

O negociado sobre o legislado: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal

The negotiated about the legislation: the positioning of the Supreme Federal Court

Lo negociado sobre la legislación: el posicionamiento del Supremo Tribunal Federal

Recebido: 14/09/2022 | Revisado: 26/09/2022 | Aceitado: 28/09/2022 | Publicado: 06/10/2022

Arthur Kevin de Souza

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7799-737X>
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil
E-mail: arthurkevin555@gmail.com

Carlos Francisco do Nascimento

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6574-4949>
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil
E-mail: carlosfnascimento@yahoo.com.br

Resumo

A crise econômica, política e institucional no Brasil, vivida a partir de 2014, fomentou uma mudança no direito trabalhista. A Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467/2017, introduziu, modificou e revogou uma série de dispositivos na Consolidação das Leis do Trabalho. Entre os dispositivos mais relevantes, o artigo 611-A trata da prevalência do negociado sobre o legislado. O novo artigo gerou dúvidas não só acerca da sua constitucionalidade, mas também sobre os limites do Acordo e da Convenção Coletiva de Trabalho, tornando fundamental investigar essas questões. Para obter as conclusões desejadas, este trabalho buscou a posição do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, bem como os posicionamentos doutrinários. Desse modo, o trabalho utiliza de uma metodologia qualitativa que, por meio de uma revisão bibliográfica, induz uma resposta para o problema. Conclui-se que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é pela constitucionalidade do negociado sobre o legislado, restringindo o poder normativo das negociações apenas quando confrontam com parcelas justrabalhistas de indisponibilidade absoluta.

Palavras-chave: Reforma trabalhista; Negociado sobre o legislado; Supremo tribunal federal.

Abstract

The economic, political and institutional crisis in Brazil, experienced since 2014, fostered a change in labor law. The Labor Reform, Law nº 13.467/2017, introduced, modified and revoked a series of provisions in the Consolidation of Labor Laws. Among the most relevant provisions, article 611-A deals with the prevalence of the negotiated over the legislated. The new article raised doubts not only about its constitutionality, but also about the limits of the Collective Bargaining Agreement and Convention, making it essential to investigate these issues. To obtain the desired conclusions, this work sought the position of the Federal Supreme Court on the matter, as well as the doctrinal positions. In this way, the work uses a qualitative methodology that, through a bibliographic review, induces an answer to the problem. It is concluded that the position of the Federal Supreme Court is for the constitutionality of what is negotiated over what is legislated, restricting the normative power of negotiations only when they are confronted with labor parties of absolute unavailability.

Keywords: Labor reform; Negotiated over the legislated; Federal court of justice.

Resumen

La crisis económica, política e institucional en Brasil, vivida desde 2014, impulsó un cambio en la legislación laboral. La Reforma Laboral, Ley nº 13.467/2017, introdujo, modificó y derogó una serie de disposiciones en la Consolidación de las Leyes Laborales. Entre las disposiciones más relevantes, el artículo 611-A trata de la prevalencia de lo negociado sobre lo legislado. El nuevo artículo planteó dudas no solo sobre su constitucionalidad, sino también sobre los límites de la Convención y Contrato Colectivo de Trabajo, por lo que es imprescindible investigar estos temas. Para obtener las conclusiones deseadas, este trabajo buscó la posición del Supremo Tribunal Federal sobre la materia, así como las posiciones doctrinales. De esta forma, el trabajo utiliza una metodología cualitativa que, a través de una revisión bibliográfica, induce una respuesta al problema. Se concluye que la posición del Supremo Tribunal Federal es por la constitucionalidad de lo negociado sobre lo legislado, restringiendo el poder normativo de las negociaciones sólo cuando se enfrentan a partidos laborales de absoluta indisponibilidad.

Palabras clave: Reforma laboral; Negociado sobre lo legislado; Supremo tribunal federal.

1. Introdução

A redução da produtividade econômica brasileira provocou não só uma recessão formal desde o segundo trimestre de

2014, mas também uma diminuição substancial no *pib percapita* nacional, o qual, segundo o Banco Mundial (2022), registrou uma queda de 9% entre 2014 e 2016. Para Barbosa (2017), a crise resultou de um conjunto de choques na oferta e na demanda ocasionado por diversos fatores que, entre eles, destacam-se: o esgotamento da política econômica baseada na forte intervenção governamental, a insustentabilidade da dívida pública doméstica de 2015 e a correção do populismo tarifário.

No contexto de crise econômica, a vida dos brasileiros foi impactada de forma significativa, a recessão trouxe o desemprego e reduções relativas de salários (Matias, 2021), o que contribuiu para uma perda na qualidade de vida. Além disso, a crise também ocorreu no âmbito político-institucional, os poderes da república entraram em uma fase desarmônica, resultando em um processo de impeachment que retirou a presidente Dilma Rousseff (Becker, et. al, 2017).

