

A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO: AVANÇO OU RETROCESSO?

THE PREVALENCE OF NEGOTIATED OVER LEGISLATED: ADVANCE OR SETBACK?

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES¹

JOSÉ EDUARDO TREVISANO FONTES²

BRUNO CRISTIAN GABRIEL³

SUMÁRIO: 1. A ORIGEM DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A DIFERENCIAÇÃO DE ACORDO COLETIVO DE TRABALHO E CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. 2. A REFORMA TRABALHISTA E OS ARTIGOS 611-A e 611-B E SUAS IMPLICAÇÕES. 3. O TEMA 1046 E ANÁLISE DE EVENTUAIS VIOLAÇÕES A PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: O presente artigo possui o objetivo de analisar o importante tema da prevalência do negociado sobre o legislado, temática esta trazida na Lei nº 13.467/2017, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista. Diante das diferentes opiniões doutrinárias e jurisprudenciais, examinou-se a tese firmada

¹ Doutor e mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), professor de Direito e Processo do Trabalho da graduação e pós-graduação stricto sensu da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP e sócio fundador do escritório Freitas Guimarães Advogados Associados.¹

² Doutorando e Mestre em Direito (2017), com área de concentração em Função Social do Direito, pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP e Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2005). Professor de Direito e Processo do Trabalho e Teoria Geral do Processo na graduação da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP (08/2017 até 12/2021).

³ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Mestre em Direito. Advogado e Professor Universitário.

sobre o tema 1046 do Supremo Tribunal Federal, que tratou da “validade de norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente”, e os artigos 611-A e 611-B da Consolidação das Leis do Trabalho. O estudo possui o escopo de pontuar e compreender os pontos polêmicos que permeiam as negociações coletivas, no que tange aos acordos e convenções, para que tais embates possuam retorno positivo para o empregado, parte vulnerável da relação trabalhista, e que não haja prejuízo aos direitos trabalhistas constitucionalmente previstos.

PALAVRAS-CHAVE: Prevalência do negociado sobre o legislado. Reforma Trabalhista. Negociação Coletiva. Direito do Trabalho.

ABSTRACT: This article aims to analyze the important issue of the prevalence of negotiated over legislated, a theme brought in Law No. 13,467/2017, popularly known as Labor Reform. Facing different doctrinal and jurisprudential opinions, the thesis firmed on theme 1046 of the Federal Supreme Court was examined, which spoke about the "validity of collective bargaining agreement that limits or restricts labor rights not constitutionally guaranteed", and articles 611-A and 611-B of the Consolidation of Labor Laws. The study aims to punctuate and understand the controversial points that permeate the collective negotiations, with respect to agreements and conventions, so that such disputes have a positive return for the employee, vulnerable part of the labor relationship, and that there is no damage to the labor rights constitutionally provided.

KEYWORDS: Prevalence of negotiated over legislated. Labor Reform. Collective bargaining. Labor Law.

INTRODUÇÃO

As constantes mudanças nas leis trabalhistas alteram, de tempos em tempos, os direitos dos trabalhadores. A reforma trabalhista, como ficou popularmente conhecida, foi promulgada em julho de 2017, através da Lei nº 13.467/2017, trazendo mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Dentre essas, firmou-se o entendimento de prevalência do negociado sobre o legislado, ou seja, o que for acordado entre os trabalhadores deverá sobressair se sopesado com o que tiver positivado nas leis.

Essas mudanças foram necessárias e vieram em um momento de desestabilidade do mercado de trabalho, com a alta do desemprego. Diante disso, como meio de retomar a saúde do mercado e fazer com que a economia voltasse a crescer, o Estado diminuiu o controle que exerce sob a legislação trabalhista e fez com que empregados e empregadores começassem a traçar suas normas, de forma que, em comum acordo, pudessem determinar a quais se submeterão durante o vínculo laboral, utilizando de acordos individuais, convenções e acordos coletivos para reger a relação laboral, dentro dos limites estabelecidos pela própria lei.

No dia 2 de maio de 2022 foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 1.121.633), que deu origem ao tema 1046, de repercussão geral, que trata da validade de norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente.

No julgamento do tema, o STF decidiu que normas estabelecidas em acordos e convenções coletivas de trabalho devem prevalecer sobre a legislação, no caso de supressão ou restrição de direito não assegurado pela Constituição Federal (CF). Diante da repercussão geral, o resultado criou precedente para outros processos com questionamentos sobre a prevalência ou não do negociado sobre o legislado.

