativa e não, de Democracia Direta.

Canotilho afirma que,

a representação democrática, constitucionalmente conformada, não se reduz a uma simples delegação de vontade do povo. A força do órgão representativo assenta também no conteúdo dos seus atos, pois só quando os cidadãos (povo), para além das suas diferenças e concepções políticas, se podem reencontrar nos atos dos representantes em virtude do conteúdo justo destes atos, é possível afirmar a existência e a realização de uma representação democrática material¹³⁷.

Assim, precisa-se atentar para que instrumentos convencionais, como o banco de horas, os que reduzem salários ou adicional de periculosidade, que são mecanismos de luta de classes, transformem-se em organismos de dominação.

Nesse sentido, Paranho se manifesta,

Na impossibilidade de extinguir as lutas de classes, o Estado cuidou de fazer dela um poderoso auxiliar das estratégias de dominação que tinham por finalidade a subordinação política das classes trabalhadoras em nome da 'colaboração de classes'. Só assim se instauraria o 'clima de paz e trabalho', condição necessária para assegurar o processo 'normal' de acumulação capitalista nos centros urbano-industriais¹³⁸.

O mesmo autor ainda assevera que para atingir esse clima de paz, promoveu-se a "intensificação da promulgação e leis sociais nos anos 30, como parte integrante de uma proposta política mais ampla, de feito corporativista".

¹³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 282- 283.

¹³⁸ PARANHO, Adalberto. **O roubo da fala**. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999, p. 35.

Para Paranho, é fundamentalmente, da legislação trabalhista e previdenciária – para não falar da progressiva institucionalização da Justiça do Trabalho – que a ideologia do trabalhismo extrai o seu elemento capital. Sem a “concessão” de direitos aos trabalhadores – simultaneamente, à tentativa de incorporá-los, em posição subordinada, às estruturas de poder, especialmente, por meio da legislação sindical – a política trabalhista se projetaria no vazio e não adquiriria eficácia¹³⁹.

Somente quando os instrumentos coletivos se constituírem em representação da vontade coletiva, na moldura da garantia de direitos sociais mínimos de proteção e, quando se perseguir a proeminência dos princípios fundamentais, é que se terá o cumprimento global da Constituição, e então, estar-se-á diante da efetiva representação democrática material e formal.

É imperiosa uma maior ingerência estatal para estabelecer limites na relação individual e coletiva do trabalho, como sugere Aldacy Coutinho, necessitando de uma numa reconstrução da proteção do empregado com olhar voltado ao que chama de “novas bases constitucionais: a justiça social”¹⁴⁰.

Para essa reconstrução, não se poderá dissociar trabalhador e força de trabalho. Proteger o trabalhador é proteger a dignidade da pessoa humana, os Direitos Fundamentais e permitir o exercício de direito à vida.

Para tanto, a autora propõe:

- [...] uma superação da visão economista do direito;
- superação da visão patrimonialista do sujeito;
- o direito está para o sujeito e não para o mercado;
- o direito está para o sujeito enquanto ‘o que é’ e não enquanto ‘o que tem’;
- trabalhador não é ser inferior, sem conhecimento da sua situação relação;
- rechaça o paternalismo na condição de empregado;
- propõe a tutela da proteção para estabelecer limites na relação, e não para dissimular autoridade.¹⁴¹

Contudo, o que se observa é um descaso estatal e uma verdadeira desregulamentação do Direito do Trabalho.

É necessário cautela para não permitir mais um roubo da fala do trabalhador¹⁴² como ocorreu em 1943, de acordo com Paranho. Nesse evento,

¹³⁹ PARANHO, Adalberto. *Op. cit.*, p. 36.

¹⁴⁰ COUTINHO, Aldacy, R. *Op. cit.*, p. 3.

¹⁴¹ COUTINHO, Aldacy, R. *Op. cit.*, p. 3.

¹⁴² PARANHO, Adalberto. *Op. cit.*, p. 36.

a concessão de alguns direitos sociais trouxe um amortecimento da luta de classes, com a “reafirmção da incapacidade política das classes trabalhadoras”.

Paranho nomina esse fenômeno de “manobra Getulista”, quando sob um operário manipulado, pairava o engodo de um plano direcionado ao desenvolvimento industrial capitalista no Brasil. Todavia, objetivava no seu “pano de fundo, apenas conter os conflitos no setor urbano-industrial”. Afinal, como assegura Paranho na mesma obra, “se desconsidero organização e movimento operário, ignoro a sua ação política”. É inadmissível que, com o argumento de equilibrar os autores sindicais, representantes da categoria econômica e profissional, reduzir “os trabalhadores à opaca condição de sem-voz, e, nesse particular, reproduzem, consciente ou inconscientemente, o discurso autoritário do estado”¹⁴³.

Mas, é imprescindível valorizar as ações de Getúlio Vargas que projetou o Brasil rumo ao capitalismo, afastando-o de uma condição de semi-escravagista. Nessa época, o país evolui da era agrícola para a industrial e atualmente, da indústria para a prestação de serviços, que infelizmente, ao que se percebe, alijada muitas vezes, da intervenção estatal.

Se de um lado, a flexibilização é inevitável até por conta da globalização e da crise econômica que assola o mundo, por outro, não se pode admitir a ingerência nos direitos mínimos do trabalhador, ainda mais nas questões que envolvem normas de higiene e segurança no trabalho, mesmo que por meio da participação sindical, como explica Carli.

[...] flexibilização não poderá ser feita sobre direitos mínimos assegurados constitucionalmente ao trabalhador, salvo quando a própria Lei Maior permitir...não sendo possível a flexibilização das normas de higiene e segurança no trabalho, pois estas são fundamentais a saúde e bem estar do trabalhador, além da importância de se observar o direito adquirido e ato jurídico perfeito, constante do artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal¹⁴⁴.

O reducionismo de proteção mínima assegurada, avilta mais ainda se dela decorrer perigo indissociável da segurança do trabalhador.

¹⁴³ PARANHO, Adalberto. *Op. cit.*, p. 39.

¹⁴⁴ CARLI, Vilma Maria Inocência. *Op. cit.*, p. 65.

O conflito que se antevê, quando o assunto é flexibilização das normas trabalhistas tem como núcleo a contextualização de Direitos Disponíveis, Indisponíveis e do Direito Protetor à luz do atual ordenamento vigente, aspectos debatidos neste trabalho. Quanto aos limites dessa flexibilização, será assunto para discussão ainda nesta dissertação.

Para justificar a limitação ou a falta de limite quando se trata do fenômeno flexibilização, algumas teorias apresentam concepções ampliativas ou limitadas, quer sob o prisma patrimonial, quer nos limites da Carta Constitucional ou como extensão da aplicação dos instrumentos coletivos, balizados pela teoria do conglobamento e da acumulação, tema em pauta no próximo capítulo.

9 CORRENTES DA FLEXIBILIZAÇÃO – TEORIA DO CONGLOBAMENTO E DA ACUMULAÇÃO

Ives Gandra Martins Filho, ao abordar didaticamente as correntes da flexibilização, aponta quatro formas desse fenômeno: a corrente ampliativa, a corrente quase sem limites, a patrimonial e por fim, a restrita ao texto constitucional.¹⁴⁵

Para a corrente ampliativa, a negociação é ampla e irrestrita, posto que se a Constituição de 1988 autoriza negociar salários e jornada de trabalho, tanto quanto o resto, pode ser também, objeto de negociação. Esse aspecto se apresentou neste trabalho, ao citar Sergio Pinto Martins no tema da flexibilização, enquanto necessidade ou desregulamentação, sem, no entanto, nominá-la de ampliativa.

A segunda corrente, talvez um meio caminho entre a primeira e a quarta, limita a flexibilização dos direitos trabalhistas assegurados por Lei, não alcançando os determinados pela Constituição. A terceira corrente restringe a flexibilização ao aspecto patrimonial dos direitos trabalhistas. A última corrente, admite a flexibilização para os permissivos da Constituição, salário e jornada de trabalho.

Ao abordar a conteúdo sobre periculosidade, em capítulo próprio nesta pesquisa, se verá que Ives Gandra Martins Filho se aproxima da teoria ampliativa, pois, no texto em estudo, pauta sua posição de que as negociações coletivas propiciam até mesmo, fortalecimento dos movimentos sindicais e a prevalência do princípio da boa-fé.

Na mesma obra citada¹⁴⁶, o autor justifica que a ampliação das possibilidades de flexibilização mais que depender de lei, deveria promover a compensação específica de vantagem, regulado pelos princípios de igualdade

¹⁴⁵ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Direito e processo do trabalho em transformação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 193-194.

¹⁴⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Op. cit.* p. 195.

material, da dignidade da pessoa humana e da proteção, mas, ao que se pode depreender, o autor valoriza sobremaneira, a autonomia coletiva privada.

Sergio Pinto Martins¹⁴⁷ ensina a existência de três correntes balizadoras da flexibilização que nomina de flexibilista, antiflexibilista e semiflexibilista.

A flexibilista tem seu fundamento no que chama de três fases do Direito do Trabalho. Nesse sentido, a primeira assegura os direitos conquistados pelos trabalhadores; a segunda, finca-se no momento promocional do Direito, e a terceira é a responsável pela fase de adaptação do Direito ao contexto temporal da relação. Justifica que, principalmente, em épocas de maior crise existe a necessidade de primar pelas negociações coletivas para buscar melhores condições de trabalho. Vislumbra-se nessa colocação um aspecto otimista no resultado das negociações.

Contrariamente à teoria precedente, a antiflexibilista enfoca o tema como nocivo ao trabalhador cujo fim é o reducionismo das conquistas e piora nas condições de trabalho.

Por fim, a teoria semiflexibilista enaltece a autonomia privativa coletiva e apóia a desregulamentação por meio das Convenções ou Acordos Coletivos. Todavia apregoa também que se estipulem um regramento mínimo limitador desse fenômeno, sendo o restante possível de se sujeitar livremente às flexibilizações, sempre regulado pela ingerência sindical.¹⁴⁸

É cediço que ao embate da desigualdade apriorística nas relações de emprego se faz necessária a preservação do equilíbrio, mesmo em se tratando de relação coletiva, fazendo uso do Princípio Protetor, como já se discorreu anteriormente.

Reforça-se que a complexidade do movimento sindical e sua evolução na contemporaneidade, é o objetivo de proteção da classe trabalhadora.

Esse associacionismo, como medida de proteção contra o Capitalismo, também transitou pelas Constituições da República, algumas vezes proibia a existência das entidades sindicais, outras, limitava sua atuação ou ainda as

¹⁴⁷ MARTINS, Sergio Pinto. *Op . cit.*, p. 95

¹⁴⁸ MARTINS, Sergio Pinto. *Op . cit.*, p. 95.

admitia, não obstante, com restrições, ao ampliar a interferência estatal nas entidades sindicais.

Alguns doutrinadores defendem que a abordagem da flexibilização de normas trabalhistas, resultou na aplicabilidade da teoria do conglobamento no que tange à efetividade dos instrumentos coletivos, mesmo que restritivos de direitos positivados. Paralelamente a esse entendimento, alguns outros, são adeptos da teoria atomista, refutando o arcabouço teórico daqueles.

Objetivamente, pretende-se retomar o papel protetivo dos mecanismos sindicais, no raciocínio contrário à submissão do empregado a situação fática prejudicialmente, diversa da positivada.

Alguns juristas defendem a restrição ou a diminuição de direitos positivados protetivos ao empregado, baseada na Teoria do Conglobamento ou também chamada de Teoria da Incindibilidade. Com base histórica no Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, ela dispõe que conflitos de origem em preceitos de duas ou mais normas trabalhistas, independentemente de serem estatais ou não, devem propiciar o mínimo de direito e a solução será pautada pela aplicação do mais favorável para o trabalhador, apreciado em seu conjunto.

Para os instrumentos coletivos, ante a inexistência de disparidade de posições entre empregado e empregador, e, portanto, sem a inferioridade daquele, não há necessidade de aplicação de princípios protetivos do Direito Individual do Trabalho, autorizando a eficácia e aplicabilidade global do instrumento sindical, por força do Princípio da Autonomia Coletiva privada.

Essa teoria preconiza que o todo da norma deve prevalecer.

Delgado defende que essa teoria não valoriza o indivíduo trabalhador, mas, sim, a “coletividade interessada ou o trabalhador objetivamente considerado como membro de uma categoria ou segmento, inserido em um quadro de natureza global”. Esse mesmo autor conceitua essa teoria argumentando que na teoria do conglobamento a prevalência é do conjunto, sem possibilitar divisão no texto legal. Alerta também que “na verificação da norma mais favorável não poderá haver decomposição da norma, de forma a aplicarem-se, simultaneamente, estatutos diferentes”¹⁴⁹.

¹⁴⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002,p.175.

