



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
HENRIQUE FALCHETTI DA SILVA

**FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: CONTRIBUIÇÃO PARA A
CONSERVAÇÃO DO EMPREGADOR NO ATUAL MERCADO BRASILEIRO OU
GERAÇÃO DA DESREGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO?**

Tubarão

2011

HENRIQUE FALCHETTI DA SILVA

**FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: CONTRIBUIÇÃO PARA A
CONSERVAÇÃO DO EMPREGADOR NO ATUAL MERCADO BRASILEIRO OU
GERAÇÃO DA DESREGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO?**

Monografia apresentada ao Curso de graduação em
Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como
requisito parcial para obtenção do título de Bacharel.

Linha de Pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientadora: Prof.^a Maria Nilta Ricken Tenfen, Msc.

Tubarão

2011

HENRIQUE FALCHETTI DA SILVA

**FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: CONTRIBUIÇÃO PARA A
CONSERVAÇÃO DO EMPREGADOR NO ATUAL MERCADO BRASILEIRO OU
GERAÇÃO DA DESREGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO?**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 21 de junho de 2011.

Prof.^a e orientadora Maria Nilta Ricken Tenfen, Msc.

Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.^a Sandra Luiza Nunes Angelo Mendonça Fileti, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.^a Keila Comelli Alberton, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este estudo à minha mãe, Valéria, por todo amor e o seu apoio incondicional, que tanto desejava estar presente neste momento, não fosse o imprevisível, ao meu pai, Dejair da Silva, que tanto colaborou para concretização deste sonho e, aos meus familiares que colaboraram, cada um de sua forma, para a conclusão deste objetivo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à professora e orientadora Maria Nilta Ricken Tenfen, pelo apoio e auxílio imprescindível na realização deste estudo, sem o qual, decerto, não obteria êxito. Pelas suas horas dedicadas a orientar pessoalmente a elaboração e correção deste estudo. Mas não só, por ter efetivamente cumprido o seu papel assumido, mas pela força e amizade dispensadas ao longo deste curso.

Por fim, gostaria de agradecer aos meus amigos, em especial à minha noiva, Aline, pelo carinho e pela compreensão nos momentos em que a dedicação aos estudos foi exclusiva. Enfim, a todos que contribuíram, direta ou indiretamente, para que este trabalho se concluísse, minha imensa gratidão.

“A força do direito deve superar o direito da força.” (Rui Barbosa).

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo pesquisar e analisar se a flexibilização do Direito do Trabalho gera a conservação do empregador no atual mercado brasileiro ou na desregulamentação do Direito do Trabalho. Atinente ao método de abordagem de pesquisa utilizado foi o dedutivo, por meio do qual se partiu de proposições gerais sobre a história do trabalho na humanidade para se chegar a uma conclusão particular. Para este propósito, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, que consistiu no exame de obras de vários doutrinadores, artigos científicos, leis e jurisprudências. Quanto a procedimento para a elaboração do estudo, elegeu-se o monográfico como consoante ao fim almejado. Após a análise do tema, e dos conceitos necessários a sua discussão, constatou-se que a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 7º, inciso XXVI, permite a flexibilização do Direito do Trabalho por meio de negociações coletivas. Conclui-se que o argumento acerca da flexibilização do Direito do Trabalho brasileiro deve ser vista com muita cautela, pois a sua simples implantação de forma indiscriminada e sem garantias, diminui os direitos trabalhistas fundamentais defrontando os preceitos constitucionais e, neles os princípios que regem as normas trabalhistas. Por fim, no estudo, constatou-se que deveriam ser adotadas políticas públicas de incentivo à economia, para promover emprego e estabilidade ao empregador no mercado.

Palavras chaves: Flexibilização do Direito do Trabalho. Contrato de trabalho. Direito do trabalho. Convenção coletiva de trabalho. Acordo coletivo de trabalho.

ABSTRACT

This work has as objective researches and to analyze the flexibilization of the Labor Law generates the conservation of the employer in the current Brazilian market or in the deregulation of the Labor Law. Concerning to the method of research approach used was the deductive, through which broke of general propositions on the history of the work in the humanity to reach a private conclusion. For this purpose, the technique of bibliographical research was used, that it consisted of the exam of works of several jurists, scientific goods, laws and jurisprudences. As for procedure for the elaboration of the study, the monographic was chosen as consonant to the longed for end. After the analysis of the theme, and of the necessary concepts it discussion, was verified that the Brazilian Federal Constitution, in it article 7th, interruption XXVI, allows the flexibilization of the Labor Law through collective negotiations. It is ended that the argument concerning the flexibilization of the brazilian Labor Law should be seen with a lot of caution, because it simple implantation in an indiscriminate way and without warranties, it reduces the fundamental labor laws confronting the constitutional precepts and, in them the beginnings that govern the labor norms. Finally, in the study, it was verified that should be adopted public politics of incentive to the economy, to promote job and stability to the employer in the market.

Key words: Flexibilization of the Labor Law. Labor agreement. Labor Law. Collective convention of work. The collective labor agreement.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA.....	10
1.2 JUSTIFICATIVA	11
1.3 OBJETIVOS	11
1.3.1 Objetivo geral.....	11
1.3.2 Objetivos específicos	12
1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	12
1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS	13
2 A ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO.....	14
2.1 BREVE HISTÓRICO DAS FORMAS DE TRABALHO HUMANO	14
2.1.1 Escravidão	14
2.1.2 Servidão	15
2.1.3 Corporações de ofício.....	16
2.1.4 Revolução industrial e trabalho assalariado	17
2.2 SÍNTESE HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL	22
3 DIFERENCIAÇÕES ENTRE A RELAÇÃO DE EMPREGO COM A RELAÇÃO DE TRABALHO	29
3.1 SUJEITOS	30
3.1.1 Empregado	30
3.1.2 Empregador.....	33
3.2 PRAZO DE DURAÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO.....	35
3.2.1 Contrato de trabalho por prazo indeterminado	36
3.2.2 Contrato de trabalho por prazo determinado.....	37
4 FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO	40
4.1 CONCEITO DE SINDICATO	40
4.1.1 História do sindicato no Brasil	41
4.2 CONCEITO DE ACORDO E CONVENÇÃO COLETIVA	44
4.2.1 História do acordo e convenção coletiva no Brasil.....	46
4.3 CONCEITO DE FLEXIBILIZAÇÃO	48
4.4 DISTINÇÃO ENTRE FLEXIBILIZAÇÃO E DESREGULAMENTAÇÃO.....	48

4.5 SURGIMENTO DA FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL.....	50
4.6 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL.....	52
5 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	61
ANEXOS.....	66
ANEXO A – Recurso de Revista n.º 1801/2001-062-02-00.7.....	67
ANEXO B – Recurso de Revista n.º 10340-68.2008.5.15.0102.....	84
ANEXO C – Recurso de Revista n.º 740/2006-046-12-00.1.....	94
ANEXO D – Recurso Ordinário em Ação Anulatória n.º 160/2004-000-23-00.5.....	99

1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho pátrio foi criado com o intuito de socorrer os trabalhadores contra a valentia econômica do empregador e, que os contratos de trabalho garantissem condições necessárias para oferecer uma vida digna aos trabalhadores.

Em decorrência dos avanços tecnológicos, da globalização econômica e da nova ideologia neoliberal o direito de trabalho brasileiro encontra-se em crise.

As normas de proteção aos trabalhadores estão sendo consideradas economicamente pesadas aos empregadores, aumentando consideravelmente o custo da produção e embaraçando a concorrência das empresas no mercado internacional.

Nesse contexto, a flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil novamente está sendo discutida como uma das alternativas para conter ou amenizar os efeitos dos avanços tecnológicos, da globalização econômica e da política neoliberal nas relações de trabalho.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

O Direito do Trabalho, entendido como um acervo de normas jurídicas que regem as relações de trabalhos é resultado de um processo histórico de lutas sociais, de movimentos operários e de políticas nacionais.

Não obstante, a legislação trabalhista brasileira é considerada por muitos setores empresariais e juristas como excessivamente protecionista. Para estes, a rigidez legislativa contribui para a crise econômica nacional e para os altos índices de desemprego, razão pela qual entende ser necessária a flexibilização do Direito do Trabalho.

Para outros, os argumentos acerca da flexibilização não possuem alicerce científico e não passam de tentativas de majorar a lucratividade dos empresários, em prejuízo aos direitos dos trabalhadores.

Neste entrecho, para alguns, a flexibilização é necessária forma de conservação de empreendedores insertos numa economia de mercado extremamente competitiva. Para outros, temerária tentativa de desregulamentação das normas trabalhistas e da ausência da atuação estatal na esfera das relações de trabalho.

Mas, afinal, a flexibilização do Direito do Trabalho contribui para a

conservação do empregador no atual mercado brasileiro ou na desregulamentação do Direito do Trabalho?

1.2 JUSTIFICATIVA

A flexibilização do Direito do Trabalho é assunto que frequentemente vem à baila, ora em debates jurídicos, ora em discussões informais, salas de aula, noticiários etc.

Ademais, sua implementação tem repetição de caráter nacional, nas relações econômicas, financeiras e sociais, além de, ante o processo de globalização, os efeitos da flexibilização do Direito do Trabalho abarcarem as relações internacionais.

Como se não bastasse, o assunto não permaneceu na esfera das discussões e debates, mas algumas medidas legislativas neste sentido já foram tomadas, como a aprovação da Lei n.º 9.601/98, que institui o contrato de trabalho por tempo determinado.

Neste contexto, o estudo dos aspectos favoráveis e contrários tem por objetivo primordial verificar a viabilidade e os limites da flexibilização da legislação e, sobretudo, se o instituto acarretaria na conservação do empregador no mercado brasileiro ou na desregulamentação do Direito do Trabalho.

Neste norte, a discussão de tais aspectos visa trazer esclarecimentos, com relação ao tema, ao meio científico, além de incentivar o legislador e as autoridades governamentais à formulação de políticas públicas que cooperem para o incentivo à economia, promovendo emprego e estabilidade ao empregador no mercado.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo geral

Analisar se a flexibilização do Direito do Trabalho brasileiro contribui para a conservação do empregador no atual mercado brasileiro ou na desregulamentação do Direito do Trabalho.

1.3.2 Objetivos específicos

Os objetivos específicos da monografia são:

- a) Verificar a evolução do trabalho humano no mundo;
- b) Descrever a evolução histórica do Direito do Trabalho brasileiro;
- c) Comparar as diferenciações entre a relação de emprego com a relação de trabalho;
- d) Verificar a posição doutrinária e jurisprudencial brasileira sobre a flexibilização do Direito do Trabalho.

1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A pesquisa será desenvolvida mediante levantamento histórico do Trabalho na humanidade, bem como da evolução do Direito do Trabalho no Brasil. A seguir, serão trazidas teses acerca dos objetivos, fundamentos, e consequências da flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil, para, por fim, refutá-las ou corroborá-las, no que tange ao impacto da flexibilização nas relações de trabalho.

Para atingir os objetivos da pesquisa, será utilizado o método que parte de argumentos gerais para argumentos particulares, isto é, o método dedutivo de abordagem, visto que serão analisadas proposições gerais sobre a história do trabalho na humanidade para se chegar a uma conclusão particular, ou seja, verificar se a aplicabilidade da flexibilização no Direito do Trabalho brasileiro acarretaria na conservação do empregador no atual mercado brasileiro ou geraria a desregulamentação do Direito do Trabalho.

Será utilizado o tipo de pesquisa exploratória quanto ao nível e, bibliográfica quanto ao procedimento. A pesquisa será exploratória, eis que tem o objetivo de proporcionar uma visão geral acerca do tema flexibilização do Direito do Trabalho, discutindo seus objetivos e consequências.

Para tanto, proceder-se-á mediante coleta de dados bibliográficos, visto que se tentará explicar o problema de pesquisa a partir de teorias publicadas em livros, artigos e meios eletrônicos.

A coleta de dados far-se-á mediante a técnica do fichamento bibliográfico,

baseado na leitura e na extração de conceitos, teses, e posições de diversos autores.

1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS

O desenvolvimento da monografia foi estruturada em três capítulos.

Tratar-se-á no primeiro capítulo inicial a origem histórica do Direito do Trabalho, no qual se fará um breve histórico das formas de trabalho humano, quais sejam: escravidão, servidão, corporações de ofício e trabalho assalariado (pós Revolução Industrial), bem como, dedicar-se-á laudas para a história do Direito do Trabalho no Brasil.

Em seguida, aprofundar-se-á no estudo das diferenciações entre a relação de emprego com a relação de trabalho. Para tanto, analisar-se-á os conceitos dos sujeitos da relação de emprego, tais como de empregado e empregador, bem como as formas de contrato de trabalho quanto a sua duração.

Por conseguinte, no terceiro capítulo adentrar-se-á no âmago deste estudo. Dessa forma, se verificará a flexibilização do Direito do Trabalho, para isto, se analisará o conceito de sindicato, bem como os acordos e convenções coletivas, juntamente com as suas histórias em nosso ordenamento jurídico, se estudará, também, o conceito de flexibilização e a sua distinção com a desregulamentação, para, após, estudar o surgimento da flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil juntamente com as suas posições doutrinárias e jurisprudenciais.

2 A ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

Preliminarmente, antes de tratar do tema cuja discussão se propõe neste estudo, é necessário que se faça uma releitura histórica do trabalho humano, com o escopo de analisar suas origens, os aspectos políticos, econômicos e jurídicos que o influenciaram, bem como as inspirações para a formação do Direito do Trabalho no Brasil e sua evolução.

2.1 BREVE HISTÓRICO DAS FORMAS DE TRABALHO HUMANO

Para Russomano, o trabalho sempre fez parte integrante da vida humana para desenvolvimento pessoal e comunitário, tendo ele partido de uma força física ou intelectual, sendo que em todo o período remoto da pré-história, o homem era conduzido, pela necessidade de satisfazer a fome e assegurar sua defesa pessoal, para isto, ele caça, pesca e luta contra o meio físico, contra os animais e contra os seus pares.¹

O mesmo autor aduz que muito tempo depois é que se instalaria o sistema de trocas e o regime de utilização, em proveito próprio, sobre o trabalho alheio.²

Por fim, Martins relata que: “[...] trabalho vem do latim *tripalium*, que era uma espécie de instrumento de tortura de três paus ou uma canga que pesava sobre os animais.”³ Foi daí, a primeira forma de trabalho chamada de escravidão.

2.1.1 Escravidão

Martins afirma que o escravo não era considerado um sujeito de direito, vivia em condições indignas comparadas às que um ser humano deveria ter, já que era considerado como coisa, sendo uma propriedade de seu dono, podendo ser vendido, usado como objeto de troca por seu dono, ou seja, o dono poderia fazer com aquele o que bem entendesse.⁴

¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2002. p. 21.

² Ibid., p. 21-23.

³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 24. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 04.

⁴ Ibid., p. 04.

Complementa ainda o mesmo autor:

Nesse período, constatamos que o trabalho do escravo continuava no tempo, até de modo indefinido, ou mais precisamente até o momento em que o escravo vivesse ou deixasse de ter essa condição. Entretanto, não tinha nenhum direito, apenas o de trabalhar.⁵

Assim, assevera Nascimento:

Na sociedade pré-industrial não há um sistema de normas jurídicas de direito do trabalho. Predominou a escravidão, que fez do trabalhador simplesmente uma *coisa*, sem possibilidade sequer de se equiparar a sujeito de direito. O escravo não tinha, pela sua condição, direitos trabalhistas.⁶

Martins aduz que ao longo dos tempos, já na era dos Gregos da Antiguidade, entendia-se que o trabalho envolvia apenas a força física, sendo que o trabalhador não tinha uma condição livre embora recebesse certa proteção militar e política prestada pelo senhor feudal, dono das terras.⁷

Para Russomano o escravo é a mais expressiva representação do trabalhador da Antiguidade, onde os historiadores apontam certos momentos em que as leis da época, mescladas a princípios e fórmulas religiosas, faziam abrandamento do sistema rígido da coisificação do trabalhador.⁸

Conclui o autor supramencionado que conforme o passar dos tempos, o regime da escravidão vai se mudando em um sistema de servidão, onde o trabalhador, lentamente se pessoaliza.⁹

2.1.2 Servidão

Nascimento afirma que com o início da era Feudal, os senhores prestavam proteção bélica e política aos seus servos e, em troca, estes estavam obrigados a dar parte de tudo aquilo que era produzido naquela terra que lhes fora cedida pelo senhor feudal.¹⁰

⁵ MARTINS, 2008, p. 04.

⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: Ltr, 2007. p. 43.

⁷ MARTINS, op. cit., p. 04.

⁸ RUSSOMANO, 2002, p. 23.

⁹ Ibid., p. 23.

¹⁰ NASCIMENTO, op. cit., p. 43.

Segundo o mesmo autor, não houve grande evolução social da servidão em relação à escravidão:

Não diferiu muito a servidão, uma vez que, embora recebendo certa proteção militar e política prestada pelo senhor feudal dono das terras, os trabalhadores também não tinham uma condição livre. Eram obrigados a trabalhar nas terras pertencentes aos seus senhores. Camponeses presos às glebas que cultivavam, pesava-lhes a obrigação de entregar parte da produção rural como preço pela fixação na terra e pela defesa que recebiam.¹¹

No mesmo norte, dispõe Martins: “[...] os servos tinham de entregar parte da produção rural aos senhores feudais em troca da proteção que recebiam e do uso da terra.”¹²

Por fim, o mesmo autor afirma, também, que os servos originavam-se das antigas gerações de escravos ou de trabalhadores livres, que laboravam juntamente com sua família na produção rural, sendo pessoas de direitos, porém, pertencentes a terra.¹³

2.1.3 Corporações de ofício

Nascimento ensina que a partir do século XII, iniciaram as corporações de ofícios, resultante da decadência do sistema feudal, quando os servos se furtavam das cidades com a finalidade de defenderem-se da violência dos senhores feudais.¹⁴

E comenta que, mesmo com as corporações de ofício, não havia a existência de ordem jurídica para com as relações de trabalho, ou seja, as corporações mantinham com os trabalhadores uma relação de tipo bastante autoritário.¹⁵

Segundo Russomano: “[...] nos primeiros períodos da Idade Média, no regime de servidão à gleba [...] o camponês parece, a primeira vista ser, ainda, uma coisa – como no regime da escravidão – coisa móvel, acessória da terra.”¹⁶

Nascimento relata que nas corporações de ofício, havia a figura dos mestres que eram os donos das oficinas, sendo que os mesmos eram provados de acordo com os regulamentos de cada corporação e pela confecção de uma obra mestra.¹⁷ E conclui, que nas

¹¹ NASCIMENTO, 2007, p. 43.

¹² MARTINS, 2008, p. 04.

¹³ Ibid., p. 04.

¹⁴ NASCIMENTO, op. cit., p. 43.

¹⁵ Ibid., p. 43.

¹⁶ RUSSOMANO, 2002, p. 23.

¹⁷ NASCIMENTO, op. cit., p. 43.

regulamentações de cada corporação, previam desde a jornada de trabalho, podendo chegar até a 18 (dezoito) horas no verão, até o modo de manufatura dos produtos.¹⁸

Sobre o regime das manufaturas, expõe Russomano: “[...] é o período, caracterizado pelo monopólio concedido pelo Príncipe [...] a determinado produtor.”¹⁹

Segundo Nascimento, havia três categorias de membros das corporações, os mestres eram os proprietários de oficinas, conforme já dito anteriormente, e, também os companheiros que laboravam e recebiam por isso, que equivalem aos empregados, e, por fim os aprendizes que eram menores que recebiam dos mestres os ensinamentos metódicos de um ofício ou profissão.²⁰

Russomano completa: “A corporação era uma associação de produtores e, portanto, no máximo, poderia fazer pensar nas modernas entidades de classe que reúnem os empresários ou, até mesmo, no sindicato patronal.”²¹

Para o mesmo autor, as corporações de ofícios se assemelham ao sindicalismo contemporâneo:

[...] verificamos um fato que se assemelha ao sindicalismo contemporâneo, embora dele se diversifique por tantas e tão conhecidas razões: surgiram, naquela ocasião, e isso jamais ocorrera antes, em oposição, em um paralelismo característico, entidades representativas de produtores e de trabalhadores. Ambas se puseram frente a frente, em nome de interesses opostos. A luta de classes, a partir daí, começou a ser deflagrada através de organizações representativas dos contendores, como na era moderna do sindicalismo. A semelhança, nesse ponto, é evidente e, na verdade, se pode admitir – com as mencionadas cautelas – que daí ao sindicalismo era uma questão, apenas, de tempo.²²

Aduz, ainda, que as corporações de ofícios foram extintas, em definitivo, sob inspiração do liberalismo econômico e do individualismo político, era o começo da execução prática da ideia teórica do trabalho livre.²³

2.1.4 Revolução industrial e trabalho assalariado

Menciona Martins que o Direito do Trabalho surgiu com a sociedade industrial e

¹⁸ NASCIMENTO, 2007, p. 43.

¹⁹ RUSSOMANO, 2002, p. 25.

²⁰ NASCIMENTO, op. cit., p. 43.

²¹ RUSSOMANO, op. cit., p. 24.

²² Ibid., p. 25.

²³ Ibid., p. 25.

o trabalho assalariado, identificando-se com a história da subordinação, do trabalho subordinado.²⁴

Afirmam Gomes e Gottschalk que, a partir do século XVIII, ocorreu a Revolução Industrial, que teve como marco inicial, o surgimento da máquina a vapor, substituindo força dos homens por máquinas e, supervenientemente, acabando com vários postos de trabalho, fazendo surgir a prestação de serviço em troca de salário.²⁵

Os mesmos autores sustentam que com essa nova energia, aumentaram e expandiram-se as empresas, mas, mesmo com o aparecimento das máquinas, era necessário que se tivessem trabalhadores que operassem as referidas máquinas, desenvolvendo a partir desse momento o regime de contrato de trabalho formalmente livre.²⁶

Nascimento explana que:

[...] a Revolução Industrial do século XVIII, conjunto de transformações decorrentes da descoberta do vapor como fonte de energia e da sua aplicação nas fábricas e meios de transportes. Com a expansão da indústria e do comércio, houve a substituição do trabalho escravo, servil e corporativo pelo trabalho assalariado em larga escala, do mesmo modo que a manufatura cedeu lugar à fábrica e, mais tarde, à linha de produção.²⁷

Entretanto, para Martins as jornadas de trabalho e os salários, eram arbitrados pelo empregador, e, a partir disso, os trabalhadores passaram se reunir em associações para reivindicar melhores condições de salários e de trabalho, desta forma, os trabalhadores começaram a discutir contra o liberalismo econômico, que propiciava sua exploração.²⁸

Ainda, no dizer do mesmo autor:

Daí nasce uma causa jurídica, pois os trabalhadores começaram a reunir-se, a associar-se, para reivindicar melhores condições de trabalho e de salários, diminuição das jornadas excessivas (os trabalhadores prestavam serviços por 12, 14 ou 16 horas diárias) e contra a exploração de menores e mulheres.²⁹

Gomes e Gottschalk destacam que nesta época, o Estado Liberal não se importava com os problemas sociais e econômicos, onde as relações trabalhistas eram regidas através de contratos celebrados entre as partes.³⁰

²⁴ MARTINS, 2008, p. 07.