O Poder Judiciário passou a observar a necessidade de ter maior eficiência na função uniformizadora, fazendo com que o Legislativo alterasse o sistema processual incluindo características vinculantes e eficácia “erga omnes”. Para o STF, a Emenda Constitucional nº 3 de 1993 incluiu o §2º no art. 102 da Constituição trazendo tais efeitos às decisões do STF nas ações diretas, prevendo que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

Este efeito vinculante das decisões do STF, seja em controle concentrado ou difuso, através da sistemática de repercussão geral, acarreta a obrigatoriedade de aplicação da tese fixada a todos os órgãos do Poder

Judiciário. Assim, as teses fixadas pela Corte impõem uma diretriz específica para todo o Poder Judiciário, que farão juízo de conformidade da tese fixada com o caso concreto⁴.

Na seara do tema 1046, o caso concreto tratava-se do julgamento do recurso ajuizado por uma empresa em face de decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que rechaçou uma cláusula aprovada em negociação coletiva que alterou a possibilidade de pagamento aos trabalhadores pelo tempo gasto no deslocamento entre suas casas e seus locais de trabalho, chamado de horas “in itinere”, por fornecimento de transporte das empresas aos funcionários.

Após posicionamento de diversos Amicus Curiae, a tese vencedora foi a do relator, Ministro Gilmar Mendes, que ponderou que as negociações até poderão atingir direitos, mas não deverão ferir o patamar civilizatório mínimo, em observância à Constituição, aos tratados e convenções internacionais, e pelas normas infraconstitucionais que também asseguram garantias aos trabalhadores.

Para ele, o “reconhecimento de convenções e de acordos coletivos pela Constituição Federal é forma de estímulo à negociação direta entre trabalhadores e empregadores, para que definam quais regras serão válidas para a relação trabalhista, com base em seus interesses e em sua realidade laboral”⁵.

Assim, importante se faz estudar os pontos que essas negociações atingirão, devendo cuidar dos direitos absolutamente indisponíveis dos trabalhadores, utilizando-se os acordos e convenções em prol de uma igualitária relação trabalhista.

⁴ RAMOS, Luis Alexandre. O conceito de “direito absolutamente indisponível” contido no Tem 1046 da Repercussão Geral. Consultor Jurídico, 30 set. 2022. Disponível em: <<https://www.juscatarina.com.br/2022/09/30/o-conceito-de-direito-absolutamente-indisponivel-contido-no-tema-1046-da-repercussao-geral-por-alexandre-luiz-ramos/>>. Acesso em: 25 mar. 2023.

⁵ ARAUJO, Norberto Gonzalez Araujo; KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Disponível em: <<https://www.sturzeneggercavalcante.com.br/artigos/julgamento-tema-1046-pelo-stf-prevalencia-do-acordado-sobre-o-legislado/>>. Acesso em 10 abr. 2023.

1 A ORIGEM DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A DIFERENCIAÇÃO DE ACORDO COLETIVO DE TRABALHO E CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

No século XVIII, com a Revolução Industrial, foi alterada a composição da sociedade, saindo de um sistema de servidão para o sistema assalariado, passando a economia ser orientada pelo mercado e o Estado a ser liberal. Neste novo cenário, o trabalhador era livre e era remunerado pelo seu trabalho, porém sua força de trabalho era extremamente explorada.

Para terem representação perante os abusos praticados pelos empregadores, administradores do capital, surge o papel do sindicato com o fito de dar amparo e uma resposta favorável para as relações trabalhistas, realizando a intermediação dos problemas entre estes patrões e os operários. Foi assim que emergiram diversos movimentos sociais na época, como o “Manifesto Comunista”, em 1891, de Marx e Engels, e a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 1919, após a Primeira Guerra Mundial.

Já a Revolução Francesa trouxe as ideias iluministas de expansão dos direitos humanos, e nesta luta a reivindicação de redução da jornada de trabalho e o pedido de melhores salários eram pautas essenciais. Nessa perspectiva, conclui-se que o direito a um tempo justo para a realização da força de trabalho, entendido como um direito fundamental do trabalhador, foi alcançado após longas batalhas que se iniciaram e se intensificaram ao longo dos séculos XVIII e XIX, tornando-se um dos temas centrais do Direito do Trabalho⁶.

A história do direito do trabalho é recente no Brasil, emergindo as primeiras garantias dos trabalhadores em meados do século XX. Uma das primeiras regulamentações ocorreu com o Decreto nº 21.186/1932, que tratou

⁶ LEITE, Mônica Hélia Lira Andrade. *A prevalência do negociado sobre o legislado: os limites da flexibilização da jornada de trabalho no direito do trabalho e a incidência do princípio do não retrocesso social*. Revista TST, vol. 84, no 1. São Paulo, 2018.

sobre a jornada de trabalho em oito horas, e o Decreto nº 21.364/1932, que regulou sobre a jornada no âmbito das indústrias.