Diante da situação conturbada, a Lei nº 13.467/2017 instituiu uma Reforma Trabalhista no Brasil, cujo objetivo era combater o desemprego e reduzir os impactos econômicos da crise. O caminho escolhido pelo legislador foi a modificação de dezenas de artigos da legislação que, em grande parte, buscou reduzir os custos para o empregador. Para Krein, et al., (2019), a reforma almejou a redução dos custos relacionados: à contratação, à remuneração, aos intervalos e deslocamentos, à saúde e segurança, à manutenção da força de trabalho, à dispensa e às consequência jurídicas do descumprimento da legislação.

Entre os principais pontos da reforma, sobressai a introdução do artigo 611-A na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o qual revolucionou a negociação entre órgãos coletivos de representação dos empregados e dos empregadores. O dispositivo não só permitiu uma abrangência maior para o conteúdo das negociações, mas também muniu a Convenção Coletiva de Trabalho e o Acordo Coletivo de Trabalho com um poder supralegal. O artigo dispôs, explicitamente, que o negociado prevalece sobre o direito legislado no ramo do Direito Coletivo do Trabalho, com restrições expressas apenas no artigo 611-B da CLT.

Com tantas modificações relevantes, a Reforma Trabalhista sofre uma intensa judicialização no que tange a constitucionalidade de seus dispositivos. Em especial, a nova dinâmica do negociado sobre o legislado provocou uma discussão sobre a constitucionalidade do dispositivo 611-A e sobre os limites da atuação do direito negociado no ramo coletivo. Salienta-se que a insegurança jurídica no âmbito do direito trabalhista é nociva para os empregadores e para os empregados, uma vez que aqueles sofrem com a instabilidade econômica oriunda dos custos não previstos e estes sofrem com a incerteza acerca de seus direitos que tutelam a relação empregatícia (Pinheiro, 2014).

2. Metodologia

Nesse contexto, um trabalho que trate sobre os limites do negociado sobre o legislado, bem como acerca da constitucionalidade do art. 611-A da CLT apresenta relevância, uma vez que o impacto da instabilidade jurídica nos Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho são prejudiciais para todos os envolvidos.

Desse modo, na busca por respostas, analisar a bibliografia produzida é o primeiro passo para construir um novo conhecimento científico, tendo em vista que a investigação permite explorar as lacunas existentes e formular novas teorias (Botelho, et. al., 2011). Diante disso, o presente trabalho apresenta uma revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a temática.

A literatura escolhida foi realizada por meio de uma seleção criteriosa de juristas da área trabalhista, como Delgado (2020), Aguiar (2017) e Bernardes (2020), bem como doutores, mestres e acadêmicos que se debruçaram sobre o tema. A análise da produção legislativa é vista no Decreto-Lei nº 5.452/1943 (CLT), na Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), e na Constituição Federal de 1988. Somado a isso, o trabalho adentra na decisão do Supremo Tribunal Federal tomada no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1121633, além de passar por temas de repercussão geral e julgados semelhantes. Utiliza-se, portanto, de uma metodologia qualitativa com caráter exploratório que, por meio de uma análise indutiva, visa identificar os limites do negociado sobre o legislado, bem como a constitucionalidade do art. 611-A da CLT.

3. A Reforma Trabalhista

De acordo com Nascimento (2017), o direito do trabalho surge como consequência da questão social que foi precedida pela Revolução Industrial e pela reação humanista da época, a qual buscava a preservação da dignidade humana no ambiente laboral. Seu caráter, segundo o autor, é dinâmico, a discussão da extensão dos direitos trabalhistas leva em consideração a realidade fática da sociedade e o ambiente no qual o trabalhador está inserido. Na mesma linha de raciocínio, Costa, et al., (2020) apontam que a mutabilidade do direito do trabalho acompanha o desenvolvimento econômico do sistema capitalista, de modo que as alterações na forma de produção repercutem na legislação do trabalho.

A Reforma Trabalhista, nesse sentido, surge como resposta à crise econômica vivenciada no Brasil. A tentativa do governo para minimizar os efeitos econômicos e combater o desemprego ocasionou a mudança na legislação nacional. No dia 22 de dezembro de 2016, o presidente Michel Temer encaminha ao Congresso Nacional um projeto de lei para alterar a CLT e a Lei nº 6.019/74, a proposta modificava 7 artigos da primeira e 8 artigos da última. Uma Comissão Especial foi criada para analisá-la, sendo eleito relator o Deputado Rogério Simonetti Marinho (PSDB/RN). A deliberação da comissão encerrou com 850 emendas que descaracterizaram a proposta inicial (Di Benedetto, 2017). Em 12 de abril de 2017, a comissão apresentou o parecer do relator e o substitutivo, este alterava, substancialmente, o projeto original e conseguiu êxito no Plenário da Câmara com 457 emendas.