²⁵ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**: de acordo com a Constituição de 1988. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 01.

²⁶ Ibid., p. 02.

²⁷ NASCIMENTO, 2007, p. 44.

²⁸ MARTINS, op. cit., p. 08.

²⁹ Ibid., p. 06.

³⁰ GOMES; GOTTSCHALK, op. cit., p. 34.

Para Nascimento, com essa postura omissa Estatal, havia todo tipo de violações na seara do Direito do Trabalho, já que para os empregadores, bastava, apenas, o pagamento dos salários, ignorando totalmente as demais necessidades dos trabalhadores.³¹ Ainda, o mesmo autor preconiza:

Dentre os aspectos políticos, o mais importante foi a transformação do Estado Liberal e da plena liberdade contratual em Estado Neoliberalismo. Naquele, o capitalista livremente podia impor, sem interferência do Estado, as suas condições ao trabalhador.³²

Nestes termos, Martins leciona:

O trabalhador prestava serviços em condições insalubres, sujeito a incêndios, explosões, intoxicação por gases, inundações, desmoronamentos, prestando serviços por baixos salários e sujeito a várias horas de trabalho, além de oito. Ocorriam muitos acidentes do trabalho, além de várias doenças decorrentes dos gases, da poeira, do trabalho em local encharcado, principalmente a tuberculose, a asma e a pneumonia. Trabalhavam direta ou indiretamente nas minas praticamente toda a família, o pai, a mulher, os filhos, os filhos dos filhos etc. Eram feitos contratos verbais vitalícios ou então enquanto o trabalhador pudesse prestar serviços, implicando verdadeira servidão. Certos trabalhadores eram comprados e vendidos com seus filhos. Os trabalhadores ficavam sujeitos a multas, que absorviam seu salário.³³

Após as manifestações dos trabalhadores, e percebendo-se o nível de diferença entre o empregado e o empregador, foi que se constatou a necessidade de uma proteção mais efetiva ao trabalhador através do Estado, com o escopo de proporcionar melhores condições de trabalho e de vida.

Martins sustenta que: “Começa a haver necessidade de intervenção estatal nas relações do trabalho, dados os abusos que vinham sendo cometidos, de modo geral, pelos empregadores [...]”.³⁴

Portanto, Gomes e Gottschalk proferem que a partir do século XIX, o Estado começa a atribuir a si, o seu papel de equilibrar a sociedade, buscando juntamente com a democracia moderna, minorar as diferenças existentes entre classes, com o intuito de equilibrá-las.³⁵

Para os mesmos autores, com a publicação da obra o “Manifesto Comunista” por Marx e Engels, ainda no século XIX, foi o divisor de etapas da evolução histórica do Direito do Trabalho, vejamos:

³¹ NASCIMENTO, 2007, p. 44.

³² Ibid., p. 44.

³³ MARTINS, 2008, p. 06.

³⁴ Ibid., p. 06.

³⁵ GOMES; GOTTSCHALK, 1994, p. 34.

I – O primeiro período, que vai dos fins do século XVIII até o *Manifesto Comunista*, de Marx e Engels (1848), é assinalado por escassíssima atividade regulamentar do Estado Liberal. Aponta-se, neste período, um decreto do Diretório da República Francesa que regulamentou o trabalho nas tipografias, em 1796 (M. Granizo e Rothvoss); uma lei inglesa de 1802, que proibiu as crianças de trabalharem mais de 12 horas por dia, bem como o trabalho noturno; uma lei análoga francesa de 1841; e, sobretudo, o ato de 1826, na Inglaterra [...], permitiu à classe operária britânica conquistar o direito de associação mais de meio século antes dos trabalhadores franceses. II – O segundo se inicia com a publicação do famoso *Manifesto Comunista*, em 1848, seguido da fundação da Primeira Internacional dirigida teoricamente por Marx; o aparecimento da sua obra *Contribuição à Crítica da Economia Política*, na qual arma o proletariado com a teoria do “materialismo histórico” (1850) [...].³⁶ (grifos no original)

Da mesma forma, Franco Filho relata:

O Manifesto comunista de Marx e Engels (1848) conclamou os trabalhadores à união, condenou a supressão das corporações, defendeu a necessidade da organização dos operários e o direito de associação para que pudessem manifestar as suas opiniões e obter melhores contratos de trabalho.³⁷

Neste norte, Gomes e Gottschalk afirmam que o Estado passa a ter uma maior inquietude para com os trabalhadores, criando várias leis que regulavam melhores condições de trabalho, bem como a participação da Igreja Católica trançando regras para a intervenção estatal na relação entre trabalhador e empregado, pregando sempre uma justiça social.³⁸

Nascimento escreve sobre o tema:

[...] o Estado intervém na ordem econômica e social limitando a liberdade plena das partes da relação de trabalho. Formas de intervenção foram o corporativismo e o socialismo, caracterizando-se por uma presença fortemente autoritária do Estado [...].³⁹

Martins afirma:

A igreja também passa a preocupar-se com o trabalho subordinado. É a doutrina social. D. Rendu, Bispo de Annec, enviou um texto ao rei da Sardanha, em 15 de novembro de 1845, denominado *Memorial sobre a questão operária*, afirmando que “a legislação moderna nada fez pelo proletário. Na verdade, protege sua vida enquanto homem; mas o desconhece como trabalhador; nada faz por seu futuro, nem por sua alimentação, nem por seu progresso moral”. O trabalho dignifica pessoalmente o homem, merecendo valorização. Tem a doutrina um sentido humanista.⁴⁰ (grifos no original)

³⁶ GOMES; GOTTSCHALK, 1994, p. 04.

³⁷ COSTA, Orlando Teixeira da. **O direito do trabalho na sociedade moderna**. São Paulo: Ltr, 1998. p. 35.

³⁸ GOMES; GOTTSCHALK, op. cit., p. 34.

³⁹ NASCIMENTO, 2007, p. 44.

⁴⁰ MARTINS, 2008, p. 07.

Gomes e Gottschalk ensinam que com o amadurecimento das intervenções do Estado e da Igreja, os trabalhadores iniciaram movimentos classistas, que estando ao lado daqueles foram formando sindicatos, no intuito de lutar contra o sistema capitalista, travando choques violentos contra a polícia, sabotando fábricas, criando associações, entre outras ações.⁴¹

Segundo Bueno e Mallet, no século XX, o Direito do Trabalho foi incluído nas Constituições após o término da Primeira Guerra Mundial, quando começaram a surgir em vários países do mundo, as leis pioneiras de um Direito, sendo o México o primeiro país a dispor em sua Constituição sobre o Direito do Trabalho.⁴²

No mesmo norte elucida Nascimento:

A primeira Constituição do mundo que dispõe sobre direito do trabalho é a do México, de 1917, que no art. 123 disciplina a jornada diária de 8 horas, a jornada máxima noturna de 7 horas, a proibição do trabalho de menores de 12 anos, a limitação da jornada do menor de 16 anos a 6 horas, o descanso semanal, a proteção à maternidade, o direito ao salário mínimo, à igualdade salarial, à proteção contra acidentes no trabalho, direito de sindicalização, de greve, de conciliação e arbitragem dos conflitos, de indenização de dispensa e de seguros sociais.⁴³

Martins reforça que:

A partir do término da Primeira Grande Guerra Mundial, surge o que pode ser chamado de constitucionalidade social, que é a inclusão nas constituições de preceitos relativos à defesa social da pessoa, de normas de interesse social e de garantia de certos direitos fundamentais, incluindo o Direito do Trabalho.⁴⁴

Em suma, no início quando seria uma organização de trabalho, era porque os trabalhadores não possuíam nenhum direito. Com o empobrecimento das nações, o Estado passou a interferir nos movimentos e ditar as regras, a fim de proteger a parte mais hipossuficiente, o que fez surgir variadas normas jurídicas chamada de Direito do Trabalho, onde através de muita luta, nasceu um direito específico para o trabalhador.

Após analisados as formas de trabalho humano tais como a escravidão, servidão, corporações de ofícios, bem como o trabalho assalariado advindo da revolução industrial, passa-se ao estudo da história do Direito do Trabalho brasileiro.

⁴¹ GOMES; GOTTSCHALK, 1994, p. 03.

⁴² MAGANO, Octavio Bueno; MALLET, Estevão. **O direito do trabalho na constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 05.

⁴³ NASCIMENTO, 2007, p. 44.

⁴⁴ MARTINS, 2008, p. 08.

2.2 SÍNTESE HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Russomano denota que como influência para a formação do Direito do Trabalho brasileiro, tem-se como modelo a crescente elaboração de leis de proteção ao trabalhador em muitos países da Europa, exercendo assim, certa pressão sobre o Brasil para que passasse a elaborar suas próprias normas.⁴⁵

Para Nascimento:

Dentre as influências advindas de outros países e que exerçam, de certo modo, alguma pressão no sentido de levar o Brasil a elaborar leis trabalhistas, sublinhem-se as transformações que ocorriam na Europa e a crescente elaboração legislativa de proteção ao trabalhador em muitos países.⁴⁶

O mesmo autor afirma que houve pressão, ainda, no sentido que o Brasil ingressasse na Organização Internacional do Trabalho, oriunda do Tratado de Versalhes, bem como pelos movimentos operários encabeçados pelos imigrantes europeus, além das várias greves feitas no período de 1800 e início de 1900.⁴⁷

Para Gomes e Gottschalk, a história jurídica do trabalho no Brasil tem uma fase pré-histórica e duas históricas, vejamos:

I – O período que vai da independência à abolição da escravidão (1888), em que o trabalho escravo, que constituía a regra, impedia, efetivamente, o desenvolvimento da legislação específica. Aponta-se, neste período, uma que outra lei regulando setores limitados da atividade humana, como a de 1830, sobre contratos de locação de serviços de colonos; e, finalmente, o Código Comercial de 1850, importante sobre tudo porque, regulando a preposição mercantil, já incluía, a essa época, alguns dos institutos hoje consagrados pelo Direito do Trabalho. II – O segundo período vai de 1888 a 1930. Assinala-se pela liberdade de associação (Constituição de 1891) e sua regulamentação (1893); pelas leis de sindicalização de 1903 e 1907, respectivamente, dispondo sobre a sindicalização dos profissionais da agricultura e indústrias rurais e sobre as profissões liberais. III – O terceiro período começou com a Revolução de 1930. Caracteriza-se pela intensificação febril da legislação ordinária e a extensa adoção, no País, da anterior regulamentação internacional do trabalho, elaborada durante vários anos de atividade da OIT.⁴⁸

Segundo Martins, as primeiras constituições brasileiras versavam sobre o sistema de governo e a forma do Estado.⁴⁹

⁴⁵ RUSSOMANO, 2002, p. 29.

⁴⁶ NASCIMENTO, 2007, p. 49.

⁴⁷ Ibid., p. 49.

⁴⁸ GOMES; GOTTSCHALK, 1994, p. 07.

⁴⁹ MARTINS, 2008, p. 10.

Predicam Bueno e Mallet que a Constituição de 1824, fazia apenas uma referência ao Direito do Trabalho, abolia as corporações de ofício, consideradas opressoras dos talentos dos operários e das profissões, além de contrariar aos interesses da sociedade da livre escolha de produtos.⁵⁰

Neste sentido, Martins afirma que: “A Constituição de 1824 tratou de abolir as corporações de ofício (artigo 179, XXV), pois deveria haver liberdade de ofícios e profissões.”⁵¹ No mesmo norte, Barros assevera: “[...] esta Constituição limitou-se a assegurar a liberdade de trabalho.”⁵²

Ensinam Bueno e Mallet que após a constituinte de 1824, adveio a Constituição de 1891, inspirada nos Estados Unidos da América, pouco tratava dos direitos trabalhistas.⁵³

Assevera Sússekind que esta Constituição, não positivou nenhum princípio, apenas atestou o livre exercício profissional, firmando-se na soberania da vontade popular e admitia a intervenção do Estado quando os interesses individuais entrassem em choque com os interesses coletivos.⁵⁴

Ainda, sobre a referida Constituição, Martins acrescenta:

Reconheceu a liberdade de associação (§ 8º, do artigo 72), que tinha na época caráter genérico, determinando que a todos era lícita a associação e reunião, livremente e sem armas, não podendo a polícia intervir, salvo para manter a ordem pública.⁵⁵

Nos dizeres de Magano e Mallet: “A Constituição de 1891 trouxe poucas inovações de ordem social, consistindo a principal delas no reconhecimento da liberdade de associação, compreendida a liberdade [...]”.⁵⁶

Martins leciona que tempos depois, positivaram-se outras ramificações do Direito, inclusive o Direito do Trabalho, conforme a Constituição de 1934:

A Constituição de 1934 é a primeira constituição brasileira a tratar especificamente do Direito do Trabalho. É a influência do constitucionalismo social, que em nosso país só veio a ser sentida em 1934. Garantia a liberdade sindical (art. 120), isonomia salarial, salário mínimo, jornada de oito horas de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e menores, repouso semanal, férias anuais remuneradas (§ 1º do art. 121).⁵⁷

⁵⁰ MAGANO; MALLET, 1993, p. 07.

⁵¹ MARTINS, 2008, p. 09.

⁵² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2007. p. 68.

⁵³ MAGANO; MALLET, op. cit., p. 10.

⁵⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. atual. São Paulo: Ltr, 2005. p. 71.

⁵⁵ MARTINS, op. cit., p. 10.

⁵⁶ MAGANO; MALLET, op. cit., p.10-11.

⁵⁷ MARTINS, op. cit., p. 10.

Sobre a Carta de 1934, Süssekind e Teixeira acrescentam:

A Constituição de 1934 não é mais liberal-democrática, porém socialdemocrática. Instituiu Justiça do Trabalho, salário mínimo, limitação de lucros, nacionalização de empresas, direta intervenção do Estado para normalizar, utilizar ou orientar as forças produtoras, organização sindical. [...] ⁵⁸

Gomes e Gottschalk arrematam que a Constituição brasileira de 1934, foi pioneira a tratar sistematicamente da matéria de Direito do Trabalho, garantindo, por exemplo, a liberdade sindical, isonomia salarial, salário mínimo, jornada de oito horas de trabalho, repouso semanal, proteção do trabalho das mulheres e dos menores, e férias anuais remuneradas. ⁵⁹

Barros tece que além do direito à subsistência previsto no artigo 115, da Constituição de 1934 ⁶⁰, acrescentava, a mesma outros direitos:

[...] foi a primeira Constituição a tratar do salário mínimo, de jornada de oito horas, das férias anuais remuneradas, da proibição de qualquer trabalho a menores de 14 anos, do trabalho noturno a menores de 16 anos e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres. Essa mesma Constituição assegurou indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; repouso hebdomadário, de preferência aos domingos. [...] dedica atenção especial a maternidade, deixando claro que a licença correspondente se faz sem prejuízo do salário e do emprego [...]. ⁶¹

Ainda sobre a Constituição de 1934, Russomano relata:

A Constituição de 1934, colocando-se em plano totalmente diverso da Carta de 1891, sendo essencialmente liberal, sofreu influência de todas as constituições posteriores às Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) e pôs ênfase nas normas econômico-sociais. ⁶²

No mesmo norte, Bueno e Mallet relatam:

Importante novidade, trazida pela Constituição de 1934, consistiu na criação da Justiça do Trabalho, com competência para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, não se aplicando, todavia, as regras concernentes ao Poder Judiciário [...]. ⁶³

Russomano ensina que após a Constituição de 1834, foi promulgada a nova

⁵⁸ SÜSSEKIND, 2005, p. 74.

⁵⁹ GOMES; GOTTSCHALK, 1994, p. 617-618.

⁶⁰ BRASIL, Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/D3048.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2011.

⁶¹ BARROS, 2007, p. 69-70.

⁶² RUSSOMANO, 2002, p. 32.

⁶³ MAGANO; MALLET, 1993, p. 13.

Constituição em 1937, representando sensível retrocesso de nossas instituições, pelo abandono dos critérios democráticos e pelo uso, em larga escala, dos exemplos da legislação nazista e fascista que floresciam na Europa.⁶⁴

Sobre a Carta de 1937, versa Martins que:

Esta Constituição era eminentemente corporativista, pois seu artigo 140 estabelecia que a economia fosse organizada em corporações, consideradas órgãos do Estado, exerciam função delegada do Poder Público.⁶⁵

Para Bueno e Mallet:

Na Constituição de 1937, a influência dos ideais corporativistas é manifesta, traduzindo-se na organização das forças econômicas em torno do Estado, com o fito de promover o interesse nacional e contando com o poder de impor regras a todos os seus membros.⁶⁶

Preconiza Russomano que diante da necessidade de organizar os diversos assuntos trabalhistas, criou-se, então, a Consolidação das Leis do Trabalho editada através do Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, com vigência a partir de 10 de novembro daquele ano.⁶⁷

Sobre a criação da Consolidação das Leis Trabalhistas, comentam Gomes e Gottschalk:

Dentre as fontes formais de produção estatal, a Consolidação das Leis do Trabalho é a que encerra o maior contingente de normas imperativas. Seu texto em sofrido diversas alterações, nem sempre para melhor. Caberia indagar se o Direito do Trabalho não está sendo submetido a uma inflação legislativa altamente inconveniente à sua formação sistemática, como ciência que aspira a uma autêntica autonomia.⁶⁸

Diz Russomano que em 1946, a nova Constituição Federal, representou duas vitórias simultâneas, em matéria de leis trabalhistas, a primeira foi a ampliação de uma série de medidas que o direito anterior ignorava, tais como o reconhecimento do direito de greve, repouso remunerado em domingos e feriados entre outras, a segunda, foi a inclusão da Justiça do Trabalho entre os órgãos do Poder Judiciário Federal.⁶⁹

Nas palavras de Martins, com a Constituição de 1946, começaram a surgir na legislação ordinária, novos direitos aos trabalhadores brasileiros, vejamos:

⁶⁴ RUSSOMANO, 2002, p. 32.

⁶⁵ MARTINS, 2008, p. 10.

⁶⁶ MAGANO; MALLET, 1993, p. 14.

⁶⁷ RUSSOMANO, op. cit., p. 32.

⁶⁸ GOMES; GOTTSCHALK, 1994, p. 44.

⁶⁹ RUSSOMANO, op. cit., p. 33.

A legislação ordinária começa a instituir novos direitos. Surge a Lei nº 605/49, versando sobre o repouso semanal remunerado; a lei nº 3.207/57, tratando das atividades dos empregados vendedores, viajantes e praticistas; a Lei nº 4.090/62, instituindo o 13º salário; a lei nº 4.266/63, que criou o salário família, etc.⁷⁰

Afirmam Bueno e Mallet, que:

Fora do direito coletivo do trabalho, as mudanças mostraram-se mais significativas, realçando-se a previsão de salário do trabalho noturno superior ao do diurno, justificável pela maior onerosidade do trabalho na primeira hipótese, e a instituição de seguro contra acidentes do trabalho [...].⁷¹

Posteriormente, com a Constituição 1967, bem como, com a Emenda Constitucional de 1969, não acarretaram maiores benefícios aos trabalhadores brasileiros. Neste sentido, assevera Martins:

[...] manteve os mesmos direitos trabalhistas estabelecidos nas Constituições anteriores e no âmbito da legislação ordinária podem-se citar as leis n. 5.889/73 sobre o trabalhador rural, a lei n. 6.019/74, sobre o trabalhador temporário e o Decreto-lei n. 1.535/77, dando nova redação sobre as férias na Consolidação do Trabalho, entre outras.⁷²

No mesmo norte afirma Bueno e Mallet, que: “A Carta de 1967, idealizada sob a doutrina da segurança nacional, apresentou poucas inovações [...]”.⁷³

Relatam Bueno e Mallet, que com o intuito de alcançar a justiça social no país, a Constituição de 1967 estabeleceu em seu Título III, referente à ordem econômica e social, a valorização do trabalho como Princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

Os demais preceitos relacionados com o direito social encontravam-se, nessa Constituição, em seu Título III, que se iniciava com a afirmação dos seguintes princípios programáticos: I – liberdade de iniciativa; II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III – função social da propriedade; IV – harmonia e solidariedade entre os fatores da produção; V – desenvolvimento econômico; VI – repressão ao abuso do poder econômico caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.⁷⁴

A Constituição de 1967 foi mudada pela Emenda Constitucional n.º 1, que entrou em vigor na data de 30 de outubro de 1969, porém, os dispositivos sobre os direitos sociais

⁷⁰ MARTINS, 2008, p. 11.

⁷¹ MAGANO; MALLET, 1993, p. 17.

⁷² MARTINS, op. cit., p. 11.

⁷³ MAGANO; MALLET, op. cit., p. 18.

⁷⁴ Ibid., p. 19.

não foram alterados.⁷⁵

Para Bueno e Mallet, a Emenda Constitucional n.º 01 atribuiu à Justiça Federal competência para julgar os litígios decorrentes das relações dos servidores públicos com a União, autarquias e empresas federais, qualquer que fosse o seu regime jurídico, permitiu, ainda que órgãos diversos do Poder Judiciário aplicassem a mesma legislação [...].⁷⁶

Por fim, com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, iniciou outra fase na vida brasileira, inclusive no plano trabalhista.

A Constituição 1988 consagrou, em seu artigo 1º, incisos III e IV, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como princípios fundamentais.⁷⁷

Na novel Constituição, os direitos trabalhistas estão dispostos no capítulo II, artigos 7º a 11, que, segundo Martins: “[...] são direitos individuais e tutelares do trabalho e que para alguns autores é uma verdadeira Consolidação das Leis do Trabalho.”⁷⁸

No mesmo sentido, Delgado aduz que a Constituição quis proteger o trabalhador:

A Constituição de 1988 é clara ao dispor acerca do respeito aos direitos sociais, quis nossa Carta Magna proteger o trabalhador, tendo como objetivo dar melhores condições de vida ao hipossuficiente, garantindo a igualdade social e o equilíbrio das relações trabalhistas.⁷⁹

Delgado realça que a Constituição de 1988 superou os conceitos de liberdade e igualdade, direitos individuais e coletivos ou sociais, ampliando garantias ao cidadão e aos trabalhadores pátrios, neste sentido assevera:

A Constituição de 5.10.1988 emergiu, também como a mais significativa Carta de Direitos já escrita na história jurídico-política do país. Não se conduziu, porém, a nova Constituição pela matriz individualista preponderante em outras Cartas Constitucionais não autocráticas (como a de 1946). Nessa linha, superou a equívoca dissociação (propiciada pela 28 Carta de 46) entre liberdade e igualdade, direitos individuais e coletivos ou sociais. A nova Constituição firmou largo espectro de direitos individuais, cotejados a uma visão e normatização que não perdem a relevância do nível social e coletivo em que grande parte das questões individuais deve ser proposta. Nesse contexto é que ganhou coerência a inscrição que produziu de diversificado painel de direito sócio trabalhistas, ampliando garantias já existentes na ordem jurídica, a par de criar novas no espectro normativo dominante.⁸⁰

Gomes e Gottschalk, neste mesmo sentido dispõem:

⁷⁵ BRASIL, 1967, loc. cit.