Essa consideração global da norma também é assente na conceituação de Nascimento, ao chamá-la de critério orgânico, pois respeita a unidade integral, excluindo aplicação de estatutos díspares.¹⁵⁰

O que para alguns doutrinadores é desregulamentação, para os adeptos, é o prejuízo calculado e eficaz para buscar de forma geral, vantagens para sua coletividade.

Fiorin Longhi¹⁵¹ coaduna com esse parecer ao lecionar que “pode acontecer que, em casos concretos, seja necessária sacrificar um determinado direito para conseguir outras vantagens, em termos de o cômputo final ser positivo; do mesmo modo, certas evoluções conjunturais economicamente desfavoráveis podem requerer compressões momentâneas, em ordem a conseguir relançamentos futuros”.

Continua em defesa da teoria do conglobamento, afirmando que ela possibilitaria a apreensão “não só a expressão visível, mas o sentido íntimo da aplicação do princípio, principalmente o sentido do referido princípio contextualizado no instrumento normativo, seja convenção ou acordo coletivo de trabalho”, observando-se o conjunto mais favorável ao trabalhador. Pode-se denominá-lo de Conglobamento Puro porque a doutrina ainda apresenta a espécie de conglobamento por instituto, chamado também de orgânico ou mitigado tendo ao fim, a supremacia da norma específica em relação à genérica.

Para o mesmo autor, da teoria do conglobamento por instituto se extrai “[...] o conjunto de normas que se referem a um mesmo instituto, como, por exemplo, o regime de férias, de despedida. Considerando que cada instituto do Direito do Trabalho possui um regime unitário, não há como aplicá-lo parcialmente. Logo, a norma aplicada será um todo infindável, porém só a respeito de um instituto ou de cada instituto”.

Essa espécie da Teoria do Conglobamento é rechaçada por Fiorin Longhi, que defende a aplicabilidade do Conglobamento Puro, ou seja, o instrumento é visto e aplicado como um todo.

¹⁵⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 298.

¹⁵¹ LONGHI, Dânia Fiorin. **Teoria do conglobamento**: conflito de normas no contrato de trabalho. São Paulo: LTr, 2009, p.89.

Ao tratar de eventual conflito entre Acordos Coletivos e as Leis, Fiorin Longhi é enfática na predominância do disposto no instrumento coletivo na medida em que o Art. 8º, da Carta Constitucional prima pela “autonomia da vontade coletiva privada, que se justifica no reconhecimento da nova realidade socioeconômica, como alternativa a aplicação da lei”. Justifica essa posição porque o afastamento do Estado nas relações coletivas propiciaria o verdadeiro equilíbrio social.¹⁵²

Ainda prelecionando a acirrada defesa da aplicabilidade da teoria do conglobamento, Longhi exemplifica a grande vantagem das negociações, para os empregados, com a retirada de alguns benefícios dos aposentados do Banco do Estado de São Paulo, para que, aos da ativa fosse conferida estabilidade de emprego, no período próximo à privatização desse banco. Explica que um pequeno grupo obteve desvantagem para conferir vantagens a um grupo maior.

Todavia, exclui de seus argumentos, que esses chamados estáveis, mais de 5.000 (cinco mil) dispensados, abarrotam o Poder Judiciário Trabalhista paulistano. Portanto, para todos, ativos e inativos, o resultado foi a desvantagem.

A teoria do conglobamento busca diminuir a ingerência do Estado nas relações de emprego, mas, na realidade, como afirma Dallegrave Neto ao discorrer sobre flexibilização, que: “a flexibilização é um primeiro passo da trajetória que visa a total desregulamentação do Direito do Trabalho. O fenômeno que já se inicia faz parte do receituário neoliberal que propugna pela diminuição do custo operacional e pela destruição dos direitos sociais”¹⁵³.

Contraopondo-se aos adeptos da teoria do conglobamento ou conglobamento puro, estão os favoráveis à teoria da acumulação ou atomista.

O fundamento dessa teoria está na possibilidade de se extrair o que há de melhor na norma coletiva, excluindo as conflitantes, redutoras de Direitos em detrimento ao Direito Positivado.

Para a teoria atomista, é aceitável a extração da disposição mais favorável e vantajosa da norma aplicável ao trabalhador. A interpretação e

¹⁵² LONGHI, Dânia Fiorin. *Ibid.*, p. 110-111.

¹⁵³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. (Coord.) **Direito do Trabalho**: estudos. São Paulo: LTr, 1997, p. 45.

aplicabilidade da norma coletiva para os atomistas são consideradas em cada parte do instrumento, na mesma medida do favorecimento do empregado e, sendo determinada cláusula favorável, ela será aplicada. A mesma cláusula, sendo desfavorável, resultará em sua inaplicabilidade que não trará a nulidade ou inaplicabilidade do instrumento coletivo em sua íntegra, mas, apenas da cláusula.

Portanto, o poder conferido aos sindicatos por força do Art. 7º, Inciso XXVI e pela CLT, no Art. 444, está longe de ser absoluto, tendo por limite, a própria Lei, a Constituição Federal e o respeito às Leis infraconstitucionais.

Nesse diapasão então, a teoria do conglobamento seria inconstitucional, ao admitir normas coletivas que restringissem direitos já positivados. A inconstitucionalidade ou não, da norma, será analisada especialmente no que tange aos direitos protetivos vinculados à saúde e segurança do trabalhador, em especial, o adicional de periculosidade quando se discorrer sobre os limites do negociado e do legislado, logo a seguir.

Importa que para a teoria atomista há a possibilidade de se refutar as cláusulas que trazem prejuízo à coletividade, representada naquele instrumento

Plá Rodrigues ensina que o sustentáculo da teoria está na possibilidade de extração apenas, das disposições favoráveis ao empregado, e vai além ao ditar que “somam-se as vantagens extraídas de diferentes normas, ainda que sejam de origem diversa. Não toma o todo como um conjunto, mas a cada uma das suas partes como coisas separáveis”¹⁵⁴.

Observa-se o comprometimento dessa teoria com o Princípio Protetor do Direito do Trabalho e da norma mais favorável.

Assim como conceituou a teoria do conglobamento, Delgado argumenta que para a Teoria da Acumulação, há a possibilidade de extração de cada norma, somente o mais favorável ao trabalhador, “de modo a obter-se um somatório de vantagens extraídas das diferentes normas”. Afirma ainda que importa cada uma das partes de “um contexto normativo como coisas separáveis’ pouco importando o conjunto da obra”.¹⁵⁵

¹⁵⁴ PLÁ RODRIGUES, Américo. *Op. cit.*, p.107.

¹⁵⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, LTr, p.175.

Evidentemente, a Teoria da Acumulação também é alvo de críticas pelos que defendem que obter apenas o que há de mais vantajoso nos instrumentos coletivos acabaria de forma transversa a primar pelo desequilíbrio nas relações coletivas e rechaçando a autonomia coletiva privada.

Não bastassem as discussões quanto à extensão da aplicabilidade dos instrumentos coletivos, se total ou parcial, ainda é preciso enfrentar os limites entre o negociado e o legislado.

Não raro se apresentam nas lides trabalhistas, situações díspares quando conflitam o legislado e o negociado, prevalecendo às vezes, a vontade coletiva, e outras vezes, a norma constitucional disposta no Artigo 7º, incisos XIII e XIV, tema aventado na sequência.

10 O LEGISLADO E O NEGOCIADO

O associacionismo sob o manto sindical, como medida de proteção contra o Capitalismo, também transitou evolutivamente pelas Constituições da República, por vezes limitando, por outras, ampliando as interferências das entidades sindicais, num paradoxo de reconhecimento dos instrumentos emergidos dos sindicatos e as flexibilizações de Direitos, como já se discorreu anteriormente.

Faz-se necessária a retomada do papel protetivo dos mecanismos sindicais afastando a submissão do empregado ou a situação fática prejudicialmente diversa da positivada. Para a democratização dos instrumentos de negociação coletiva é fundamental a observância da indisponibilidade de Direitos e o princípio protetivo que é o núcleo central das relações de natureza trabalhista.

Tepedino, ponderando sobre a crise de separação entre o público e o privado na Revolução Industrial, alude que o dirigismo contratual “de um lado e a formulação de novos meios –processuais e substanciais – de controle e participação social corroboram este fenômeno de superposição entre público e privado’, propondo o autor a imperiosa necessidade de ‘redefinição de limites”¹⁵⁶.

O mesmo autor trata, de forma bastante aprofundada, a problematização quanto à “insuficiência da dicotomia entre direito público e privado para a proteção dos direitos humanos”, onde a ordem constitucional se reflete nas relações privadas e públicas, e essa ordem elege a dignidade da pessoa como seu viés mais importante.¹⁵⁷

Portanto, se a proteção humana da esfera privada se fundar no direito patrimonial será inadequada, pois ao

[...] eleger a dignidade humana como valor máximo do sistema normativo, o constituinte exclui a exigência de redutos particulares [...] vale dizer, família, propriedade, empresa, sindicato, universidade, bem como quaisquer microcosmos contratuais devem permitir a realização existencial isonômica, segundo a ótica de

¹⁵⁶TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 153.

¹⁵⁷TEPEDINO, Gustavo. *Ibid.*, p. 154.

solidariedade constitucional. Sendo assim, não se configuram espaços insuscetíveis ao controle social, como queria o voluntarismo, justamente porque integram uma ordem constitucional que é a mesma tanto nas relações de direito público quanto nas de direito privado¹⁵⁸.

Ives Gandra Martins Filho escreve sobre a prevalência, ou não, do legislado sobre o convenicionado e explica a existência de duas correntes, a de prevalência da vontade coletiva e a de prevalência da norma constitucional ou legal.¹⁵⁹

A primeira, fundada na prevalência da vontade coletiva, no amparo legal proposto pelo Art. 7º, XXVI da Carta Mãe, reconhece a validade dos acordos e convenções coletivas e também garante a sua prevalência hierárquica aos direitos derogados na negociação.

O autor afirma que reduzir tal reconhecimento a hipóteses não previstas constitucional ou legalmente é subestimar a norma constitucional correspondente, deixando à liberdade da categoria, faixa muito estreita de deliberação, restrita por certo a circunstâncias menores das relações de trabalho. Nessa primeira corrente, seus defensores albergam-se de que tudo é possível na medida em que o salário e jornada, pilares do Direito do Trabalho, podem ser objeto de flexibilização, tanto mais, poderá qualquer outro Direito, cujo fundamento já se contemplou neste trabalho.

A segunda corrente prima pela prevalência da norma constitucional ou legal, amparada pelo Art. 7º, XIII e XIV, da Constituição de 1988. Por esse ponto de vista, a flexibilização é viável apenas nos limites taxativos e não no texto constitucional. Assim, a interpretação é restritiva, ou seja, inadmissível em outras hipóteses à flexibilização, o que estabelece, para a teoria, o limite entre o negociado e o legislado.

O fundamento para a prevalência da norma constitucional e legal aparece no princípio da Irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas por se referir à norma de ordem pública como regra, tema já apresentado em capítulo precedente; no vício presumido do consentimento onde a renúncia, desde seu início, eivada de mácula, vem ao encontro dos Artigos 9º e 468 da CLT; e por

¹⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 156.

¹⁵⁹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Op. cit.*, 2007, p. 205.

fim, na prevalência da norma mais benéfica, ambos os assuntos também debatidos na dissertação.

Defensor da flexibilização, Ives Gandra Filho, deixa transparente seu entendimento, pelo qual a Irrenunciabilidade, tratada na segunda teoria, não significa intransacionabilidade, repelindo a ideia de presunção de vício de consentimento, posto que se assegura a vontade coletiva antecedida de uma assembleia geral de trabalhadores.

Ressalta ainda que “ressalvados os direitos estabelecidos na Constituição e na lei pertinentes à higidez física e mental do trabalhador (férias, repouso semanal remunerado, intervalos para descanso durante a jornada, etc.) e ao interesse de terceiros (FGTS, contribuições previdenciárias e fiscais e etc.), os demais de natureza patrimonial podem ser objeto de livre disposição transacional pela vontade coletiva”¹⁶⁰.

Portanto, a esfera privada precisa suportar um conteúdo mínimo, conforme Tepedino “[...] mesmo o dirigismo contratual, que suscitou a intervenção estatal na atividade privada para o alcance de metas engendradas pelo estado [...] jamais poderia desnaturalizar o conteúdo mínimo dos institutos privatísticos, de molde a assegurar o poder de escolha e de decisão dos particulares nos espaços privados”¹⁶¹.

Todavia, a escolha de decisões de particulares em espaços privados pode não significar uma redefinição de limites, mas, simplesmente, uma superposição de espaço público e privado, daí, mais uma vez, a importância do Princípio Protetor para balizar a limitação.

A inexistência de limites e a não valia dos princípios protetivos se externa na esfera privada através de instrumentos coletivos com a redução de conteúdos mínimos legais positivados ao quais escapam ao controle do Poder Judiciário, o que incrementa, de acordo com Tepedino, a “exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana”.

