

# JUSTIÇA CIDADANIA



CONSTITUIÇÃO  
PÚBLICA FEDERAL DO BRASIL



MÁRCIO THOMAZ BASTOS:

**“NOSSA CRISE É  
INSTITUCIONAL”**

Editorial: A GARANTIA JURÍDICA DO GOVERNO

# VALORIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS LEGAIS TRABALHISTAS

Ives Gandra da Silva Martins Filho

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho



Roteiro da palestra dada no XIII Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho promovido pela Febraban no Blue Tree Park Hotel de Cabo Santo Agostinho (PE), no dia 29 de abril de 2006.

A valorização da negociação coletiva a ser levada a cabo no Brasil decorre do fracasso da reforma trabalhista tão prometida e tão frustrada até o momento, aliada à incapacidade do Judiciário Laboral compor satisfatoriamente todos os conflitos que lhe chegam diariamente, quer individuais, quer coletivos. Conforme já dizíamos alhures:

“O processo legislativo, num regime democrático, conduz necessariamente ao processo judicial. Os representantes eleitos pelos vários grupos de interesses debatem sobre como deverão ser as regras de conduta na sociedade. Quando não há um grupo que seja francamente majoritário, há necessidade

de composição, o que implica em que os textos legais, que deveriam ser claros e evitar controvérsias, passem a ser dúbios, para atenderem aos interesses dos vários grupos, cada um dos quais considerando que é possível dar ao produto final legislativo a interpretação que mais o favoreça. Assim, a ausência de vitória clara de um grupo no processo legislativo faz com que o jogo apenas se transfira para o Judiciário, que deverá interpretar as leis criptograficamente redigidas.

Quando se discute a necessidade de reformas na legislação trabalhista e sindical, esquece-se que um consenso em torno dos pontos essenciais de mudança é praticamente impossível, pois se as condições forem boas para os patrões, não o serão

para os empregados, e se forem boas para o grupo sindical, que ora goza de benefícios estatais (reconhecimento e contribuição sindical), combaterá a mudança quanto puder”<sup>1</sup>.

Tomando como exemplo apenas os últimos 12 anos (dois governos FHC e um governo Lula), muito se falou de reforma trabalhista, que se daria com uma revisão global da CLT, revogando-se os dispositivos que entrassem a contratação formal e modernizando-se os mecanismos de proteção do trabalhador. No entanto, os resultados foram quase nulos:

a) governo FHC – as inovações, que não deram resultado prático significativo, foram o trabalho a tempo parcial (MP n. 1.709/98) e o banco de horas;

b) governo Lula – criou-se o Fórum Nacional do Trabalho, para uma “ampla” discussão sobre todos os principais problemas trabalhistas, resultando no encaminhamento ao Congresso Nacional de um projeto de reforma sindical cuja paternidade é negada tanto por empresários e sindicatos quanto pelo governo, tornando-o natimorto (sem falar na anunciada “reforma trabalhista” por medida provisória, limitada ao reconhecimento das centrais sindicais, transformação do Conselho Nacional do Trabalho e um tímido projeto de regulamentação das cooperativas de trabalho).

Os recentes dados econômicos (2005) mostram como a ausência da referida reforma mantém a assustadora taxa de quase 60% da população economicamente ativa na economia informal e que, na ausência da intervenção estatal, as categorias profissional e econômica vão se arranjando satisfatoriamente, com índice de 72% dos acordos e convenções coletivas trazendo ganho real para o trabalhador (com reajustes acima da inflação, sendo que 88% dos acordos ao menos zeraram a inflação)<sup>2</sup>.