⁷⁶ MAGANO; MALLET, 1993, p. 21-22.

⁷⁷ BRASIL, loc. cit.

⁷⁸ MARTINS, 2008, p. 11.

⁷⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2007. p. 123.

⁸⁰ Ibid., p. 126.

A Constituição é a mais importante fonte formal de produção estatal do Direito do Trabalho. Certos princípios fundamentais foram inscritos na Constituição de 5 de outubro de 1988, como, de resto, já haviam sido, anteriormente, consagrados, em grande parte, pelas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e de 1969. Sua importância é, assim, solenemente afirmada. Assegura-se maior estabilidade em vista dos obstáculos criados ao processo de revisão constitucional.⁸¹

Após a apreciação das formas de trabalho da humanidade, bem como a evolução da história do Direito do Trabalho no Brasil, serão analisadas no capítulo seguinte, as diferenciações entre a relação de emprego com a relação de trabalho, bem como os seus sujeitos e as peculiaridades do contrato de trabalho quanto a sua duração.

⁸¹ GOMES; GOTTSCHALK, 1994, p. 40.

3 DIFERENCIAÇÕES ENTRE A RELAÇÃO DE EMPREGO COM A RELAÇÃO DE TRABALHO

Segundo Russomano: “Relação de emprego é o vínculo obrigacional que une, reciprocamente, o trabalhador e o empresário, subordinando o primeiro às ordens legítimas do segundo, através do contrato individual de trabalho.”¹

Azevêdo diferencia relação de trabalho e relação de emprego:

A relação de trabalho possui caráter genérico e abarca todo e qualquer vínculo jurídico que tenha por objeto uma obrigação de fazer, consubstanciada em trabalho humano. A relação de trabalho é gênero e engloba, pois, várias espécies, tais como a relação de emprego, o trabalho eventual, o trabalho autônomo, a empreitada, a locação de serviços [...]. A relação de emprego é, pois, espécie da relação de trabalho e corresponde à prestação de trabalho de forma subordinada por uma determinada pessoa física a um destinatário, que poderá ser pessoa física ou jurídica.²

Nessa mesma diferenciação, Martins relata: “[...] relação de trabalho é o gênero que compreende o trabalho autônomo, eventual, avulso, etc. Relação de emprego trata do trabalho subordinado do empregado em relação ao empregador.”³

O artigo 442, da Consolidação das Leis do Trabalho, ilustra o conceito de contrato individual de trabalho: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”⁴

E, assim, Azevêdo conclui: “Portanto, toda relação de emprego é uma relação de trabalho, todavia, nem toda relação de emprego é, sem dúvida, a subordinação.”⁵

Por fim, Nascimento define relação de emprego como: “[...] a relação jurídica de natureza contratual tendo como sujeitos o empregado e o empregador e como objeto o trabalho subordinado, continuado e assalariado.”⁶

Por questões de coerência com a proposta do presente estudo não se aprofundará na relação de trabalho sem vínculo de emprego, já que, caso assim se fizesse, demandaria uma discussão específica sobre a natureza e características do trabalho eventual, avulso,

¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2002. p. 70.

² AZEVÊDO, Jackson Chaves de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2001. p. 65.

³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 80.

⁴ BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943**: aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30 mar. 2011.

⁵ AZEVÊDO, op. cit., p. 65.

⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 500.

temporário, autônomo entre outros. Desta forma, torna indispensável um melhor estudo sobre os sujeitos da relação de emprego.

3.1 SUJEITOS

Russomano explica que “O sujeito de uma relação jurídica é, sempre, pessoa, isto é, ser capaz de exercerem direitos e assumir obrigações por si ou por intermédio de quem legitimamente o represente.”⁷

Almeida traceja que: “[...] o artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao definir o contrato de trabalho, conclui que ele corresponde à relação de emprego. Daí poder-se afirmar que o empregado e o empregador são os sujeitos do contrato de trabalho [...]”⁸

Nascimento completa:

Os contratos de emprego sempre têm como sujeitos o empregado e o empregador, qualquer que seja a sua especificidade, regra que se aplica tanto ao contrato comum de tempo pleno e duração indeterminada como aos demais, que são contratos especiais de trabalho.⁹

Coaduna Russomano que a relação de emprego é constituída por dois sujeitos: o empregado e o empregador.¹⁰

3.1.1 Empregado

Gomes e Gotschalk destacam: “O conceito de empregado é de suma importância no Direito do Trabalho, porque é ele o destinatário das normas protetoras que constituem este Direito.”¹¹

Para Nascimento, empregado: “[...] é a pessoa física que com ânimo de emprego

⁷ RUSSOMANO, 2002, p. 83.

⁸ ALMEIDA, Ísis de. **Manual de direito processual do trabalho**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Ltr, 1998. p. 81.

⁹ NASCIMENTO, 2007, p. 611.

¹⁰ RUSSOMANO, op. cit., p. 83.

¹¹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 79.

trabalha subordinadamente e de modo não eventual para outrem, de quem recebe salário.”¹²

Afirma Azevedo que da conceituação da lei, extrai-se: “[...] o empregado é uma espécie do gênero trabalhador, que presta serviços sob determinadas condições concretas, objetivamente constatáveis, quais sejam: pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação jurídica.”¹³

Catharino arrima que a pessoa jurídica jamais é empregado, sendo o empregado pessoa humana, e não sendo possível separar-se o trabalho a que se obriga dela própria, a obrigação que assume é pessoal e patrimonial, de fazer, a de trabalhar pessoalmente para outra pessoa, natural ou jurídica, em troca da remuneração.¹⁴

Esclarece Martins: “A legislação trabalhista tutela a pessoa física do trabalhador. Os serviços prestados pela pessoa jurídica são regulados pelo Direito Civil.”¹⁵

O artigo 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, tem por objetivo definir uma das espécies do gênero trabalhador, o empregado, que faz da seguinte forma: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”¹⁶

Sobre o requisito da pessoa física, Hinz comenta:

A legislação trabalhista parte do princípio de que apenas relação travada entre o tomador de serviços de terceiros e quem os presta como pessoa física, quer dizer, não organizado na forma de empresa, é que é merecedora da proteção legal. A relação entre pessoas jurídicas não será regulada pela legislação laboral, pois presume igualdade entre os agentes.¹⁷

Além de ser realizado por pessoa física para caracterizar um emprego, conforme supramencionado, o trabalho não pode apresentar caráter não eventual, ou seja, deve ser de prestação continuada, não sendo esporádico.

Martins afirma que: “O trabalho deve ser prestado com continuidade. Aquele que presta serviços eventualmente não é empregado [...]. A continuidade é da relação jurídica, da prestação de serviços.”¹⁸

Na mesma seara, Azevedo assevera que:

¹² NASCIMENTO, 2007, p. 613.

¹³ AZEVEDO, 2001, p. 78-79.

¹⁴ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 162.

¹⁵ MARTINS, 2008, p. 131.

¹⁶ BRASIL, 1943, loc. cit.

¹⁷ HINZ, Henrique Macedo. **Direito individual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 50.

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 21. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 127.

É o serviço prestado de forma continuada, periódica, fixando um espaço de tempo ou uma tarefa a ser cumprida [...]. Significa continuidade, não-esporadicidade ou eventualidade, porquanto o trabalho eventual não caracteriza a relação de emprego.¹⁹

Russomano comenta também que não caracteriza emprego o trabalhador avulso.²⁰ Conclui Hinz: “Assim, e a respeito desse requisito, para que o trabalho prestado pelo trabalhador ao tomador tenha caráter trabalhista, é mister que a necessidade desse tipo de trabalho não se dê de forma eventual [...]”.²¹

Outro elemento é a subordinação. Esclarece o mesmo autor, que: “O obreiro exerce sua atividade com dependência ao empregador, por quem é dirigido. O empregado é, por conseguinte, um trabalhador subordinado, dirigido pelo empregador.”²² Argumenta Russomano: “[...] a característica essencial está em que o trabalhador presta serviços, por força da relação de emprego, subordinado às ordens legítimas do empregador.”²³

Azevêdo relata que a subordinação diz respeito à dependência hierárquica ou subordinação jurídica do empregador em relação ao trabalhador.²⁴ Hinz chama a atenção que este tipo de subordinação restringe-se somente ao local de trabalho e às atividades contratadas ao empregado, não se estendendo à sua vida pessoal.²⁵

Onerosidade é outro elemento. Segundo Martins: “O empregado recebe salário pelos serviços prestados ao empregador. O empregado tem o dever de prestar serviços e o empregador, em contrapartida, deve pagar salários pelos serviços prestados.”²⁶

Para Nascimento: “Onerosidade é um encargo bilateral próprio da relação de emprego.”²⁷ E, completa Russomano: “Quando se diz empregado recebe salário, implicitamente, se exclui do conceito a figura do trabalho gratuito.”²⁸

Sobre o salário Azevêdo diz:

[...] por possuir natureza alimentícia, é objeto de proteção, inclusive constitucional, que prevê salário mínimo fixado em lei; irredutibilidade salarial; que constitui crime sua retenção dolosa [...] e, na legislação infraconstitucional, intangibilidade salarial [...], impenhorabilidade [...], como crédito preferencial [...].²⁹

¹⁹ AZEVÊDO, 2001, p. 70.

²⁰ RUSSOMANO, 2002, p. 99.

²¹ HINZ, 2006, p. 50.

²² MARTINS, 2005, p. 127.

²³ RUSSOMANO, op. cit., p. 70.

²⁴ AZEVÊDO, op. cit., p. 72.

²⁵ HINZ, op. cit., p. 52.

²⁶ MARTINS, op. cit., p. 127.

²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho**. 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 617.

²⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 93.

²⁹ AZEVÊDO, 2001, p. 71.

Hinz ensina que na falta de estipulação do salário, será devido ao empregado salário igual ao de outro que presta o mesmo serviço na empresa.³⁰

Para o mesmo autor a pessoalidade representa outro elemento, pois a prestação do trabalho deve ser personalíssima, não pode se dar por substituição do empregado por outra pessoa.³¹

Reforça Azevedo: “[...] o trabalhador deve sempre ser pessoa física, não podendo ser pessoa jurídica ou entidade coletiva.”³² Ainda sobre a proibição da pessoa jurídica como empregado, aduz Russomano: “A natureza personalíssima das obrigações que ele assume impede seja assim definida a pessoa jurídica, em qualquer de suas modalidades ou posições.”³³

Por fim, esclarece Martins:

O contrato de trabalho é [...] realizado com certa e determinada pessoa. Não pode o empregado fazer-se substituir por outra pessoa, sob pena de o vínculo formar-se com a última. O empregado somente poderá ser pessoa física, pois não existe contrato de trabalho em que o trabalhador seja pessoa jurídica.³⁴

De tudo se conclui que para configurar a figura do empregado, devem estar presentes os requisitos da pessoa física, não eventualidade, subordinação, onerosidade e por fim a pessoalidade.

Explica Pinto que, essa definição corresponde precisamente à do artigo 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, ao qual só faltou menção explícita à pessoalidade.³⁵ Por fim, passa-se a analisar o segundo sujeito da relação de emprego.

3.1.2 Empregador

Segundo Catharino, empregador é um dos sujeitos da relação de emprego, sendo ele, principal do ponto de vista econômico e, secundário, se em confronto com o empregado, segundo o Direito do Trabalho.³⁶

³⁰ HINZ, 2006, p. 53.

³¹ Ibid., p. 53.

³² AZEVEDO, 2001, p. 68.

³³ RUSSOMANO, 2002, p. 91.

³⁴ MARTINS, 2005, p. 128.

³⁵ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2000. p. 106.

³⁶ CATHARINO, 1982, p. 135.

Pela definição da Consolidação das Leis do Trabalho contida no artigo 2º: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”³⁷

A mesma Consolidação dispõe, ainda, no artigo 2º, § 1º:

Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.³⁸

Nas palavras de Hinz, o § 1º, do artigo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho ao dispor “[...] equiparam-se ao empregador”, contém um erro terminológico, pois não se trata de equiparação, mas sim de efetiva condição de empregador em relação às entidades arroladas.”³⁹

Russomano afirma que há imperfeições na definição de empregador na Consolidação das Leis do Trabalho:

Em nossa opinião, o empregador deveria ser definido, muito singelamente, como sendo a pessoa natural ou jurídica que contrata empregados. De certo modo, dessa maneira, se põe em manifesto relevo (a) que o empregador pode ser pessoa natural ou jurídica e que (b) o ponto essencial está na contratação de empregados, isto, é, na criação, através desse ato, da relação de emprego.⁴⁰

Segundo Catharino empregador é a pessoa a quem está assegurado trabalho alheio, por si remunerado e a si subordinado.⁴¹

Nascimento esclarece: “[...] será empregador todo ente para quem uma pessoa física prestar serviços continuados, subordinados e assalariados.”⁴²

Corroborando o conceito supra, Gomes e Gottschalk definem empregador como: “[...] devedor da contraprestação salarial e outras acessórias; credor da prestação de trabalho e de sua utilidade é ele a figura central da empresa, no seu dinamismo econômico, social e disciplinar.”⁴³

Azevêdo chama a atenção à expressão “empresa” utilizada pelo legislador no *caput*, do artigo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho:

³⁷ BRASIL, 1943, loc. cit.

³⁸ BRASIL, loc. cit.

³⁹ HINZ, 2006, p. 62.

⁴⁰ RUSSOMANO, 2002, p. 84.

⁴¹ CATHARINO, 1982, p. 135.

⁴² NASCIMENTO, 2009, p. 640.

⁴³ GOMES; GOTTSCHALK, 2005, p. 100.

É porque, de fato, o termo “empresa” pode levar, num primeiro momento, à vinculação ou à idéia de “personalidade jurídica”. Isto é, do desempenho da atividade econômica de forma organizada e legalizada. Porém, nenhum desses requisitos é necessário ou indispensável, em conjunto ou isoladamente considerados, para caracterizar o que seja empregador, dado que tanto é empregador a sociedade formalmente organizada [...], como também o é aquela constituída de forma irregular [...].⁴⁴

No mesmo norte Russomano:

A Consolidação das Leis do Trabalho adotou outra técnica e procurou oferecer, no art. 2º, todos os elementos caracterizadores da figura do empregador. Não o conseguindo, cometeu erros jurídicos, razão pela qual os comentadores não lhe têm poupado críticas severas. Na verdade, a declaração de que o empregador é a empresa teve o intuito manifesto de acentuar que o trabalhador, através do contrato, se vincula mais ao conjunto orgânico empresarial que à pessoa – física ou jurídica – do empresário.⁴⁵

Em síntese Azevêdo conceitua que empregador: “[...] é a pessoa física ou jurídica que, assumindo os riscos da atividade econômica, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”⁴⁶

Postula Guedes a importância da figura do empregador: “Sem ele não haveria relação de emprego. Só existe empregado porque existe alguém que o contrata e o remunera.”⁴⁷

Nas palavras de Almeida, são também considerados empregadores: “[...] os entes públicos, inclusive autarquias e outros de administração descentralizada, que contratarem trabalhadores de qualquer espécie não submetidos a regime estatutário próprio.”⁴⁸

Vistos os sujeitos da relação de emprego, analisar-se-á apenas uma das principais classificações do contrato de trabalho com vínculo empregatício, qual seja o seu prazo de duração, devido a obediência ao limite máximo de folhas deste estudo.

3.2 PRAZO DE DURAÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO

Já se viu nos tópicos anteriores que, presentes numa relação de trabalho as hipóteses dos artigos 2º e 3º, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho, caracterizada

⁴⁴ AZEVÊDO, 2001, p. 100-101.

⁴⁵ RUSSOMANO, 2002, p. 84.

⁴⁶ AZEVÊDO, op. cit., p. 102-103.

⁴⁷ GUEDES, Carlos Eduardo Palleta. **Direito do trabalho**: teoria e casos. São Paulo: Fundamento Educacional, 2006. p. 47.

⁴⁸ ALMEIDA, 1998, p. 110.

estará a figura da relação de emprego, decorrendo daí as figuras do empregado e do empregador.

Pelo que prevê o artigo 442, da Consolidação das Leis do Trabalho, a relação de emprego tem natureza contratual, e no presente tópico será estudado justamente esse contrato em relação quanto a sua duração.

Por sua vez, elucida o *caput, in fine*, do artigo 443, da Consolidação das Leis do Trabalho, que o contrato de trabalho poderá ser por prazo determinado ou indeterminado.⁴⁹

Almeida classifica os tipos de duração do contrato de trabalho:

Há, portanto, duas modalidades relacionadas com a duração do pacto, mas a distinção entre elas é irrelevante quando se têm em conta as condições segundo as quais vai se desenvolver a prestação laboral. Só ao se considerar as causas da rescisão é que oferecem interesse ao comentário.⁵⁰

No mesmo norte, Guedes esclarece que os contratos de trabalho podem ser pactuados por tempo determinado ou indeterminado, sendo a regra geral no Direito do Trabalho o contrato indeterminado, ou seja, sem termo prefixado.⁵¹

Assim, iniciar-se-á o estudo quanto ao contrato de trabalho com vínculo empregatício por prazo indeterminado.

3.2.1 Contrato de trabalho por prazo indeterminado

De acordo com Gomes e Gottschalk, o contrato de trabalho por tempo indeterminado é aquele em que as partes, ao celebrá-lo não prefixam o seu termo extintivo.⁵²

Ensina Hinz que o fato de não haver termo final preestabelecido para esse tipo de contrato, não significa dizer que não possa ele ser rescindido por qualquer das partes.⁵³

Cogitam Gomes e Gottschalk que a caracterização do contrato por tempo indeterminado pode ser feita com o auxílio de dois elementos, um subjetivo e o outro objetivo:

O primeiro consiste na ausência de uma declaração de vontade das partes no sentido de limitar, de qualquer sorte, a duração do contrato. Quando o celebram, não pensam

⁴⁹ BRASIL, 1943, loc. cit.

⁵⁰ ALMEIDA, 1998, p. 135.

⁵¹ GUEDES, 2006, p. 57.

⁵² GOMES; GOTTSCHALK, 2005, p. 178.

⁵³ HINZ, 2006, p. 79.

em seu fim. O segundo traduz-se na necessidade de uma declaração de vontade de qualquer dos contraentes para que o contrato termine. Sem essa declaração de vontade, o vínculo não se dissolve.⁵⁴

Süssekind preleciona que se aplica ao contrato de trabalho a regra de direito comum segundo a qual o termo, normalmente, é um elemento accidental do negócio jurídico.⁵⁵

Complementa Almeida que o contrato de trabalho por tempo indeterminado é a modalidade que, em regra, devem assumir os ajustes tácitos, quando não se cogitou de estabelecer se a prestação de serviços se destinava à execução de uma certa obra, de um certo trabalho.⁵⁶

Assevera Khamis que a preferência pelos contratos de duração indeterminada, não é apenas brasileira, justo que o emprego é, sem dúvida, o maior e mais salutar bem de todo aquele que precisa trabalhar e, que faz de seu trabalho, não só a razão de viver, mas sobretudo, a manutenção de sua sobrevivência.⁵⁷

Hinz preconiza, por fim, que nos contratos por prazo indeterminado poderão ocorrer a interrupção ou a suspensão contratual, hipóteses em que, a despeito de acarretarem a inexigibilidade das obrigações contratuais do empregado ou de ambos os sujeitos.⁵⁸

Passa-se a seguir, analisar a segunda forma de classificação do contrato de trabalho com vínculo empregatício quanto a sua duração, qual seja por prazo determinado.

3.2.2 Contrato de trabalho por prazo determinado

O conceito de contrato de trabalho por prazo determinado está previsto no artigo 443, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, vejamos:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.
[...].⁵⁹

⁵⁴ GOMES; GOTTSCHALK, 2005, p. 179.

⁵⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. atual. São Paulo: Ltr, 2005. p. 264.

⁵⁶ ALMEIDA, 1998, p. 136.

⁵⁷ KHAMIS, Roberto Mehanna. **Contratos de trabalho de duração determinada: legislação, doutrina, jurisprudência**. São Paulo: Ltr, 1987. p. 10.

⁵⁸ HINZ, 2006, p. 79.

⁵⁹ BRASIL, 1943, loc. cit.

Nas palavras de Nascimento, as relações de emprego nas quais as partes, na sua constituição, fixam o termo final são contratos por prazo determinado.⁶⁰

Leciona Almeida que o contrato por prazo determinado deve ser expresso, por escrito, admitindo-se, entretanto, que possa ter sido celebrado verbalmente, mas dependendo, tal forma, de robusta prova.⁶¹

Assinala Sússekind que a Consolidação das Leis do Trabalho admite o contrato por prazo determinado quando: “[...] a) o serviço, por sua natureza ou transitoriedade, justifique a predeterminação de um termo final; b) a atividade empresarial de caráter transitório; c) o contrato for de experiência [...]”.⁶²

Para melhor entendimento quanto às hipóteses de admissões de contrato por contrato determinado na Consolidação das Leis do Trabalho, ensinam Jeveaux, Cruz e Areosa:

a) quanto a natureza do serviço ou a transitoriedade do serviço justificar a predeterminação do prazo. Aqui se encontram as costumeiras hipóteses de “contrato de trabalho de subordinação”, onde existe a necessidade da empresa alocar mão-de-obra substitutiva a trabalhadores em ferias ou doentes. [...]. Exemplo dessa transitoriedade reside nas contratações de fim de ano [...]. b) atividades empresariais de caráter transitório. Aqui não se trata de empresa que, ao lado de atividades empresariais permanentes, exerce atividades empresariais episódicas. Ou seja, não se trata de empresas comuns, que eventualmente exijam serviços transitórios, [...]. As atividades empresariais de caráter transitório são encontráveis no caso de empresas que, em seus fins comuns, desempenham atividades por fluxos. Exemplifica-se com as empresas teatrais [...]. c) contrato de experiência. O contrato de experiência é tido pela melhor doutrina como um “contrato a termo especial, sujeito, por sua natureza e finalidade, a uma condição resolutiva”.⁶³

Almeida arremata que o contrato por prazo determinado não pode ultrapassar de dois anos.⁶⁴ E, completa Nascimento que não pode haver prorrogação do contrato de trabalho, somada ao tempo anterior, ultrapassar de dois anos.⁶⁵

Martins traceja que é impossível fazer novo contrato de trabalho por tempo determinado com o mesmo empregado senão após seis meses da conclusão do pacto anterior, exceto se a expiração do pacto dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos.⁶⁶

⁶⁰ NASCIMENTO, 2004, p. 655.

⁶¹ ALMEIDA, 1998, p. 136.

⁶² SÜSSEKIND, 2005, p. 264.

⁶³ JEVEAUX, Geovany; CRUZ, Marcos Pinto da; AREOSA, Ricardo. **Manual do direito individual do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 199-200.

⁶⁴ ALMEIDA, op. cit., p. 137.

⁶⁵ NASCIMENTO, op. cit., p. 661.