Com efeito, as conquistas seculares do Direito Público, que produziram sucessivas gerações de Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão perante o Estado, tornar-se-iam inoperantes para as transformações sociais pretendidas, não fosse incidência da norma constitucional nas relações

¹⁶⁰ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Op. cit.*, p. 208.

¹⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 155.

privadas ¹⁶².

Resta para Tepedino “procurar soluções interpretativas que ampliem a proteção da pessoa humana, atribuindo a máxima efetividade social aos princípios constitucionais e aos tratados internacionais que ampliam o leque de garantias fundamentais da pessoa humana”. O autor aduz ainda que “o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais e dos preceitos internacionalmente recebidos pelo estado brasileiro torna-se método indispensável para a abertura do horizonte de proteção dos direitos humanos, especialmente nas relações jurídicas de direito privado, em cujo domínio seria impossível ao legislador disciplinar todas as situações em que a pessoa humana demanda proteção específica na sociedade tecnológica”¹⁶³.

Na hipótese de uma discussão sobre a necessidade de proteção da pessoa na atividade econômica e insuficiência da técnica legislativa regulamentar, Tepedino apresenta como solução obrigatória do magistrado socorrer-se dos princípios “onde o centro da solução deve pautar-se na dignidade da pessoa humana, o valor maior”.

Para Tepedino, as pressões da economia tentam violar a dignidade da pessoa humana, mas, a

[...] escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza, da marginalização, e da redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do parágrafo 2º do art. 5º, no sentido da não-exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo do ordenamento¹⁶⁴.

Ao eleger a dignidade da pessoa humana no plano hermenêutico, a Constituição de 1988 condicionou o ordenamento infraconstitucional a essa limitação.

Para que não se renegue no plano privado a dignidade da pessoa humana, Tepedino propõe “um vigilante controle da autonomia privada que, como já ressaltado, há de ser protegida na medida em que realiza os valores sociais e existenciais assegurados, de forma privilegiada, pela hierarquia

¹⁶² TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 153.

¹⁶³ TEPEDINO, Gustavo. *Ibid.*, p. 156.

¹⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Ibid.*, p. 174.

axiológica do ordenamento constitucional”.

Portanto, segundo Tepedino, dessa ordem pública de “tutela e promoção da pessoa humana’ não estão excluídas as relações jurídicas privadas, e as ‘relações contratuais tornam-se estruturas jurídicas funcionalizadas à realização da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo central da Constituição de 1988”¹⁶⁵.

Todavia, como já se argumentou, muitos defendem por jurisprudência, outros, por um apontamento legal, uma delimitação clara dos limites do quanto disponível se pode ter dentro da regra da indisponibilidade, de quando de renunciável é possível na regra da Irrenunciabilidade e do quanto o não protegido é viável no cerne do Direito do Trabalho, que é a proteção.

Essa falta de delimitação clara do possível, traz à baila as três correntes passíveis de flexibilização: a primeira prega a flexibilização de todo Direito do Trabalho sem limitações; outra, amplia tipos de contrato individual para fomentar empregos, e a terceira corrente apregoa flexibilizar internamente o contrato individual de emprego, a contratação, a jornada, o salário e as modalidades de ruptura dessa contratação, com redução de custos das demissões.

Beltran ao refletir sobre a flexibilização no Direito do Trabalho, afirma que deve haver uma adaptação às normas e às variáveis que são observadas na crise econômica, como a globalização, o desenvolvimento tecnológico, modernizando esse ramo do Direito. Defende a predominância do convencionalizado sobre o legislado voltando-se o menos possível à interferência estatal e à imperatividade legal, que

Simboliza, ainda, a troca do genérico pelo individualizado; do ávido pelo eficaz; do fantasioso pelo real. Significa, finalmente, a predominância da convenção coletiva sobre a lei; da autonomia dos grupos profissionais sobre o paternalismo estatal (...). A flexibilização do Direito do Trabalho é o processo de adaptação das normas trabalhistas à realidade cambiante. Trata-se de processo porque se traduz em sucessão de estados de mudanças¹⁶⁶.

¹⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 172-173.

¹⁶⁶ BELTRAN, Ari Possidonio. *Op. cit.*, p. 150.

Rozita de Nazaré admite que na competência material da Justiça do Trabalho se insere a apreciação e punição anti-sindicais, principalmente, as vinculadas à acidente e segurança do trabalho. As matérias, portanto, que envolvam saúde, acidente e segurança do trabalho são o limite legal que impedem a sobreposição do negociado ao legislado.¹⁶⁷

Ao se tratar neste trabalho, o princípio da adequação setorial negociada, Delgado apresenta um grande dilema dos tempos atuais, no tocante à necessidade de adaptação das normas coletivas para harmonizá-las com a normatividade estatal.

Delgado argumenta que a harmonização é o objeto do princípio da adequação setorial, trazendo um questionamento: em que medida as normas juscoletivas podem se contrapor às normas jusindividuais imperativas estatais existentes?

Para o autor, devem-se respeitar dois critérios:

- a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão oriundo da legislação heterônoma aplicável;
- b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade relativa (e não de indisponibilidade absoluta)¹⁶⁸.

No caso 'A' as normas convencionais elevam o patamar já existente, não afrontado o princípio da indisponibilidade.

No caso 'B', embora afronte o princípio de indisponibilidade, considera a indisponibilidade relativa, e então, se refere à existência, ou não, de permissivo legal, como é o caso do Art. 7º, Inciso VI, XIII e XIV, da CF/88¹⁶⁹.

Fundamentando a incidência do manto da indisponibilidade a determinados direitos, Delgado justifica a sobreposição do legislado quando se

¹⁶⁷ NASSAR, Rosita de Nazare Sidrim. *Op. cit.*, p.587-588.

¹⁶⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 95.

¹⁶⁹ 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;

trata de indisponibilidade absoluta, pois, “são 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”¹⁷⁰.

Para o autor, essas parcelas indisponíveis absolutamente, são “anotação em CTPS, o pagamento do salário mínimo e as normas de medicina e segurança do trabalho”.

Quando Cassar introduz o dirigismo contratual, discorre que os direitos trabalhistas “fundamentais”, impostos ao cidadão “em suas relações interpessoais e interprivadas”, constituem limites à autonomia da vontade de negociar.¹⁷¹

Francisco Lavor defende o aprimoramento das relações coletivas de trabalho, exigido pelo mundo globalizado e clama por uma “supremacia das negociações coletivas”, mas, explica a supremacia quando efetivamente, ela se encarrega de ampliar as garantias mínimas “asseguradas em uma legislação mínima de proteção ao trabalho”¹⁷².

Irany Ferrari, ao discorrer sobre o desvirtuamento da negociação coletiva traz como limite também os direitos inegociáveis porque indisponíveis, exemplificando com a ementa contida no acórdão proferido pela 1ª Turma da 8ª Região, nos Autos nº 00222-2008-126-08-00-5¹⁷³.

Sergio Pinto Martins, ao falar sobre os limites da autonomia coletiva privada, aponta que determinadas matérias são reservadas ao Estado, onde há

¹⁷⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 96.

¹⁷¹ CASSAR, Vólia Bomfim. Princípio da Irrenunciabilidade e da intransacionabilidade diante da flexibilização dos direitos trabalhistas. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, nº 04, p. 408, abril/ 2006.

¹⁷² LAVOR, Francisco Osani de. Perspectiva das relações individuais e coletivas de trabalho na sociedade globalizada. **LTr - Suplemento Trabalhista**, São Paulo, v. 34, nº.2, p.10, 1998.

¹⁷³ FERRARI Irany. Horas *in itinere* - direito indisponível - desvirtuamento da negociação coletiva. **LTr - Suplemento Trabalhista**, São Paulo, v. 45, nº.110, p. 522, set./ 2009.

EMENTA: Horas *in itinere*. Direito indisponível. Desvirtuamento da negociação coletiva. É inaceitável que uma norma coletiva, decorrente de acordo ou convenção, obrigue a renúncia a direitos adquiridos ou a direitos previstos no ordenamento legal. As horas *in itinere* são direitos referentes à jornada de trabalho e, portanto, irrenunciáveis. O fornecimento de transporte, pela empresa, não pode ser visto como contrapartida oferecida aos empregados, diante da Irrenunciabilidade do direito. Ademais, se o transporte configura a única forma de os trabalhadores chegarem ao seu local de destino e, assim, cumprirem a obrigação que o contrato de trabalho lhes impõe, a empresa é obrigada a transportar seus empregados em veículos com condições mínimas de tráfego. E mais: compete-lhe ainda computar as horas do percurso na jornada de trabalho de cada um desses empregados, conforme disciplina o artigo 58 da CLT.

impossibilidade de incidência daquela sobre a ordem pública e geral. O autor exemplifica com as regras que se referem ao salário mínimo, às férias, ao repouso semanal remunerado, aos intervalos, à segurança e à medicina do trabalho. Essas limitações mínimas são impostas pelo Estado e concebidas como direito mínimo a ser assegurado.¹⁷⁴

Nascimento, ao lembrar os debates sobre flexibilização do Direito Coletivo lembra que ele está focado nas Convenções Coletivas e na relação de hierarquia com as demais legislações. De um lado, traz os defensores da primazia absoluta da lei, e de outro, os que admitem o total império do negociado, ao que o autor chama do efeito *in pejus* das cláusulas convencionais, quer se sobrepondo aos contratos individuais, quer se sobrepondo às disposições legais.¹⁷⁵

Nascimento, ao abordar os limites da manifestação de vontade, coloca-a sob a subordinação direta dos limites consentidos pela lei.¹⁷⁶

Genésio Sobrinho, igualmente, com clara preocupação da sobreposição ilimitada do negociado sobre o legislado, entende que não é um dilema fácil de superar. Entretanto, reforça que o Estado deve atuar de forma supletiva para não atrelar os envolvidos à lógica perversa do capitalismo, e da mesma forma, não sucumbirem ao efeito que chama de colateral, que é congelar o mínimo ou transformá-lo, na prática, em teto.¹⁷⁷

Ives Gandra Filho, adepto da corrente flexibilizadora mediante negociação coletiva, aponta os seguintes limites desse fenômeno no Tribunal Superior do Trabalho, onde prevalece o negociado:

- pagamento do adicional de periculosidade ao tempo de exposição ao agente de risco (Súmula nº 364, II do TST);
- redução do intervalo intrajornada para a categoria dos motoristas (conforme precedente jurisprudencial da SDC-TST);
- limitação do pagamento de horas *in itinere* a uma diária, independentemente do tempo efetivamente gasto pelo empregado em condução fornecida pelo empregador (precedente da Corte);

¹⁷⁴ MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, p. 804.

¹⁷⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p.32.

¹⁷⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ibid.*, p.1032.

¹⁷⁷ SOLANO SOBRINHO, Genésio Vivanço. Direito constitucional e a flexibilização do Direito do Trabalho. **Ciência Jurídica do Trabalho**, Belo Horizonte, MG, v. 6, nº. 41, p.41, set./out.2003.

- no que diz respeito aos minutos residuais, tolerância de 15 minutos depois da jornada de trabalho sem o pagamento de horas extras (precedente da Corte);¹⁷⁸

No mesmo artigo, o Ministro apresenta os casos em Corte Suprema: não admite a flexibilização:

- turnos ininterruptos de revezamento, quando não demonstrada a compensação com vantagem substitutiva;
- regime 12X36 horas, determinando-se o pagamento de horas extras das 11^a e 12^a horas;
- não redução do intervalo intrajornada fora das hipóteses de motoristas;
- redução do período de estabilidade gestante.¹⁷⁹

Contrariando o transcrito acima, Ives Gandra Lopes Martins Filho também já se posicionou, que:

A flexibilização tem seus limites fixados na Constituição – Incisos VI, XIII e XIV do art. 7º e em seu próprio *caput*, que alberga o princípio da proteção ao trabalhador -, no princípio da participação obrigatória dos sindicatos na negociação coletiva (art. 8º, VI) e nos demais direitos e garantias fundamentais, dentre os quais destacamos o princípio da igualdade material e o princípio da dignidade da pessoa humana.^{180 181}

Nascimento, no índice geral de sua obra, classifica as normas jurídicas trabalhistas quanto à forma, na seguinte ordem:

Leis constitucionais, Leis Ordinárias, Decretos, medidas provisórias, leis delegadas, portarias e regulamentos, Sentenças coletivas e individuais, Convenções e acordos coletivos, Regulamentos de empresa, Usos e costumes, Convenções internacionais, Tratados internacionais, Diretivas comunitárias.¹⁸²

¹⁷⁸ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Valorização da negociação coletiva e flexibilização das normas legais trabalhistas. **SDI: Jurisprudência uniformizada do TST**, Curitiba, PR, v. 11, nº.119, p.12-14. out./2006,

¹⁷⁹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Ibid.*, p.15.

¹⁸⁰ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Ibid.*, p.106.

¹⁸¹ 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.

¹⁸² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 1037.

O mesmo autor demonstra a existência de uma ordem hierárquica nas normas trabalhistas sem a qual existiria uma dificuldade na solução dos casos concretos, impossibilitando uma interpretação no conflito de normas.