Já as previsões constitucionais foram outro aspecto fundamental para a criação e estabelecimento dos direitos dos trabalhadores. A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a estabelecer uma jornada de trabalho mínima. Já em 1943, foi criada a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, principal regulamentação ao tratar da relação empregatícia que baliza os direitos e garantias do subordinado. Martins⁷ traz uma visão sobre a criação da CLT, que seria de que o objetivo da CLT foi o de reunir as leis esparsas existentes na época, consolidando-as. Não se trata apenas de um código, pois este pressupõe um Direito novo, mas que a CLT veio para reunir a legislação existente na época.

Já a atual Constituição Federal, promulgada no ano de 1988, elenca um rol de direitos sociais do trabalho, evidencia-se, de plano, já no art. 1º, inciso IV, e 7º que há uma determinação de que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa constituem um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que a República Federativa do Brasil se constitui.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

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

(...)

A doutrina, majoritariamente, entende que os direitos sociais são passíveis de equiparação aos direitos fundamentais não só pela expressa inclusão daqueles no texto constitucional como uma das espécies deste (Título II), mas também por um contexto mais amplo. Se o plano normativo

⁷ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho / Sergio Pinto Martins. – 26. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

constitucional, desde mesmo o Preâmbulo – este ao consagrar que “nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, (...) a igualdade e a justiça [social, fundamentalmente num país de contradições sociais historicamente inscritas em seus traços constitutivos] como valores supremos de uma sociedade fraterna (...) –, aponta claramente à persecução efetivamente concretizadora de seus traços garantistas, inequívoco a evidência que dele salta aos olhos um ato compromissário originário, inscrito na Constituição como um todo, enquanto horizonte do Estado e da nação brasileira, para com a justiça social, reforçado ainda pelos princípios fundamentais positivados no Título I, dentre os quais, enquanto centro de irradiação normativa de vinculação, bem como de interesses ao aqui pretendido, os contidos nos arts. 1º (fundamentos do Estado Democrático de Direito), incisos III (dignidade da pessoa humana), IV (valores sociais do trabalho e da livre iniciativa) e 3º, inciso I (construção de uma sociedade livre, justa e solidária).

Recentemente, no ano de 2017, foi sancionada a reforma trabalhista que interferiu e modificou diretamente as relações trabalhistas.

Assim, diante de todas essas mudanças e atualizações no direito do trabalho, infere-se que o tema é constantemente estudado e aprimorado, e para a criação destas normativas foi sendo necessário a escuta dos trabalhadores, parte mais interessada na consolidação destas garantias, e o meio encontrado para melhor ouvi-los seria através das negociações coletivas com apoio e intermédio dos sindicatos, que representarão toda a classe trabalhadora perante aos empregadores.

Com a Reforma Trabalhista, um dos principais pontos de impacto foi o estabelecimento da prevalência da convenção coletiva e do acordo coletivo de trabalho perante a lei. Muito além de proteger o trabalhador, o direito do trabalho deve proteger a relação de emprego, pelo que a prevalência do negociado sobre o legislado se tornou uma real necessidade. Na Constituição Federal, essa previsão está elencada no artigo 7º, XXVI.

Segundo Cassar⁸, o acordo coletivo é o negócio jurídico extrajudicial efetuado entre sindicato dos empregados e uma ou mais empresas, onde se estabelecem condições de trabalho, obrigando as partes acordantes dentro do período de vigência predeterminado e na base territorial da categoria (art. 611, § 1º, CLT), em que suas cláusulas são comandos abstratos, gerais e impessoais. Por sua vez, a convenção coletiva de trabalho é um negócio jurídico extrajudicial pactuado entre o sindicato dos empregados e o sindicato dos empregadores, em que são estabelecidas condições de trabalho para toda a categoria.

Após forte influência da mídia, em que sempre está em pauta a prevalência do acordado sobre o legislado, o Supremo Tribunal Federal colocou em pauta matérias trabalhistas que alcançaram a discussão sobre o reconhecimento dos acordos coletivos de trabalho e das convenções coletivas de trabalho. Assim, em 2016, em julgamento do Recurso Especial 895.759/PE, o Ministro Teori Zavascki proferiu decisão monocrática reformando decisão do TST firmando o entendimento de validade de cláusula de norma coletiva que promova a supressão das horas “in itinere”, desde que seja concedido outras vantagens ao trabalhador.