No dia 28 de abril de 2017, o projeto iniciou a tramitação no Senado Federal, na Comissão de Assuntos Econômicos. Sob relatoria de Ricardo de Rezende Ferrazo (PSDB/ES), foi emitido um parecer favorável ao projeto da Câmara, rejeitando todas as emendas apresentadas. A Comissão de Assuntos Sociais, por sua vez, rejeitou o parecer favorável de Ricardo, nomeou Paulo Renato Paim (PT/RS) como relator e aprovou seu projeto pela rejeição integral da proposta. Em 21 de junho, ambas as Comissões encaminharam os seus pareceres para a Comissão de Constituição e Justiça, na qual Romero Jucá Filho (PMDB/RR) foi relator e emitiu parecer favorável ao projeto oriundo da Câmara, sem nenhuma alteração. No dia 11 de julho do mesmo ano às 22h20, o projeto da Câmara, sem alteração, foi aprovado pelo Plenário do Senado e dois dias depois o presidente Michel Temer sanciona o projeto sem vetar nenhum dispositivo.

Distante da proposta inicial, a Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei nº 5.425/1943, foi alterada de forma significativa, visando não só alcançar as metas anteriormente mencionadas, mas também acompanhar uma tendência mundial de adaptação do direito do trabalho frente a nova era tecnológica e globalizada. Acerca do último aspecto, Aguiar (2018) mostra a possível inevitabilidade da precarização das condições de trabalho ligada à facilidade em descentralizar as empresas no contexto tecnológico:

Tudo isso fica muito mais evidente quando a descentralização física serve como ameaça real. De um lado, porque ameaça diretamente àqueles que participam do status quo, na medida em que traz consigo a precarização das condições de trabalho e benefícios, o que lhes afeta diretamente; de outro lado, porque, mesmo que os então envolvidos manifestem resistência a essa prática precarizante, trabalhadores de outra localidade (pode-se dizer: de qualquer lugar do planeta) sempre estarão prontos para receber esses empregos, ainda que em troca dos baixos ganhos salariais ofertados, porque, para esses últimos, o pouco oferecido representa mais do que eles possuem. Cria-se então, com essa prática reprovável, mas, realista, um círculo vicioso de condições e benefícios negativos trabalhistas.

Diante dessa situação, cedendo ao cenário interno e externo, o texto da Lei nº 13.467/2017 introduz, modifica e revoga na CLT uma série de artigos. Entre as modificações, é possível apontar algumas que se sobressaem (Carvalho, 2017):

- a) A possibilidade do negociado sobrepor o legislado, o artigo 611-A traz a prevalência da Convenção Coletiva e do Acordo Coletivo de Trabalho sobre a lei. O dispositivo ainda carrega a expressão “entre outros”, o que permite inferir que o seu rol é exemplificativo e demonstra que o legislador priorizou o ajuste entre as partes em detrimento do jusestatal trabalhista, possuindo restrições apenas no artigo 611-B que dispõe sobre direitos não passíveis de

negociação. Além disso, no primeiro parágrafo do artigo 611-A, o legislador trouxe uma limitação para a atuação da Justiça do Trabalho, de modo que sua análise acerca da negociação deve se limitar a aspectos formais, não cabendo apreciar o conteúdo.

- b) A possibilidade da gestante trabalhar em local insalubre, a introdução do artigo 394-A permitiu que as gestantes trabalhem em atividades insalubres em graus médio e mínimo, salvo mediante apresentação de atestado de saúde.
- c) A possibilidade de flexibilização da jornada de trabalho com a somatória dos artigos 58, 58-A, 59, 394 e 611-A, além da legalização da jornada de doze horas consecutivas, seguidas de trinta e seis de repouso, prevista no artigo 59-A, dispensando a autorização da Justiça do Trabalho.
- d) A flexibilização da remuneração, além das modificações permitidas pelo artigo 611-A, a reforma alterou o artigo 457 e provocou a exclusão dos abonos e das diárias de viagem pagas do conteúdo que integra o salário e, conseqüentemente, os encargos trabalhistas não incidirão sobre essas quantias.
- e) O contrato de trabalho intermitente, criado pelo artigo 443, o legislador dispôs sobre uma nova modalidade de trabalho que consiste na relação de emprego que, com subordinação, de forma não contínua, o trabalhador presta serviços com alternância de períodos.
- f) A facilitação na rescisão do contrato, a reforma revogou os parágrafos 1º, 3º e 7º do artigo 477, o que possibilitou as empresas homologarem a rescisão contratual sem necessidade de um terceiro. Ademais, a reforma introduziu o artigo 477-B que dá quitação plena e irrevogável dos direitos trabalhistas para quem aderiu o Plano de Demissão Voluntária.