Porém, quando versa sobre a Convenção e Acordo Coletivo, Martins¹⁸³ aponta que a Lei é hierarquicamente superior à convenção, excetuando as situações onde a legislação é mais benéfica ao empregado. Cita ainda que não existe hierarquia entre as Convenções e os Acordos Coletivos. Contudo, tem uma limitação de aplicação: a primeira serve a uma categoria profissional e a outra, o acordo coletivo, somente à empresa e/ou empresas acordantes.

Observa-se que a crise mundial implicou em ruptura, desregulamentação e intimidação do papel do Estado. Em decorrência, o vetor do Direito do Trabalho, às vezes, é ignorado, sucumbindo a interesses econômicos e neoliberais. É relevante lembrar que o setor econômico intervém no Direito do Trabalho, e não se pode permitir, sob pretexto de flexibilização, que se questione a raiz fundante do Direito do Trabalho, que é a proteção ao hipossuficiente, o amparo à dignidade, à vida e à segurança do trabalhador. O destaque da autonomia da vontade precisa preservar o Direito do Trabalho como é concebido, enquanto direito indisponível.

Afiança-se novamente que o poder conferido aos sindicatos pelo Art. 7º, Inciso XXVI e pela CLT no Art. 444, está longe de ser absoluto e o limite é a própria Lei e a Constituição de 1988. As leis infraconstitucionais devem ser respeitadas.

Mais cuidado há que se ter quando se trata de desregulamentação em matéria atinente à saúde e à segurança do trabalhador, como é o caso do adicional de periculosidade, assunto para o próximo capítulo.

¹⁸³ MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, p. 209.

11 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

O Artigo 7º, da Constituição de 1988 proporciona como moldura constitucional, o limite de autorizações expressas de flexibilização do Direito do Trabalho:

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.

Portanto, defender os interesses da categoria econômica, de início, significa perpetuar direitos já reconhecidos, ampliá-los ou flexibilizá-los nos limites impostos pela Constituição Federal, sob pena até de eventual inconstitucionalidade da norma.

Especificamente, quanto a direitos reconhecidos e positivados relevantes à saúde do trabalhador, estão o adicional de periculosidade e de insalubridade.

A preocupação com as condições perigosas a que está sujeito o empregado surgiu em 1955, com a Lei nº 2.573, de 13 de agosto.

O Título II (“Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho”), Capítulo V (“Da Segurança e da Medicina do Trabalho”), Seção XIII (“Das Atividades Insalubres ou Perigosas”), Artigos 192 - 193 da CLT dispõem:

Art. 192. O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou método de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

§ 1º O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

§ 2º O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.

Contrariando o disposto no Artigo citado, o que se observa é um descaso estatal e uma verdadeira desregulamentação do Direito do Trabalho, ao que chamam de flexibilização. Todavia, ela se concretiza muito além da restritiva previsão esculpida no Art. 7º, da Constituição de 1988.

A previsão legal dessas flexibilizações, além do que dispõe o Art. 7º, da Constituição de 1988, ou mesmo, com expressa autorização sumulada pelo Tribunal Superior do Trabalho, não autoriza, ao menos no viés do Art. 8º, da mesma Carta Constitucional, a admissão desses instrumentos como efetivamente, democráticos.

Ives Gandra Filho, defensor das flexibilizações mediante negociação coletiva, assevera que esse fenômeno constitui a verdadeira valoração do Art. 7º, XXVI, pois, prestigia o princípio da boa-fé, o fortalecimento dos sindicatos e proporciona segurança aos jurisdicionados e o fortalecimento dos sindicatos.

Obviamente, quando se defende o fortalecimento dos sindicatos, como se argumentou neste trabalho, deve-se lembrar a realidade desse País e do enfraquecimento, por várias décadas, do movimento sindical brasileiro, que ainda precisa de contribuições compulsórias para sua sobrevivência.¹⁸⁴

Para Ives Gandra, o adicional de periculosidade não é contemplado na matéria de Medicina e Segurança do Trabalho portanto, de ordem pública e de indisponibilidade absoluta, tanto que o Tribunal Superior do Trabalho promulgou a Súmula 364 do TST:

Súmula nº 364 - TST - Res. 129/2005 - DJ 20, 22 e 25.04.2005 - Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 5, 258 e 280 da SDI-1

Adicional de Periculosidade - Exposição Eventual, Permanente e Intermitente

I - Faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, se sujeita a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex - OJs nº 05 - Inserida em 14.03.1994 e nº 280 - DJ 11.08.2003)

II - A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos. (ex - OJ nº 258 - Inserida em 27.09.2002).

Não se travará aqui a discussão acerca da natureza do adicional de periculosidade, pois é salário condição sendo inconteste sua natureza jurídica

¹⁸⁴ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Op. cit.*, p.12-15.

salarial, tanto que o Inciso XXIII, do Artigo 7º da Carta Magna, o denomina de adicional de remuneração.

Júlio Bernardo de Carmo, ao se posicionar a respeito dos direitos sociais mínimos sob o manto da flexibilização, diz que o fenômeno se limita ao chamado “mínimo ético social”, nas normas de proteção à saúde, à higiene, à segurança do trabalhador e aos direitos da personalidade. Dita que a flexibilização deve se revestir de moralidade e momento pontual histórico que justifique a retirada do direito do trabalhador.¹⁸⁵

Ora, a flexibilização necessita se pautar por essa conjuntura histórica, capacitadora de uma recuperação econômica, e é inadmissível que sirva de afago ao Capitalismo selvagem em detrimento da dignidade preservada ao trabalhador.

Carmo, além de observância do mínimo ético social, das normas pontuadas acima, a concretização da flexibilização ocorre “se e quando demonstrasse que atravessa momento de crise, precisando minimizar direitos trabalhistas como forma de adequar sua planilha de encargos sociais e vencer a adversidade” e, ainda, não se perder de vista que, de regra, vigora no Direito do Trabalho, o princípio da Irrenunciabilidade.

O autor, contrário à edição da Súmula 364 do TST, ao que chama de brecha odiosa, enfatiza: “a conclusão que se poderia tirar desta brecha odiosa porque a ser assim a flexibilização não teria peias nem limites porque poderia alcançar toda e qualquer condição de trabalho, sem barreiras constitucionais ou infraconstitucionais”¹⁸⁶.

O mesmo autor alerta que a brecha aberta pela Súmula 364 do TST “é deveras perigoso porque praticamente não estabelece barreiras para a negociação coletiva”.

O que se verifica é uma valorização exacerbada da política Neoliberal e do Capitalismo, em detrimento das árduas conquistas dos trabalhadores ao longo de décadas, num verdadeiro desmanche dos direitos fundamentais e sociais mínimos garantidos ao trabalhador, num descuido desrespeitoso do

¹⁸⁵ CARMO, Júlio Bernardo do. Negociação coletiva e o respeito aos direitos sociais mínimos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região**, Belo Horizonte, MG, v. 43, nº. 73, p.40, jan./jun.2006.

¹⁸⁶ CARMO, Júlio Bernardo. *Ibid.*, p. 41.

Princípio Protetor e da supremacia, pouco importando a quem custe a primazia do negociado sobre o legislado.

Portanto, acima de tudo, os atos emanados dos sindicatos representativos das classes profissionais, devem respeitar os limites de flexibilização propostos pela Constituição de 1988 e proteger o hipossuficiente, zelando pela indisponibilidade das normas de ordem pública e efetivamente, ser o viés condutor da representação democrática material e formal.

Não se trata de tergiversar e sim, de concluir que se cabe ao sindicato a defesa de direitos da categoria, não lhe é dado o poder de negociação em prejuízo dos que representa.

Na medida em que os instrumentos sindicais, pelos seus resultados, não protegem ou garantem a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, não são instrumentos democráticos materiais efetivamente, e tão somente formais.

A Súmula 364 do Tribunal Superior do Trabalho alega, data vênia, o efeito da desregulamentação das normas mínimas fundamentais de proteção à saúde e à segurança do trabalhador, autorizando sem qualquer intervenção estatal e com total autonomia das partes, prejuízo aos direitos sociais mínimos de proteção do empregado.

Não se está, contudo, defendendo o fim das organizações sindicais, ao contrário, precisa-se de movimentos e organizações sindicais efetivamente fortes para que se possa ter uma sociedade composta de trabalhadores livres para a negociação coletiva, livres do medo do desemprego, da fome e da miséria. Só se pode conceber a flexibilização do Art. 7º quando se cumprir o Artigo 6º, na íntegra e para todo o povo brasileiro.¹⁸⁷

Nos próximos capítulos far-se-á a análise de dois embates jurídicos em tramitação na 9ª Região, que discutem a diminuição do adicional de periculosidade através de Acordos Coletivos de Trabalho. Após, a pesquisa de campo volta-se ao Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região e ao Tribunal Superior do Trabalho referente ao posicionamento de suas Turmas na

¹⁸⁷ Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

discussão a respeito da aplicabilidade de adicional de periculosidade em percentual inferior ao determinado pelo Parágrafo 1º do Artigo 193, da CLT.

Constará ainda a informação de realização ou não de perícia técnica, na medida em que o Artigo 195 da Consolidação das Leis do Trabalho obrigam, a princípio, a realização dessa prova técnica para caracterização e classificação da insalubridade e da periculosidade.

12 ANÁLISES DE DOIS CASOS CONCRETOS

A reflexão teórica realizada até o momento e a prática da advocacia trabalhista ao se deparar nas lides diárias com Acordos Coletivos que mantêm adicional de periculosidade em grau inferior ao determinado pelo Art. 193 da CLT, justificam o interesse pelo objeto de estudo proposto

Selecionaram-se dois casos para análise e cumpre pautar que ainda estão sob judice, ambos em grau de recurso.

Os dois casos têm em comum os seguintes aspectos:

- sujeito passivo a mesma empresa;
- discutem pagamento de diferenças de adicional de periculosidade considerando que o pago era inferior ao ordenado pelo artigo 193 da CLT. (30%);
- acordos coletivos que negociaram pagamento de adicional de periculosidade no importe de 4,29% ao mês;
- ambos tramitaram na MM. 7ª Vara do Trabalho de Curitiba.

No primeiro caso, Autos nº 34481-2007-007-09-00-7, pelos quais a sentença proferida pelo Dr. João Forte Júnior, deferiu o adicional de periculosidade sob os seguintes fundamentos:

Do adicional de periculosidade:

Alegou o reclamante que trabalhava exposto a sistema elétrico, sem receber corretamente o adicional de periculosidade a que fazia jus.

A reclamada, por seu turno, sustentou que não trabalhava o reclamante em sistema elétrico de potência e que, mesmo assim, por conta de negociação coletiva pagou adicional de periculosidade em percentual adequado ao efetivo tempo de exposição ao risco.

A prova pericial produzida concluiu pela existência de periculosidade no trabalho desempenhado pelo reclamante, pois trabalhava juntamente aos postes de alta tensão.

A norma coletiva não pode reduzir direitos previstos constitucionalmente, exceto quando expressamente autorizada, o que não é o caso do adicional de periculosidade, de sorte que não prevalece a norma coletiva no presente caso.

Com relação ao pagamento proporcional ao tempo de exposição a risco, não há que prevalecer tal argumentação, eis que, diferentemente da insalubridade que prejudica a saúde do empregado de forma progressiva, a periculosidade tem seu pagamento deferido pelo risco que decorre de um evento único e imprevisível, não havendo que se falar em qualquer progressividade.

Nesse sentido a jurisprudência consolidada do C.TST, a saber:

361 - Adicional de periculosidade. Eletricitários. Exposição intermitente (Res. 83/1998, DJ 20.08.1998) O trabalho exercido em condições perigosas, embora de forma intermitente, dá direito ao empregado a receber o adicional de periculosidade de forma integral, porque a Lei nº 7.369, de 20.09.1985 não estabeleceu nenhuma proporcionalidade em relação ao seu pagamento.

Com relação à base de cálculo, deverá ser calculado sobre o salário básico do obreiro, nos termos do artigo 193, parágrafo único da CLT.

Dada a natureza salarial da parcela, devidos os reflexos em aviso prévio, 13.º salários, férias acrescidas de 1/3 constitucional e FGTS com indenização de 40%. Autoriza-se a dedução de valores pagos a igual título, apenas no respectivo mês do pagamento.

Portanto, o fundamento de primeiro grau defere as diferenças do adicional independentemente da conclusão da perícia técnica baseando-se na ausência de autorização constitucional de flexibilizar esse adicional.

Também, desconsiderou o comando sentencial, o tempo de exposição do empregado ao perigo que poderia servir de abrigo à tese da ré da redução do adicional, entendendo que a periculosidade traz consigo risco único e imprevisível, descartando a progressividade. Pende de julgamento o recurso ordinário no caso concreto.