⁶⁶ MARTINS, 2005, p. 143.

O artigo 451, *in fine*, da Consolidação das Leis do Trabalho prevê também que caso o contrato for prorrogado por mais de uma vez ou ultrapassar o prazo de dois anos, passa a vigorar como contrato por prazo indeterminado.⁶⁷

Por fim, Almeida amplia as possibilidades do contrato por prazo determinado passarem a ser considerado como de prazo indeterminado:

a) quando excede o termo prefixado; ou a tarefa ou obra certa dura mais de dois anos; b) quando é prorrogado mais de uma vez. A prorrogação deve ser expressa, inadmitindo-se a tácita, caso em que cai na hipótese anterior [...]; c) quando um contrato anterior, também de prazo certo, terminou há menos de seis meses, salvo se a expiração do primeiro dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos [...]; d) o contrato de prazo certo que contiver cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes do termo ajustado, independente de pré-aviso, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes [...].⁶⁸

Desta forma, percebemos que os contratos de trabalho podem ser pactuados por tempo determinado ou indeterminado, sendo a regra geral no Direito do Trabalho brasileiro o contrato por prazo indeterminado.

Após, analisar-se-á no próximo capítulo, o qual abarca o escopo deste estudo, a flexibilização do Direito do Trabalho brasileiro, para isto, se verificará o conceito de sindicato, bem como os acordos e convenções coletivas, juntamente com as suas histórias em nosso ordenamento jurídico, se estudará, também, a distinção entre flexibilização e desregulamentação, para, após, estudar o surgimento da flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil, consequentemente com as posições doutrinárias e jurisprudenciais.

⁶⁷ BRASIL, 1943, loc. cit.

⁶⁸ ALMEIDA, 1998, p. 138.

4 FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Vistos e fixados a evolução histórica do trabalho na humanidade e a sua influência na formação do Direito do Trabalho pátrio, bem como as diferenciações entre a relação de emprego com a relação de trabalho, seus sujeitos no contrato de trabalho, e definições quanto ao prazo de duração, tratar-se-á, neste capítulo acerca do tema central deste estudo.

Desta maneira, fulcrado no que foi antes exposto, aqui, pode-se adentrar no âmago do estudo, isto é, verificar os conceitos de sindicato, acordo e convenção coletiva de trabalho e suas histórias no Brasil, conceito de flexibilização, bem como a sua distinção entre desregulamentação, surgimento da flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil, assim como as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema proposto.

No entanto, considerando que a Constituição Federal exige a presença dos sindicatos nas negociações coletivas, as quais, por vezes, criam normas diversas daquelas contidas no ordenamento jurídico, imprescindível uma melhor análise sobre os conceitos de sindicato, assim como de acordo e convenção coletiva de trabalho.

4.1 CONCEITO DE SINDICATO

Ensina Beltran que a palavra “sindicato” tem origem francesa, muito embora a expressão já fosse usada em antigos textos gregos e latinos de caráter jurídico.¹

Para Nascimento, a palavra “sindicato” deriva de *síndico*, que é a pessoa encarregada de representar interesses de um grupo.²

No mesmo norte, Arouca afirma que a palavra tem origem latina *syndicus*, designando o encarregado de tutelar o direito ou os interesses de uma comunidade ou sociedade.³

Assevera Ruprecht, que o sindicato: “[...] não é uma simples reunião de indivíduos, mas tem uma finalidade permanente, que é defender os interesses de seus membros e de toda a classe trabalhadora em geral e, especialmente, de sua categoria

¹ BELTRAN, Ari Possidonio. **Os impactos da integração econômica no direito do trabalho: globalização e direitos sociais**. São Paulo: Ltr, 1998. p. 213.

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito sindical**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 148.

³ AROUCA, José Carlos. **Curso básico de direito sindical**. São Paulo: Ltr, 2006. p. 13.

profissional.”⁴

Magano e Mallet definem sindicato como: “[...] associação de pessoas físicas e jurídicas, que exercem atividade profissional ou econômica, para a defesa dos respectivos interesses.”⁵

Outra conceituação é a que Gomes e Gottschalk consideram o sindicato como:

[...] agrupamento estável de várias pessoas de uma profissão, que convencionam colocar, por meio de uma organização interna, suas atividades e parte de seus recursos em comum, para assegurar a defesa e a representação da respectiva profissão, com vistas a melhorar sua condição de trabalho.⁶

Prado define o sindicato como: “Associação que tem por objetivo a representação e defesa dos interesses gerais da correspondente categoria profissional, bem como da categoria empresarial, e supletivamente dos interesses individuais dos seus membros.”⁷

Por fim, é possível extrair um conceito para sindicato no artigo 511, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, podendo se afirmar como uma associação para fins de defesa e coordenação de interesses econômicos ou profissionais de empregadores ou de trabalhadores.⁸

4.1.1 História do sindicato no Brasil

No dizer de Brito Filho o sindicalismo, no Brasil, teve seu nascimento em momento posterior ao do movimento europeu.⁹

Sobre o tema, aduz Romita, que: “Inicialmente, vigorou no Brasil o regime de trabalho escravagista. O sistema corporativo de produção e trabalho não poderia vicejar, por pressupor o trabalho livre, embora subordinado a normas estatutárias.”¹⁰

⁴ RUPRECHT, Alfredo J.. **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: Ltr, 1995. p. 135.

⁵ MAGANO, Octavio Bueno; MALLET, Estevão. **O direito do trabalho na constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 96.

⁶ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**: de acordo com a Constituição de 1988. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 661.

⁷ PRADO, Roberto Barretto. **Curso de direito coletivo do trabalho**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ltr, 1991. p. 42.

⁸ BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943**: aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30 mar. 2011.

⁹ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito sindical**: análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT, proposta de inserção da comissão de empresa. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2007. p. 59.

¹⁰ ROMITA, Arion Sayão. **Direito sindical brasileiro**. Rio de Janeiro: Brasília/Rio, 1976. p. 35.

Relata Arouca que o Brasil, no século XIX, era um país essencialmente rural, com cerca de 648.000 (seiscentos e quarenta e oito mil) estabelecimentos agrícolas contra apenas 13.300 (treze mil e trezentos) industriais, sendo os senhores de engenho a classe mais rica e influente do país.¹¹ E, conclui que a classe trabalhadora não tinha nenhuma importância ou significado.¹²

O mesmo autor leciona que, a Constituição de 1824, abolira as corporações de ofícios, assegurando que nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio poderia ser proibido.¹³

Completa Nascimento, tratando destes argumentos, que sua finalidade não era, sempre, idêntica à dos sindicatos nos dias de hoje e que sua Constituição obedecia não só a fatores ligados ao trabalho, mas, também, a questões de natureza ética, ideológica, bem como ao local de exercício das atividades profissionais.¹⁴

Brito Filho menciona que com a promulgação de nossa primeira Constituição Republicana, em 1891, garantiu o direito de associação, contanto que pacificamente.¹⁵

Segundo Silva, a denominação “sindicato” apareceu, pela primeira vez no Brasil, no Decreto n.º 979, de 6 de janeiro de 1903, que permitiu a formação de sindicatos rurais, e, posteriormente, no Decreto n.º 1.637, de 5 de janeiro de 1907, que facultou aos integrantes de profissão similares ou conexas, inclusive profissões liberais, organizar sindicatos para o estudo, defesa e o desenvolvimento dos interesses gerais da produção e dos interesses profissionais de seus membros.¹⁶

Voltando à regulamentação do sindicalismo pelos Decretos números 979/1903 e 1.637/1907, afirma Nascimento que o primeiro garantia o direito de acesso e saída dos indivíduos dos sindicatos e seu caráter assistencial, com a criação de caixas para os sócios e cooperativas de crédito e vendas dos seus produtos.¹⁷

Já sobre o Decreto n.º 1.637/1907, afirma Romita que ele garantiu a pluralidade sindical, além de observar que a referida legislação refletiu as ideias da lei francesa de 1884, relativamente à livre constituição bastando ser efetuado o depósito dos estatutos, ata de instalação e lista da diretoria no registro de hipotecas do distrito.¹⁸

¹¹ AROUCA, 2006, p. 79.

¹² Ibid., p. 79.

¹³ Ibid., p. 79.

¹⁴ NASCIMENTO, 1991, p. 52.

¹⁵ BRITO FILHO, 2007, p. 59.

¹⁶ SILVA, Reinaldo Pereira e. **O mercado de trabalho humano: a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Ltr, 1998. p. 119-120.

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: Ltr, 2007. p. 57.

¹⁸ ROMITA, 1976, p. 35.

Silva afirma que a partir de 1930, com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, iniciou-se o período de controle dos sindicatos pelo Ministério do Trabalho, criando nessa ocasião, mediante as diretrizes do Decreto n.º 19.770, de 19 de março de 1931.

Magano diz que este Decreto implantou as bases de um tipo de corporativista de organização sindical, que perdura até os dias atuais.¹⁹

Silva, aduz que com a Constituição Federal de 1934, o sindicato ganhou o seu primeiro assento constitucional, inspirado no princípio da pluralidade sindical.²⁰

Prado relata que nesse período foi promulgado o Decreto n.º 24.694/1934, que completou a organização sindical existente no Brasil, sem trazer modificações de maior profundidade.²¹

Por outro lado, entende Nascimento que este Decreto teve cunho detalhista, interferindo de forma acentuada nas organizações sindicais.²² Ainda assim, para o autor, houve rompimento com a regra da unicidade sindical, permitindo-se a fundação de sindicato desde que 1/3 de empregados com a mesma profissão e na mesma localidade dele participassem.²³

Ensina Brito Filho que este modelo não durou, por força da implantação por Getúlio Vargas, de um regime de forma, conhecido como “Estado Novo”, sendo implantada nova Constituição em 1937.²⁴

Aduz Silva, que a Constituição de 1937, resgatou as diretrizes de 1931, colocando novamente o sindicato, após curto período de pluralidade, sujeito ao princípio da unicidade, e afirma que é nesse contexto que se editou o Decreto n.º 1.402/1939, reforçando a inspiração corporativista da estrutura sindical brasileira.²⁵

Salienta Prado que com a promulgação do Decreto n.º 1.402/1939, regulou a constituição de 1937 e, o funcionamento dos sindicatos, consagrado de maneira categórica, em seu artigo 6º, o princípio da unidade sindical.²⁶

Profere Silva que encerrado o Estado Novo, promulgou-se a Constituição de 1946, dando início à redemocratização constitucional do Brasil, assegurou a liberdade de associação profissional ou sindical.²⁷

¹⁹ MAGANO, 1993, p. 45.

²⁰ SILVA, 1998, p. 120.

²¹ PRADO, 1991, p. 249.

²² NASCIMENTO, 1991, p. 66.

²³ Ibid., p. 66.

²⁴ BRITO FILHO, 2007, p. 63.

²⁵ SILVA, op. cit., p. 120.

²⁶ PRADO, Roberto Barretto. **Curso de direito sindical**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ltr, 1991. p. 249.

²⁷ SILVA, 1998, p. 121.

Gomes e Gottschalk afirmam, que com a Constituição Federal de 1964: “[...] continuou, não obstante, a vigorar os mesmos textos que traçaram a antiga estrutura sindical, sua forma de constituição, seu funcionamento, suas prerrogativas, seus modos de dissolução e praticamente proscriu toda ação sindical.”²⁸ E complementam sobre a Constituição de 1967: “Por sua vez, a Constituição de 1967, artigo 159, assegurava a liberdade da associação profissional ou sindical, nos termos da Constituição de 1946, também confirmados pelo artigo 166, da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969.”²⁹

Finalmente, com o advento da Constituição Federal de 1988, foram reconhecidos os acordos e convenções coletivas em seu artigo 7º, XXVI, defendendo a irredutibilidade do salário, salvo acordo ou convenção coletiva facultando aos sindicatos negociar salários, inclusive para reduzi-los.³⁰

Por fim, conclui Prado que com a Constituição Federal de 1988 trouxe algumas importantes inovações, entretanto, relata que o legislador constituinte precipitou-se desnecessariamente em tornar obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho, uma vez que se admite, com apoio em lei expressa, a celebração de acordo ou convenção coletiva de trabalho efetuada diretamente pela empresa com seus empregados, tornando-se inócua a exigência legal.³¹

4.2 CONCEITO DE ACORDO E CONVENÇÃO COLETIVA

O conceito de convenção coletiva se encontra no artigo 611, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, que assim dispõe:

Art. 611. Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.
[...].³²

Segundo Magano, o acordo coletivo, está regulado no § 1º, do artigo 611, da

²⁸ GOMES; GOTTSCHALK, 1995, p. 623.

²⁹ Ibid., p. 623.

³⁰ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 maio 2011.

³¹ PRADO, 1991, p. 251.

³² BRASIL, 1943, loc. cit.

Consolidação das Leis do Trabalho, preceituando-se, com efeito, ser facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrarem acordos coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.³³

Aduz Russomano, que convenção coletiva de trabalho é o convênio entre o sindicato operário e o sindicato patronal correspondente ou empresas individualmente consideradas.³⁴

Moreira prevê que as negociações em nível de empresa resultam acordos coletivos cujo âmbito de aplicação é menor, ou seja, é a empresa ou as empresas que participaram da negociação.³⁵

Delgado defini acordo coletivo de trabalho como pacto de caráter profissional e uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica que estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas empresas, às relações individuais de trabalho.³⁶

Para Hinz, a distinção entre acordo coletivo de trabalho e convenção coletiva de trabalho, é que o primeiro é celebrado entre sindicato de empregados e uma ou várias empresas da correspondente categoria econômica, e, a segunda é celebrada entre sindicato de empregados e os respectivos sindicatos de empregadores da categoria econômica.³⁷

Já para Delgado, a diferença entre o acordo coletivo e a convenção coletiva de trabalho se dá no âmbito de abrangência dos diplomas negociados, sendo que a convenção coletiva incide em universo mais amplo, caracterizado pela base profissional e econômica representada pelos respectivos sindicatos, já o acordo coletivo tem abrangência muito mais restrita, atingindo apenas os empregados vinculados à empresa ou conjunto de empresas que tenham subscrito os referidos diplomas.³⁸

³³ MAGANO, Octavio Bueno. **Convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: Ltr, 1972. p. 124.

³⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 150.

³⁵ MOREIRA, Paulo. Convenção e acordo coletivo de trabalho: Conceitos e definições de convenção e acordo coletivo de trabalho. Origem das convenções e condições para celebração de convenção ou acordo coletivo de trabalho. **DireitoNet**, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2693/Convencao-e-acordo-coletivo-de-trabalho>>. Acesso em: 13 maio 2011.

³⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2003. p. 136.

³⁷ HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 113.

³⁸ DELGADO, op. cit., p. 138.

4.2.1 História do acordo e convenção coletiva no Brasil

Para Prado, é importante não confundir o contrato coletivo, no sentido literal da Consolidação das Leis do Trabalho, com o que agora se discute, onde o artigo 59 declara: “A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.”³⁹

Observa o mesmo autor, que não é essa nomenclatura utilizada pela Consolidação das Leis do Trabalho no seu corpo em que dispõe sobre os instrumentos normativos autocompostos, um para o nível de categoria e outro para o nível de empresa, mas sim, convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho.⁴⁰

Segundo Arouca, no Brasil a convenção foi esboçada várias vezes, antes mesmo da organização dos trabalhadores. E complementa que a convenção coletiva entra para o nosso ordenamento jurídico em 1931, na chamada “Era Vargas”, através da Lei Sindical instituída pelo Decreto n.º 19.770/1931.⁴¹

Afirma, ainda, que o Decreto n.º 21.396/1932, criou as Comissões Mistas de Conciliação, tendo competência para dirimir os conflitos coletivos de trabalho, prevenindo as greves e os *lockouts*, assumindo importância para a celebração de convenções coletivas, e, menciona depois, que o Decreto n.º 21.761/1932, instituiu a convenção coletiva, tendo como paradigma a lei francesa de 1919.⁴²

Para Teixeira Júnior, com o Decreto n.º 21.761/32 seria a primeira legislação a respeito de convenção coletiva de trabalho.⁴³

Aduz Arouca, que a Constituição de 1934, de feição social-democrático, seguindo os diplomas dos países europeus, e aproximando-se da Constituição de Weimar, contemplava todo um título para dispor sobre a ordem econômica e social, reservando o artigo 121, § 1º, alínea j, para reconhecer as convenções coletivas de trabalho.⁴⁴

Segundo Freitas, sob a égide da Carta de 1937, adveio a Consolidação das Leis do

³⁹ PRADO, Ney (Coord). **Direito sindical brasileiro**. São Paulo: Ltr, 1998. p. 49.

⁴⁰ Ibid., p. 50.

⁴¹ AROUCA, 2006, p. 287-288.

⁴² Ibid., p. 288.

⁴³ TEIXEIRA JÚNIOR, João Régis. **Convenção coletiva de trabalho: não incorporação aos contratos individuais de trabalho**. São Paulo: Ltr, 1994. p. 29.

⁴⁴ AROUCA, op. cit., p. 288-289.

Trabalho (Decreto n.º 5.452, de 1º de maio de 1943).⁴⁵

Santos ressalta que o Decreto n.º 5.452, quando aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho, em sua redação originária, utilizava a denominação contrato coletivo de trabalho como sinônimo de convenção coletiva de trabalho, disciplinando minuciosamente a matéria.⁴⁶

Complementa Magano, que a esse texto sucedeu o Decreto n.º 1.237/39, que organizando a Justiça do Trabalho, aduzia a extensão do contrato coletivo de trabalho a toda a categoria profissional, desde que satisfeitas determinadas condições.⁴⁷

Abarca Arouca que a Constituição de 1946, retomou a antiga denominação, convenção coletiva, dando-lhe respaldo no artigo 157, XIII: “[...] reconhecimento das convenções coletivas.” O Decreto n.º 229/1967 promoveu alterações de vulto em sua disciplinação.⁴⁸

Afirma Santos, que a Lei n.º 2.693/55, alterou dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, destacando-se a inserção de um § 2º ao artigo 611, para conceder às federações e, na falta destas, às confederações representativas de categorias econômicas e profissionais, o poder de celebrar contratos coletivos para reger as relações de categorias não organizadas em sindicatos.⁴⁹

Menciona Russomano que o Decreto n.º 229/1967, derogou a Consolidação em matéria de negociação coletiva, afastou a figura da extensão das convenções, fazendo com que as cláusulas convencionais abranjam as categorias representadas pelos sindicatos conventes.⁵⁰

Assevera Arouca que a Constituição Federal de 1967, e sua Emenda Constitucional de 1969, não se distanciaram da anterior para assegurar aos trabalhadores o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho.⁵¹

Já a Constituição Federal de 1988, reconheceu não apenas as convenções coletivas, mas também os acordos coletivos de trabalho, uma vez que as constituições anteriores reconheciam apenas as convenções coletivas.⁵²

No mesmo norte, Santos alveja que a Constituição Federal de 1988, reconheceu expressamente as convenções e os acordos coletivos, privilegiando a autonomia privada

⁴⁵ FREITAS, Vladimir de. **Natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18842/Natureza_Jur%3%addica_da_Conven%3%a7%3%a3o_Coletiva.pdf?sequence=2>. Acesso em: 13 maio 2011.

⁴⁶ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2007. p. 197.

⁴⁷ MAGANO, 1972, p. 30.

⁴⁸ AROUCA, 2006, p. 289.

⁴⁹ SANTOS, op. cit., p. 198.

⁵⁰ RUSSOMANO, 2002, p. 152.

⁵¹ AROUCA, op. cit., p. 290.

⁵² BRASIL, 1988, loc. cit.

coletiva em vários de seus dispositivos, ao condicionar a alteração de determinadas condições de trabalho somente por intermédio da negociação coletiva.⁵³

Vê-se então, que as negociações entre os sindicatos das classes envolvidas no contrato de trabalho, já são formas da flexibilização das normas que regem o contrato de trabalho, passando-se a seguir ao estudo específico da matéria.

4.3 CONCEITO DE FLEXIBILIZAÇÃO

Silva assevera que o termo flexibilidade surgiu do latim *flexibilitate*, que significa uma qualidade constante de certo direito, atributo de adaptabilidade ao meio em que tende a incidir.⁵⁴

Martins diz que a flexibilização do Direito do Trabalho é o conjunto de regras que tem por escopo instruir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológicas, política ou social existentes na relação de trabalho.⁵⁵ E complementa: “[...] é, ainda, uma forma de atenuar o princípio da proteção à relação laboral.”⁵⁶

Por fim, na definição de Nascimento, flexibilização do Direito do Trabalho é: “[...] o afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante de situações que a exijam, maior dispositividade das partes para alterar ou reduzir as condições de trabalho.”⁵⁷

Suprido o conceito sobre flexibilização do Direito do Trabalho, ressalta-se, a seguir, a diferenciação entre flexibilização e desregulamentação.

4.4 DISTINÇÃO ENTRE FLEXIBILIZAÇÃO E DESREGULAMENTAÇÃO

Barroso ensina que: “A afinidade entre flexibilidade e desregulamentação é muito estreita, podendo-se afirmar que a segunda é um passo a mais na evolução das ações capital-

⁵³ SANTOS, 2007, p. 198.

⁵⁴ SILVA, 1998, p. 75.

⁵⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 25.

⁵⁶ Ibid., p. 25.

⁵⁷ NASCIMENTO, 2007, p. 69

trabalho no marco da potencialidade dos poderes empresariais no sistema normativo do trabalho.”⁵⁸

Entretanto Sússekind e Teixeira Filho alertam:

A desregulamentação retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva, regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindos da relação de emprego. Já a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, ainda que básica, com normas gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade. Precisamente porque há leis é que determinados preceitos devem ser flexíveis ou estabelecer fórmulas alternativas para sua aplicação.⁵⁹

Martins assevera que a desregulamentação significa desprover de normas às relações de trabalho, onde o Estado deixa de intervir na área trabalhista ficando a cargo da negociação individual ou coletiva.⁶⁰ E completa: “Desregulamentação envolveria a completa ausência de normas a respeito do trabalho.”⁶¹

Para Xavier, a desregulamentação é a supressão de regras imperativas, com o correspondente alargamento da liberdade de estipulação.⁶²

Segundo Marques: “[...] flexibilizar é regular de modo diferente do modo pelo qual algo se acha regulado.”⁶³

Predica Martins que na flexibilização, são alteradas as regras existentes, diminuindo a intervenção do Estado, porém garantindo um mínimo indispensável de proteção ao empregado, para que este possa sobreviver, sendo a proteção mínima necessária, havendo para tanto, com a participação do sindicato, e, em alguns casos, é permitida a negociação coletiva para modificar alguns direitos.⁶⁴

Fernandes aduz que: “A flexibilização visa obter regras trabalhistas de maior plasticidade, maleabilidade, destituindo-as de rigidez tradicional.”⁶⁵

Ensina Nascimento que flexibilização do Direito do Trabalho é: “[...] o afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante de situações que a exijam, maior

⁵⁸ BARROSO, Fábio Túlio. **Novo contrato de trabalho por prazo determinado**: flexibilização laboral e internacionalização das relações de trabalho. Curitiba: Juruá, 2004. p. 47.