Os aspectos listados acima, apesar de não contemplarem a totalidade da reforma, permitem uma perspectiva básica geral das modificações e seus objetivos. Vale salientar que a grande quantidade de artigos introduzidos, modificados e revogados provocou diversas ações questionando a constitucionalidade dos dispositivos no Supremo Tribunal Federal. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5938, movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, por exemplo, questionou a constitucionalidade do artigo 394-A que permitia o trabalho insalubre para gestantes e lactantes. A corte entendeu pela inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III do artigo mencionado (Federal, 2019).

De igual modo, outro exemplo da judicialização da reforma é visto na ADI nº 5826, movida pela Federação Nacional dos Empregados de Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo (FENEPROPETRO) e pela Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas (FENATTEL), que visa atacar a modalidade de trabalho intermitente. Os autores da ação, ainda em andamento, sustentaram a tese que o trabalhador intermitente está em uma situação de desamparo e não acessa direitos mínimos como o salário mínimo previsto na Constituição Federal de 1988, porém, na contramão do pedido das entidades citadas, a Procuradoria Geral da República (PGR) emitiu um parecer contrário à tese dos autores.

4. O Negociado Sobre o legislado

A legislação trabalhista rege tanto a relação estabelecida entre o empregado e o empregador quanto a relação estabelecida entre as entidades coletivas de representação dos trabalhadores e seus empregadores. Alguns juristas defendem que a relação jurídica entre as entidades representativas constitui um direito autônomo chamado de Direito Coletivo do Trabalho, uma vez que possui sujeitos diferentes (categorias em detrimento do trabalhador individual), objeto específico (o interesse da categoria) e uma relação normativa especial. Por outro lado, parcela dos doutrinadores entendem que não existe uma autonomia entre o Direito Individual do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho, pois este não possui uma legislação suficiente para formar um ramo autônomo (Freitas, 2019).

Delgado (2020) aponta que o Direito Coletivo do Trabalho constitui um ramo autônomo, porém não está desvinculado do Direito Individual do Trabalho. O autor formula que o Direito Coletivo do Trabalho possui princípios próprios e uma legislação suficiente para proporcionar um corpo autônomo, porém ele não pode ser compreendido como um direito totalmente desvinculado do direito individual, uma vez que há uma relação dialógica entre os institutos. O Supremo Tribunal Federal parece, majoritariamente, se filiar a esse entendimento (ARE nº 1121633).

No Direito Coletivo do Trabalho as entidades representativas podem realizar acordos ou convenções coletivas de Trabalho. A entidade que representa os trabalhadores é chamada de Categoria Profissional, já a entidade que representa os empregadores é denominada de Categoria Econômica, ambas são constituídas pelos sindicatos representativos e se estruturam em sindicatos, federações e confederações. Na estrutura sindical é visível a formação de uma pirâmide organizacional, na qual os sindicatos ocupam a base, as federações (formadas por, pelo menos, 5 sindicatos) o meio e as confederações (constituídas por, no mínimo, 3 federações) o vértice (Radermacher & Melleiro, 2007).

O Acordo Coletivo de Trabalho consiste em uma negociação feita entre os sindicatos representativos de uma categoria profissional e uma ou mais empresas da correspondente categoria, a fim de que as normas estabelecidas no documento sejam aplicadas no âmbito da empresa, assim como dispõe o art. 611, parágrafo primeiro, da CLT. Já a Convenção Coletiva de Trabalho, por sua vez, consiste em uma negociação realizada entre os sindicatos representativos de uma categoria profissional e o sindicato patronal, com intuito de estabelecer normas para a categoria econômica e profissional, amparado pelo art. 611 da CLT. Esses instrumentos representam fontes formais autônomas do direito do trabalho, fazendo lei entre as partes.

Ambos os institutos citados constituem ferramentas de grande importância para a aplicação do Direito Coletivo do Trabalho e foram alterados pela Reforma Trabalhista. Antes da reforma, os Acordos e as Convenções Coletivas de Trabalho deveriam se limitar a uma negociação que trouxesse ao trabalhador um padrão de direito superior ao padrão da legislação estatal ou reduzir apenas os direitos entendidos como de relativa indisponibilidade, devendo ainda apresentar concessões recíprocas, ou seja, havia uma necessidade de constar no documento uma compensação para cada um dos direitos reduzidos (Sorgi & Cenci, 2017). Destaca-se que, antes da reforma, o padrão estabelecido pelo Estado, por meio da sua legislação, era privilegiado. Todavia, após a reforma, os Acordos e as Convenções Coletivas de Trabalho poderão reduzir o padrão de direito do trabalhador e não necessitam de uma compensação explícita, além de sobrepor o texto legal nos limites do art. 611-B da CLT.

O artigo 611-A da CLT traz um rol exemplificativo dos direitos que podem ser alvo de um Acordo ou Convenção Coletiva:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial; VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; 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.