No segundo caso, Autos nº 16.369-2006-007-09-00-3, cuja sentença foi proferida pelo Dr. Daniel Corrêa Polak, indeferiu o adicional de periculosidade sob os seguintes fundamentos:

10. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

Requer a autora o pagamento de adicional de periculosidade e reflexos. Sem razão. Ainda que prevendo as normas coletivas o pagamento de adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal, imperativa a realização de perícia, a fim de se apurar a existência, ou não, de periculosidade no ambiente laboral, nos exatos termos do artigo 195, § 2º, da CLT:

‘§ 2º Argüida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato em favor de grupo de associados, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho.’

Não obstante, a parte autora expressamente desistiu da realização da prova técnica, por entender que a previsão em norma coletiva já lhe confere o direito ao adicional, mas com a aplicação do adicional previsto em lei.

No entanto, aplico o entendimento consagrado pela Súmula 364, II, do C. TST, no sentido de que *‘A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos’.*

Tenho que apenas em havendo prova pericial constatando a existência de periculosidade, decorrente de razoável exposição ao risco, afasta a aplicação da previsão contida nas normas coletivas.

Assim, o reconhecimento do direito ao adicional de periculosidade em período anterior a 10/2005, bem como do direito às diferenças do adicional a partir de então, exigia a realização da prova técnica, que a parte autora expressamente desistiu de promover.

INDEFIRO.

O fundamento do comando indefere as diferenças do percentual por entender que legítima a redução do adicional de periculosidade através de instrumentos coletivos na forma da Súmula 364, II, do Tribunal Superior do Trabalho.

O que se pode concluir é que, ao menos nos casos analisados, não há sintonia de prevalência entre o legislado e o convencionado, o que leva ao imediato interesse da pesquisa nas posições adotadas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região quanto ao tema. A seguir, detalha-se a pesquisa.

13 POSIÇÕES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO - TRT

Para analisar a posição do TRT da 9ª Região referente à sobreposição, ou não, do negociado sobre o legislado na matéria específica do adicional de periculosidade, efetivou-se a pesquisa em três etapas:

1ª ETAPA DA PESQUISA

No Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, não há como entabular pesquisas por Turmas específicas, pois esse método não está disponível no site (www.trt9.jus.br). Assim, optou-se primeiramente, em selecionar todos os julgados que envolvessem a temática adicional de periculosidade.

A publicação mais antiga disponível no referido site data de 23.01.2004 , Autos nº 7920-2001-651-9-0-0) e a mais recente, é de 18.06.2010, Autos nº 00689-2009-655-09-00-7. Portanto, definiu-se para a pesquisa as datas entre 23.01.2004 a 18.06.2010, resultando em 264 processos.

2ª ETAPA DA PESQUISA

A partir do universo dos 264 processos, optou-se por aqueles que envolvessem o objeto da presente pesquisa, ou seja, processos que tivessem instrumentos coletivos e fixassem adicional de periculosidade inferior ao determinado pelo Art. 193 da CLT.

Na segunda etapa, após a seleção, restaram 45 processos dos quais se efetivou a análise em ordem cronológica crescente dos entendimentos esposados pelo Regional e na busca de resposta a duas questões: primeira, houve realização da prova pericial técnica como dispõe o Art. 195 da CLT; Segunda, prevaleceu, ou não, a redução do adicional de periculosidade previsto no Acordo Coletivo de Trabalho?

3ª ETAPA DA PESQUISA

Na seleção seguinte, separaram-se os julgados por Turmas, do TRT da 9ª Região e mostraram-se seus posicionamentos.

1ª Turma – 08 julgamentos

- Autos nº 05470-2003-003-09-00-0, publicados em 23.07.2004.
- Autos nº 13150-2003-013-09-00-1, publicados em 08.03.2005.
- Autos nº 17888-2007-013-09-00-1, publicados em 04.07.2008.
- Autos nº 00861-2005-072-09-00-5, publicados em 16.09.2008.
- Autos nº 02399-2007-006-09-00-7, publicados em 06.10.2009.

Em todos esses julgados não foi realizada prova pericial, mas prevaleceu a Redução o Adicional de Periculosidade previsto em Acordo Coletivo de Trabalho.

- Autos nº 00688-2003-018-09-00-8, publicados em 07.10.2005.
- Autos nº 01327-2007-096-09-00-8, publicados em 02.09.2008.

Nos casos acima se verificou a realização de prova pericial, contudo, também prevaleceu a Redução do Adicional de Periculosidade previsto em Acordo Coletivo de Trabalho, sendo relator o Desembargador Dr. Ubirajara Carlos Mendes e o Desembargador Dr. Edmilson Antonio de Lima, respectivamente.

- Autos nº 00443-2006-668-09-00-9, publicado em 02.09.2008.

Contrariando o entendimento anterior citado, relativo a mesma Turma, onde prevaleceu a Redução de Adicional de Periculosidade, com ou sem a realização de prova pericial, nestes Autos, com a realização de prova pericial não prevaleceu a Redução do Adicional de Periculosidade previsto em Acordo Coletivo de Trabalho, tendo como relator o Desembargador Dr. Célio Horst Waldraff.

Portanto, para esta Turma não há uma padronização de entendimento, pois dependendo de sua composição, será imperiosa a

realização da prova pericial suficiente a não prevalecer a redução do indigitado adicional em instrumento coletivo, ou, alterando a composição, mesmo havendo a produção da prova técnica, prevalecerá o Acordo Coletivo.

2ª Turma – 07 julgamentos

- Autos nº 00839-2003-094-09-00-0, publicados em 08.03.2005.
- Autos nº 02404-2003-660-09-00-2, publicados em 20.05.2005.
- Autos nº 00064-2004-026-09-00-6, publicados em 28.10.2005.
- Autos nº 07199-2006-029-09-00-3, publicados em 12.09.2008.
- Autos nº 00382-2007-072-09-00-0, publicados em 28.10.2008.
- Autos nº 01236-2008-303-09-00-3, publicados em 18.09.2009.
- Autos nº 04120-2007-872-09-00-0, publicados em 20.10.2009.

Nos julgados acima, não se realizou a prova pericial e não prevaleceu a Redução do Adicional de Periculosidade, previsto em Acordo Coletivo de Trabalho.

Nesta ocorrência, não se consegue concluir se, com a realização de perícia permaneceria o entendimento de não prevalência do Acordo Coletivo que reduz adicional de periculosidade, na medida em que, dos casos analisados em nenhum houve a realização de prova técnica pericial.

3ª Turma – 02 julgamentos

- Autos nº 00658-1999-658-09-00-2, publicados em 10.10.2006.

Neste caso não se observa a realização de prova pericial e não prevaleceu a Redução do Adicional de Periculosidade, previsto em Acordo Coletivo de Trabalho, sendo o relator Desembargador Dr. Altino Pedrozo dos Santos.

- Autos nº 02889-2007-095-09-00-2, publicado em 01.12.2009.

Ao contrário do entendimento anterior citado e relativo a mesma Turma, quando divergiram, no primeiro, o Desembargador Relator – e no último, o Juiz convocado Dr. Cássio Colombo Filho, onde também não há

realização de prova pericial, porém, prevaleceu a Redução do Adicional de Periculosidade, previsto em Acordo Coletivo de Trabalho.

A conclusão que se chega é que, dependendo da composição da Turma haverá, ou não, prevalência do Acordo Coletivo, sem que para a posição seja necessária a realização de prova técnica pericial.

4ª Turma – 26 julgamentos

- Autos nº 01801-2002-024-09-00-3, publicados em 06.02.2004.
- Autos nº 00538-2003-094-09-00-7, publicados em 03.09.2004.
- Autos nº 00557-2003-072-09-00-6, publicados em 15.03.2005.
- Autos nº 00612-2003-089-09-00-0, publicados em 10.06.2005.
- Autos nº 04932-2003-016-09-00-9, publicados em 14.06.2005.
- Autos nº 03952-2005-303-09-00-2, publicados em 23.06.2006.
- Autos nº 00376-2004-332-09-00-9, publicados em 07.07.2006.
- Autos nº 08149-2005-010-09-00-8, publicados em 30.10.2007.
- Autos nº 01244-2007-658-09-00-1, publicados em 13.05.2008.
- Autos nº 02462-2007-658-09-00-3, publicados em 04.07.2008.
- Autos nº 01819-2006-069-09-00-0, publicados em 19.08.2008.
- Autos nº 03774-2007-660-09-00-0, publicados em 14.11.2008.
- Autos nº 02816-2006-661-09-00-1, publicados em 28.11.2008.
- Autos nº 04808-2007-660-09-00-4, publicados em 28.04.2009.
- Autos nº 00476-2007-072-09-00-0, publicados em 04.09.2009.
- Autos nº 00551-2009-021-09-00-1, publicados em 09.02.2010.
- Autos nº 00870-2003-095-09-00-8, publicados em 07.03.200.
- Autos nº 02745-2009-325-09-00-1, publicados em 5.06.2010.
- Autos nº 00689-2009-655-09-00-7, publicados em 8.06.2010.

Em nenhum dos 19 julgamentos houve a realização da prova pericial e a Turma posicionou-se pela prevalência da Redução do Adicional de Periculosidade, previsto em Acordo Coletivo de Trabalho.

- Autos nº 00577-2003-072-09-00-7, publicados em 01.02.2005.
- Autos nº 03603-2003-019-09-00-0, publicados em 04.11.2005.
- Autos nº 00948-2003-020-09-00-1, publicados em 11.11.2005.
- Autos nº 02598-2005-018-09-00-3, publicados em 20.07.2007.
- Autos nº 00307-2006-069-09-00-6, publicados em 28.11.2008.
- Autos nº 03296-2008-664-09-00-5, publicados em 25.09.2009.
- Autos nº 01786-2008-325-09-00-0, publicados em 26.02.2010.

Na totalidade, nos julgados relacionados acima, realizou-se a prova pericial e mesmo assim, prevaleceu a Redução do Adicional de Periculosidade, previsto em Acordo Coletivo de Trabalho.

Portanto, conclui-se que para esta Turma, com ou sem perícia, prevaleceu a Redução de Adicional de Periculosidade, previsto em instrumento coletivo.

5ª Turma – 02 julgamentos

- Autos nº 33023-2007-005-09-00-8, publicado em 09.04.2010.

Nesta circunstância não se realizou a prova pericial e não prevaleceu o Acordo Coletivo de Trabalho. Entretanto, condenou-se o sindicato autor, à litigância de má fé sob o argumento de ter assinado ACTs por mais de 7 anos e, em juízo, pleitear as diferenças de adicional inferior previsto no instrumento que ele mesmo assinou.

- Autos nº 2588-2008-028-09-00-8, publicado em 14.07.2009.

Neste julgamento também não se efetuou a prova pericial. O acórdão descartou a necessidade de perícia e não prevaleceu o Acordo Coletivo de Trabalho.

Por conseguinte, infere-se que para esta Turma, independentemente da realização de prova pericial, não prevalece a Redução de Adicional de Periculosidade, previsto em organismo coletivo.

Depois da análise geral dos dados da pesquisa de campo, efetivada em cinco Turmas do Tribunal Regional do Trabalho, não se vislumbra uma uniformização de posicionamentos.

Mesmo com a promulgação da Orientação Jurisprudencial Transitória nº 02¹⁸⁸, para a primeira Turma, dependendo de sua composição, podem, ou não, prevalecer os Acordos Coletivos que restringem adicional de periculosidade, carecendo de uma padronização de entendimento, apesar da realização de prova técnica pericial. Essa falta de uniformidade de posição, também se observou na terceira Turma, dependendo da sua composição.

Na segunda e quarta Turmas, diferentemente da primeira, preponderou a Redução do Adicional de Periculosidade nos Acordos Coletivos. Na unanimidade dos casos analisados não produziu a prova pericial. Por esse motivo, é inviável concluir se a produção da prova alteraria o entendimento.

Na quinta Turma, mais uniforme no posicionamento e contestando as demais Turmas, independentemente da realização de prova pericial, imperou o Acordo Coletivo que restringe o adicional de periculosidade.

Por fim, o que se induz é que, especificamente nos casos analisados, não há sintonia de prevalência entre o legislado ou o convencionado, o que explica o interesse imediato pela pesquisa em relação à posição adotada pelo Grau Superior.

¹⁸⁸ OJT 02 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - I. PREVISÃO EM CONVENÇÃO COLETIVA DE PERCENTUAL INFERIOR. VALIDADE. *Pactuada em convenção coletiva de trabalho, a fixação de adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal, nos exatos termos do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, deve ser respeitada. Inteligência da Súmula nº 364, item II, do C. TST* (Precedentes: TRT-PR- RO-00688-2005-093-09-00-6. Ac. 25.582/06. DJPR: 01.09.06. Rel. Juiz Tobias de Macedo Filho; TRT-PR-RO-00688-2003-018-09-00-8. Ac. 9.706/02. DJPR: 03.05.02. Rel. Ubirajara Carlos Mendes; Vencido: Juiz Benedito Xavier da Silva. TRT-PR-RO-360-2004-023-09-00-8. Ac. 3.885/06. DJPR: 10.02.06.