Neste cenário, é possível notar as primeiras decisões de prevalência do negociado sobre o legislado, iniciando uma nova posição jurisprudencial da Suprema Corte, que julgou pela prevalência do pactuado em instrumento coletivo de trabalho.

A decisão é ainda mais importante quando se pensa que a decisão monocrática foi sobre matéria que, a princípio, não guarda semelhança com o precedente de repercussão geral utilizado, e que ainda concordou com a supressão de um direito previsto em lei⁹.

Diante disso, conclui-se pela importância das constantes discussões sobre a temática da negociação coletiva, seja através do acordo ou da

⁸ BONFIM, Vólia Cassar. Direito do trabalho – 14ª ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017

⁹ SORGI, Juliana Machado; CENCI, Elve Miguel. A fragilidade da prevalência do negociado sobre o legislado. Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho. v. 3, n. 1, p. 37 – 54. Brasília, 2017.

convenção, que é realizado entre o sindicato dos empregados e uma ou mais empresas determinadas no caso do acordo, ou com mais amplitude no caso da convenção coletiva, sendo realizada entre os sindicatos (sindicato dos empregados versus sindicatos dos empregadores), englobando toda uma categoria. Ambos impactam diretamente na vida do empregado e do empregador, estabelecendo o regramento e as condições de trabalho que são considerados a “lei” que as próprias partes interessadas elegeram¹⁰.

2 A REFORMA TRABALHISTA E OS ARTIGOS 611-A e 611-B E SUAS IMPLICAÇÕES

Conforme anteriormente exposto, as leis trabalhistas foram, ao longo do tempo, evoluindo e sendo modificadas para melhor abarcar os diversos cenários que se desenham nas relações trabalhistas cotidianamente.

Em 2017, ocorreu uma das mais significativas reformas nas leis trabalhistas desde a promulgação da CLT, sendo a nova lei popularmente chamada de reforma trabalhista. Apesar da inovação verificada com a nova legislação, fato é que os empresários já ansiavam há muito tempo por uma reforma para que houvesse uma flexibilização na lei.

A legislação do trabalho foi alterada pelo Congresso Nacional diante da necessidade que se apresentava de haver uma reforma. A economia nacional se encontrava fragilizada, os empresários buscavam as alterações para poderem diminuir os encargos trabalhistas e aumentar a economia nacional. Por outro lado, há quem acredite que a reforma desregulamenta as leis, em que parte da doutrina a vê como um avanço e outra um retrocesso.

Dentro dessas mudanças, foi acrescentado na CLT o artigo 611-A, que trouxe temas nos quais se estabeleceu o que poderá ser objeto de pactuação

¹⁰ FRANCO, Nadia Teresinha da Mota; OLIVEIRA, Patrick Wottrich de. A prevalência do negociado sobre o legislado: uma alteração trazida pela reforma trabalhista (lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017). Universidade Federal da Fronteira Sul – UFFS. Laranjeiras do Sul, 2018. Disponível em: <<https://rd.uffs.edu.br/handle/prefix/2406>>. Acesso em: 30 mar. 2023.

em convenção ou acordo coletivo e que prevalecerão sobre a lei. Verifica-se o texto do caput: “Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre.

O mencionado artigo trouxe diversos incisos que tratam de temas importantes sobre o negociado prevalecer sobre o legislado, como a possibilidade da negociação abordar assuntos atinentes à jornada de trabalho, banco de horas, intervalos, plano de cargos, teletrabalho, entre outros pontos que tratam dos empregados e da organização da empresa. Já nos incisos finais, o artigo aborda questões sobre remuneração e questões de condição de trabalho ligadas à saúde do empregado. Lê-se:

Art. 611-A. [...] IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

No tocante ao parágrafo 2º, o fato de a previsão não indicar contrapartidas recíprocas ao trabalhador não dará ensejo a nulidade do pactuado. Ou seja, o negociado poderá suprimir direitos dos trabalhadores sem que haja alguma recompensa pela restrição sofrida.

Apesar disso, o entendimento firmado não respalda que poderão os empregadores negociar a respeito de todos os direitos. Ao contrário do que se pensa, a existência do artigo 611-A da CLT, é um limitador do poder de vontade entre as partes. Um exemplo é o seu inciso I, que prevê que as partes poderão estabelecer qual a jornada de trabalho que irão realizar, observados os limites constitucionais.

Neste cenário, cabe observar o que dispõe o § 3º do art. 8º da CLT, da Lei 13.467/17:

No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Dessarte, não poderão ser negociados ou suprimidos direitos que tenham assento em lei ordinária (CLT) em detrimento de uma norma jurídica superior (Constituição Federal), em que o negociado não poderá afrontar ou desordenar os direitos chancelados quer por normas de matriz constitucional ou ainda internacional de direitos humanos.