Por se tratar de um rol exemplificativo, o art. 611-A não delimita as matérias da Convenção e do Acordo Coletivo de Trabalho, de modo que apenas o art. 611-B permite uma compreensão mais adequada dos seus limites, uma vez que ele proíbe a negociação nos seguintes temas:

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV - salário mínimo; V - valor nominal do décimo terceiro salário; VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII - salário-família; IX - repouso semanal remunerado; X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI - número de dias de férias devidas ao empregado; XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX - aposentadoria; XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX - tributos e outros créditos de terceiros; XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

Percebe-se que as expressões “entre outros” no art. 611-A e “exclusivamente” no 611-B evidenciam que a intenção do legislador é promover um amplo poder ao Acordo e à Convenção Coletiva. Ademais, as proibições expressas no art. 611-B são, em sua maioria, previstas no art. 7º da Constituição Federal. Entretanto, a discussão do alcance desses instrumentos não é sanada com a mera conjugação dos dois dispositivos, visto que responder quais direitos podem ser suprimidos no âmbito trabalhista não é um problema exclusivamente de ordem formal, ou seja, não é resolvido com uma lei que explicita quais direitos podem ser suprimidos, mas sim, prioritariamente, com uma análise do conteúdo.

Para Calcini (2017), há um “núcleo duro” no Direito do Trabalho que não deve ser alvo de acordos e convenções coletivas, tendo em vista que ele constitui o conteúdo mínimo que deve ser protegido sob o risco de ferir preceitos constitucionais ligados à dignidade humana e à ordem trabalhista. Colnago (2017), compartilhando da mesma visão, exemplifica que a Constituição Federal estabelece um núcleo duro na conjugação dos incisos IV e VI do art. 7º, de modo que o salário mínimo nacional constitui um conteúdo indisponível. O autor aponta que o limite para a exploração do trabalho deve observar a sustentabilidade humana como um pressuposto.

Diante do exposto, a judicialização de acordos e negociações coletivas em busca de uma resposta acerca da constitucionalidade do dispositivo 611-A e a busca pelo mínimo indisponível nos direitos trabalhistas, os quais não podem ser alterados por negócios jurídicos realizados entre as partes, é inevitável. Entretanto, o entendimento recente do Supremo Tribunal Federal pode atenuar uma parcela dos conflitos e amenizar a insegurança jurídica na matéria.

5. O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

No julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1121633, com repercussão geral reconhecida (Tema 1.046), ocorrido no dia dois de junho de 2022, é possível observar qual é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em

relação ao negociado sobre o legislado. No caso afetado, o empregado Ademir Gomes da Silva litigou contra a empresa Mineração Serra Grande S.A, com objetivo de anular parte de uma negociação coletiva de trabalho que eliminava o dever de pagar as horas *in itinere*, entendidas pela doutrina jus trabalhista como as horas gastas no trajeto de ida e volta até o local de difícil acesso ou, não havendo transporte público, o tempo gasto pelo empregado no transporte fornecido pelo empregador (Sasso, 2015).

A lide se mostrava favorável a Ademir, e a empresa Mineração Serra Grande S.A interpôs um Recurso Extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal, a fim de reconhecer sua pretensão, porém o Tribunal Superior do Trabalho (TST), o qual realiza juízo de admissibilidade, negou o seguimento ao Recurso Extraordinário, fundamentando em manifesta inadmissibilidade, uma vez que, segundo o relator, a discussão estava solucionada pelo entendimento sumulado do Tribunal. Em resposta a negativa do TST a empresa interpôs um Agravo perante o Supremo Tribunal Federal, o que culminou, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no reconhecimento da repercussão geral e no julgamento da temática.

O empregado sustentou que a negociação coletiva não poderia suprimir o direito previsto no art. 58, parágrafo segundo, da CLT, com redação anterior a da Reforma Trabalhista. Destaca-se que a redação do artigo 58 foi significativamente alterada pela Reforma Trabalhista, a fim de esclarecer a alteração sofrida, a tabela abaixo demonstra o texto do artigo 58 da CLT antes e depois da reforma:

Tabela 1. Diferença entre o artigo 58, parágrafo segundo, antes e depois da Reforma Trabalhista.

Antes da reforma	Depois da reforma
§ 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.	§ 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

Fonte: Decreto-Lei nº 5.452/1943.

O requerimento da anulação do dispositivo buscava fundamento no fato de que a norma criada era desfavorável ao trabalhador e atacava um direito indisponível, o qual não poderia sofrer limitações por um acordo entre as partes. A empresa, por sua vez, argumentou que a pretensão de Ademir atacava o texto constitucional, pois violaria o princípio da prevalência da negociação coletiva, previsto no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988, além de trazer insegurança quanto a validade dos futuros acordos e convenções coletivas, de modo a desestimular a prática. Destaca-se que, na posição da mineradora, as horas *in itinere* são direitos disponíveis, não existindo óbice para sua redução por meio de acordos ou negociações coletivas.