14 POSIÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Primeiramente, é relevante esclarecer que a Súmula 364 do TST foi precedida pela Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, Seção de Dissídios Individuais (Subseção I) nº 258, inserida em 19.10.2000, que prelecionava:

258. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ACORDO COLETIVO OU CONVENÇÃO COLETIVA. PREVALÊNCIA (cancelada em decorrência da sua conversão na Súmula nº 364) - DJ 20.04.2005

A fixação do **adicional de periculosidade**, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo **de** exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em **acordos** ou convenções **coletivos de** trabalho (art. 7º, Inciso XXVI, da CF/1988).

Posteriormente, cancelando a Orientação Jurisprudencial nº 258, em 27.09.2002, foi editada a Súmula nº 364 do TST, que dispõe:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE

(conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 5, 258 e 280 da SBDI-1)- Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - Faz jus ao **adicional de periculosidade** o empregado exposto permanentemente ou que, **de** forma intermitente, sujeita-se a condições **de** risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se **de** forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-Ojs da SBDI-1 nºs 05 - inserida em 14.03.1994 - e 280 - DJ 11.08.2003)

II - A fixação do **adicional de periculosidade**, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo **de** exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em **acordos** ou convenções **coletivos**. (ex-OJ nº 258 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002).

Para viabilizar a posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, referente à sobreposição, ou não, do negociado sobre o legislado na matéria específica do adicional de periculosidade, a pesquisa se efetuou em três etapas:

1ª ETAPA DA PESQUISA

Contrariamente ao que ocorre no TRT da 9ª Região, no *site* do TST é possível a pesquisa de consulta unificada setORIZADA, ou seja, para cada uma das Turmas. Conseqüentemente, realizou-se a pesquisa com a

individualização da posição de cada uma das 8 Turmas que compõem o Tribunal Superior do Trabalho.

A publicação mais antiga disponível no referido *site* data de 04.10.2002 (Autos nº 751222-82.2001.5.16.5555) e a mais recente, é de 28.06.2010 (Autos nº 83500-48.2004.5.15.0044). Coincidentemente, ambas abordam decisões proferidas pela 4ª Turma. Assim sendo, definiram-se como datas para a pesquisa o espaço entre 04.10.2002 a 28.06.2010, resultando em 57 processos.

2ª ETAPA DA PESQUISA

Em nova seleção, realizou-se a pesquisa por Turmas do Tribunal Superior do Trabalho e seus respectivos posicionamentos.

Buscou-se analisar as informações em ordem cronológica crescente dos entendimentos esposados pela Corte, na busca de resposta para duas questões: primeira, em quantos processos houve a análise da prevalência do legislado sobre o negociado, ou o recurso não apresentou os requisitos de admissibilidade; Segundo, correndo a análise do legislado sobre o negociado, prevaleceu, ou não, a Redução do Adicional de Periculosidade, previsto no Acordo Coletivo de Trabalho?

3ª ETAPA DA PESQUISA

Nesta etapa, efetivamente houve a pesquisa por Turmas do TST e seus posicionamentos.

1ª Turma – 06 julgamentos

- Autos de ED-RR nº 170800-47.2000.5.02.0433, publicados em 20.05.2005.
- Autos de RR nº 162400-85.2000.5.23.0004, publicados em 08.03.2005.

- Autos de AIRR nº 234100-46.2002.5.11.0900, publicados em 19.09.2005.
- Autos de RR nº 1138000-13.2005.5.15.0141, publicados em 23.10.2009.
- Autos de RR nº 5472800-42.2002.5.02.0900, publicados em 12.03.2010.
- Autos de RR nº 136700-17.2004.5.03.0104, publicados em 14.05.2010.

Os dois primeiros recursos analisados datam de lapso temporal em que vigorava a OJ 258 da SBDI-1 do TST (Autos nº 170800-47.2000.5.02.0433 e nº 162400-85.2000.5.23.0004), mas, o julgamento se deu na vigência da S. 364, do TST.

O primeiro julgado faz menção à OJ. 258 do TST que reconhece a Redução do Adicional de Periculosidade, todavia, negou seguimento ao recurso por afronta à S. 126 do TST.¹⁸⁹

O segundo julgado de tramitação anterior e de julgamento posterior a edição da S. 364 do TST, invocou-a para fazer prevalecer a negociação coletiva.

O julgamento dos Autos nº 5472800-42.2002.5.02.0900, publicados em 12.03.2010, posterior à edição da S. 364 do TST, negou seguimento ao recurso por afronta à S. 126 do TST.

Os demais recursos, sem exceção, aplicaram de pronto, o entendimento contido na S. 364 do C. TST.

Portanto, em dois processos não houve pronúncia específica sobre o tema por não apresentar requisitos de admissibilidade recursal, e nos outros quatro, houve reconhecem-se os Acordos Coletivos que restringem adicional de periculosidade.

¹⁸⁹ TST Enunciado nº 126 - RA 84/1981, DJ 06.10.1981 - Mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Recurso de Revista ou de Embargos - Reexame de Fatos e Provas – Cabimento. Incabível o recurso de Revista ou de Embargos (CLT, Artigos 896 e 894, b) para reexame de fatos e provas.

Conclui-se que na 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho há sintonia de entendimentos onde aplicam a Súmula 364, do TST quando suplantados os requisitos de admissibilidade recursal.

2ª Turma – 12 julgamentos

- Autos de RR nº 1917900-71.2002.5.11.0900, publicados em 13.02.2004.
- Autos de RR nº 696123-91.2000.5.15.5555, publicados em 12.02.2006.
- Autos de RR nº 714712-02.2000.5.09.5555, publicados em 10.02.2006.
- Autos de AIRR nº 45340-11.2000.5.09.0092, publicados em 04.08.2006.
- Autos de RR nº 458500-77.2002.5.11.0006, publicados em 06.10.2006.
- Autos de E-ED-RR nº 267400-33.2000.5.02.0433, publicados em 09.11.2007.
- Autos de RR nº 774300-54.2002.5.11.0012, publicados em 23.11.2007.
 - Autos de AIRR nº 119440-18.2006.5.18.0013, publicados em 03.10.2008.
 - Autos de RR nº 7800-81.2004.5.09.0093, publicados em 13.10.2008.
 - Autos de RR nº 1409400-93.2002.5.09.0006, publicados em 198.12.2008.
 - Autos de RR nº 6250800-63.2002.5.11.0900, publicados em 06.03.2009.
- Autos de RR nº 2762800-53.2003.5.11.0001, publicados em 28.08.2008.

Nos quatro Autos de números 1917900-71.2002.5.11.0900, 6961123-91.2000.5.15.5555, 45340-11.2000.5.09.0092 e nº 267400-33.2000.5.02.0433 foram negados seguimento por afronta a requisitos de admissibilidade (Súmulas 297, 333 e 126 do TST).

No julgamento de sete processos, nº 714712-02.2000.5.09.5555, nº 458500-77.2002.5.11.0006, nº 774300-54,2002.5.11.0012, nº 119440-18.2006.5.18.0013, nº 7800-81.2004.5.09.0093, nº 1409400-93.2002.5.09.0006 e nº 2762800-53.2003.5.11.0001, notou-se que seis deles foram ajuizados antes da edição da S. 364 do TST e julgados posteriormente à edição da

Súmula, e unanimemente, validaram as negociações coletivas restritivas de direitos positivados.

O julgamento que chama a atenção refere-se aos Autos de RR nº 6250800-63.2002.5.11.0900, publicados em 06.03.2009, onde o Acórdão Regional fundamentou pela aplicação do adicional previsto em lei “ainda que percentual inferior tenha sido fixado em acordo coletivo de trabalho”.

O TST em análise, não vislumbrou a violação literal dos Artigos 611 da CLT e 7º, Inciso XXVI, da Constituição de 1988, alegada pelo recorrente, uma vez que a “decisão recorrida não negou validade ao acordo de trabalho celebrado entre as partes, apenas concluiu que a referida negociação coletiva não poderia pactuar normas que fossem contrárias à lei”. Negando conhecendo do recurso, e, portanto, prevalecendo o Art. 193 da CLT.^{190 191}

Em quatro processos não houve pronúncia específica sobre o tema por não apresentar requisitos de admissibilidade recursal, em sete, constatou-se o reconhecimento dos Acordos Coletivos que restringem adicional de periculosidade.

Apenas em um deles prevaleceu o Art. 193 da CLT porque o TRT não negou a validade do Acordo embora não tenha aplicado a redução do adicional

¹⁹⁰ Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

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

§ 2º - As Federações e, na falta destas, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em sindicatos, no âmbito de suas representações.

[...]

¹⁹¹ Art. 193 - São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

§ 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos locais da empresa.

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.

de periculosidade e, essa situação pontual não foi levantada em momento processual oportuno.

Conclui-se que na 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho há sintonia de entendimentos onde aplicam a Súmula 364, do TST quando suplantados os requisitos de admissibilidade recursal.

3ª Turma – 05 julgamentos

- Autos de ED-E-ED-RR nº 777448-97.2001.5.17.5555, publicados em 16.09.2005.
- Autos de RR nº 641700-98.2003.5.09.0009, publicados em 28.04.2006.
- Autos de AIRR nº 184440-47.2003.5.02.0002, publicados em 22.08.2008.
- Autos de AIRR nº 58640-95.2004.5.02.0059, publicados em 08.05.2009.
- Autos de RR nº 73300-45.2007.5.01.0018, publicados em 11.09.2009.

Destes julgados, em quatro deles houve aplicação da S. 364, do TST, observando apenas que o ajuizamento deles antecedeu a edição da Súmula: Autos de 777448-97.2001.5.17.5555, nº 641700-98.2003.5.09.0009, nº 184440-47.2003.5.02.0002 e nº 58640-95.2004.5.02.0059.

O quinto julgamento, 73300-45.2007.5.01.0018, em razão do não prequestionamento da matéria, não houve conhecimento do recurso.

Conclui-se que na 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho há sintonia de entendimentos onde é aplicada a Súmula 364, do TST quando suplantado os requisitos de admissibilidade recursal.

4ª Turma – 09 julgamentos

- Autos de AIRR nº 751222-82.2001.5.16.5555, publicados em 04.10.2002.
- Autos de RR nº 778553-29.2001.5.02.5555, publicados em 26.03.2004.
- Autos de E-RR nº 169900-39.2002.5.15.0043, publicados em 03.02.2006.

- Autos de RR nº 265300-80.2003.5.09.0021, publicados em 10.11.2006.
- Autos de RR nº 172600-14.2004.5.01.0461, publicados em 09.02.2007.
- Autos de AIRR nº 40340-67.2004.5.15.0045, publicados em 11.04.2008.
- Autos de RR nº 23440-32.2005.5.02.0434, publicados em 11.04.2008.
- Autos de AIRR nº 140-82.2003.5.02.0443, publicados em 12.12.2008.
- Autos de ED-RR nº 83500-48.2004.5.15.0044, publicados em 28.06.2010.

Em três julgamentos, nº 40340-67.2004.5.15.0045, nº 23440-32.2005.5.02.0434 e nº 140-82.2003.5.02.0443, a fundamentação foi a mesma, negando seguimento ao recurso por afronta a requisitos de admissibilidade.

Em dois julgamentos aplicaram de pronto, o entendimento contido na S. 364 do TST, nº 265300-80.2003.5.09.0021 e nº 83500-48.2004.5.15.0044.

Todavia, dois julgamentos se destacam o de nº 169900-39.2002.5.15.0043 e de nº 172600-14.2004.5.01.0461. Ambos tiveram como Relator o Ministro Ives Gandra Martins Filho que não cita expressamente a S. 364, do TST, mas a aplica. Por esse motivo, merece algumas considerações quanto à fundamentação para a decisão.

Neste trabalho, já se abordou no capítulo 10, a posição de Ives Gandra relativa à classificação das correntes de flexibilização, onde indicou, embora não explicitamente, sua preferência pela teoria de adaptação que resta confirmado nos julgados em questão.

O Ministro fundamenta pela prevalência do negociado sobre o legislado, na medida em que a Constituição autoriza flexibilização em “dois principais direitos trabalhistas, que são o salário (Constituição de 1988, art. 7º, VI) e a jornada de trabalho (CF, art. 7º, XIII e XIV), todos aqueles que deles decorrem também são passíveis de flexibilização”.

Quanto ao julgamento dos Autos nº 751222-82.2001.5.16.5555 e nº 778553-29.2001.5.02.5555, cujo relator foi o Ministro Milton de Moura França, foram ajuizados antes da edição da OJ. nº 258 da SBDI-1 e tiveram a publicação de decisão posterior à edição da mesma OJ.

A fundamentação também se sobressai na medida em que decide pela inaplicabilidade da cláusula de Acordo Coletivo de Trabalho o qual reduz o pagamento do adicional de periculosidade, “sob o fundamento de afrontar disposições legais mínimas de proteção ao trabalho”.