Por um lado, verifica-se que a economia se move à margem da lei e não é com mais leis que se vai resolver o problema da informalidade e da empregabilidade no Brasil (há uma verdadeira incapacidade imaginativa para encontrar soluções para o problema). Por outro, nem a redução do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, levada a cabo pela EC n. 45/04 foi capaz de reduzir o número de dissídios coletivos ajuizados, quer pela interpretação dada pela SDC-TST, no sentido de se admitir o acordo tácito para o prosseguimento do processo coletivo deflagrado pelo sindicato, quer pelo paternalismo enrustido na mentalidade nacional, esperando sempre do Estado a solução de seus problemas<sup>3</sup>.

No final do governo FHC, o ministro do Trabalho Francisco Dornelles empenhou-se na aprovação do Projeto de Lei 5.483/01, que admitia uma flexibilização mais ampla da legislação trabalhista, dando nova redação ao art. 618 da CLT, fazendo prevalecer o negociado sobre o legislado, ressalvados os direitos constitucionais mínimos e as normas de medicina e segurança do trabalho. O texto aprovado pela Câmara dos Deputados, tinha a seguinte redação:

“Art. 618. Na ausência de convenção ou acordo coletivo firmados por manifestação expressa de vontade das partes e observadas as demais disposições do Título VI desta

Consolidação, a lei regulará as condições de trabalho.

§ 1º A convenção ou acordo coletivo, respeitados os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, não podem contrariar lei complementar, as Leis nº 6.321, de 14 de abril de 1976 (relativa ao programa de alimentação do trabalhador), e nº 7.418, de 16 de dezembro de 1985 (relativa ao vale-transporte), a legislação tributária, a previdenciária e a relativa ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, bem como as normas de segurança e saúde do trabalho.

§ 2º Os sindicatos poderão solicitar o apoio e o acompanhamento da central sindical, da confederação ou federal a que estiverem filiados quando da negociação de convenção ou acordo coletivo previstos no presente artigo” (parênteses explicativos nossos).

O objetivo da alteração do art. 618 da CLT foi o de explicitar melhor o que já se encontrava latente na Constituição Federal de 1988, quando admitiu a flexibilização de direitos trabalhistas mediante negociação coletiva em relação a salário e jornada de trabalho (CF, art. 7º, VI, XIII e XIV). Conforme já havíamos sustentado, se os dois principais direitos trabalhistas são passíveis de flexibilização, todos aqueles que deles decorrem, ou seja, parcelas de natureza salarial ou decorrentes da conformação da jornada de trabalho, também podem ser flexibilizados por acordos e convenções coletivas. Os próprios incisos do art. 7º da Constituição, a nosso ver, não são cláusulas pétreas, uma vez que o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, ao limitar o poder de emenda aos direitos e garantias individuais, não abrangeu nem os direitos coletivos do art. 5º, nem os direitos sociais do art. 7º, cingindo a sua proteção a parte dos incisos do art. 5º da Constituição. Ademais, aquilo que é passível de flexibilização pelas partes, através de negociação coletiva, não pode ficar à margem de alteração pelo legislador. Portanto, se a reforma proposta seria possível por via de emenda constitucional, quanto mais pela via da lei ordinária e de forma menos abrangente.

No entanto, a resistência de parlamentares e sindicalistas à prevalência do negociado sobre o legislado foi de tal ordem, que muitos distúrbios se verificaram, quer dentro do Congresso Nacional, quer nas ruas, com passeatas em defesa da CLT em sua integralidade. Com efeito, no dia 4 de dezembro de 2001, foi aprovado pela Câmara dos Deputados o referido projeto de Lei nº 5.483/01, sendo sua aprovação noticiada na abertura da Revista LTr de dezembro/2001 nos seguintes termos:

“O projeto tem sido objeto de acirrada polêmica, quer nos meios de comunicação geral ou especializados, quer no próprio Congresso Nacional, onde o debate da matéria na Comissão de Trabalho da Câmara foi acompanhado de invasão de sindicalistas, quebra de portas, manifestações de repúdio por parte de trabalhadores, culminando com a falha do painel eletrônico do Plenário da Câmara na primeira votação, que levou ao adiamento do embate para uma semana depois.