Diante dessa lide, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral e vislumbrou a possibilidade de pacificar o entendimento acerca do negociado sobre o legislado, bem como sanar a dúvida sobre a (in)disponibilidade das horas *in itinere*. Deve-se mencionar que a corte nos temas 357 e 762, com *leading case*, respectivamente, no Agravo de Instrumento (AI) nº 825675 e no Recurso Extraordinário (RE) nº 820729, formulou que as disposições constitucionais integram, notoriamente, os direitos indisponíveis do trabalhador, o que implica na restrição do acordo ou da negociação coletiva de trabalho ao âmbito infraconstitucional. Além disso, no que tange o pagamento das horas, por meio de uma interpretação da CLT em consonância com a Lei nº 10.243/2001, no tema 762, a corte consignou a validade de uma norma coletiva de trabalho que limitava o pagamento das horas *in itinere* para metade do tempo gasto pelo trabalhador até o local de serviço. No entendimento do tribunal, as horas *in itinere* se referem ao âmbito infraconstitucional, o que não inviabiliza a discussão acerca da sua (in)disponibilidade.

O julgamento do ARE nº 1121633 pode ser explicado a partir da análise das posições do Ministro Gilmar Mendes, relator da lide, e da Ministra Rosa Weber, a qual, juntamente com o Ministro Edson Fachin, divergiu do posicionamento

majoritário. É notório que os ministros citados divergem não só em relação a interpretação do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, mas também acerca do poder do acordo e da negociação coletiva de trabalho.

Para Gilmar Mendes, os acordos e as negociações coletivas, expressas no art. 7º da Constituição Federal de 1988, evidenciam a passagem de um estado paternalista para um estado que respeita e fomenta a força normativa dos contratos. Nessa perspectiva, é necessário respeitar o princípio que orienta o cumprimento do pactuado, o *pacta sunt servanda* que pode ser facilmente compreendido pela máxima: “as coisas pactuadas devem ser cumpridas” (Rodrigues, et. al, 2020). Assim, ele se filia a corrente que entende o Direito Coletivo do Trabalho como um ramo autônomo, regido por princípios e normas diversas do direito individual, de modo que não é possível, e nem justo, a utilização de princípios típicos do Direito Individual do Trabalho na interpretação e aplicação do direito coletivo.

A base argumentativa do Ministro traz que na negociação coletiva, diferente da negociação no direito individual, não há uma parte hipossuficiente. Nesse raciocínio, o sindicato representativo da categoria dos trabalhadores não se assemelha ao trabalhador individual no âmbito das negociações, pois aquele é dotado de poderes que permitem uma paridade com o sindicato dos empregadores. Esse pensamento resulta no princípio da equivalência entre os negociantes que, na visão de Gilmar, não pode ser substituído por princípios protetivos ou pelo princípio da primazia da realidade, já que os sujeitos da negociação estão em situações diferentes das regidas pelo Direito Individual do Trabalho.

Desse modo, ao adotar o princípio da equivalência entre as partes e a aplicação do rigor do *pacta sunt servanda*, dentro do Direito Coletivo do Trabalho, o Ministro, conseqüentemente, adota a teoria do conglobamento. Essa teoria, no contexto das negociações coletivas, pode ser entendida como um imperativo de não fracionar as normas do documento fruto das negociações (Chohfi T. & Chohfi M., 2010), visa privilegiar uma interpretação integral do negócio jurídico e evitar a atomização dos dispositivos, ou seja, o dispositivo dentro de uma negociação coletiva não é individualizado e deve ser interpretado dentro de uma unidade. A consequência da teoria do conglobamento nas negociações coletivas aparece, portanto, no entendimento de evitar a anulação de um dispositivo isolado, uma vez que a convenção coletiva é fruto de concessões mútuas e anular parcialmente em favor de um dos que acordantes quebra o caráter sinalagmático do acordo (Bernardes, 2020).

A tese do Ministro Gilmar Medes sustenta ainda que as normas criadas no âmbito da negociação coletiva prevalecem sobre as normas estatais quando: a) promoverem um padrão superior de direito para os trabalhadores em comparação com as normas estatais; e b) transacionarem setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade relativa. Todavia, o Ministro reconhece que a conceituação de parcelas justralhistas de indisponibilidade relativa é vaga, a seu critério, trata-se de parcelas que se violadas atingem o patamar mínimo civilizacional. Essas parcelas são observadas nas normas constitucionais, nas normas oriundas de tratados e convenções sobre direitos humanos e nas normas infraconstitucionais que asseguram garantias mínimas de cidadania.

O critério para definir quais são as normas infraconstitucionais que asseguram garantias mínimas de cidadania ainda não está bem definido, necessitando de uma decisão no caso concreto. Com isso, Gilmar votou pelo acolhimento do recurso, sustentando que as horas *in itinere* são direitos trabalhistas de indisponibilidade relativa, demonstrada, especialmente, por meio da revogação do legislador na Reforma Trabalhista, e propôs a fixação da seguinte tese:

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.