⁵⁹ SÚSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. atual. São Paulo: Ltr, 2005. p. 206-207.

⁶⁰ MARTINS, 2000, p. 26.

⁶¹ Ibid., p. 26.

⁶² XAVIER, Bernardo da Gama Lobo; MARTINS, Pedro Furtado; CARVALHO, Antonio Nunes de. **Iniciação ao direito do trabalho**. Lisboa: Verbo, 1994. p. 38.

⁶³ MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho**: na ordem econômica, na Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Ltr, 2007. p. 123.

⁶⁴ MARTINS, 2000, p. 26.

⁶⁵ FERNANDES, Annibal. **O trabalhador autônomo**: posição na previdência social e no direito do trabalho, legislação e rotinas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992. p. 160.

dispositividade das partes para alterar ou reduzir as condições de trabalho.”⁶⁶

Portanto, da análise dos conceitos mencionados, conclui-se que a desregulamentação é uma forma de não intervenção do Estado na área trabalhista, enquanto que na flexibilização, se fala, apenas, de alterações na legislação existente para negociar diretamente com os trabalhadores.

4.5 SURGIMENTO DA FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Süssekind assevera que o nosso mundo está vivendo uma fase de transição resultante da nova revolução tecnológica, que se processa de forma acelerada.⁶⁷ Afirmo o mesmo autor que com a liberação e a mundialização da economia, incrementou-se a concorrência entre os países, impondo-lhes a necessidade de produzir mais e melhor.⁶⁸

Martins ensina que em razão de todos os processos que vão ocorrendo no curso do tempo, há necessidade de serem estabelecidos mecanismos de flexibilização do trabalho.⁶⁹

Süssekind arremata ao afirmar que nos dias atuais, a maior preocupação das entidades internacionais, assim como de algumas nações, é com o desemprego estrutural advindo da nova tecnologia e, sobretudo, da robotização e da automação.⁷⁰

Diz o mesmo autor que a finalidade de reduzir esse desemprego fomentou a utilização da flexibilização do Direito do Trabalho, e sua aceitação vem se generalizando, quer na elaboração das normas legais e convencionais, quer na aplicação das mesmas.⁷¹ E complementa: “[...] outras medidas tem sido adotadas com o mesmo objetivo: extensão do trabalho temporário ou mediante contrato a prazo, trabalho a tempo parcial [...] jornadas de trabalho reduzidas, bolsas de horas de trabalho, restrição ao trabalho extraordinário etc.”⁷²

Afirma Martins que as causas da flexibilização envolvem várias fontes, quais sejam: “[...] (a) desenvolvimento econômico; (b) globalização; (c) crises econômicas; (d) mudanças tecnológicas; (e) encargos sociais; (f) aumento do desemprego; (g) aspectos culturais; (h) economia informal.”⁷³

⁶⁶ NASCIMENTO, 2007, p. 69.

⁶⁷ SÜSSEKIND, 2005, p. 204.

⁶⁸ Ibid., p. 204.

⁶⁹ MARTINS, 2000, p. 19.

⁷⁰ SÜSSEKIND, op. cit., p. 204.

⁷¹ Ibid., p. 206.

⁷² Ibid., p. 206.

⁷³ MARTINS, op. cit., p. 41.

Para Pastore, na prática das negociações, o Brasil já deu alguns passos em direção a uma negociação mais flexível e mais descentralizada.⁷⁴

Nascimento aduz que a flexibilização do Direito do Trabalho, no Brasil, surgiu em virtude do crescente desemprego e do avanço tecnológico, levando à revisão de certos direitos trabalhistas.⁷⁵

Menciona Marques que é a partir da década de 1960, que começaram os movimentos em prol da flexibilização no Brasil, quando se substituiu a conhecida estabilidade decenal pelo sistema do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, opcional na época, obrigatório a partir de 05 de outubro de 1988, com a promulgação da Constituição Federal.⁷⁶

No mesmo norte, Rodrigues Pinto menciona: “[...] a despeito de, inicialmente, despercebido, o caminho da flexibilização do Direito do Trabalho brasileiro foi aberto pela Constituição de 1988 [...]”.⁷⁷

Marques leciona que na Constituição Federal de 1988, há pelo menos três exemplos claros da flexibilização nas relações de trabalho, sendo a primeira possibilidade de redução dos salários por negociação coletiva.⁷⁸

O segundo exemplo de flexibilização constante na Constituição Federal de 1988, é quanto à jornada, previsto no artigo 7º, XIII, onde consta que é possível, através de acordo de compensação de jornadas de trabalho, o aumento do trabalho em um dia, além das oito horas e a redução em outro.⁷⁹

Por fim, o terceiro exemplo expressado por Marques, é o que preceitua jornada de trabalho de seis horas para os casos de turnos ininterruptos de revezamento, salvo disposição coletiva em sentido contrário, previsto no artigo 7º, XIV, da Constituição Federal de 1988.⁸⁰

Como se vê, a nossa Constituição Federal de 1988 prevê hipóteses de flexibilizações nas relações de trabalho com vínculo empregatício por meio das negociações coletivas. Desta forma, torna-se indispensável analisar como anda as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a flexibilização do Direito do Trabalho.

⁷⁴ PASTORE, José. **Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva**. São Paulo: Ltr, 1995. p. 208.

⁷⁵ NASCIMENTO, 2007, p. 69

⁷⁶ MARQUES, 2007, p. 124.

⁷⁷ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2000. p. 508.

⁷⁸ MARQUES, 2007, p. 137.

⁷⁹ Ibid., p. 137.

⁸⁰ Ibid., p. 138.

4.6 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Segundo Fernandes a flexibilização consiste em devolver a autonomia às partes contratantes, ou pelo menos, majorá-las.⁸¹ No mesmo norte, aduz o doutrinador português Xavier:

As persistentes crises contemporâneas tem tido um impacte particularmente destrutivo sobre o emprego, pondo em causa o modelo tradicional do Direito do trabalho [...]. Esse modelo de Direito do Trabalho, assegurando um acréscimo de tutela dos trabalhadores, tem sido acusado de constituir factor de rigidez do mercado de emprego e da alta de custo do trabalho, e, nessa medida, de contribuir para o decréscimo dos níveis de emprego. Daí que as legislações tendam hoje para a flexibilização, admitindo-se com mais facilidade a mobilidade geográfica e profissional dos trabalhadores e a suspensão e a cessação dos contratos de trabalho.⁸²

Assevera Martins que a flexibilização não deveria suprimir direito, mas apenas adaptar a realidade existente à norma ou então adequá-la à nova realidade.⁸³

O mesmo autor completa: “[...] é necessária a adaptação da realidade do caso concreto à situação jurídica existente no país, que pode ser feita pelos processos de flexibilização, de modo, inclusive, a cumprir a finalidade social a que se dirige a aplicação da norma e das exigências do bem comum [...]”.⁸⁴

Segundo Rocha o novo mundo globalizado torna a flexibilização necessária, porém, somente a flexibilização não seria bastante para gerar empregos e investimentos, sendo necessário, também, outros investimentos.⁸⁵

No mesmo norte aduz Nascimento que a flexibilização pode ser conveniente, porém depende de outras medidas, dizendo que:

A flexibilização pode ser conveniente para alguns fins, sem perda do sentido do direito do trabalho, mas deve ser acompanhada da adoção de outras medidas, cada vez mais presentes nos ordenamentos jurídicos e que podem evitar a perda do ponto de equilíbrio na relação jurídica de trabalho, dentre as quais a representação dos trabalhadores na empresa, a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados, condição prévia para que possam aceitar, em bases justas, sacrifícios de redução temporária salarial nas épocas de crise, a adequada regulamentação da dispensa

⁸¹ FERNANDES, 1992, p. 161.

⁸² XAVIER, 1994, p. 37-38.

⁸³ MARTINS, 2000, p. 114.

⁸⁴ Ibid., p. 114.

⁸⁵ ROCHA, Alexandre Euclides. **Reflexos Sociais e econômicos da globalização no mercado de trabalho**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=905>. Acesso em: 20 maio 2011.

arbitrária ou sem justa causa, no sentido de impedir dispensas retaliativas, sem vedar as dispensas motivadas por causas econômicas, organizacionais e tecnológicas, e a organização de um sistema eficiente de seguro-desemprego, estatal e não-estatal, complementado pela empresa ao lado de planos de saúde pela mesma suportados, de concessão continuada durante algum tempo após a extinção imotivada do contrato de trabalho.⁸⁶

Süssekind, relata que a flexibilização deve ser admitida sob a tutela sindical, devendo atender a peculiaridades ou exigências regionais, profissionais ou empresariais, à implementação de novas técnicas ou métodos de trabalho.⁸⁷

Do mesmo modo, Martins relata que a flexibilização das normas trabalhistas deveria ocorrer através de normas coletivas, sobretudo de acordos coletivos, uma vez que, este teria mais condições de se adaptar às características de cada empresa.⁸⁸

Por sua vez, Romita aduz que: “Uma vez reconhecido o direito, as partes coletivas podem (e devem), com apoio na autonomia coletiva provada, pactuar o modo pelo qual eles serão exercidos.”⁸⁹

Por outro lado, esclarece Barroso que a flexibilidade laboral transforma o eixo protetor institucional da norma em favor dos empresários.⁹⁰ No mesmo norte assevera Silva: “A flexibilidade é uma reivindicação expressa historicamente pelos empregadores, razão por que não se compromete com os interesses dos trabalhadores, restringindo-se aos problemas da empresa.”⁹¹

Barroso afirma que a diminuição das conquistas dos trabalhadores tem seu reflexo imediato no social, com um pioramento da qualidade de vida dos cidadãos.⁹² E, complementa: “A diminuição nos direitos básicos de proteção social dos trabalhadores supõe uma relação inversamente proporcional entre empregadores e empregados.”⁹³

Para Marques a flexibilização importa apenas aos empresários, pois na prática o que se observa é a prevalência das leis econômicas e do mercado sobre as leis que tutelam os direitos do trabalhador.⁹⁴

Segundo Nascimento, a utilização sem limites da flexibilização do Direito do Trabalho levaria ao declínio desses direitos em prejuízo do desenvolvimento econômico.⁹⁵

⁸⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 174.

⁸⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Ltr, 2000. p. 210-211.

⁸⁸ MARTINS, 2000, p. 98.

⁸⁹ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005. p. 405.

⁹⁰ BARROSO, 2004, p. 49.

⁹¹ SILVA, 1998, p. 82.

⁹² BARROSO, op. cit., p. 50.

⁹³ Ibid., p. 50.

⁹⁴ MARQUES, 2007, p. 123.

⁹⁵ NASCIMENTO, 2007, p. 69.

Barroso alerta que o desemprego estrutural é um dos fatores mais utilizados para justificar a flexibilização do Direito do Trabalho, fundamentando-se na rigidez do trabalho como fator negativo para o incremento de novos empregados.⁹⁶

A flexibilização como ensina Franco citado por Silva: “[...] é uma reivindicação expressa historicamente pelos empregadores.”⁹⁷

Barroso relata que um dos primeiros fatores a se analisar como consequência ou reflexo da política flexibilista é a precarização das relações de emprego.⁹⁸ E conclui: “A caracterização do emprego precário está vinculada à adoção de contratos atípicos de trabalho, onde os fatores de proteção ao trabalhador não costumam ser os mesmos do trabalho fixo e por tempo indeterminado.”⁹⁹

A posição jurisprudencial sobre a flexibilização é muito vasta. O Tribunal Superior do Trabalho tem entendido que a flexibilização pode ser feita através de negociações coletivas na forma do artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, conforme se extrai da jurisprudência a seguir descrita, conforme anexo A:

RECURSO DE REVISTA. AJUDA-ALIMENTAÇÃO SOBRE O AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. NORMAS COLETIVAS. As condições ajustadas em normas coletivas, *in casu*, devem prevalecer, em face do disposto no art. 7º, XXVI, da CF. Na hipótese em tela, a norma que possibilita o pagamento da parcela por dia de trabalho, é oriunda de negociação coletiva, espécie de ajuste de interesses. A flexibilização do Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os empregados, com concessões recíprocas. Se as partes decidem, mediante acordo coletivo, estabelecer o pagamento de vantagens na forma acima estabelecida, não é possível entendê-las prejudiciais aos empregados, sob pena de afronta ao art. 7º, XXVI, da CF. Recurso de revista conhecido e provido, no particular.¹⁰⁰

Extrai-se da jurisprudência que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, valoriza a negociação nas relações de trabalho com vínculo empregatício, reconhecendo as convenções e acordos coletivos de trabalho.

Desta forma, tem-se como plenamente válido o acordo coletivo que possibilita o pagamento da ajuda-alimentação relativamente ao aviso prévio indenizado, uma vez que a atual Constituição, conforme supramencionado, reconheceu a validade das negociações coletivas de trabalho, devendo, para tanto, ser observada a vontade de seus instituidores.

⁹⁶ BARROSO, 2004, p. 52.

⁹⁷ FRANCO apud SILVA, 1998, p. 82.

⁹⁸ BARROSO, op. cit., p. 62.

⁹⁹ Ibid., p. 63.

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 180100-45.2001.5.02.0062, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 30/09/2009, 8ª Turma, Data de Publicação: 02/10/2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 21 maio 2011.

Neste norte, analisa-se a seguinte jurisprudência, de acordo com anexo B:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. PARCELAMENTO. NATUREZA DA PARCELA. ACORDO COLETIVO. VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, deve ser provido o apelo para melhor análise da arguição de afronta, em tese, ao art. 7º, XXVI, da CF. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. 1. PECÚLIO. INTERESSE RECURSAL. AUSÊNCIA. Falta interesse recursal da Reclamada quanto à pretensa restituição das contribuições efetuadas a título de plano pecúlio, se não há condenação nesse sentido, conforme se infere da parte dispositiva do acórdão regional. Recurso de revista não conhecido, no aspecto. 2. HORAS EXTRAS. A decisão recorrida encontra-se em consonância com a Súmula 366/TST, o que inviabiliza a admissibilidade do recurso de revista. Recurso de revista não conhecido, no aspecto. 3. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. PARCELAMENTO. NATUREZA DA PARCELA. ACORDO COLETIVO. VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA. A decisão regional está em consonância com o entendimento da SDI-1, órgão uniformizador da jurisprudência do TST, no sentido de que se deve prestigiar o pactuado entre empregados e empregadores por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho que concederam participação nos lucros com pagamento parcelado, afastando a sua natureza salarial (RR-2095/2003-461-02-00.9). Ressalva de entendimento deste Relator que entende que a sistemática adotada pela Reclamada - de pagar mensalmente a verba de participação nos lucros -, desvirtua a finalidade do instituto, com evidente utilização da parcela como forma de recomposição dos salários, ferindo diretamente o art. 3º, § 2º, da Lei 10.101/2000. A norma coletiva sobrepõe-se a texto expresso de lei, ferindo o princípio da imperatividade da norma laborativa (art. 7º, XXVI, da CF). Para este Relator a negociação coletiva tem amplos poderes, mas não pode afrontar a ordem jurídica heterônoma imperativa. Recurso de revista provido.¹⁰¹

Registra-se que para o Tribunal Superior do Trabalho a flexibilização não poderá recair sobre direitos indisponíveis. Recomenda-se a jurisprudência exposta a seguir, com fulcro no anexo C:

ADICIONAL NOTURNO - FLEXIBILIZAÇÃO POR MEIO DE NORMA COLETIVA - POSSIBILIDADE. 1. o art. 7º, XXVI, da CF preconiza o respeito às pactuações decorrentes de instrumentos normativos. Assim, 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. 2. No caso, o Regional consignou que a cláusula coletiva prevista no acordo coletivo de trabalho 1999/2001 excluía do cômputo da jornada noturna os poucos minutos trabalhados antes das 5h da manhã e após às 22h, destinados à compensação de jornada. Contudo, o TRT entendeu que tal direito não pode ser flexibilizado, mantendo a sentença que deferiu o adicional noturno. 3. Assim, deve ser excluído da condenação o pagamento do adicional noturno referente aos poucos minutos trabalhados antes das 5h da manhã e após às 22h, pois desconsiderar a pactuação realizada entre as partes é tornar inócua a norma coletiva e letra morta a disposição constitucional, que, a despeito de permitir que os interlocutores do instrumento normativo sejam soberanos na fixação das concessões

¹⁰¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 10340-68.2008.5.15.0102, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 15/12/2010, 6ª Turma, Data de Publicação: 04/02/2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/#topoPage>>. Acesso em: 21 maio 2011.

mútuas, apenas não admite a transação de direitos indisponíveis. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.¹⁰²

Igualmente, trazemos à baila a ulterior jurisprudência, com base no anexo D:

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO ANULATÓRIA. TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO MATOGROSSENSES. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. MANUTENÇÃO DO CONTRATO LABORAL PELAS EMPRESAS TERCEIRIZADAS SUBSTITUINTES. RENÚNCIA DO EMPREGADO AO PAGAMENTO DA MULTA DE 40% SOBRE OS DEPÓSITOS DO FGTS. Desde que não impliquem violação a direitos indisponíveis ou a preceitos constitucionais, os acordos e as convenções coletivas de trabalho devem ser respeitados, nos termos dos arts. 7º, XXVI, e 114, § 2º, da CF, estando implícito que constituem a forma mais justa, democrática e eficiente de compor os interesses opostos de empregadores e trabalhadores. O Direito do Trabalho tem procurado amenizar a rigidez das normas legais em prol do êxito nas negociações coletivas, por meio da flexibilização das relações laborais ou de incentivo à aplicação da teoria do conglobamento, adotada na interpretação dos instrumentos negociais autônomos. *In casu*, o Regional julgou procedente o pedido do Ministério Público do Trabalho, quanto à anulação parcial da cláusula 17 - ACORDO PARA GARANTIA DE EMPREGO, no que se refere à disponibilidade do empregado em relação à multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, em troca da garantia no emprego de empresa terceirizada substituinte. A meu juízo, a cláusula em comento apresenta afronta ao art. 7º, I, da CF, cominado com o art. 10 da ADCT, configurando-se-me evidente que o empregado despedido sem justa causa faz jus ao recebimento da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, sendo ilegal a exclusão do benefício, ainda que com o intuito de promover a re-contratação do empregado com a garantia da estabilidade por determinado período. Desse modo, em que pese a possibilidade de flexibilização das normas trabalhistas, mas considerando que o princípio da irrenunciabilidade dos direitos laborais continua sendo uma das notas basilares e específicas do Direito do Trabalho, mantenho a decisão *a quo* e nego provimento ao recurso. Recurso ordinário desprovido.¹⁰³

Registra-se que apesar de o Tribunal Superior do Trabalho ter pacificado o entendimento de que a flexibilização não pode recair sobre os direitos indisponíveis do trabalhador, a súmula n.º 364, do mesmo Tribunal aponta no sentido contrário, como se verifica da seguinte decisão:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE I - Faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. II - A fixação do adicional de periculosidade, em percentual

¹⁰² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 74000-62.2006.5.12.0046, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 24/06/2009, 7ª Turma, Data de Publicação: 26/06/2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/#topoPage>>. Acesso em: 21 maio 2011.

¹⁰³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RO - 16000-75.2004.5.23.0000, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 11/09/2008, SDC, Data de Publicação: 26/09/2008. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 21 maio 2011.

inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos.¹⁰⁴

A discussão sobre a flexibilização ganhou tamanho relevo que já existem súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, como por exemplo, as de números 85 e 423. Da leitura do texto a seguir, extrai-se que a primeira descreve como pode ser feita a compensação de jornada de trabalho por meio de negociações coletivas ou acordo individual:

COMPENSAÇÃO DE JORNADA I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. III. O mero não-atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário.¹⁰⁵

Já a súmula 423 do Tribunal Superior do Trabalho, trata sobre a fixação da jornada de trabalho nos turnos ininterruptos de revezamento:

TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. FIXAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não tem direito ao pagamento da 7ª e 8ª horas como extras.¹⁰⁶

Neste contexto e após a realização da pesquisa, conclui-se que, para alguns, a flexibilização é necessária forma de preservação de empreendedores insertos numa economia de mercado extremamente competitiva, além de instituto de manutenção e criação de postos de emprego. Para outros, temerária tentativa de desregulamentação e de retirada da atuação estatal do âmbito das relações de emprego.

Percebe-se, ainda, que a atual Constituição Federal autoriza a flexibilização das normas, porém, condiciona a sua validade na negociação coletiva decorrente da atuação sindical representativa das classes envolvidas na relação de trabalho.

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Súmula nº 364. Adicional de Periculosidade. Exposição Eventual, Permanente e Intermitente. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 21 maio 2011.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Súmula nº 85. Compensação de Jornada. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Index_Enunciados.html>. Acesso em: 21 maio 2011.

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Súmula nº 423. Turno Ininterrupto de Revezamento. Fixação de Jornada de Trabalho Mediante Negociação Coletiva. Validade. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Index_Enunciados.html>. Acesso em: 21 maio 2011.

Assim, demonstradas as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a flexibilização do Direito do Trabalho, passa-se às considerações a título de conclusão.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo estudar se a flexibilização do Direito do Trabalho gera a conservação do empreendedor no atual mercado brasileiro ou na desregulamentação do Direito do Trabalho.

Para tanto, analisou-se, em seu capítulo inicial a origem histórica do Direito do Trabalho na humanidade, no qual foi exposto um breve histórico da evolução do trabalho humano, quais sejam: escravidão, servidão, corporações de ofício e trabalho assalariado (pós Revolução Industrial), bem como, dedicou-se laudas para a história do Direito do Trabalho no Brasil.

Em seguida, adentrou-se no estudo das diferenciações entre a relação de emprego com a relação de trabalho. Porquanto, foi imperioso, delinear os conceitos dos sujeitos da relação de emprego, tais como de empregado e empregador.

Com efeito, para que fosse possível atingir o fim almejado foi necessário, adentrar, somente na classificação do contrato de trabalho com vínculo empregatício quando a sua duração, em respeito ao número máximo de laudas permitidas neste estudo.

Por conseguinte, pode-se aprofundar no âmago deste estudo, o que foi realizado no terceiro capítulo. Dessa forma, diante do que foi analisado nos capítulos precedentes, verificou-se a flexibilização do Direito do Trabalho brasileiro, para isto, se apurou os conceitos de sindicato, bem como do acordo e convenção coletiva, juntamente com as suas histórias em nosso ordenamento jurídico, examinou-se, também, a distinção entre flexibilização e desregulamentação e, após, o surgimento da flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil juntamente com as suas posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Constatou-se que os direitos trabalhistas foram conquistas dos trabalhadores brasileiros ao longo da história, conquistas estas que se iniciaram já no Brasil Império com a abolição da escravatura.

Notou-se, aqui, que o Direito do Trabalho surgiu com o escopo de amparar os obreiros contra os abusos realizados pelo empregador, já que os empregados trabalhavam em condições desumanas, como, por exemplo, face à insalubridade e aos baixos salários que percebiam.