Os adversários do projeto sustentam que a filosofia da flexibilização nele inserida constituiria verdadeira derrocada de conquistas trabalhistas obtidas a duras penas, fragilizando-

se o sistema protetivo insculpido na CLT. Ademais, num país de sindicalismo fraco, onde apenas algumas categorias melhor organizadas poderiam fazer frente à pressão econômica do setor patronal, seria uma temeridade abandonar os trabalhadores nas mãos de entidades sindicais que não têm condições de defender seus interesses de forma satisfatória.

Já os defensores do projeto têm sustentado que o princípio da flexibilização já tinha sede constitucional (CF, art. 7º, VI, XIII e XIV), limitando-se a alteração a permitir a flexibilização de normas infra-constitucionais, sem deixar de respeitar as conquistas obtidas com a Constituição de 1988, mas possibilitando que em contexto econômico de desemprego crescente e de competitividade maior entre economias globalizadas possam ser preservados postos de trabalho, em benefício do próprio trabalhador, a par de trazer de volta à economia formal os quase 50% da força de trabalho brasileira, que se encontram atualmente na informalidade. Além disso, a reforma busca a prestigiar a negociação coletiva, dando cumprimento à Convenção n. 154 da OIT e seguindo na esteira da Reforma do Judiciário, que está reduzindo o Poder Normativo da Justiça do Trabalho (PEC 29/00, que altera a CF, art. 115, §§ 2º e 4º), para estimular a negociação direta das partes” (Revista LTr 65-12/1413).

Com a eleição do Presidente Lula, o PLC 134/01 (número que recebeu o PL 5.481/01 no Senado Federal) foi retirado pelo novo governo, na esperança de que se conseguisse, com o “Fórum Nacional do Trabalho”, um consenso quanto à reforma tópica da CLT. Assim, a questão da flexibilização e de seus limites foi deixada para ser resolvida pelo Judiciário Laboral, esperando-se que a jurisprudência pudesse superar os impasses decorrentes do fracasso na reforma trabalhista.

No entanto, o TST, como órgão de cúpula do Judiciário Trabalhista e uniformizador da jurisprudência laboral, não tem dado sinalização unívoca a respeito da matéria, por não ofertar parâmetros claros e seguros capazes de distinguir o que seja flexibilização e o que seja precarização de direitos trabalhistas. Daí a flutuação da jurisprudência, que, ora plácida, ora cassa cláusula de acordo ou convenção coletiva que adota parâmetros diversos dos legais para disciplinar as condições de trabalho no âmbito de uma determinada empresa ou categoria profissional.

Assim, as hipóteses em que se tem admitido a flexibilização dos direitos trabalhistas mediante negociação coletiva são:

a) pagamento proporcional do adicional de periculosidade ao tempo de exposição ao agente de risco (Súmula nº 364, II, do TST);

b) redução do intervalo intrajornada para a categoria dos motoristas (conforme precedente jurisprudencial da SDC-TST<sup>4</sup>);

c) limitação do pagamento de horas *in itinere* a uma diária, independentemente do tempo efetivamente gasto pelo empregado em condução fornecida pelo empregador (precedentes da Corte<sup>5</sup>);

d) no que diz respeito aos minutos residuais, tolerância de

15 minutos antes e 15 minutos depois da jornada de trabalho sem o pagamento de horas extras (precedentes da Corte<sup>6</sup>).

No entanto, tem sido rejeitada a flexibilização nas hipóteses de:

a) turnos ininterruptos de revezamento, quando não demonstrada a compensação com vantagem substitutiva (a matéria se encontra aguardando definição do Pleno do TST em Incidente de Uniformização de Jurisprudência em torno da Orientação Jurisprudencial nº 169 da SBDI-1 do TST<sup>7</sup>);

b) regime 12x36 horas, determinando-se o pagamento como horas extras das 11ª e 12ª horas (precedentes da Corte<sup>8</sup>);

c) não redução do intervalo intrajornada fora da hipótese de motoristas (Orientação Jurisprudencial n. 342 da SBDI-1 do TST);

d) redução do período de estabilidade da gestante (precedentes da SDC-TST<sup>9</sup>).