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, abriu divergência discordando do raciocínio apresentado. Em seu voto, ela dispôs que a expressão “além de outros que visem à melhoria de sua condição social” prevista no art. 7º da Constituição Federal, aponta que o constituinte buscou a proteção constitucional para todos os direitos trabalhistas positivados, não se restringindo ao rol

expresso do dispositivo. Esse rol aberto em consonância com uma interpretação sistemática da constituição, na visão da Ministra, permite concluir que a intenção da norma constitucional é alcançar patamares cada vez mais elevados de proteção ao trabalhador e o poder restritivo de direitos das negociações coletivas, por consequência, poderão incidir apenas nas seguintes hipóteses que estão inseridas no art. 7º da Constituição Federal 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;

A Ministra ainda dispõe que a razão de existência do direito do trabalho, enquanto ramo independente, é a proteção ao trabalhador. Nesse sentido, não é possível excluir a aplicação dos princípios fundantes do direito do trabalho no direito coletivo, pois este é uma espécie daquele e, por conseguinte, a razão que fundamenta a existência do direito do trabalho também fundamenta suas espécies. A aplicação da norma mais favorável, o *in dubio pro misero* e a prevalência do patamar mínimo alcançado pela legislação, são exemplos de princípios fundantes que devem ser aplicados no direito coletivo. Rosa Weber cita os dispositivos constitucionais que evidenciam a intenção do constituinte de proteger os direitos conquistados pela norma heterônoma (estatal):

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. 114, § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Todavia, a tese da Ministra não prosperou, restando vencida juntamente com o Ministro Edson Fachin. O julgamento mostrou que a corte, majoritariamente, é favorável a prevalência do negociado sobre o legislado nas hipóteses da legislação infraconstitucional de parcelas justralhistas de indisponibilidade relativa. A decisão evidencia que o dispositivo 611-A é constitucional no que se refere à prioridade da negociação em detrimento da lei, porém os seus incisos exemplificativos, bem como os direitos negociados que não constituem parcela de indisponibilidade relativa, podem ser alvo de anulação na justiça do trabalho.

6. Considerações Finais

A discussão acerca da prevalência do negociado sobre o legislado nos moldes do disposto no art. 611-A da CLT, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento do ARE nº 1121633, tema 1.046, encontrou balizas para aferir a constitucionalidade dos dispositivos transacionados. A corte fixou uma tese que informa aos aplicadores do direito que o entendimento prioritário deve ser pela constitucionalidade do negociado e apenas deverá ser declarada a inconstitucionalidade nos casos em que o negociado violar disposições previstas na Constituição Federal de 1988, nas normas oriundas de tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos ou nas normas infraconstitucionais que constituem patamar mínimo civilizatório para os trabalhadores.

A insegurança inicial que tratava o negociado da Reforma Trabalhista como inconstitucional foi sanada. Entretanto, apesar da postura que impulsiona a manutenção do negociado e, conseqüentemente, a sua constitucionalidade, os dispositivos que transacionam normas infraconstitucionais está distante de ganhar uma resolução pacífica e longe de atritos judiciais. A corte,

como demonstrado no ARE nº 1121633, não possui um entendimento consolidado acerca do que é um direito indisponível no âmbito infraconstitucional, levando a discussão para o caso concreto.

A falta de uma construção mais precisa acerca dos direitos de indisponibilidade relativa no âmbito infraconstitucional provoca perdas para todos os sujeitos que participam direta ou indiretamente das transações coletivas. Os empregadores continuam a lidar com uma relativa incerteza acerca da validade de seus acordos, o que ocasiona um passivo contingencial para o caso de uma possível anulação. Os trabalhadores, por sua vez, não possuem uma previsão sólida acerca dos seus direitos no âmbito das normas infraconstitucionais.

A instabilidade das normas trabalhistas ocasiona custos significativos para os sujeitos que participam da relação negocial coletiva e prejudica a economia. Apesar da prevalência do negociado como regra, os juristas não deverão medir esforços para elaborar uma tese mais concreta acerca de quais são os direitos infraconstitucionais que promovem um patamar civilizatório mínimo e como identifica-los. Produções acadêmicas nessas áreas são necessárias para sanar a problemática.

A justiça, por seu turno, deve buscar um posicionamento cada vez mais sólido e coerente com o que considera indisponível, protegendo o trabalhador contra abusos e mantendo o poder normativo das negociações coletivas.