No Brasil Republicano observaram-se alguns aperfeiçoamentos nas condições de determinadas classes de trabalhadores, se fazendo, a partir de então, emergir várias leis em proveito de todos os trabalhadores. E aos poucos mais direitos trabalhistas foram aparecendo

na legislação pátria, resultando, em 1942, na confecção da Consolidação das Leis do Trabalho.

É notório que não existe liberdade de discussão do contrato de trabalho entre o empregador e o empregado, pois as partes não estão em condições de igualdade.

Assim, para inibir que os obreiros sejam forçados a convencionar com as condições contratuais impostas pelo empregador, bem como para os empregadores estarem diante de uma legislação trabalhista extremamente protecionista é importante que o Estado coloque na prática por via legislativa e jurisprudencial medidas que estejam em concordância com os princípios do Direito do Trabalho, promovendo emprego e incentivando estabilidade ao empregador.

Desta forma, a flexibilização do Direito do Trabalho deve ser vista com muita cautela, pois a sua implantação de forma indiscriminada e sem garantias diminui os direitos trabalhistas fundamentais, defrontando os preceitos constitucionais, e neles os princípios que regem as normas trabalhistas.

Após o que foi analisado, não se pode deixar de concluir que ao invés de o Brasil adotar a flexibilização do Direito do Trabalho como instrumento para conservar o empregador no atual mercado brasileiro, deveria ser adotado políticas públicas de incentivo à economia, promovendo emprego e estabilidade ao empregador no mercado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ísis de. **Manual de direito processual do trabalho**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Ltr, 1998.

AROUCA, José Carlos. **Curso básico de direito sindical**. São Paulo: Ltr, 2006.

AZEVÊDO, Jackson Chaves de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2001.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2007.

BARROSO, Fábio Túlio. **Novo contrato de trabalho por prazo determinado: flexibilização laboral e internacionalização das relações de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2004.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Os impactos da integração econômica no direito do trabalho: globalização e direitos sociais**. São Paulo: Ltr, 1998.

BRASIL, Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/D3048.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 maio 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943**: aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30 mar. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Súmula n.º 423. Turno Ininterrupto de Revezamento. Fixação de Jornada de Trabalho Mediante Negociação Coletiva. Validade. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Index_Enunciados.html>. Acesso em: 21 maio 2011.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Súmula nº 364. Adicional de Periculosidade. Exposição Eventual, Permanente e Intermitente. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 21 maio 2011.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Súmula nº 85. Compensação de Jornada. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Index_Enunciados.html>. Acesso em: 21 maio 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RO - 16000-75.2004.5.23.0000 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 11/09/2008, SDC, Data de Publicação: 26/09/2008. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 21 maio 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 10340-68.2008.5.15.0102 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 15/12/2010, 6ª Turma, Data de Publicação: 04/02/2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/#topoPage>>. Acesso em: 21 maio 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 180100-45.2001.5.02.0062 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 30/09/2009, 8ª Turma, Data de Publicação: 02/10/2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 21 maio 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 74000-62.2006.5.12.0046 , Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 24/06/2009, 7ª Turma, Data de Publicação: 26/06/2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/#topoPage>>. Acesso em: 21 maio 2011.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito sindical**: análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT, proposta de inserção da comissão de empresa. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2007.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982.

COSTA, Orlando Teixeira da. **O direito do trabalho na sociedade moderna**. São Paulo: Ltr, 1998

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2003.

FERNANDES, Anníbal. **O trabalhador autônomo**: posição na previdência social e no direito do trabalho, legislação e rotinas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

FREITAS, Vlademir de. **Natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho**. Disponível em:

<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18842/Natureza_Jur%c3%addica_da_Coven%c3%a7%c3%a3o_Coletiva.pdf?sequence=2>. Acesso em: 13 maio 2011.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**: de acordo com a Constituição de 1988. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**: de acordo com a Constituição de 1988. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GUÉDES, Carlos Eduardo Palleta. **Direito do trabalho**: teoria e casos. São Paulo: Fundamento Educacional, 2006.

HINZ, Henrique Macedo. **Direito individual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2006.

JEVEAUX, Geovany; CRUZ, Marcos Pinto da; AREOSA, Ricardo. **Manual do direito individual do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KHAMIS, Roberto Mehanna. **Contratos de trabalho de duração determinada**: legislação, doutrina, jurisprudência. São Paulo: Ltr, 1987.

MAGANO, Octavio Bueno. **Convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: Ltr, 1972.

MAGANO, Octavio Bueno; MALLET, Estevão. **O direito do trabalho na constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho**: na ordem econômica, na Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Ltr, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 21. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 24. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Paulo. Convenção e acordo coletivo de trabalho: Conceitos e definições de convenção e acordo coletivo de trabalho. Origem das convenções e condições para celebração de convenção ou acordo coletivo de trabalho. **DireitoNet**, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2693/Convencao-e-acordo-coletivo-de-trabalho>>. Acesso em: 13 maio 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho**. 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito sindical**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1991.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: Ltr, 2007.

PASTORE, José. **Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva**. São Paulo: Ltr, 1995.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2000.

PRADO, Ney (Coord). **Direito sindical brasileiro**. São Paulo: Ltr, 1998.

PRADO, Roberto Barretto. **Curso de direito coletivo do trabalho**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ltr, 1991.

ROCHA, Alexandre Euclides. **Reflexos Sociais e econômicos da globalização no mercado de trabalho**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=905>. Acesso em: 20 maio 2011.

ROMITA, Arion Sayão. **Direito sindical brasileiro**. Rio de Janeiro: Brasília/Rio, 1976.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

RUPRECHT, Alfredo J.. **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: Ltr, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2002.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: Ltr, 2007.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **O mercado de trabalho humano: a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Ltr, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. atual. São Paulo: Ltr, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Ltr, 2000.

TEIXEIRA JÚNIOR, João Régis. **Convenção coletiva de trabalho: não incorporação aos contratos individuais de trabalho**. São Paulo: Ltr, 1994.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo; MARTINS, Pedro Furtado; CARVALHO, Antonio Nunes de. **Iniciação ao direito do trabalho**. Lisboa: Verbo, 1994.

ANEXOS

ANEXO A – Recurso de Revista n.º 1801/2001-062-02-00.7**A C Ó R D ã O****8ª Turma****DMC/RIj/dr/jf**

RECURSO DE REVISTA. AJUDA-ALIMENTAÇÃO SOBRE O AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. NORMAS COLETIVAS. As condições ajustadas em normas coletivas, *in casu*, devem prevalecer, em face do disposto no art. 7º, XXVI, da CF. Na hipótese em tela, a norma que possibilita o pagamento da parcela por dia de trabalho, é oriunda de negociação coletiva, espécie de ajuste de interesses. A flexibilização do Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os empregados, com concessões recíprocas. Se as partes decidem, mediante acordo coletivo, estabelecer o pagamento de vantagens na forma acima estabelecida, não é possível entendê-las prejudiciais aos empregados, sob pena de afronta ao art. 7º, XXVI, da CF. **Recurso de revista conhecido e provido, no particular.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista **TST-RR-1801/2001-062-02-00.7**, em que é Recorrente **BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO S.A. - BANESPA** e Recorrido **LUÍS ROBERTO DAÓGLIO**.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, pelo acórdão de fls. 487/509 e 519/521, rejeitou as preliminares suscitadas e, no mérito, deu parcial provimento aos recursos ordinários interpostos por ambas as partes.

Ainda insatisfeito, o Banco do Estado de São Paulo S.A. - BANESPA interpõe recurso de revista, arguindo, em preliminar, a nulidade da decisão recorrida por negativa de prestação jurisdicional. No mérito, sustenta que a decisão recorrida não pode prevalecer no que concerne à transação, à prescrição, à carência de ação, às diferenças salariais, às horas extras, seus reflexos, à multa convencional, à ajuda-alimentação e à compensação. Fundamenta o apelo nas alíneas “a” e “c” do artigo 896 da CLT.

A Presidenta do TRT da 2ª Região, pela decisão de fls. 590/595, admitiu o recurso de revista patronal.

O reclamante apresentou contrarrazões às fls. 602/636 e interpôs recurso adesivo às fls. 637/654.

Por intermédio da decisão singular exarada às fls. 655/658, foi denegado seguimento ao recurso adesivo obreiro.

A Procuradoria-Geral do Trabalho não foi consultada, em face do disposto no artigo 83 do RITST.

É o relatório.

V O T O

I - CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade relativos à tempestividade (fls. 522/523), representação processual (fls. 291/295 e 479/480) e preparo (fl. 584).

1. PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGADO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

O reclamado afirma que, apesar da oposição de embargos de declaração, o Regional não se manifestou acerca de omissões havidas na sentença e no acórdão recorrido, mormente no que tange ao desvio de função, à multa normativa e à ajuda-alimentação sobre o aviso-prévio indenizado. Aponta violação dos artigos 5º, II, XXXV, LV e 93, IX, da Constituição de 1988 e 515 do CPC, além de trazer arestos para o cotejo de teses.

Por divergência, a revista não merece ser conhecida, pois o Regional não analisou a presente nulidade argüida.

De acordo com o entendimento sedimentado na Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, admite-se o conhecimento do recurso de revista, por nulidade do julgado, em virtude de negativa de prestação jurisdicional, somente por violação do artigo 832 da CLT ou do artigo 458 do CPC ou, ainda, do artigo 93, IX, da Constituição de 1988. Afasta-se, pois, o exame do conhecimento do recurso de revista pela alegada afronta ao artigo 515 do CPC.

Não se divisa nulidade do acórdão da Turma por negativa de prestação jurisdicional quando o julgador manifesta-se, com fundamentos jurídicos pertinentes, a respeito de questão invocada pela parte. A Constituição Federal não exige que as decisões sejam extensivamente fundamentadas. Impõe, isto sim, que à tutela reivindicada pelo interessado corresponda uma efetiva resposta do Estado-Juiz, mediante explícitos fundamentos. A mera objeção aos interesses da parte não dá azo à arguição de nulidade do julgado.

No que se refere à suscitada nulidade da sentença, o Tribunal assentou que “...de acordo com o entendimento adotado em primeiro grau (fls. 360/361), restou comprovado o exercício das funções típicas de “coordenador de informática”, embora o autor tivesse registrado como “analista de sistema pleno”, registrou que o juízo primevo fundamentou sua decisão no sentido de que “*Improcede, igualmente, as alegações de normas regulamentares, pois a ré as quebrou ao se beneficiar do trabalho de um funcionário em cargo hierarquicamente superior àquele formalmente reconhecido, sem o pagamento de remuneração correspondente ao cargo efetivamente reconhecido.*”

Por fim, salientou “*não se vislumbrar qualquer prejuízo, apanágio das nulidades, já que todas as questões, nos termos do artigo 515 do CPC, serão examinadas no recurso.*”

Saliente-se, de outra forma, que as omissões elencadas a respeito do desvio de função não prevalecem diante do posicionamento adotado pelo Regional no sentido de que “*Como se vê, a prova produzida (documental e testemunhal) corrobora a tese do autor, evidenciando o exercício da função de coordenador de informática.*” e, também que, “*No caso, houvera uma função primeira específica para a qual fora o reclamante contratado. Passara a assumir outras, de maior responsabilidade e de graduação hierárquica superior na empresa. Nesse contexto, no momento em que o empregador passa a exigir um trabalho diverso, assumindo o trabalhador funções outras, há de corresponder a essa alteração contratual um acréscimo de salário ou vantagem econômica da mesma ordem, sob pena de desequilíbrio do avençado, beneficiando somente uma das partes.*” Em sede declaratória, ainda complementou o Regional que a oposição dos embargos demonstravam a nítida insatisfação da parte com o julgado e sua intenção em modificá-lo.

No que tange à ausência de pronunciamento sobre as multas normativas, verifica-se que o fundamento adotado foi no sentido de que a condenação era consequência do descumprimento das cláusulas convencionais atinentes às horas extras, entendimento, segundo o Tribunal de origem, em consonância com o teor da Orientação Jurisprudencial nº 239 da SBDI-1 desta Corte.

Por fim, houve posicionamento explícito quanto a ser devido o auxílio-refeição, também, na hipótese de aviso-prévio indenizado.

Verifica-se que não havia necessidade de maiores pronunciamentos em face do entendimento adotado pela Corte *a quo*.

Não se caracteriza, nesse contexto, hipótese de prestação jurisdicional incompleta. Incólume, pois, o artigo 93, IX, da Constituição Federal

Não conheço.

2. TRANSAÇÃO.

No julgamento do recurso ordinário, o Regional assim se posicionou:

“Adoto a tese jurídica da transação, quando assistido o trabalhador por seu Sindicato e haja expressa quitação dos direitos decorrentes do Contrato de Trabalho ao receber o pagamento das verbas propostas pela empresa.

Entretanto, no caso em exame não houvera tal abrangência no termo assinado pelo reclamante (doc. 169, volume em apartado). Naquele documento, expressara a autora sua vontade em participar do Programa de Incentivo ao Desligamento Voluntário. Não amplia essa declaração para dar por quitadas todas as verbas decorrentes do contrato de trabalho. É um termo de adesão. Não se pode emprestar ao termo de adesão natureza superior a que se dá à coisa julgada.

Interessava também à empresa o desligamento de empregados. Incentivara-os a aderir a um Programa específico. Não significa de forma absoluta tenha havido a transação. A interpretação dos atos de vontade sofre restrições no campo do Direito do Trabalho, não tendo as partes a igualdade que ostentam no contrato civil. Daí o princípio da proteção achar campo próprio nesse ramo do Direito, dando guarida à máxima expressa por Couture de que *"o procedimento lógico de corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades"*. Eis porque a aplicabilidade do artigo 112, do Código Civil deve sofrer limitações no Direito do Trabalho, principalmente nos contratos de adesão.

O Programa de Desligamento Voluntário, documento 167, que serviu de base ao Termo de Adesão, em nenhum momento condiciona o deferimento do pedido à renúncia de direitos ou à quitação do contrato, embora fosse minucioso em suas cláusulas. Logo, não era condição essencial para participar do programa a desistência de ações futuras ou passadas.

A doutrina não afasta a possibilidade do acordo, apenas salienta a generalidade da fraude.

A questão não é pacífica, até porque os direitos dos trabalhadores sofrem limitações quanto à disponibilidade. A desigualdade econômica entre empregado e empregador sustenta a teoria da restrição à aplicabilidade da renúncia e transação no Direito do Trabalho.

As normas de garantias mínimas ao trabalhador e os cuidados no fortalecimento da igualdade entre as partes, empregado e empregador, não podem afastar a livre manifestação de vontade. Mas, na hipótese em exame não vejo a expressa declaração do autor quanto à transação de seus eventuais direitos.” (fls. 489/491)

Em recurso de revista, o reclamado sustentou que o reclamante, ao aderir ao Plano de Desligamento Voluntário, transacionou possíveis créditos a que teria direito, de livre e espontânea vontade. Alegou que não existiu nenhum vício de vontade ou coação que invalidasse o ato praticado. Apontou violação dos artigos 85, 131, 1.025 e 1.030

do Código Civil de 1916, 368 do CPC e transcreve arestos com o fito de demonstrar a existência de dissenso pretoriano.

No tocante aos efeitos da adesão ao Plano de Desligamento Voluntário, esta Corte Superior Trabalhista consagrou o entendimento acerca da controvérsia em tela com a edição da Orientação Jurisprudencial nº 270 desta SBDI-1, que estabeleceu que a transação extrajudicial rescindindo o contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo.

Essa interpretação decorreu do entendimento segundo o qual incogitável a transação de caráter genérico na esfera do Direito do Trabalho, em face do disposto nos artigos 9º e 444 da CLT. Há que se ter em conta os preceitos imperativos que visam à proteção do trabalhador e à prevalência da justiça social, notadamente no que concerne às condições mínimas de trabalho. Reputam-se nulos, portanto, os atos que contrariem ou impeçam a aplicação das normas cogentes de proteção do empregado.

Sobre o tema, atente-se para o seguinte trecho do acórdão prolatado nos autos do processo nº TST-E-RR-653.383/00.4, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, publicado no DJU de 24/5/2002, que, entre outros, serviu de precedente à edição da orientação jurisprudencial em foco:

“Em se tratando de transação extrajudicial para prevenir litígio, impõe-se encarar com naturais reservas a validade da avença no plano do Direito do Trabalho, máxime se firmada na vigência do contrato de emprego. A idéia de transação extrajudicial envolvendo quitação total e indiscriminada de parcelas do contrato de emprego esbarra na norma do art. 477, § 2º, da CLT. No âmbito das relações de trabalho, disciplinadas por legislação própria, a quitação é sempre relativa, valendo, apenas, quanto aos valores e parcelas constantes do recibo de quitação, à luz das disposições contidas no parágrafo 1º, do artigo 477 da CLT. A rigor, a pretensão do Reclamado de obter reconhecimento de quitação plena, abarcando inclusive parcelas não referidas e discriminadas no instrumento de rescisão esbarra frontalmente no que dispõe o referido dispositivo consolidado, que exige, para a hipótese de quitação do contrato de trabalho, além da assistência sindical, a especificação das parcelas no recibo de quitação, bem como a discriminação dos respectivos valores. Esse entendimento há muito vem sendo perfilhado por esta Corte Superior, o que ensejou, inclusive, a edição do Enunciado nº 330/TST. Ressalte-se que a natureza do Programa de Incentivo à Demissão Voluntária não é a de quitar todas as parcelas do contrato de trabalho, abonando a conduta ilegal do Reclamado, que sonegou direitos trabalhistas a seus empregados durante o curso do contrato de trabalho. Tal programa tem por finalidade apenas adequar o funcionamento da empresa, administrativa ou financeiramente, às alterações do mercado, através da redução do seu quadro de pessoal. Dou provimento ao Recurso de Embargos para determinar o retorno dos autos à Turma de origem, a fim de que aprecie as demais matérias

suscitadas no Recurso de Revista interposto pelo Reclamado, afastada a quitação de todas as parcelas trabalhistas pela adesão ao PDV”.

Na hipótese concreta, a pretensão recursal, no sentido de se obter o reconhecimento de eficácia plena e genérica à transação, com a extensão de seus efeitos a ponto de alcançarem parcelas e valores de natureza trabalhista não discriminados no instrumento de rescisão, vai de encontro às normas do Direito do Trabalho pertinentes, negando-se valia aos princípios protetores que informam e distinguem esse ramo especializado do Direito.

Estando a decisão proferida pelo Tribunal Regional em consonância com a iterativa e notória jurisprudência desta Corte Superior consubstanciada na OJ 270 da SBDI-1, descabe cogitar de violação de dispositivo legal e/ou constitucional ou de divergência jurisprudencial, por óbice do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333 do TST.

Não conheço.

3. PRESCRIÇÃO. GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL. DESVIO DE FUNÇÃO.

No particular, eis o Regional:

“Alega a reclamada que, quanto ao desvio de função e em relação à gratificação semestral, não há falar em prescrição quinquenal, uma vez que a pretensão da reclamante “funda-se em suposta alteração no contrato de trabalho, ato único do empregador”, fls. 395.

A regra geral prevista no art. 7º, inciso XXIX, CF é: prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois nos após a extinção do contrato de trabalho.

No caso, a rescisão contratual dera-se em 08/05/2001. A presente demanda – distribuída em 03/08/2001 - fora ajuizada dentro do biênio que se seguiu ao rompimento do contrato de trabalho. A prescrição quinquenal atinge as parcelas anteriores a 03/08/1996.

Em se tratando de parcelas sucessivas incidirá, sempre, a prescrição parcial.

No caso em exame, trata-se de prestações periódicas, cuja lesão não se verifica em um única oportunidade, a prescrição é parcial, contando-se do vencimento de cada uma delas e não do direito do qual se originaram.

Apoiara-se a origem no magistério de José Luiz Ferreira Prunes. De fato, a gratificação semestral, embora suprimida, não “ficará por isso esquecida, por se originar em causa que não desapareceu. Trata-se-á, assim, de violação periódica e a prescrição atingirá apenas as parcelas distanciadas no tempo” (Prunes, José Luiz Ferreira, A Prescrição e o Direito do Trabalho, Editora LTr, São Paulo, 1990, p. 336).

Prevista em estatuto do Banco, a gratificação semestral pode até não ser satisfeita por não confirmado o lucro, determinante da verba, mas sua gênese não fora extinta.

Acresça-se que o reclamante não negou o pagamento, **embora reduzido, a partir de janeiro de 1998**, quando o Banco pagou "parte das gratificações retidas desde 1996" (fls. 08). Logo, também por este ângulo, não se trataria de prescrição total.

Quanto ao desvio de função, dispõe a nova redação do Enunciado 275/TST:

"Prescrição parcial. Desvio de função. Na ação que objetive corrigir desvio funcional, a prescrição só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento".

Socorro-me, novamente, dos ensinamentos do doutrinador José Luiz Ferreira Prunes:

"No desvio de função, a partir do momento em que o empregado foi desviado, este descaminho repete-se dia-a-dia. Há a prestação de serviços na função sem a correspondente retribuição do cargo. Noutras palavras: sem a titulação (cargo) e sem os salário a esta pertinente, desenvolve serviços (função) que deveriam ser recompensados na medida daquela.

Daí se entender que embora a determinação patronal usualmente se origine numa única ordem ou determinação (a de desvio), os trabalhos quotidianos do assalariado indicam a repetitividade da violação.

Tem-se assim que a prescrição pode ser invocada pelo demandado, mas não sob o escudo do 'ato único' e apenas afastando as prestações sucessivas que tenham ficado além do período prescricional" (in A Prescrição no Direito do Trabalho, Ed. LTr, 1990, p. 360).

Inaplicável a prescrição total a que se refere o Enunciado 294/TST." (fls. 492/494 – grifos apostos).

Persiste o reclamado, nas razões de revista, em sustentar a incidência da prescrição total em relação ao pedido de pagamento de diferenças decorrentes da gratificação semestral e do desvio de função. Indica contrariedade à Súmula 294 desta Corte e traz arestos.

A alteração da forma de pagamento da gratificação semestral (pagamento reduzido) ocorreu em 1998, sendo que a rescisão ocorreu em 8/5/2001 e a reclamação trabalhista foi ajuizada em 3/8/2001. Dessa forma, vê-se que o Tribunal Regional decidiu a questão em harmonia com a Súmula nº 294 do TST, não se verificando a prescrição total da pretensão do reclamante à gratificação semestral.

No que se refere à prescrição relativa ao pedido de pagamento de diferenças pelo desvio de função, o entendimento da Corte Regional, no sentido de que a

prescrição a ser declarada é a parcial, encontra-se em consonância com o item I da Súmula nº 275 deste Tribunal:

“PRESCRIÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO E REENQUADRAMENTO.

I - Na ação que objetive corrigir desvio funcional, a prescrição só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento.”

Nesse contexto, o conhecimento do apelo não se viabiliza pela alegada contrariedade à Súmula nº 294 deste Tribunal e sequer pelos arestos colacionados no apelo (551/555), em face da incidência cumulada do entendimento acima transcrito com a previsão contida no artigo 896, § 4º, da CLT.

Não conheço.