Em outro aspecto, o art. 611-A da CLT vem também para melhorar a vida laboral do trabalhador, prevendo que as condições do trabalho somente poderão ser regulamentadas e opinadas por aqueles que irão vivenciá-las. Neste sentido, para que os trabalhadores estejam devidamente representados e que seus anseios sejam realmente ouvidos e validados, é fundamental que a negociação seja realizada por sua entidade de classe, através dos sindicatos. Bulgeroni¹¹ reforça que na prevalência do negociado sobre o legislado, a expressão “negociado” deve ser entendida como fruto da atuação coletiva dos sindicatos. Assim, a flexibilização de direitos não ocorrerá pela via individual, mas apenas quando o trabalhador estiver representado pela entidade respectiva. Já quanto aos direitos que forem objeto de negociação, estes devem ocorrer também com a participação dos empregadores e dos empregados, uma vez que serão estes que se submeterão às condições do trabalho negociadas.

Ao que tange o artigo 611-B da CLT, que trata de elencar quais direitos não poderão ser suprimidos ou reduzidos na convenção ou acordo coletivo de trabalho, este deixou de mencionar direitos que possuem indisponibilidade absoluta. De outro lado, abriu a possibilidade de inclusão de outros que

¹¹ BULGUERONI, Renata Orsi. Negociação coletiva e fontes do Direito do Trabalho: propostas para a prevalência do negociado sobre o legislado nas relações de emprego. 2014. 259 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito do Trabalho e Seguridade Social, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-28112016-165416/pt-br.php>>. Acesso em: 12 abr. 2023.

também não podem ser suprimidos ou reduzidos por negociação coletiva, como a inviolabilidade da honra e intimidade, prevista no artigo 5º, X, da CF/88, que embora não relacionada nos incisos é um direito garantido pela Constituição¹². Leia-se o texto do caput do art. 611-B, da CLT: “Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: [...].”

Pela ausência destes importantes direitos no artigo, o seu rol não pode ser considerado taxativo, por não tratar de todos os direitos assegurados pela Constituição Federal.

3 O TEMA 1046 E ANÁLISE DE EVENTUAIS VIOLAÇÕES A PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Justiça do Trabalho possui uma limitação material sobre a negociação coletiva a fim de preservar as normas públicas que são consideradas absolutamente indisponíveis, pois constituem patamar civilizatório mínimo nas relações de trabalho. Tais direitos não podem ser suprimidos ou reduzidos, mesmo através da figura da negociação coletiva, sob pena de atingir princípios importantes na sociedade, como o princípio da dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho, que são fundamentos da República Federativa do Brasil, presentes no artigo 1º, III e 170 da Constituição Federal.

Após o julgamento do tema 1046 pelo STF, instaurou-se diversas problemáticas sobre o limite do negociável na relação trabalhista. Para elucidar, verifica-se os termos:

“São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis”.

¹² MARTINEZ, Luciano. *Reforma trabalhista – entenda o que mudou: CLT comparada e Comentada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Ademais, a tese de repercussão geral pode gerar ainda certa dúvida e imprecisão quanto à validade da negociação coletiva, pois traz dúvida sobre o trecho que trata dos direitos absolutamente indisponíveis.

Para isso, o tema 152, também do STF, trouxe a seguinte definição:

No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.

O relator do tema 1046, Ministro Luís Roberto Barroso, pontuou que a doutrina trabalhista poderá concluir que a negociação coletiva só poderá reduzir direitos nos casos expressamente autorizados pela Constituição ou por lei, explicando que “trata-se, contudo, de concepção que reduz o âmbito da negociação coletiva a um campo limitadíssimo”. De outro lado, em seu voto, delineou o conceito de direitos absolutamente indisponíveis e citou exemplos. Verifica-se:

Embora, o critério definidor de quais sejam as parcelas de indisponibilidade absoluta seja vago, afirma-se que estão protegidos contra a negociação in pejus os direitos que correspondam a um “patamar civilizatório mínimo”, como a anotação da CTPS, o pagamento do salário mínimo, o repouso semanal remunerado, as normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, a liberdade de trabalho etc.

Superado este ponto, acerca dos princípios importantes na relação de trabalho, o princípio da proteção, é primordial na aplicação do direito trabalhista, uma vez que busca equilibrar a relação de emprego e colocar empregado e empregador em patamar de igualdade. Na doutrina de Souto e Saraiva¹³, o princípio da proteção é o de maior amplitude e importância no Direito do Trabalho, uma vez que consiste em conferir ao polo mais fraco da

¹³ SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. DIREITO DO TRABALHO: concursos públicos. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

relação laboral - o empregado - uma superioridade jurídica capaz de lhe garantir mecanismos destinados a tutelar os direitos mínimos estampados na legislação laboral vigente.