Parece-nos que os fundamentos para se afastar jurisprudencialmente a flexibilização seriam, em essência, os mesmos da fracassada alteração do art. 618 da CLT, não se admitindo a desregulamentação legal em matéria de medicina e segurança do trabalho, legislação tributária e previdenciária.

Quanto ao mais, sendo as categorias profissional e econômica em cada setor produtivo as que melhor conhecem as condições da atividade em si e nas circunstâncias concretas de tempo e espaço, nada mais natural do que atribuir a elas a fixação das condições de trabalho e remuneração, respeitados os parâmetros mínimos já referidos. Com isso se estará, efetivamente:

a) valorizando o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, que reconhece os acordos e convenções coletivas como fonte do direito trabalhista;

b) prestigiando o princípio da boa-fé que norteia as relações negociais e a interpretação dos negócios jurídicos, sob pena de se desacreditar tal princípio com o acolhimento de ações anulatórias de cláusulas que, flexibilizadas em compensação de outras vantagens comparativas concedidas, acabam sendo anuladas e as vantagens já concedidas mantidas, com duplo ganho para o trabalhador;

c) propiciando o fortalecimento dos sindicatos, pondo fim ao eterno paternalismo que, sob o argumento de que os sindicatos são fracos, mantém indefinidamente um regime de tutela estatal das relações trabalhistas;

d) dando segurança jurídica aos jurisdicionados, que se conscientizarão de que o pactuado vale e é respeitado pela jurisprudência (ela própria não flutuando ao sabor de majorias ocasionais);

e) modernizando as relações trabalhistas, na medida em que é mais racional se admitir eventual flexibilização de norma legal trabalhista em caráter transitório (período de vigência da convenção ou acordo coletivo), voltando-se à regência legal caso a flexibilização não tenha contribuído para gerar empregos e melhorar as relações laborais, do que proceder a um “enxugamento” da CLT, revogando-se todos

os dispositivos tidos por anacrônicos e comprometedores do mercado de trabalho, com a conclusão posterior de que a redução de normas não garantiu o nível de empregabilidade nem contribuiu para a formalização do emprego ou a geração de novos postos de trabalho, com a difícil tarefa de se restaurar, via processo legislativo (sempre lento e incerto), as garantias anteriormente existentes;

f) dando vida ao princípio da subsidiariedade, básico no campo da filosofia política e social, segundo o qual o Estado apenas ajuda o indivíduo a atingir os seus fins existenciais, não o substituindo e não tendo competência para fazer o que o indivíduo ou comunidades menores podem fazer por

sua iniciativa e recursos (reserva que entra em ação apenas quando o ente menor não tem forças para desempenhar sua missão).

Assim, diante da indefinição legislativa quanto aos limites e parâmetros da negociação coletiva, caberá à Justiça do Trabalho como um todo e ao TST em particular, como seu órgão de cúpula e intérprete máximo da legislação laboral, assinalar o norte para a negociação coletiva. Espera-se que não o faça mantendo uma tal rigidez, em nome da proteção ao trabalhador, que acabe criando o que já se denominou de “protecionismo às avessas”: protege tanto o trabalhador brasileiro que gera empregos na China!

## NOTAS:

<sup>1</sup> Ives Gandra Martins Filho, “O Bêlico e o Lúdico no Direito e no Processo”, in “Os Novos Horizontes do Direito e do Trabalho – Homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira” (LTr – 2005 – São Paulo, pgs. 487-488; Coordenação Cristiano Paixão, Douglas Alencar Rodrigues e Roberto de Figueiredo Caldas)

<sup>2</sup> Fonte: Dieese (Departamento Intersindical de Estatística), in Folha de S. Paulo 10/03/06.