Para o relator, o adicional de periculosidade tem natureza de ordem pública “na medida em que procura minimizar os graves reflexos que a execução de trabalho, em condições agressivas, implica em graves riscos à saúde e segurança do trabalhador, razão pela qual não comporta disponibilidade, seja para excluir, seja para reduzir seu valor”.

O Ministro Milton de Moura França esclarece ser adepto da teoria da flexibilização restritiva ao texto constitucional, lecionada por Ives Gandra e discutida nesta pesquisa, no capítulo dez.

Reafirma no segundo julgamento, que considera o adicional de periculosidade sobre-salário e matéria de ordem pública de interesse do empregado, empregadores e a toda a sociedade “razão pela qual não é possível a sua redução por vontade das partes”.

Nesta Turma, salienta-se o antagonismo entre a fundamentação apresentada, dependendo do Ministro Relator responsável. O Ministro Ives Gandra Martins Filho é defensor da teoria de adaptação, enquanto o Ministro Milton de Moura França é adepto da teoria restritiva do texto constitucional.

Atente-se que os julgados de relatoria do Ministro Milton Moura são posteriores à edição da OJ. 258 da SBDI-1 e anteriores a edição da S. 364 do TST, enquanto os julgados do Ministro Ives Gandra são posteriores à edição da Súmula.

Não se pode, assim, concluir sobre o posicionamento do Ministro Milton Moura em relação à mesma matéria posterior à edição da S. 364 do TST, na medida em que não há nesse período, julgados com sua participação enquanto relator.

Além dos apontamentos específicos supra mencionados desta Turma recursal, a exceção dos processos que tiveram como relator o Ministro Milton Moura, a 4ª Turma do TST aplica a Súmula 364 do TST quando suplantado os requisitos de admissibilidade recursal.

5ª Turma – 14 julgamentos

- Autos de AIRR nº 65000-79.2001.5.03.0073, publicados em 27.02.2004.
- Autos de ED-RR nº 5193200-47.2002.5.02.0902, publicados em 14.10.2005.
- Autos de RR nº 149800-72.2003.5.09.0018, publicados em 13/10/2006.
- Autos de AIRR nº 775604-05.2001.5.03.5555, publicados em 19/12/2006.
- Autos de RR nº 1889500-48.2003.5.09.0001, publicados em 03/08/2007.
- Autos de RR nº 8448200-66.2003.5.02.0900, publicados em 06/10/2008.
- Autos de RR nº 9305700-08.2003.5.11.0900, publicados em 31/10/2008.
- Autos de RR nº 9992200-77.2003.5.02.0900, publicados em 15/05/2009.
- Autos de E-RR nº 54500-81.2004.5.15.0018, publicados em 29/05/2009.
- Autos de ED-RR nº 1341766-13.2004.5.21.0900, publicados em 12/06/2009.
- Autos de RR nº 365200-96.2004.5.11.0004, publicados em 19/06/2009.
- Autos de RR nº 130300-69.2006.5.01.0072, publicados em 13/11/2009.
- Autos de RR nº 159800-39.2002.5.15.0006, publicados em 04/12/2009.
- Autos de RR nº 204700-83.2003.5.02.0055, publicados em 28/05/2010.

Apenas um julgado, o de nº 65000-79.2001.5.03.0073 faz menção à OJ. 258 do TST, declarando validade ao Acordo Coletivo que restringe percentual de Adicional de Periculosidade.

Em sete julgamentos posteriores à edição da S. 364, do TST, houve a aplicação desta, validando as negociações coletivas, 49800-72.2003.5.09.0018, 1889500-48.2003.5.09.0001, 8448200-66.2003.5.02.0900, 365200-96.2004.5.11.0004, 130300-69.2006.5.01.0072, 159800-39.2002.5.15.0000 e 204700-83.2003.5.02.0055.

Negou-se a três julgamentos seguimento ao recurso por afronta a requisitos de admissibilidade, sendo os de nº 5193200-47.2002.5.02.0902, 149800-72.2003.5.09.0018 e 9305700-08.2003.5.11.0900.

Destacam-se três julgamentos em especial, os referentes aos Autos 9992200-77.2003.5.02.0900, publicados em 15/05/2009; Autos de E-RR nº 54500-81.2004.5.15.0018, publicados em 29/05/2009 e os Autos de RR nº 365200-96.2004.5.11.0004, publicados em 19/06/2009;

A primeira análise é do RR - 9992200-77.2003.5.02.0900 da lavra da Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, julgado em 06/05/2009 e publicado em 115/05/2009.

O ajuizamento da ação se deu sob a égide da OJ. 258 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho (SBDI-1) e seu julgamento foi proferido já com a edição da S. 364, do TST.

A Ministra não aplicou a restrição contida no Acordo Coletivo por entender que a “autonomia coletiva privada encontra limites nas normas de ordem pública, quando relativas a medidas de higiene, saúde e segurança do trabalho, como é o caso do adicional de periculosidade”.

O percentual estabelecido por Lei para a compensação do risco a que se submete o empregado constitui não apenas um plus salarial para o trabalhador, como também, um estímulo para o empregador buscar meios de diminuir ou anular os agentes perigosos do ambiente de trabalho. Inviável, portanto, reconhecer-se a validade da cláusula da norma coletiva que diminui o percentual pago a título de Adicional de Periculosidade, de forma proporcional ao tempo de ingresso na área de risco.

O segundo julgamento trata dos Autos de E-RR - 54500-81.2004.5.15.0018, com sessão em 20/05/2009. O relator foi o Ministro Emmanoel Pereira, com publicação em Órgão Oficial dia 29/05/2009.

Também não houve aplicação do Acordo Coletivo de Trabalho que restringiu o Adicional de Periculosidade, todavia, a fundamentação que respaldou o entendimento foi a de que o acordo em fomento era datado de 1994. Portanto, não produzia mais efeitos ao lapso temporal em enfrentamento processual sendo ilegal a realização de acordos coletivos por prazo indeterminado.

O terceiro julgamento, referido nos Autos E-RR - 54500-81.2004.5.15.0018, teve também como Relator o Ministro Emmanoel Pereira, com julgamento e publicação na mesma data do anteriormente citado.

Não foi aplicado o Acordo Restritivo por entender ser “inaplicável o percentual de 7,5% para o adicional de periculosidade previsto no art. 2º, § 5º, inc. VIII, da Lei nº 7.923/89 aos servidores públicos submetidos ao regime da CLT, sendo de incidência restrita aos servidores estatutários”.

Assim, infere-se que nas decisões perante a 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho para que se invalidem acordos coletivos que restrinjam o Adicional de Periculosidade, a relatora terá que ser a Ministra Kátia Magalhães Arruda ou no pólo ativo deve estar o servidor público, mesmo que submetido ao regime celetista, caso contrário, haverá a incidência da S. 364 do TST.

6ª Turma – 5 julgamentos

- Autos de RR nº 6400-39.2004.5.09.0026, publicados em 18.08.2006.
- Autos de AIRR nº 204641-08.2004.5.02.0008, publicados em 08.02.2008.
- Autos de AIRR nº 1676740-19.2001.5.09.0002, publicados em 01.08.2008.
- Autos de AIRR nº 50740-96.2004.5.15.0092, publicados em 05.02.2010.
- Autos de RR nº 78700-42.2005.5.15.0108 publicados em 18.06.2010.

Esta Turma apresentou grande sintonia dos julgamentos, pois, em todos houve a incidência da S. 364 do TST.

A única observação que merece destaque, é que por ocasião da fundamentação do primeiro processo, RR nº 6400-39.2004.5.09.0026, que teve como Relator o Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, ele deixou latente sua predileção pela Corrente Ampliativa da Flexibilização, enquanto nos demais julgados não houve pronunciamento específico da posição dos relatores.

7ª Turma – 4 julgamentos

- Autos de AIRR nº 61140-06.2004.5.09.0653, publicados em 11.04.2004.
- Autos AIRR nº 61141-88.2004.5.09.0653, publicados em 11.04.2008.
- Autos de RR nº 4249800-62.2002.5.11.0900, publicados em 07.04.2009.
- Autos de AIRR nº 207640-56.2000.5.02.0433, publicados em 20.11.2009.

No primeiro, segundo e quarto processos elencados acima, foram negados seguimentos aos recursos por afronta a requisitos de admissibilidade.

No último, aplicou-se de pronto, o entendimento contido na S. 364 do TST, concluindo ser este o entendimento da 7ª Turma do TST.

8ª Turma – 2 julgamentos

- Autos de RR nº 739473-41.2001.5.17.5555, publicados em 30.05.2008.
- Autos de AIRR nº 4569000-25.2002.5.02.0902, publicados em 04.09.2009.

No primeiro julgamento aplicou-se o entendimento contido na S. 364, do C. TST, concluindo ser este o entendimento da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, na medida em que no segundo, foi negado seguimento ao recurso por afronta aos requisitos de admissibilidade

Das posições adotadas pelo Tribunal Superior do Trabalho pode-se constatar a prevalência da aplicação da Súmula 364 editada por essa Corte, sendo que alguns Ministros, a exemplo de Ives Gandra Filho, exteriorizam sua posição de acatamento da Teoria Ampliativa das correntes flexibilizadoras.

Todavia, há que se repisar a exceção contida no entendimento da Ministra Kátia Magalhães Arruda nos Autos de RR - 9992200-77.2003.5.02.0900 já transcritos, que não aplicou a S. 364 do TST, considerando os limites impostos pela ordem pública à autonomia coletiva

privada, principalmente, quando se trata de matéria de higiene, saúde e segurança do trabalho, como é o caso do Adicional de Periculosidade.

Nessa mesma linha, é salutar lembrar o julgamento dos Autos nº 751222-82.2001.5.16.5555 e 778553-29.2001.5.02.5555. O Ministro Milton de Moura França foi o relator e as decisões estavam sob a égide da OJ. nº 258 da SBDI-1, da mesma concepção da Ministra Kátia e adepta da Teoria Restritiva Constitucional. Esse contexto admite flexibilização apenas para os permissivos do Art. 7º da Carta, sob pena de afronta a disposições legais mínimas de proteção ao trabalho, principalmente, ao se tratar de matéria de ordem pública como é o caso do Adicional de Periculosidade que implica em graves riscos à saúde e segurança do trabalhador.

Por fim, não se pode falar em unanimidade na Corte Suprema, mas sim, de prevalência da aplicação da Súmula 364 do TST.

15 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito do Trabalho busca novos rumos para minimizar a distância entre a realidade e a legislação, todavia, há preocupação em relação ao encaminhamento da questão.

Na história recente, o trabalho era considerado castigo, quando os servos esmolavam por proteção e subsistência e estava clara a subserviência dos aprendizes nas corporações de ofício afastada, depois, pelo Absolutismo. Ainda, se presenciava a exploração desmesurada da Revolução Industrial que originou uma crise que proclamava por uma mínima intervenção estatal.

Da luta dos trabalhadores por melhores condições de vida, saúde e trabalho, passou-se do Estado Liberal para um Estado preocupado em inibir abusos e dominação nas relações de trabalho, entrando-se na era do Estado Social.

Talvez, as primeiras e efetivas preocupações com as relações de trabalho no Brasil surgiram no desenvolvimento industrial e na República, mas o ápice se deu com a Constituição de 1988 que trouxe o princípio da dignidade como fundamento da República Federativa do Brasil e a valorização do trabalho. (Art. 1º, I e II da Constituição de 1988).

A Constituição de 1988, ao que se pode entender, de forma proposital introduziu a ordem de apresentação das matérias de embate considerando também, o grau de importância que deu ao texto.

No Título I (“Dos Princípios Fundamentais”), o Art. 1º, Inciso IV promove primeiro, o valor social do trabalho e depois, a livre iniciativa.

No Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) vislumbra-se:

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; (...)

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; (...)

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...)
III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

Depreende-se, deste modo, que a Constituição prioriza o valor do trabalho à iniciativa privada, a redução de riscos à saúde do trabalhador ao reconhecimento dos instrumentos coletivos e ainda, ordena que é de responsabilidade dos sindicatos defender os interesses individuais e coletivos da classe representada.

O Direito do Trabalho se apropria do Princípio Protetor, norteado pela Constituição de 1988, para alcançar os Direitos Sociais, também chamados de Direitos Humanos dos trabalhadores e para a valoração do trabalho, considerando o desequilíbrio dos pólos da relação de emprego e a priorização da dignidade do trabalhador.

O Princípio Vetor desse ramo do Direito é a condução possível para a promoção da igualdade que soterra a condição de hipossuficiência, promove os direitos fundamentais sociais e garante o exercício de direitos assegurados.

Não se argumente que esse vetor é inaplicável nas relações coletivas, pois como já se disse, cabe aos sindicatos a promoção e defesa de direitos individuais e coletivos.

O princípio protetivo é como norma de ordem pública imperativa justificando a intervenção estatal e limitando a autonomia da vontade, com aplicação inclusive, para o Direito Coletivo do Trabalho.