O princípio da proteção é fundamental e um dos norteadores do direito do trabalho pelo seu caráter de promover equilíbrio entre as partes na relação trabalhista, conforme já dito. Como essa relação já é historicamente desigual, é necessário que haja proteção da relação trabalhista, mormente ao trabalhador, parte vulnerável desta relação.

Na mesma linha do *in dubio pro reo* na legislação penal, o princípio do *in dubio pro operário* vem para continuar o amparo conferido pelo princípio da proteção. Neste caso, havendo dúvida na aplicação de normas a algum caso concreto, prevalecerá a que for mais benéfica ao trabalhador, que, como dito, é parte vulnerável na relação trabalhista.

Bulgeroni¹⁴ traz a ideia de *in dubio pro operário* como “na interpretação de uma disposição jurídica que pode ser entendida de diversos modos, ou seja, havendo dúvida sobre o seu efetivo alcance, deve-se interpretá-la em favor do empregado”. Assim, o princípio *in dubio pro operário* se desenvolverá em favor do empregado, como mais um mecanismo de proteção.

Ainda, importante pontuar sobre os princípios do direito coletivo. Mauricio Godinho Delgado¹⁵ ensina que no princípio da adequação setorial negociada, este trata das possibilidades e limites jurídicos da negociação coletiva, mediante os critérios de harmonização entre as normas jurídicas oriundas da negociação coletiva e as normas jurídicas da legislação heterônoma estatal, assegurando a defesa de normas consagradoras de direitos revestidos de indisponibilidade absoluta.

Segundo este princípio, os limites de flexibilização dos direitos trabalhistas se firmam mediante dois critérios: a) quando as normas autônomas

¹⁴ BULGUERONI, Renata Orsi. Negociação coletiva e fontes do Direito do Trabalho: propostas para a prevalência do negociado sobre o legislado nas relações de emprego. 2014. 259 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito do Trabalho e Seguridade Social, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-28112016-165416/pt-br.php>>. Acesso em: 12 abr. 2023.

¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

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

Assim, salutar pontuar sobre a renúncia, uma vez que esta não pode ser objeto de negociação coletiva, uma vez que não se pode renunciar direitos de terceiros. Assim, no procedimento da negociação coletiva haverá a reorganização de direitos, desde que não sejam de indisponibilidade absoluta uma vez que os mesmos não podem ser relativizados e discutidos, nem mesmo pelo órgão de representação sindical.

4 DAS RECENTES DECISÕES JUDICIAIS

Para demonstrarmos que o tema prevalência do negociado sobre o legislado é tormentoso e sua interpretação sobre o patamar mínimo de afronta aos direitos fundamentais dos empregados tem interpretação divergente, trazemos decisões confrontantes no mesmo processo que se discute a aplicação do artigo 66 da CLT em relação aos professores. Vejamos:

O acórdão proferido nos autos do processo nº 1000148-30.2021.5.02.0049, publicado em 05/08/2022, de relatoria do Magistrado Pérsio Luís Teixeira de Carvalho, reconheceu que a lei não poderia ser flexibilizada por norma coletiva, inclusive citando jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

(...)

Neste aspecto merece acolhimento o recurso do reclamante. Isto porque a norma coletiva, em que se apoiou a sentença não se aplica ao reclamante.

Neste sentido as cláusulas 32^{as} trouxeram a seguinte redação:

“32. Carga horária

Poderá ser flexibilizada a carga horária do PROFESSOR entre jornadas no exercício da função docente e/ou concomitante com a atividade administrativa, não havendo assim pagamento, no intervalo, de horas aulas e salários, se o professor não tiver

trabalhado no referido intervalo de um dia para outro, ou entre jornadas não contínuas, desde que aceitas livremente pelo PROFESSOR.”

Como se constata dos autos o recorrente não se ativou em função administrativa, concomitante com a de docente. Não se verificou, da mesma forma que o autor laborasse para mais de um empregador em turnos diferentes, como também mencionado na sentença de piso.

Ademais, o fato de o autor exercer a função de professor não lhe retira o direito da aplicação das disposições contidas no artigo 66 da CLT.