<sup>3</sup> O TST tem assegurado, na prática, reajuste salarial em percentual perto do integral da inflação nas sentenças normativas que profere. Nesse sentido, temos, por exemplo, o precedente TST-RODC-655/2003-000-12-00.3, Rel. Min. Barros Levenhagen, in DJ de 17/02/06 (a inflação acumulada era de 18,32% e o TST concedeu 18% de reajuste).

<sup>4</sup> “NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INTERVALO INTRAJORNADA. VALIDADE. Quando a norma coletiva estabelece condições que não implicam, necessária e objetivamente, ofensa à saúde, à segurança e à dignidade do trabalhador, não se pode concluir que ela a norma ofende o § 3º do art. 7º consolidado. É o que acontece com a negociação que prevê o intervalo intrajornada fracionado, isto é, composto de vários intervalos menores. É sob essa ótica que deve ser examinada a teoria do conglobamento, que, como se sabe, não autoriza a ampla e restrita negociação. Mas, no caso concreto, o negociado deve ser preservado, pois ele não colide com normas fundamentais e indisponíveis. Neste caso, portanto, não se decide com ofensa à Orientação Jurisprudencial nº 342/SBDI-1” (TST-ROAA-141.515/2004-900-01-00.5, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, SDC, “in” DJ de 11/04/06).

<sup>5</sup> TST-RR-414.174/1998.9, Rel. Juiz Convocado Aloysio Corrêa da Veiga, 1ª Turma, “in” DJ de 28/06/02; TST-RR-451.673/1998.2, Rel. Min. José Simpliciano Fernandes, 2ª Turma, “in” DJ de 07/03/03; TST-RR-1.616/2000-031-15-00.2, Rel. Juíza Convocada Terezinha Célia Kineipp Oliveira, 3ª Turma, “in” DJ de 14/02/03; TST-RR-225/2003-023-09-00.1, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, “in” DJ de 17/03/06; TST-RR-1.064/2002-092-09-00.7, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, “in” DJ de 10/03/06

<sup>6</sup> “DIFERENÇAS DE HORAS EXTRAS PELA CONTAGEM MINUTO A MINUTO PREVISÃO, EM INSTRUMENTO COLETIVO, DE DESCONSIDERAÇÃO DOS QUINZE MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA LABORAL - VALIDADE DA NORMA COLETIVA. O direito às horas extras decorrentes do critério de contagem minuto a minuto (OJs 23 e 326 da SBDI-1 do TST) é consequência de construção jurisprudencial e, embora recentemente transformado em dispositivo consolidado (art. 58, § 1º), não se insere dentre os direitos trabalhistas irrenunciáveis, de modo que não há óbice para que o referido direito seja objeto de negociação coletiva. Com efeito, a previsão em norma coletiva, no sentido de desconsiderar os quinze minutos que antecedem e sucedem a jornada laboral, constitui hipótese típica de prevalência do negociado sobre o legislado, em flexibilização autorizada pela própria Constituição Federal. Isso porque a possibilidade de inserir período de tolerância para a marcação dos cartões de ponto encontra respaldo no princípio da razoabilidade e nas hipóteses de flexibilização autorizadas pela Constituição Federal, pois, se a Carta Magna admite a redução dos dois principais direitos trabalhistas, que são o salário (CF, art. 7º, VI) e a jornada de trabalho (CF, art. 7º, XIII e XIV), todos aqueles que deles decorrem também são passíveis de flexibilização. Nesse contexto, a decisão recorrida, ao desconsiderar a norma coletiva em comento, vulnerou o disposto no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, que determina o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, razão pela qual deve ser reformada para que seja aplicada a norma que instituiu a cláusula de tolerância de quinze minutos no tempo que antecede e sucede a jornada de trabalho” (TST-RR-126.174/2004-900-04-00.1, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, 4ª Turma, “in” DJ de 11/02/05).