Referências

- Aguiar, A. C. (2018). *Negociação coletiva de trabalho*: Saraiva Educação SA.
- Banco Mundial, Indicadores de Desenvolvimento Mundial. (2022). *GDP per capita (current US\$) – Brazil*. <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD?locations=BR>.
- Barbosa, F. D. H. (2017). A crise econômica de 2014/2017. *Estudos avançados*, 31, 51-60. <https://www.revistas.usp.br/eav/issue/view/9745>
- Becker, C., Cesar, C. M., Gallas, D., & Weber, M. H. (2017). Manifestações e votos sobre impeachment de Dilma Rousseff na primeira página de jornais brasileiros. *Revista Latinoamericana de Ciencias de la Comunicación*, 13(24). <http://revista.pubalaic.org/index.php/alaic/article/view/242>.
- Bernardes, H. G. (2020). *Direito do trabalho*: LTr.
- Botelho, L. L. R., Cunha, C. C. de A., & Macedo, M. (2011). O método da revisão integrativa nos estudos organizacionais. *Gestão E Sociedade*, 5(11), 121–136. <http://www.spell.org.br/documentos/ver/10515/o-metodo-da-revisao-integrativa-nos-estudos-org--->.
- Brasil. (1943). Presidência da República. Casa Civil Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.
- Brasil. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Casa Civil, 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
- Brasil. (2001). Presidência da República. Casa Civil Lei nº 10.243, de 19 de junho de 2001. Acrescenta parágrafos ao art. 58 e dá nova redação ao § 2º do art. 458 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110243.htm.
- Brasil. (2010). Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 825675/DF – Distrito Federal. Relator: Gilmar Mendes. <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3983919>.
- Brasil. (2014). Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 820729/DF – Distrito Federal. Relator: Teori Zavascki. <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4592774>.
- Brasil. (2014). Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 1121633/DF – Distrito Federal. Relator: Gilmar Mendes. <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427>.
- Brasil. (2017). Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5826/DF – Distrito Federal. Relator: Edson Fachin. <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5317595>.
- Brasil. (2017). Presidência da República. Secretaria Geral. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm.
- Brasil. (2018). Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5938/DF – Distrito Federal. Relator: Alexandre de Moraes. <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>.
- Calcini, R. S. (2017). A prevalência do negociado sobre o legislado. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, (51), 109-126. <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/125457>.
- Carvalho, S. S. D. (2017). Uma visão geral sobre a reforma trabalhista. *Mercado de Trabalho: conjuntura e análise*, (63), 81-94. <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8130>.

- Chohfi, T., & Chohfi, M. C. (2010). Os prejuízos sociais da desvalorização das negociações coletivas. *Cadernos de Direito*, 10(19), 39-50. <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8130>.
- Colnago, L. D. M. R. (2017). Indisponibilidade e proteção de direitos a partir da perspectiva do núcleo duro da normatividade trabalhista: bioética e sustentabilidade humana como limites à negociação coletiva. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, 6 (58), 63-81. <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/105533>.
- Costa, K. N. R., Almeida, I. C., & Lupatini, M. P. (2020). A reforma trabalhista sob a perspectiva dos direitos humanos. *Research, Society and Development*, 9(7), e427974058. <https://doi.org/10.33448/rsd-v9i7.4058>.
- Delgado, M. G. (2020). *Curso de Direito do Trabalho*: LTr.
- Di Benedetto, R. (2017). Revendo mais de 70 anos em menos de 7 meses: a tramitação da reforma trabalhista do governo Temer. *Espaço Jurídico: Journal of Law*, 18(2), 545-568. <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/15238>.
- Federal, S. T. (2019). A Reforma Trabalhista no Supremo Tribunal Federal. *Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior*, 99. institutocesarinjunior.org.br.
- Freitas, C. (2019). *Direito Coletivo do Trabalho*: JusPodivm.
- Krein, J. D., Oliveira, R. V., & Filgueiras, V. A. (2019). *Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade*. Campinas: Curt Nimuendajú. <https://www.researchgate.net>.
- Matias, D. F. (2021). *Efeitos da recessão econômica sobre a situação de pobreza no Brasil*. Fortaleza: Edições UFC. <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/58983>.
- Nascimento, A. M. (2017). *Curso de direito do trabalho*: Saraiva Educação SA.
- Pinheiro, A. C. (2014). A justiça e o custo Brasil. *Revista USP*, (101), 141-158. <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87823>.
- Radermacher, R., & Melleiro, W. (2007). Mudanças no cenário sindical brasileiro sob o governo de Lula. *Nueva Sociedad*, (211), 124-143. <https://static.nuso.org>.
- Rodrigues, L. C., Richardo, R. L. M., & Dubois, M. (2020). O Paradoxo nos Princípios Pacta Sunt Servanda e Rebus Sic Stantibus em Contratos de Natureza Empresarial. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, 8(1), e347-e347. <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/347>.
- Sasso, R. I. (2015). Breves ponderações acerca das horas in itinere. *Direito & Justiça*, 41(1), 84-91. <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/19973>.
- Sorgi, J. M., & Cenci, E. M. (2017). A fragilidade da prevalência do negociado sobre o legislado. *Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho*, 3(1), 37-54. <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/view/2061>.