Nesse sentido:

RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.105/2014. INTERJORNADAS. APLICAÇÃO AOS PROFESSORES. A jurisprudência deste Tribunal Superior é no sentido de que o direito ao intervalo interjornada, previsto no art. 66 da CLT, aplica-se à categoria dos professores e que o desrespeito ao referido intervalo implica o pagamento, como extra, do tempo suprimido, nos termos da Orientação Jurisprudencial 355 da SBDI-1 do TST. Dessa forma, a decisão regional que não aplicou ao professor o intervalo intrajornada de 11 horas contrariou a OJ 355 da SBDI-1 do TST. Recurso de revista conhecido e provido (RR-10820-14.2015.5.03.0109, 2ª Turma, Relatora Ministra MARIA HELENA MALLMANN, DEJT. 09/04/2021)

(...)

Contudo, referida decisão foi revista com o recebimento do Recurso de Revista da parte Reclamada, em decisão monocrática proferida pelo Desembargador Vice-Presidente Judicial, Marcelo Freire Goncalves, neste mesmo processo nº 1000148-30.2021.5.02.0049, publicado em 08/05/2023, reconhecendo a possibilidade de flexibilização do intervalo interjornada do professor através de norma coletiva, inclusive citando jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

(...)

O Tribunal Superior do Trabalho firmou o entendimento de que “o desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula nº 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional” (Orientação Jurisprudencial nº 355, da SDI1).

Essa diretriz, contudo, não pode ser aplicada no caso em análise, pois o v. acórdão registra que a cláusula 32 da CCT 2017/2018, com previsão semelhante nas normas

subsequentes, flexibiliza a carga horária do professor entre jornadas, dispondo ser indevido o pagamento, de horas aula e salários, “se o professor não tiver trabalhado no referido intervalo de um dia para outro, ou entre jornadas não contínuas”.

Em 02/06/2022, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.121.633 (Tema nº 1046 de repercussão geral), fixou a seguinte tese jurídica, com caráter vinculante (CPC, art. 927, III):

“São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis.” (Dje 14/06/2022)

Nos termos da referida decisão, exceto quando houver afronta a direito absolutamente indisponível, assim entendidos aqueles expressamente elencados no art. 611-B, da CLT – não é o caso -, deverá ser prestigiada a autonomia da vontade coletiva, nos termos do art. 7º, XXVI, da Lei Maior.

Assim, como o Regional considerou inaplicável a norma coletiva que afasta expressamente o pagamento do período referente ao intervalo entre jornadas não trabalhado, aconselhável o seguimento do apelo, por possível violação ao referido art. 7º, XXVI, da Constituição Federal.

RECEBO o recurso de revista.

CONCLUSÕES

A legislação trabalhista é um dos mais importantes ramos do direito, uma vez que rege a relação empregatícia amparando o empregado e regulamentando tal relação. Para que alcançasse todos os cenários trabalhistas e que a legislação fosse realmente forte em equilibrar os dois lados - empregador e empregado -, foi necessário que passasse por diversas adaptações. Desde a Constituição de 1934, o tema trabalhista vem sendo resguardado pela Carta.

De modo a ter uma legislação que trate somente do cenário do direito do trabalho, agrupando todos os dispositivos concernentes ao tema, foi criada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que também passa constantemente

por mudanças. A mais recente veio através da lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, chamada popularmente de reforma trabalhista.

A reforma trabalhista trouxe diversos dispositivos importantes, mormente quanto aos direitos coletivos. Neste ponto, ressalta-se a previsão do art. 611-A, que inovou sobre a hipótese das negociações coletivas (acordos e convenções) prevalecerem sobre a lei, mantendo-se inatingíveis apenas os direitos de patamar civilizatório mínimo.

Esse tema, conforme já tratado anteriormente, foi e é palco de diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, pois ao permitir que as negociações coletivas preponderem sobre a legislação, permite que o empregador possa estabelecer conforme suas preferências as condições de trabalho do empregado, mas claro, dependendo da anuência do sindicato que o representa.

Dessarte, neste artigo, concluiu-se que as mudanças e a inovação trazida pela reforma trabalhista demonstraram como as modificações são feitas constantemente no cenário das relações de trabalho, que, frisa-se, são necessárias para que a legislação e as normas estabelecidas nas negociações acompanhem o trabalhador e que este esteja sempre amparado e atualizado de acordo com as inovações que se apresentam no mundo.

Não se olvida que a prevalência do negociado sobre o legislado trouxe profundas alterações ao direito do trabalho, diante da possibilidade de flexibilização de direitos trabalhistas que anteriormente não se podia alterar, pelo risco de redução ou supressão de garantias importantes ao trabalhador. É temerário que a adoção desta nova premissa possa, por fim, prejudicar os trabalhadores, pois para que a negociação seja produtiva e eficiente necessita de um sindicato atento e sólido para que tenha voz e seja respeitado, o que não ocorre tão bem no cenário brasileiro. É necessário cautela com essa previsão, que poderá prejudicar os direitos que foram arduamente conquistados pelos trabalhadores ao longo dos anos¹⁶.