<sup>7</sup> IJ-E-RR-576.619/99, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, suspenso em 23/05/05, na SBDI-I.

<sup>8</sup> “JORNADA DE 12X36 HORAS - NÃO-CONCESSÃO DE INTERVALO INTRAJORNADA HORA NOTURNA REDUZIDA - PREVALÊNCIA DOS PRECEITOS DE ORDEM PÚBLICA PREVISTOS NA CLT E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE RESGUARDAM OS DIREITOS INDISPONÍVEIS DO TRABALHADOR SOBRE A AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES NO ÂMBITO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. Embora já pacificado nesta Corte o entendimento de que é válida a jornada especial de 12X36 horas, quando prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho, consoante art. 7º, XXVI, da CF, não se pode reputar como lícito o ajuste que suprime ou prevê a não-concessão de intervalo para repouso e alimentação. Sem prejuízo do instrumento negocial, prevalecem os dispositivos das Seções III e IV do Capítulo II do Título II da CLT, em que se inserem os artigos 71, caput e § 2º, e 73 da CLT, que cuidam dos períodos de descanso e da hora noturna reduzida, preceitos esses de ordem pública e, portanto, de natureza congente, que visam resguardar a saúde e a integridade física do trabalhador, no ambiente do trabalho. E, como normas de ordem pública, estão excluídas da disponibilidade das partes, que sobre elas não podem transigir. À luz dos princípios que regem a hierarquia das fontes de Direito do Trabalho, as normas coletivas, salvo os casos constitucionalmente previstos, não podem dispor de forma contrária às garantias mínimas de proteção ao trabalhador previstas na legislação, que funcionam como um elemento limitador da autonomia da vontade das partes no âmbito da negociação coletiva. A negociação coletiva encontra limites nos direitos indisponíveis do trabalhador, assegurados na Carta Magna, e, assim, a higidez física e mental do empregado, ou seja, a preservação da saúde no local de trabalho, é princípio constitucional que se impõe sobre a negociação coletiva. Recurso de revista provido” (TST-RR-785.721/2001.1, Rel. Min. Milton de Moura França, 4ª Turma, “in” DJ de 25/06/04). ACORDO DE COMPENSAÇÃO. REGIME DE 12X36 HORAS EXTRAS ALÉM DA 10ª DIÁRIA. O empregado submetido ao regime de compensação de 12 por 36 horas previsto em acordo ou convenção coletiva faz jus ao pagamento do adicional por trabalho extraordinário sobre as horas trabalhadas além da 10ª diária (TST-E-RR-666.554/2000.1, Red. Designado Min. João Oreste Dalazen, SBDI-1, julgado em 27/03/06).

<sup>9</sup> “DISSÍDIO COLETIVO - ESTABILIDADE DA GESTANTE - ARTIGO 10, INCISO II, ALÍNEA “B”, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. O fato de a norma coletiva dispor de forma menos benéfica que a regra insculpida no artigo 10, inciso II, alínea b, da Constituição Federal de 1988 é capaz de justificar a sua exclusão do ajuste celebrado entre as partes. Com efeito, por se tratar de norma cogente e de caráter eminentemente social, que visa à proteção da maternidade e do nascituro, não há como se concluir pela validade de transação que reduza a mencionada garantia. A Constituição Federal de 1988 admite a flexibilização do salário e da jornada dos trabalhadores, desde que garantida a manifestação desses por intermédio de assembleia devidamente convocada. Todavia, em se tratando de normas relacionadas à proteção da maternidade (e do nascituro), estão fora da esfera negocial dos sindicatos, por serem de ordem pública, inderrogáveis pela vontade das partes e revestirem-se de caráter imperativo para a proteção do hipossuficiente, em oposição ao princípio da autonomia. Recurso Ordinário conhecido e provido” (TST-RODC-796.714/01, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, SDC, “in” DJ de 07/06/02).