4. CARÊNCIA DE AÇÃO.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região rejeitou a preliminar de carência de ação suscitada pelo reclamado, adotando, para tanto, os seguintes fundamentos:

“Suscita a reclamada, preliminarmente, carência de ação quanto ao pedido de diferenças salariais em decorrência de desvio de função.

A propositura de uma ação reclama o preenchimento de certos requisitos, que dizem respeito à forma (pressupostos processuais) e à questão de fundo, independentemente da existência, ou não, de um direito substancial subjetivo das partes.

Na hipótese, existe o direito de ação do reclamante frente à reclamada, o pedido é juridicamente possível, têm legitimidade a demandada e interesse o autor para agir em juízo.

Saliente-se que a impossibilidade jurídica do pedido somente se revela quando existente no ordenamento jurídico veto expresso ao pedido, o que não se verifica na espécie.

As questões suscitadas devem ser apreciadas junto ao mérito.” (fls. 491/492).

Nas razões de revista, reitera o reclamado a alegação de carência de ação quanto ao pedido de pagamento de diferenças decorrentes do desvio de função. Ampara o apelo em ofensa aos artigos 5º, II, da Constituição e 267, VI, e 282, III, do CPC. Traz aresto.

O julgado reproduzido à fl. 557 é inservível ao intento, porquanto oriundo do mesmo Tribunal Regional prolator da decisão recorrida. Pertinência do óbice da Orientação Jurisprudencial nº 111 da SBDI-1 desta Corte.

Deve ser salientado que o artigo 5º, II, da CF, que trata do princípio da legalidade, é por demais genérico, não sendo possível caracterizar-se afronta direta e literal a ele, mas apenas ofensa de forma reflexa, mediante análise de norma infraconstitucional. Tanto é verdade que o STF, pondo fim à divergência quanto à alegação de desrespeito ao princípio da legalidade, editou a Súmula 636, cujo teor é o seguinte:

“Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infranconstitucionais pela decisão recorrida.”

Considerando os fundamentos consignados na decisão recorrida, quais sejam, de que restou evidenciado o direito de ação, que o pedido é juridicamente possível, que a reclamada tem legitimidade e o reclamante possui interesse para postular, bem como que a impossibilidade jurídica do pedido somente se revela quando existente no ordenamento jurídico veto expresso ao pedido, situação não delineada na hipótese, impossível se torna vislumbrar ofensa literal aos artigos 267, VI, e 282, III, do CPC, na forma indicada pelo Banco reclamado.

Não conheço.

5. DESVIO DE FUNÇÃO.

Consignou o Regional:

“Os documentos anexados aos autos pelo empregado demonstram, à saciedade, que este exercera funções típicas de coordenador de informática (fls. 24/44). É importante destacar que ficara ressalvado, inclusive, que "os responsáveis estarão ocupando a função interinamente, por não existirem recursos suficientes no cargo de coordenador de informática" (vide, por exemplo, fls. 24). Irrelevante a data anterior à prescrição. Determinaram os atos neles transcritos as atividades do autor a partir daquela data, com reflexos para o futuro. Os documentos de fls. 40/44, já no período não abrangido pela prescrição, renovam a tese do autor.

A primeira testemunha do autor, fls. 297/298, informara que este "exercia a função de coordenador interino de equipe, coordenando uma equipe técnica que fazia manutenção de programas; em outras equipes havia funcionários que faziam o mesmo tipo de coordenação que o recte; lembra-se dos nomes de Luiz Ideo Iyamada e Abelardo Raimundo Reco (...); o recte foi coordenador interino de informática de 93 até junho ou julho de 97".

Como se vê, a prova produzida (documental e testemunhal) corrobora a tese do autor, evidenciando o exercício da função de coordenador de informática.

Quanto às regras de promoção, as questões mencionadas pelo Banco não têm importância, uma vez que o reclamante não pleiteia diferenças salariais, não o enquadramento em Plano de Cargos e Salários. Também irrelevante ser o autor analista de

sistemas pleno, pois exercera, efetivamente, outras funções no referido período. O fato de exercê-las de forma interina não obsta o reconhecimento do pedido, limitado que fora esse ao tempo de atividade.

A alegação de que não há obrigatoriedade de pagamento de diferenças salariais por eventual desvio de função deve ser rejeitada. Saliente-se a característica sinalagmática do contrato de trabalho, pressupondo, sempre, a equivalência e reciprocidade das prestações contratuais. Haveria, na concepção de Maurício Godinho Delgado "reciprocidade entre as obrigações contratuais, ensejando equilíbrio formal entre as prestações onerosas". Da relação de emprego emergem, assim, direitos e obrigações equivalentes para os contratantes. **No caso, houvera uma função primeira específica para a qual fora o reclamante contratado. Passara a assumir outras, de maior responsabilidade e de graduação hierárquica superior na empresa. Neste contexto, no momento em que o empregador passa a exigir um trabalho diverso,** assumindo o trabalhador funções outras, há de corresponder a essa alteração contratual um acréscimo de salário ou vantagem econômica da mesma ordem, sob pena de desequilíbrio do avençado, beneficiando somente uma das partes.

Os óbices levantados pela reclamada quanto à precariedade das comissões e de seu próprio arbítrio para indicar o ocupante do cargo e a revogação deste ato, não superam a realidade do exercício, pelo autor, da coordenação de informática.

Não fixara a origem, entretanto, o valor salarial a ser considerado. Assim, determino que seja observado aquele correspondente ao cargo de coordenador de informática, nível inicial (Plano de Cargos e Salários, Grupo Salarial XV, nível I). No mais, devem ser observados os parâmetros fixados em primeiro grau.” (fls. 497/499 – grifos apostos).

O Banco, no apelo revisional, sustenta que não havia cláusula expressa, no contrato de trabalho, delimitando as funções que o reclamante deveria executar, conseqüentemente, não houve qualquer violação contratual ou legal. Alega que a majoração salarial decorrente de eventual alteração ou desvio de função é objeto de livre estipulação entre as partes. Nessa linha, indica afronta aos artigos 5º, II, da Constituição de 1988, 456, parágrafo único, da CLT, 114 do novo Código Civil, 7º, 60 e 61 do Regulamento de Pessoal. Transcreve julgados ditos divergentes.

É de sabença geral que, ao interpor recurso de revista, para buscar a reforma de decisão amparada em interpretação de artigo de Regulamento empresarial, deve o recorrente transcrever, nas razões recursais, arestos paradigmas, lastreando-se nos termos da letra “b” do artigo 896 da CLT. Desse modo, tem-se que o apelo, por esse prisma, não se encontra bem fundamentado, porquanto abalizado na alínea “c” do artigo 896 da CLT.

Como mencionado acima, o princípio da legalidade insculpido no inciso II do artigo 5º da Constituição revela-se como norma correspondente a princípio geral do ordenamento jurídico, motivo pelo qual a sua vulneração não será direta e literal como o

exige a alínea “c” do artigo 896 da CLT, mas, quando muito, por via reflexa, em face da subjetividade que cerca o seu conteúdo.

O Regional não dirimiu a controvérsia e sequer fundamentou sua decisão à luz da orientação contida nos artigos 456, parágrafo único, da CLT e 114 do Código Civil de 2002, não havendo, por essa razão, como entendê-los ofendidos pela decisão recorrida.

Por fim, os arestos reproduzidos às fls. 561/562 esbarram no óbice da Orientação Jurisprudencial nº 111 da SBDI-1 deste Tribunal Superior.

Em face desses fundamentos, **não conheço**.

6. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA.

No que se refere ao tema em epígrafe, o Tribunal Regional assentou:

“O exercício do cargo de confiança fora reconhecido na origem. Entretanto, ao fundamento de que imprestáveis os controles de jornada juntados pela demandada, foram deferidas as horas extraordinárias com base na jornada alegada na inicial, qual seja, das 08h00 às 19h00, com uma hora de intervalo.

À análise.

De plano, deve ser esclarecido que as denominadas "folhas individuais de presença" anexadas pelo demandado (docs. 09/65, volume em apartado) registram, em sua grande maioria, horários invariáveis, das 09h00 às 18h00, de segunda a sexta-feira.

A primeira testemunha do reclamante informara que este trabalhava "pelo menos" até as 19h00, "pois dava suporte a um sistema que estava sob a coordenação do depoente", fls. 298.

A terceira testemunha do autor, por sua vez, afirmara que este chegava às 08h00, em média, fls. 298.

A testemunha da reclamada informara que, eventualmente, o reclamante não cumpria a jornada registrada nos controles de ponto, fls. 298.

Tais assertivas autorizam concluir que os horários de saída e entrada não eram corretamente registrados nos controles de jornada.

A despeito do inconformismo da reclamada, a veracidade da jornada anotada nas fichas de presença fora elidida pelos depoimentos prestados, desincumbindo-se o autor do seu ônus probatório.

As argumentações lançadas acerca dos depoimentos testemunhais devem ser rejeitadas, seja em decorrência da liberdade racional diante dos fatos apresentados ou sob a ótica do livre convencimento, fundamentado, do julgador.

Além de estar em consonância com a prova oral, a jornada reconhecida em primeiro grau é razoável.

Ressalte-se, por fim, que a OJ 233 da SDI-I/TST estabelece que "a decisão com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido de que o procedimento questionado superou aquele período".

Pelos fundamentos expostos, nego provimento." (fls. 495/496).

Prossegue o Banco reclamado, por intermédio do recurso de revista, aduzindo que os cartões de pontos por ele juntados não podem ser desconsiderados, uma vez que as anotações foram feitas pelo próprio reclamante. Alega que a prova documental autêntica deve prevalecer sobre os depoimentos que, segundo afirma, foram vagos e contraditórios. Requer seja excluído da condenação o pagamento de horas extras e reflexos, nos moldes do artigo 92 do Código Civil. Indica ofensa aos artigos 818 da CLT e 333, I, e 368 do CPC. Traz arestos.

É consabido que o Juiz não está adstrito à prévia valoração dos meios de prova produzidos. É livre na apreciação da prova, bastando que fundamente suas razões de decidir. É o princípio da persuasão racional, consagrado no artigo 131 do CPC. Assim, se o Tribunal *a quo*, ao analisar a prova dos autos (depoimento testemunhal), constatou que a jornada não era devidamente anotada nas folhas de frequência, decidiu corretamente ao deferir o pagamento das horas excedentes da jornada diária legal. Entendimento contrário implicaria flagrante desrespeito ao princípio da primazia da realidade, em que o aspecto formal deve ceder lugar à realidade fática.

No sentido da prevalência da prova oral em detrimento da prova documental – folha individual de presença –, a decisão do Regional encontra-se, inclusive, em consonância com o entendimento constante da Súmula nº 338, item II, cujo teor ora se reproduz "*II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho anotada em folha individual de presença, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário*".

No tocante à comprovação de parte do período alegado, a decisão recorrida também se harmoniza com a Orientação Jurisprudencial nº 233 da SBDI-1, que ora se reproduz:

"A decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido de que o procedimento questionado superou aquele período".

Em face da orientação contida na referida Súmula e Orientação Jurisprudencial desta Corte, não se vislumbra violação dos dispositivos de lei indicados no apelo, bem como inviabiliza-se o recurso de revista, também, por divergência jurisprudencial, em face do teor do artigo 896, § 4º, da CLT.

Não conheço.

7. REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NA LICENÇA-PRÊMIO.

Sustenta o reclamado que não pode prevalecer a decisão que determinou a incidência dos reflexos das horas extras na licença-prêmio, sob pena de ofensa aos artigos 5º, II, da Constituição e 114 do Código Civil de 2002. Transcreve, ainda, arestos ditos divergentes.

Ocorre que, compulsando os autos, verifica-se claramente que o Tribunal Regional não analisou nem adotou tese específica acerca das repercussões das horas extras na licença-prêmio. Observa-se, ainda, que não tratou o Banco de instar o Regional por intermédio da oposição de embargos de declaração, carecendo, portanto, do indispensável prequestionamento, conforme exigido no teor da Súmula 297 do Tribunal Superior do Trabalho.

Não conheço.

8. MULTA CONVENCIONAL.

O Regional deixou registrado:

“A multa convencional é mera consequência do descumprimento das cláusulas convencionais que tratam de horas extraordinárias. Ou seja, o pagamento de um número de horas extras inferior ao devido ou o **não pagamento do labor em sobrejornada, como no caso em exame, implica na não observância do adicional previsto no instrumento normativo**, tornando devida a multa em debate, estipulada livremente entre as partes.

Nada a deferir.” (fls. 500/501 – grifos apostos).

Em sede declaratória, o Tribunal de origem ainda complementou:

“Como fundamentado, a multa convencional é consequência do descumprimento das cláusulas convencionais que tratam de horas extraordinárias. Ressalte-se os termos da OJ 239 da SDI-I/TST.” (fl. 520)

Alega o reclamado, nas razões de revista, que o acordo coletivo de trabalho não prevê multa por falta de pagamento de horas extras, mas apenas fixa o seu percentual em cinquenta por cento. Aponta ofensa aos artigos 5º, II, e 7º, XXVI, da Constituição e 1.090 do Código Civil de 1916 (114 do novo Código Civil). Acaso mantida a condenação, requer seja observada a orientação contida no artigo 920 do Código Civil de 1916 (412 do CC atual). Traz aresto.

O único julgado reproduzido à fl. 578 retrata situação onde o adicional de horas extras foi pago a menor do que havia sido estipulado em norma coletiva; enquanto na hipótese dos autos, concluiu o Regional que a ausência de pagamento das horas

extras implicava em desrespeito à cláusula coletiva que estipulava o adicional de horas extras. Óbice da Súmula 296 desta Corte.

O Regional não fundamentou sua decisão à luz dos princípios e matérias contidos nos artigos 5º, II, da Constituição e 920 do Código Civil de 1916. Sequer foram opostos embargos de declaração, **sob esses aspectos**, com o fito de atender ao necessário prequestionamento, motivo pelo qual, sob esse prisma, o apelo não se viabiliza. Incidência da Súmula 297, I e II, desta Corte.

O Tribunal de origem, como visto, deixou assentado que não merecia reparos a sentença, já que as convenções coletivas regulamentavam o adicional devido na hipótese de labor extraordinário e que a ausência de pagamento das horas extras, constituía infração à norma coletiva.

A orientação consubstanciada na Súmula 384, II, deste Tribunal Superior dispõe, *verbis*:

“MULTA CONVENCIONAL. COBRANÇA (Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 150 e 239 da SBDI-1)

I – (...)

II- É aplicável multa prevista em instrumento normativo (sentença normativa, convenção ou acordo coletivo) em caso de descumprimento de obrigação prevista em lei, mesmo que a norma coletiva seja mera repetição de texto legal”.

Havendo previsão em norma coletiva de multa por descumprimento de cláusula referente às horas extraordinárias trabalhadas, há necessidade de condenação ao pagamento de multa normativa, por ser, a norma coletiva, fonte de direito material. Nesse sentido, inclusive, citam-se, a título exemplificativo, os seguintes precedentes em que figurava o mesmo reclamado: RR-743/2003-095-15-00.6 e RR-214/2003-070-02-00.7, 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ de 5/6/2009 e RR-1755/2003-069-02-00.2, 3ª Turma, Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ de 19/12/2008.

Diante desses fundamentos, não se verifica a possibilidade de ofensa literal aos artigos 7º, XXVI, da CF e 1.090 do Código Civil de 1916, de modo a atender a exigência prevista na alínea “c” do artigo 896 da CLT.

Não conheço.

9. AJUDA-ALIMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA SOBRE O AVISO-PRÉVIO INDENIZADO.

Ficou registrado:

“As normas coletivas prevêm a concessão do auxílio refeição, fixando o valor "por dia de trabalho".

Interpretara a origem que a vantagem só seria devida quando efetivo o trabalho. O aviso prévio fora indenizado. Prevê a CLT, § 1º, do art. 487, que na

ausência do aviso prévio impõe-se ao empregador o pagamento dos salários correspondentes ao período e a integração desse no tempo de serviço do trabalhador. É instituído um benefício do empregado. Não se pode, portanto, privilegiar interpretação restritiva que afasta vantagens concedidas ao trabalhador, com o artifício de impedir a prestação de serviços no referido período. A determinação para o autor não trabalhar fora da reclamada. Impedira-o de desfrutar, normalmente, dos benefícios coletivos pactuados. Se se entender indevido também esse, os prejuízos do despedimento injusto seriam antecipados, havendo tratamento discriminatório entre os trabalhadores.

Defiro a indenização substitutiva relativa à ajuda alimentação e ao auxílio cesta alimentação, nos exatos termos das normas coletivas, respeitadas as respectivas vigências.

Reformo.” (fls 506/507 – grifos apostos).

Nas razões de revista, o Banco sustenta que ficou configurada a natureza indenizatória da ajuda-alimentação, bem como que a cláusula normativa dispõe que a parcela será concedida de acordo com os dias de trabalho, não sendo devida a condenação. Aduz que a condenação afronta os artigos 5º, II, 7º, XXXVI, da atual Constituição e 1.090 do Código Civil de 1916.

Verifica-se, de pronto, que o Regional registrou que o pagamento da verba auxílio-refeição está previsto em norma coletiva e condicionado aos dias trabalhados.

A atual Constituição Federal, em seu artigo 7º, XXVI, valoriza a negociação nas relações de trabalho, reconhecendo as convenções e acordos coletivos de trabalho.

Dessa forma, tem-se como plenamente válido o acordo coletivo que possibilita o pagamento das referidas parcelas somente por dia de trabalho, uma vez que a atual Carta Magna, conforme salientado acima, reconheceu a validade dos instrumentos coletivos de trabalho, autorizando, inclusive, a possibilidade de redução salarial ou aumento da jornada de trabalho, mediante previsão em Acordo Coletivo de Trabalho ou Convenção Coletiva de Trabalho. Dessa forma, deve ser observada a vontade de seus instituidores.

Se as partes decidem, mediante acordo coletivo, estabelecer o pagamento de vantagens na forma acima estabelecida (condicionada ao dia de trabalho), não é possível entendê-las prejudiciais aos empregados.

Diante desses fundamentos, **conheço** do recurso de revista por ofensa ao artigo 7º, XXVI, da Constituição de 1988.

10. COMPENSAÇÃO. PDV.

O Regional consignou:

“Ao contrário do que entende a reclamada, não há compensação a ser deferida nos estritos limites do artigo 767 da CLT.

Não reconheço a validade de compensação, devolução ou sob denominação diversa a possibilidade de o empregado ressarcir à reclamada por verba paga por essa, espontaneamente, a título de incentivo à demissão. É interesse da reclamada por fim ao contrato e para tanto destina parcela significativa para compensar o empregado pelos ônus do despedimento.

A verba com sua natureza de indenização revela nítido caráter de compensação aos enormes prejuízos advindos do desemprego. Nem se alegue que, por atendida, parcialmente, a pretensão, esse direito fora preservado, pois insiste a reclamada em sua ignomínia de reaver o que antes reconheceu como uma indenização destinada ao reclamante. A finalidade da parcela é antes premiar o empregado, que, por longos anos contribuiu para o sucesso do empreendimento, que prevenir eventuais despesas com direitos eventualmente reconhecidos em juízo.

Mantenho a r. decisão de origem.” (fl. 500)

No final das razões de revista, o reclamado sustenta que a compensação deve ocorrer sobre as verbas pagas em virtude da adesão do reclamante ao programa de desligamento voluntário. Traz aresto.

Como se vê, o Tribunal *a quo* rejeitou a compensação dos valores deferidos na condenação com a indenização paga por adesão ao PDV, ao fundamento de que não se pode compensar parcelas com naturezas jurídicas diversas.

Com efeito, a questão já se encontra pacificada na OJ 356 da SBDI-1 do TST, nos seguintes termos:

“PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA (PDV). CRÉDITOS TRABALHISTAS RECONHECIDOS EM JUÍZO. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DJ 14.03.2008 Os créditos tipicamente trabalhistas reconhecidos em juízo não são suscetíveis de compensação com a indenização paga em decorrência de adesão do trabalhador a Programa de Incentivo à Demissão Voluntária (PDV).”

Nesse contexto, estando a decisão regional em consonância com a iterativa e notória jurisprudência desta Corte consubstanciada na OJ 356 da SBDI-1 do TST, descabe cogitar de divergência jurisprudencial com o aresto transcrito às fls. 581/582, pois já atingido o fim precípua do recurso de revista que é a uniformização de jurisprudência emergindo como obstáculo à reforma postulada a orientação fixada no art. 896, § 4º, da CLT e na Súmula 333 do TST.

Não conheço do recurso de revista.

II – MÉRITO

AJUDA-ALIMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA SOBRE O AVISO-PRÉVIO INDENIZADO.

Conhecido o apelo por ofensa ao artigo 7º, XXVI, da atual Constituição, tem-se como corolário o seu provimento.

Dou provimento ao recurso de revista para, reformando a decisão recorrida, restabelecer a sentença pela qual se indeferiu o pedido de pagamento da ajuda-alimentação relativamente ao aviso-prévio indenizado.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, **não conhecer** do recurso de revista quanto à preliminar de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional e no que se refere aos seguintes temas: “transação”, “prescrição”, “carência de ação”, “desvio de função”, “horas extras”, “reflexos das horas extras na licença-prêmio”, “multa convencional” e “compensação”. Também, por unanimidade, **conhecer** do apelo no que concerne ao tópico “ajuda-alimentação – incidência sobre o aviso-prévio indenizado”, por ofensa a dispositivo da Constituição, e, no mérito, **dar-lhe provimento** para, reformando a decisão recorrida, restabelecer a sentença.

Brasília, 30 de setembro de 2009.

DORA MARIA DA COSTA
Ministra-Relatora

ANEXO B – Recurso de Revista n.º 10340-68.2008.5.15.0102

A C Ó R D ã O
(6ª Turma)
GMMGD/ja/jr

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. PARCELAMENTO. NATUREZA DA PARCELA. ACORDO COLETIVO. VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, deve ser provido o apelo para melhor análise da arguição de afronta, em tese, ao art. 7º, XXVI, da CF. **Agravo de instrumento provido.**

RECURSO DE REVISTA. 1. PECÚLIO. INTERESSE RECURSAL. AUSÊNCIA. Falta interesse recursal da Reclamada quanto à pretensa restituição das contribuições efetuadas a título de plano pecúlio, se não há condenação nesse sentido, conforme se infere da parte dispositiva do acórdão regional. **Recurso de revista não conhecido, no aspecto.**

2. HORAS EXTRAS. A decisão recorrida encontra-se em consonância com a Súmula 366/TST, o que inviabiliza a admissibilidade do recurso de revista. **Recurso de revista não conhecido, no aspecto.**

3. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. PARCELAMENTO. NATUREZA DA PARCELA. ACORDO COLETIVO. VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA. A decisão regional está em consonância com o entendimento da SDI-1, órgão uniformizador da jurisprudência do TST, no sentido de que se deve prestigiar o pactuado entre empregados e empregadores por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho que concederam participação nos lucros com pagamento parcelado, afastando a sua natureza salarial (E-ED-RR-2095/2003-461-02-00.9). Res- salva de entendimento deste Relator que entende que a sistemática adotada pela Reclamada – de pagar mensalmente a verba de participação nos

lucros -, desvirtua a finalidade do instituto, com evidente utilização da parcela como forma de recomposição dos salários, ferindo diretamente o art. 3º, § 2º, da Lei 10.101/2000. A norma coletiva sobrepõe-se a texto expresso de lei, ferindo o princípio da imperatividade da norma laborativa (art. 7º, XXVI, da CF). Para este Relator a negociação coletiva tem amplos poderes, mas não pode afrontar a ordem jurídica heterônoma imperativa. **Recurso de revista provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-10340-68.2008.5.15.0102**, em que é Recorrente **VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA.** e Recorrido **LUIZ FERNANDO RODRIGUES**.