¹⁶ SORGI, Juliana Machado; CENCI, Elve Miguel. A fragilidade da prevalência do negociado sobre o legislado. Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho. v. 3, n. 1, p. 37 – 54. Brasília, 2017.

Apesar disso, os incisos dos artigos 611-A e 611-B trazem as limitações necessárias às modificações ocorridas com as negociações, prevendo que deverão ser respeitados os direitos absolutamente indisponíveis, sem, portanto, prejudicar certas garantias dos trabalhadores, e prevendo, então, que os acordos e convenções coletivas tragam apenas melhorias à classe trabalhista¹⁷.

Ante a todo o exposto, é possível afirmar que as inovações respeitam a atual Constituição Federal, pois embora o *caput* dos dispositivos supramencionados e o tema 1046 do STF sustentem sobre a possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado, o contexto total dos dispositivos e ainda as explicações dadas pela relatoria do tema de repercussão geral apresentam as limitações necessárias em respeito ao patamar mínimo civilizatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Norberto Gonzalez Araujo; KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Disponível em: <<https://www.sturzeneggercavalcante.com.br/artigos/julgamento-tema-1046-pelo-stf-prevalencia-do-acordado-sobre-o-legislado/>>. Acesso em 10 abr. 2023.

BONFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho** – 14^a ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <

¹⁷ DEL'ARCO, Danilo; LOBATO, Miguel Batista. A prevalência do negociado sobre o legislado: breves considerações sobre o artigo 611-a, *caput*, incisos iii, xii e xiii da clt e artigos 611-b, *caput* e 620, ambos da clt.. Revista Jurídica da UniFil, [S.l.], v. 18, n. 18, p. 194-211, set. 2022. ISSN 2674-7251. Disponível em: <<http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/2619>>. Acesso em: 14 abr. 2023.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 31 mar. 2023.

BULGUERONI, Renata Orsi. **Negociação coletiva e fontes do Direito do Trabalho: propostas para a prevalência do negociado sobre o legislado nas relações de emprego**. 2014. 259 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito do Trabalho e Seguridade Social, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-28112016-165416/pt-br.php>>. Acesso em: 12 abr. 2023.

DEL'ARCO, Danilo; LOBATO, Miguel Batista. **A prevalência do negociado sobre o legislado: breves considerações sobre o artigo 611-a, caput, incisos iii, xii e xiii da clt e artigos 611-b, caput e 620**, ambos da clt.. Revista Jurídica da UniFil, [S.l.], v. 18, n. 18, p. 194-211, set. 2022. ISSN 2674-7251. Disponível em: <<http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/2619>>. Acesso em: 14 abr. 2023.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

FRANCO, Nadia Teresinha da Mota; OLIVEIRA, Patrick Wottrich de. **A prevalência do negociado sobre o legislado: uma alteração trazida pela reforma trabalhista (lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017)**. Universidade Federal da Fronteira Sul – UFFS. Laranjeiras do Sul, 2018. Disponível em: <<https://rd.uffs.edu.br/handle/prefix/2406>>. Acesso em: 30 mar. 2023.

LEITE, Mônica Hélia Lira Andrade. **A prevalência do negociado sobre o legislado: os limites da flexibilização da jornada de trabalho no direito do trabalho e a incidência do princípio do não retrocesso social**. Revista TST, vol. 84, no 1. São Paulo, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma trabalhista – entenda o que mudou: CLT comparada e Comentada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho** / Sergio Pinto Martins. – 26. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

RAMOS, Luis Alexandre. O conceito de “direito absolutamente indisponível” contido no Tem 1046 da Repercussão Geral. Consultor Jurídico, 30 set. 2022. Disponível em: <<https://www.juscatarina.com.br/2022/09/30/o-conceito-de-direito-absolutamente-indisponivel-contido-no-tema-1046-da-repercussao-geral-por-alexandre-luiz-ramos/>>. Acesso em: 25 mar. 2023.

SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. **Direito do trabalho: concursos públicos**. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

SORGI, Juliana Machado; CENCI, Elve Miguel. **A fragilidade da prevalência do negociado sobre o legislado. Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho.** v. 3, n. 1, p. 37 – 54. Brasília, 2017.

Submetido em: 01/09//2023

Aprovado em: 30/07/2024