Com a globalização, o Princípio Protetor merece atenção especial na medida em que, além de compensar o desequilíbrio entre empregado e empregador, promove um conteúdo mínimo e irrenunciável ao contrato de trabalho.

A irrenunciabilidade é a regra do Direito do Trabalho, as indisponibilidades são relativas ou absolutas, situando-se na sua esfera as matérias relativas à vida, à saúde, à segurança e Medicina do Trabalho, que são exemplos de indisponibilidade absoluta.

As indisponibilidades relativas comportam as alterações que não causam prejuízo ao empregado ou que têm autorização constitucional expressa. Cita-se como exemplo, a redução salarial ou o banco de horas, matérias passíveis de flexibilização consoante autorização expressa da

Constituição de 1988 e ainda assim, somente com a intervenção sindical, conferindo a importância aos sindicatos.

Esta importância é merecida após mais de uma década de fragilidade dos movimentos sindicais, consagrando em 1988 o reconhecimento da luta por melhor condição de vida, minimizando a intervenção estatal nas relações de emprego e conferindo legalidade a livre estipulação de regras entre as representações profissionais e econômicas.

A pacificação social por meio das negociações coletivas é prerrogativa sindical na busca da defesa dos interesses de seus representados.

Esta ampliação de atuação e valorização das negociações sindicais na Constituição de 1988, demonstra o reconhecimento da representação democrática dos acordos e convenções coletivas.

A representação democrática participativa se faz possível pela autonomia coletiva e liberdade sindical e mesmo assim não desautoriza um olhar Estatal.

A negociação coletiva é um mecanismo de contrapoder pacificador capaz de equacionar conflitos.

Portanto, conclui-se que a representação democrática participativa está atrelada à função teleológica do sindicato que se volta à “defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria” (Art. 8º, Inciso III, da Constituição de 1988), com seu elevado número de cidadãos na tomada de decisões que com suas regras são requisitados para garantir direitos e liberdades.

Para essas garantias os atos convencionais devem estar em perfeita sintonia e coordenação com as regras e princípios constitucionais, sob pena de se tornarem inconstitucionais.

Esse grande palco da democracia, como já se disse, está ligado também à observância do direito protetivo, alicerce do Direito do Trabalho que não pode ser aniquilado pelos princípios próprios do Direito Coletivo.

A fonte de validade da autonomia privada está nas normas estatais, que especificam e limitam o espaço de sua atuação de tal forma que o Estado avoca certas matérias reservadas para sua própria atividade normativa.

As limitações referenciadas estão dispostas nas autorizações possíveis de flexibilização por meio dos Acordos Coletivos, como dispõe o Artigo 7º, da Constituição de 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;

Das três classes de flexibilização, a da proteção, flexibilização em benefício do trabalhador; a de adaptação, usada pelas negociações coletivas onde se parte de norma legal rígida chegando a uma nova realidade mais proveitosa ao empregado; e a desregulamentação, que derroga benefícios preexistentes substituindo-o por outro inferior, conclui-se que para questões que envolvam saúde e segurança do trabalhador a classe da adaptação e da proteção não implicaria em flexibilizações de normas de ordem pública e, portanto, indisponíveis. Caso contrário, ver-se-ia a desregulamentação de matérias trabalhistas.

Evidentemente, não se pretende negar a existência do fenômeno da flexibilização como uma necessidade para tentar minimizar ou reduzir a distância entre a realidade e a legislação. Somente não se opta pela possibilidade da flexibilização por além dos limites constitucionais de salário e jornada e em prejuízo ao Princípio Protetor, que é o vetor do Direito do Trabalho.

A proposta da pesquisa foi verificar a probabilidade de se enfrentar a constitucionalidade, ou não, dos instrumentos coletivos que reduzem adicional de periculosidade. Conclui-se, após estudo realizado, que há um limite possível de composição nesses instrumentos coletivos, inobstante a irrenunciabilidade resultante de normas imperativas e de ordem pública serem a regra para do Direito do Trabalho.

Esses limites estão explícitos na Constituição de 1988 que enaltece o valor do trabalho, prioriza a redução de riscos a saúde do trabalhador antes do reconhecimento dos instrumentos coletivos. Legítima aos sindicatos a defesa

dos interesses individuais e coletivos da sua classe representada. O limite se encontra na priorização da dignidade do trabalhador e na promoção dos direitos sociais.

A aplicação imperativa e de ordem pública do Princípio Vetor do Direito do Trabalho, que é a proteção, deve se materializar nas duas segmentações meramente formais do Direito, a Individual e a Coletiva.

O conteúdo mínimo e irrenunciável, traduzido na indisponibilidade absoluta para matérias que tratam da vida, saúde, segurança e medicina do trabalho, é mais uma limitação.

O limite se localiza ainda, na função teleológica do sindicato enquanto promotor da defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria e no conteúdo justo dos atos propagados pelo instrumento coletivo, que o validam como representação democrática material.

As únicas hipóteses autorizadas constitucionalmente passíveis de flexibilização, são a redução salarial e jornada de trabalho como dispõe o Artigo 7º, Incisos VI, XIII e XIV, que traçam os limites das negociações coletivas.

Além desses limites, estar-se-á inexoravelmente diante, não da inconstitucionalidade do instrumento coletivo como um todo, mas em resposta ao objetivo desta pesquisa, a inconstitucionalidade estará na cláusula que reduz o Adicional de Periculosidade por aquém do ordenado pelo Artigo 193, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Embora se conclua que os limites da flexibilização estão claramente externados na Constituição de 1988, a preocupação que ainda resta funda-se nos novos rumos possíveis para minimizar a distância entre a realidade e a legislação como se observa no conteúdo da Súmula 364 do TST. Esse enfoque é matéria para uma próxima pesquisa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Amador Paes de. **CLT comentada: legislação, doutrina, jurisprudência**. 4ª. ed. Ver. Atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Robert Barroso. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Direito do Trabalho e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2008.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 10ª ed. Tradução Marco Antonio Corrêa. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOMFIM, Benedito Calheiros. **Da flexibilização à desregulamentação**. Synthesis – Direito do Trabalho Material e Processual, São Paulo, (1999).

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. **Constituição da República do Brasil**. Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: [s.n.], 1994.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARLI, Vilma Maria Inocência. **A flexibilização dos contratos de trabalho**. Campinas. SP: ME , 2005.

CARMO, Júlio Bernardo do. **Negociação coletiva e o respeito aos direitos sociais mínimos**. Belo Horizonte, MG, **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região** v. 43, nº. 73, jan./jun.2006.

CASSAR, Vólia Bomfim. Princípio da Irrenunciabilidade e da Intransacionabilidade diante da flexibilização dos direitos trabalhistas. São Paulo: **Revista LTr**, v. 70, nº 04, Abril de 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2004

COUTINHO, A. R. O princípio da proteção revisitado. Curitiba, **Revista Bonijuris**, v. 13, n. 452, 2001.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.) **Direito do Trabalho**: estudos. São Paulo: LTR,1997

_____. **Direito do Trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. Direito Coletivo do trabalho e seus princípios informadores. São Paulo, **Trabalho & Doutrina**. nº 27, dez./2002.

DONATO, Messias Pereira. Princípios do Direito Coletivo do trabalho. São Paulo, **Revista LTr - Legislação do Trabalho**, v. 71, nº. 12, dez./2007.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Flexibilização do Direito do Trabalho na experiência latino-americana. São Paulo, **Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, v.1, n.1, set./2006.

FERRRI Irany. Horas *in itinere* - direito indisponível - desvirtuamento da negociação coletiva. São Paulo, **Suplemento Trabalhista LTr**, v. 45, nº.110, set. 2009.

FRAGA, Roberto Carvalho. Humanização inflexível. Curitiba, **Genesis, Revista de Direito do Trabalho**, v. 6, nº. 36, dez. 1995.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007.

GASPARINI, Caio Augusto Limongi. Efetivação dos direitos sociais dos trabalhadores mediante a aplicação do pacto sociolaboral do MERCOSUL. São Paulo, **Caderno de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico**, v. 4, nº 1, 2004.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Eduardo Damião. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos

Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** : a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Marco Antonio. de. **Mudanças institucionais e relações do trabalho**: as iniciativas do governo FHC no período 1995-1998. In: Anais do VI Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos do Trabalho, Belo Horizonte, outubro de 1999. p. 10.

LAVOR, Francisco Osani de. Perspectiva das relações individuais e coletivas de trabalho na sociedade globalizada. São Paulo, **LTr - Suplemento Trabalhista**, v. 34, nº.2, 1998.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Princípios de Direito do Trabalho na lei e jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1994.

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

MACHADO JÚNIOR, César P. S. **Direito do Trabalho**. São Paulo. LTR, 1999.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Direito e processo do trabalho em transformação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

_____. **Processo coletivo do trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. Valorização da negociação coletiva e flexibilização das normas legais trabalhistas. Curitiba, PR, **SDI: Jurisprudência uniformizada do TST**, v.11, nº.119, out/2006.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais** – conceito, funções e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Flexibilização das condições de trabalho**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARX, KARL. **O capital**. V. I. Chicago: Charles H. Kerr e Co., 1906.

MARX, KARL; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista 1948**. Porto Alegre: L&PM, 2002.

MOREIRA, Vital. O futuro da constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. 1ª ed. 2ª Tirag. São Paulo: Malheiros, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1977.

_____. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Flexibilização do Direito do Trabalho: dimensão e experiência brasileira. Rio de Janeiro, **Revista Forense**, v. 99, nº. 369, set./out. 2003.

NASSAR, Rosita de Nazare Sidrim. A legitimidade do sindicato e boa-fé negocial: pressupostos da flexibilização do Direito do Trabalho, São Paulo, **LTr - Suplemento Trabalhista**, v. 32, nº.101, 1996.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: o estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

PACHECO, Marcos Antônio B. **Estado multicultural e direitos humanos**. Tópico constitucional dos direitos étnicos. São Luiz: UFMA/CNPq, 2005.

PARANHO, Adalberto. **O roubo da fala**. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**: tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

RUDIGER, Dorothee Susanne. Autonomia privada coletiva e crise paradigmática do Direito do Trabalho, Curitiba, **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região**, v. 29, nº. 53, jul./dez.2004.

SÁ, Maria Cristina Haddad de. **Negociação coletiva de trabalho no Brasil**. São Paulo: Ltr, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA DA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. **Relações coletivas de trabalho**: configurações institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, Wilma Nogueira Silva de A. V. da. O princípio de proteção e a flexibilidade do Direito do Trabalho. São Paulo, **Revista LTr**, v. 71, nº 06, Jun/2007.

SOLANO SOBRINHO, Genésio Vivanco. Direito Constitucional e a flexibilização do Direito do Trabalho. Belo Horizonte, MG, **Ciência Jurídica do Trabalho**, v. 6, nº. 41, set./out.2003.

SOUZA, Tércio Roberto Peixoto. Flexibilização trabalhista: entre o pleno emprego e o direito fundamental do trabalhador. In: MANRICH, Nelson. (coord.). **Revista de Direito do Trabalho**, ano 34, nº 130, ab./ junho/2008.

STEPHAN, Cláudia Coutinho. **Relações Individuais de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO Délio. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22ª ed. atual. Atualizado por Segadas Viana e João de Lima Teixeira Filho. Vol. I. São Paulo: LTr, 2005

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **A Incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas?**. Porto Alegre. Núria Fabris, 2008.

TRT - 2a. Reg. - **RE-20010299461** - Ac. 20030020136 - 8a. T. – Rel. Desembargadora: Juíza Wilma Nogueira Silva de Araújo Vaz da Silva - Fonte: DOESP, 11.02.2003. Disponível no site <http://www.trt2.jus.br>, acesso em 11 de dezembro de 2009.

VIDIGAL, Flávio Salem. Limites à flexibilização na convenção coletiva e nos acordos coletivos no ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte, **Revista do TRT- 3ª REGIÃO**, 25 (54): 5-6, jul.94/Jun.95.

XAVIER, Carlos Alberto Moreira. Do corporativismo para a autonomia privada coletiva. São Paulo, **Revista LTr - legislação do trabalho**, v. 59, n.3, mar. 1995.

WALDRAFF, Cristiane Budel. Princípio protetivo versus flexibilização. In: WALDRAFF, Célio Horst (1964 – coord.). **Temas de Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis, 2004.

YOSHIDA, Márcio. **Arbitragem trabalhista**. Um novo horizonte para a solução dos conflitos laborais. São Paulo: LTr, 2006.

ANEXOS

Constam dos anexos as sentenças proferidas nos casos paradigmáticos discorridos no capítulo 13, desta pesquisa, Autos nº 34481-2007-007-09-00-7 e Autos nº 16.369-2006-007-09-00-3.

As ementas das decisões proferidas pelas Turmas do Tribunal Regional do Trabalho e pelas Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, utilizado nos capítulos 14 e 15 desta pesquisa, também compõem os anexos.