A Presidente do TRT da 15ª Região denegou seguimento ao recurso de revista da Reclamada (fls. 358-359).

Inconformada, a Reclamada interpõe o presente agravo de instrumento, sustentando que a sua revista reunia condições de admissibilidade (fls. 2-37).

Foram apresentadas contraminuta ao agravo de instrumento (fls. 364-365) e contra-razões ao recurso de revista (fls. 367-370v), sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2º, do RITST.

É o relatório.

V O T O

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO

I) CONHECIMENTO

Atendidos todos os pressupostos recursais, **CONHEÇO** do apelo.

II) MÉRITO

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. PARCELAMENTO. NATUREZA DA PARCELA. ACORDO COLETIVO. VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA.

O Regional deu provimento ao recurso ordinário do Reclamante para “reconhecer a natureza salarial da parcela paga, entre 01/2002 a 08/2003, sob a rubrica ‘PART. RESULTADOS’, já que, na realidade, de participação nos lucros não se trata, e

determinar a sua repercussão em férias, 13º salário, horas extras, adicional noturno, abonos, DSR, verbas rescisórias, incentivo financeiro e FGTS (11,2%)” (fls. 245-246).

Em recurso de revista, alega a Reclamada ofensa ao art. 7º, XXVI, da CF.

Com razão.

A decisão do regional, ao concluir no sentido de que não constitui participação nos lucros a parcela prevista em acordo coletivo com periodicidade mensal, negou vigência ao art. 7º, XXVI, da CF.

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista, para melhor análise da arguição de violação, em tese, do art. 7º, XXVI, da CF.

B) RECURSO DE REVISTA

I) CONHECIMENTO

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Atendidos todos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

1) DEVOLUÇÃO. PECÚLIO

Eis os termos do acórdão regional:

“DEVOLUÇÃO – PECÚLIO:

Segundo o articulado na peça recursal, persegue, o reclamante, a paga integral das contribuições efetuadas, posto ter deixado a condição de participante do plano, sendo incontroverso terem sido vertidos ao autor o percentual de 50% das contribuições por ele efetuadas, devidamente corrigidas pela variação da TR.

Antes da análise do presente recurso, algumas considerações devem ser feitas em relação ao contrato de previdência complementar instituído pelo empregador.

Pois bem. É sabido que nas regras alusivas aos regimes da previdência social, seja ele o geral ou estatutário, a conquista do benefício da aposentadoria independe da vontade do trabalhador, na medida em que a lei estabelece, de forma objetiva, os requisitos necessários para obtenção do aludido benefício, tais como, idade, tempo de serviço e contribuição, dentre outros.

Assim, se por um lado o trabalhador conta com a objetividade desses critérios para galgar benefício previdenciário futuro, por outro, não tem a necessária segurança jurídica de que, no período entre sua adesão ao plano até a implementação das condições para a obtenção do benefício, as regras sejam as mesmas, já que o legislador, de forma reiterada e a qualquer momento, promove verdadeira alteração dessas regras, sob o argumento de que, para os que ainda não incorporaram definitivamente ao seu patrimônio o referido direito, há mera expectativa e não direito adquirido.

Na hipótese em exame, em se tratando de previdência complementar instituída pelo empregador, que dispõe sobre as regras gerais para a organização e funcionamento de regime próprio de previdência, o ato de adesão ao regime complementar tem natureza contratual e, por corolário, reveste-se de fundamental importância a manifestação de vontade do empregado em relação à sua participação.

Ora, conforme acima afirmado, em se tratando de espécie do gênero contrato, as regras a serem aplicadas estão subordinadas aos princípios gerais do direito contratual, em especial, o princípio básico de que o contrato não pode ser alterado unilateralmente por quaisquer das partes, mormente quando há prejuízo para o outro contratante, sendo de responsabilidade da parte que deu causa à alteração responder por perdas e danos.

Em havendo o desligamento do fundo, lícito afirmar que o trabalhador tem direito ao resgate de suas contribuições até então efetuadas, já que a simples exclusão do fundo obstou a aquisição de benefícios para o qual vinha contribuindo.

Ora, se o patrimônio das entidades de previdência privada compõe-se de valores provenientes das contribuições de seus participantes, do aporte do patrocinador e de outras dotações da própria entidade, se desligado do fundo por unilateral de seu instituidor, o seu quinhão deve ser restituído.

Por outro lado, no que pertine à restituição dos depósitos realizados pelo empregador, conquanto inadequada à espécie a expressão “devolução”, já que o reclamante não teve desconto salarial sob essa rubrica, correto o julgado originário, porquanto as contribuições patronais têm por escopo custear a seguridade social de toda a coletividade participante do fundo de previdência complementar e não somente deste ou daquele empregado, considerado individualmente” (fls. 244-245).

Em recurso de revista, alega a Reclamada ofensa aos arts. 202 da CF, 421 do CC, 2º e 16 da Lei Complementar 109/2001 e 256, VI, do CPC, além de colacionar arestos para a demonstração de divergência jurisprudencial.

Sucede que falta interesse recursal da Reclamada quanto à pretensa restituição das contribuições efetuadas à título de plano pecúlio, simplesmente porque não houve condenação nesse sentido.

Da análise do v. acórdão regional, constata-se que o Eg. Regional externou fundamentação favorável à tese do Reclamante (de que este faria jus à pretensa

restituição das contribuições ao plano pecúlio), tese essa também salientada na ementa do referido julgado.

Contudo, na parte dispositiva da referida decisão, não há qualquer condenação da Reclamada á pretensa devolução, limitando-se o Eg. Tribunal *a quo* a dar provimento ao recurso ordinário do Reclamante apenas quanto ao tema “participação nos lucros” (fls. 245-246).

Com isso, manteve-se a r. sentença de origem, que rejeitou o pedido formulado pelo Reclamante, de restituição das contribuições ao plano pecúlio (fl. 139).

Assim, ainda que a fundamentação destoe da parte dispositiva do v. acórdão regional, é este que prevalece, de modo que não resulta qualquer condenação da Reclamada, no particular.

NÃO CONHEÇO.

2) HORAS EXTRAS. MINUTOS

Assim se posicionou o Eg. Regional, no particular:

“HORAS EXTRAS - MINUTOS QUE ANTECEDEM A JORNADA DE TRABALHO:

O Texto Celetizado, em seu artigo 4º, assegura a contraprestação da disponibilidade, ou seja, considera como tempo de efetivo serviço aquele em que o empregado esteja à disposição do seu empregador, aguardando ou executando ordens.

Irrelevante, assim, que não haja efetiva prestação de trabalho durante o período consignado nos cartões de ponto, superiores à 10 minutos, que antecede a jornada contratual. Entendimento contrário, equívale a transferir para o trabalhador os riscos da atividade empresarial. Ainda que assim não fosse, o tempo utilizado para colocação e retirada de uniforme, cuja utilização não constitui opção do trabalhador, mas sim exigência do empregador, configura tempo à disposição.

Nesse sentido, aliás, a súmula nº 366 do C. TST, *in verbis*:

CARTÃO DE PONTO. REGISTRO. HORAS EXTRAS. MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 23 e 326 da SDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005 Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder.

O decreto condenatório não comporta reparo”.

Em recurso de revista, a Reclamada violação aos arts. 5º da CF e 4º da CLT, haja vista que o Eg. Regional “contemplou o ócio do trabalhador, com o pagamento

de tempo que não se encontra à sua disposição ou em execução de suas ordens e serviços” (fl. 273).

Sem razão.

A decisão encontra-se em consonância com a Súmula 366/TST, o que inviabiliza o recurso de revista, nos termos do art. 896, §4º, da CLT c/c a Súmula 333/TST.

NÃO CONHEÇO.

3) PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. PARCELAMENTO. NATUREZA DA PARCELA. ACORDO COLETIVO. VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA.

O Eg. Regional deu provimento ao recurso ordinário do Reclamante para “reconhecer a natureza salarial da parcela paga, entre 01/2002 a 08/2003, sob a rubrica ‘PART. RESULTADOS’, já que, na realidade, de participação nos lucros não se trata, e determinar a sua repercussão em férias, 13º salário, horas extras, adicional noturno, abonos, DSR, verbas rescisórias, incentivo financeiro e FGTS (11,2%)” (fls. 245-246).

Fê-lo sob a seguinte fundamentação:

“PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS e 1/12 AVOS PARTICIPAÇÃO RESULTADOS:

Procede a irresignação do autor.

Conquanto haja previsão normativa a respeito, a parcela paga como antecipação, na razão de 1/12 avos do valor da participação nos lucros de 1999, não constitui a verba de que trata o artigo 7º, inciso XI, da CF, já que paga em periodicidade mensal, em total afronta ao artigo 3º e seus parágrafos da Lei Nº 10.101/2000, devendo, em face da habitualidade, ser integrada na remuneração para o cálculo das demais verbas trabalhistas.

De tal modo, pequeno reparo comporta o julgado para reconhecer a natureza salarial da parcela paga, entre 01/2002 a 08/2003, sob a rubrica ‘PART. RESULTADOS’, já que, na realidade, de participação nos lucros não se trata, e determinar a sua repercussão em férias, 13º salário, horas extras, adicional noturno, abonos, DSR, verbas rescisórias, incentivo financeiro e FGTS (11,2%)” (fls. 242-243).

Em recurso de revista, alega a Reclamada violação ao art. 7º, XXVI, da CF, porquanto desrespeitado pelo Eg. Regional acordo coletivo de trabalho que previu o pagamento parcelado mensalmente da parcela PLR.

Assiste-lhe razão.

O entendimento adotado pela SBDI-1 desta Corte é no sentido de que é válido o pagamento de qualquer antecipação ou distribuição de valores a título de participação nos lucros ou resultados em periodicidade superior a um semestre civil, ou mais

de duas vezes no mesmo ano civil, desde que pactuado em norma coletiva, em respeito ao art. 7º, XXVI, da Carta Magna, mantendo a parcela natureza indenizatória.

Para tanto, peço vênica para transcrever parte do entendimento sedimentado pela Eg. SBDI-I/TST, que dirimiu a controvérsia no processo E-ED-RR-2095/2003-461-02-00.9 (Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT 02/10/2009), no seguinte sentido:

“(...)A norma mediante a qual foi instituída a participação nos lucros e resultados e previsto o seu pagamento em duodécimos é oriunda de negociação coletiva, que é uma forma de ajuste de interesses, da qual participou o sindicato da categoria profissional, a quem cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (art. 8º, inc. III, da Constituição da República c/c os arts. 534 e 535 da CLT).

A flexibilização no Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os empregados com concessões mútuas. Portanto, se as partes decidiram estabelecer o pagamento da vantagem mensalmente, não é possível atribuir-lhe natureza salarial apenas porque não foi observada a periodicidade prevista no art. 3º, § 2º, da Lei 10.101/2000, sob pena de incorrer em violação ao art. 1.090 do Código Civil de 1916.

Deve-se prestigiar o pactuado entre empregados e empregadores por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho, sob pena de violação ao disposto no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República.

Nesse sentido são os seguintes precedentes em que a Volkswagen figura como reclamada:

‘EMBARGOS SUJEITOS À SISTEMÁTICA DA LEI Nº 11.496/2007 - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS - NATUREZA JURÍDICA - PARCELAMENTO PREVISTO EM NORMA COLETIVA 1. A questão relativa ao pagamento da participação nos lucros e resultados deve ser decidida à luz dos princípios constitucionais da autonomia coletiva e valorização da negociação coletiva, inscritos nos arts. 7º, XXVI, e 8º. 2. A cláusula que institui verba indenizatória e estipula o seu pagamento parcelado consubstancia exercício válido da prerrogativa conferida pela Constituição a trabalhadores e empregadores, com o fim de estabelecer as normas aplicáveis às suas relações, visando à melhoria de condições e composição de conflitos. Note-se que o acordo coletivo é instrumento hábil à concretização do direito previsto no artigo 7º, XI, da Carta Magna. Precedente da SBDI-1. Embargos conhecidos e providos’ (E-ED-RR-2674/2003-465-02-00.7, Rel. Min.: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 28/08/2009).

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. NATUREZA DA PARCELA. ACORDO COLETIVO. VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA. Deve-se prestigiar o pactuado entre empregados e empregadores por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho, sob pena de violação ao disposto no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República. A flexibilização no Direito do Trabalho, fundada na

autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os empregados com concessões mútuas. Portanto, em que pese o disposto no art. 3º, § 2º, da Lei 10.101/00, que veda o pagamento da participação nos lucros e resultados em periodicidade inferior a um semestre, se as partes decidiram pactuar o seu pagamento em duodécimos, não se pode pretender por isso atribuir-lhe natureza salarial, conferindo interpretação elástica ao instrumento normativo. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento” (E-RR - 1709/2004-102-15-00.3, Rel. Min.: João Batista Brito Pereira, DEJT 07/08/2009).

‘PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS - NATUREZA E PAGAMENTO PARCELADO - PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO. A decisão recorrida não reconheceu como válida a norma coletiva (acordo coletivo) que, expressamente, retratando a vontade de sindicato profissional e empresa, dispôs que o pagamento da participação nos lucros, relativa ao ano de 1999, seria feito de forma parcelada e mensalmente. O fundamento é de que o art. 3º, § 2º, da Lei nº 10.101/2000 dispõe que o pagamento de antecipação ou distribuição a título de participação nos lucros ou resultados não pode ocorrer em período inferior a um semestre ou mais de duas vezes no ano cível. O que se discute, portanto, é a eficácia e o alcance da norma coletiva. O livremente pactuado não suprime a parcela, uma vez que apenas estabelece a periodicidade de seu pagamento, em caráter excepcional, procedimento que, ao contrário do decidido, desautoriza, data venia, o entendimento de que a parcela passaria a ter natureza salarial. A norma coletiva foi elevada ao patamar constitucional e seu conteúdo retrata, fielmente, o interesse das partes, em especial dos empregados, que são representados pelo sindicato profissional. Ressalte-se que não se apontou, em momento algum, nenhum vício de consentimento, motivo pelo qual o acordo coletivo deve ser prestigiado, sob pena de desestímulo à aplicação dos instrumentos coletivos, como forma de prevenção e solução de conflitos. Recurso de embargos conhecido e provido’ (E-ED-RR-236/2004-102-15-00.4, Redator Designado Min.: Milton de Moura França, DEJT 24/04/2009).

No mesmo sentido são os seguintes precedentes: E-ED-RR-1447/2004-461-02-00.0, Redator Designado Min. Milton de Moura França, DEJT 17/04/2009; E-ED-RR-1420-2003-463-02-00.9, Redator Designado Min. João Oreste Dalazen, Data de julgamento 28/05/2009; E-RR-1903/2004-465-02-00.7, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de julgamento 28/05/2009”.

Por outro lado, ressalva-se que o entendimento deste Relator é no sentido de que, não obstante a Constituição da República, em seu art. 7º, XXVI, estipular que as convenções e acordos coletivos devem ser reconhecidos, a autonomia de negociação não é absoluta, não podendo se sobrepor a texto expresso de lei, prevalecendo o princípio da reserva legal e, no campo justralbista, também o princípio da imperatividade da norma laborativa.

Assim sendo, entendo que não se pode acatar o procedimento adotado pela Reclamada – ainda que respaldado em normas coletivas – de pagar mensalmente a verba de participação nos lucros, já que essa sistemática desvirtua a finalidade do instituto,

com evidente utilização da parcela como forma de recomposição dos salários. Esse método de pagamento da participação nos lucros e resultados viola diretamente o art. 3º, § 2º, da Lei 10.101/2000, passando a parcela a conter inquestionável natureza salarial.

Embora o parcelamento do pagamento da verba tenha respaldo nas normas coletivas, a sistemática adotada pela Reclamada violou diretamente o art. 3º da Lei 10.101/2000. Certo que, não obstante a Constituição da República, em seu art. 7º, XXVI, estipular que as convenções e acordos coletivos devem ser reconhecidos, a autonomia de negociação não é absoluta, não podendo se sobrepor a texto expresso de lei. Prevalece, neste aspecto, o princípio da reserva legal.

Contudo, a par de tais observações, curvo-me ao entendimento da SBDI-I.

Por tais motivos, entendo que o Eg. Regional, ao declarar a natureza salarial do valor pago a título de participação nos lucros, condenando a Reclamada ao pagamento de diferenças daí resultantes, incorreu em violação ao art. 7º, XXVI, da CF.

CONHEÇO, pois, do recurso de revista por ofensa ao art. 7º, XXVI, da CF.

II) MÉRITO

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. PARCELAMENTO. NATUREZA DA PARCELA. ACORDO COLETIVO. VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA.

Como consequência do conhecimento do recurso de revista por violação do art. 7º, XXVI, da CF, **DOU-LHE PROVIMENTO**, no aspecto, para excluir da condenação o pagamento dos reflexos decorrentes da supressão da parcela “participação nos lucros e resultados”.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I - dar provimento ao agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista; II - conhecer do recurso de revista apenas quanto ao tema “Participação nos Lucros e Resultados – Parcelamento - Natureza da parcela - Acordo coletivo - Volkswagen do Brasil LTDA.”, por violação do art. 7º, XXVI, da CF e, no mérito, dar-lhe provimento, no aspecto, para excluir da condenação o pagamento dos reflexos decorrentes da supressão da parcela “participação nos lucros e resultados”.

Brasília, 15 de dezembro de 2010.

MAURICIO GODINHO DELGADO
Ministro Relator

ANEXO C – Recurso de Revista n.º 740/2006-046-12-00.1

A C Ó R D ã O
7ª TURMA
IGM/rr/ca

ADICIONAL NOTURNO – FLEXIBILIZAÇÃO POR MEIO DE NORMA COLETIVA – POSSIBILIDADE. 1. o art. 7º, XXVI, da CF preconiza o respeito às pactuações decorrentes de instrumentos normativos. Assim, 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.

2. No caso, o Regional consignou que a cláusula coletiva prevista no acordo coletivo de trabalho 1999/2001 excluía do cômputo da jornada noturna os poucos minutos trabalhados antes das 5h da manhã e após às 22h, destinados à compensação de jornada. Contudo, o TRT entendeu que tal direito não pode ser flexibilizado, mantendo a sentença que deferiu o adicional noturno.

3. Assim, deve ser excluído da condenação o pagamento do adicional noturno referente aos poucos minutos trabalhados antes das 5h da manhã e após às 22h, pois desconsiderar a pactuação realizada entre as partes é tornar inócua a norma coletiva e letra morta a disposição constitucional, que, a despeito de permitir que os interlocutores do instrumento normativo sejam soberanos na fixação das concessões mútuas, apenas não admite a transação de direitos indisponíveis.

Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista TST-RR-740/2006-046-12-00.1, em que é Recorrente **DUAS RODAS INDUSTRIAL LTDA.** e Recorrido **WANDERLEI GERALDO.**

RELATÓRIO

Contra a decisão do **12º Regional** que **negou provimento** ao recurso ordinário do Reclamante e **deu provimento parcial** ao seu recurso ordinário (fls. 232-242V.), a **Reclamada** interpõe o presente **recurso de revista**, pedindo reexame das questões referentes ao **intervalo intrajornada** e ao **adicional noturno** (fls. 244-252).

Admitido o apelo (fl. 254), não recebeu razões de contrariedade, sendo **dispensada** a remessa dos autos ao **Ministério Público do Trabalho**, nos termos do art. 83, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

V O T O

I) CONHECIMENTO

1) PRESSUPOSTOS GENÉRICOS

O recurso é **tempestivo** (cfr. fls. 243 e 244), tem **representação** regular (fls. 32), e o **preparo** está **satisfeito**, com custas recolhidas (fl. 201) e depósito recursal efetuado no total da condenação (fl. 201).

2) PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS

a) INTERVALO INTRAJORNADA

Tese Regional: Deve ser mantida a sentença que entendeu que **somente o tempo suprimido** do intervalo intrajornada **deve ser remunerado** (fl. 241).

Antítese Recursal: **Não é devida a remuneração do período não concedido do intervalo intrajornada**, pois há a possibilidade de sua flexibilização por meio de norma coletiva. Houve violação do **art. 7º, XXVI, da CF** e **divergência jurisprudencial** (fls. 246-248).

Síntese Decisória: O apelo não prospera. Conforme a **Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST**, é **inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho** contemplando a **supressão ou redução do intervalo intrajornada**. No mesmo sentido, a **Orientação Jurisprudencial 307 da SBDI-1 do TST** dispõe que **a não concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo**, para repouso e alimentação, implica o **pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho**. Ressalvado entendimento pessoal, a SBDI-1 do TST adota a tese de que, a partir da entrada em vigor da Lei 8.923/94, a supressão do intervalo intrajornada implica pagamento integral do intervalo e não apenas dos minutos suprimidos, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da

remuneração da hora normal de trabalho.

Contudo, apesar de **não estar em conformidade com a Orientação Jurisprudencial 307 da SBDI-1 do TST**, verifica-se que **não se pode reformar o julgado com o fim de adequá-lo ao entendimento pacificado, pois houve recurso apenas da Reclamada**, que pleiteava a exclusão das horas extras referentes aos minutos suprimidos. Assim, deve ser **mantida a decisão regional** para que não seja configurado **“reformatio in pejus”**.

Assim sendo, **NÃO CONHEÇO** do recurso, no aspecto, por óbice da Súmula 333 do TST.

b) ADICIONAL NOTURNO - COMPENSAÇÃO

Tese Regional: Os controles de ponto demonstram que o **Obreiro iniciava sua jornada por volta das 4h30min**. A **cláusula coletiva** prevista no acordo coletivo de trabalho 1999/2001 **exclui do cômputo da jornada noturna os poucos minutos trabalhados antes das 5h da manhã e após às 22h**, destinados à compensação de jornada. Contudo, **tal direito não pode ser flexibilizado**, de modo que deve ser mantida a sentença que deferiu o adicional noturno (fls. 241 e 241v.).

Antítese Recursal: Deve ser dada **validade à norma coletiva** que **flexibilizou a concessão do adicional noturno em relação aos poucos minutos laborados antes das 5h da manhã e após às 22h**, para fins de compensação de jornada. Houve violação do **art. 7º, XXVI, da CF** e **divergência jurisprudencial** (fls. 248-251).

Síntese Decisória: O **art. 7º, XXVI, da CF** preconiza o respeito às pactuações decorrentes de instrumentos normativos.

Assim, 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 sentido, já nos pronunciamos alhures:

“Se, de um lado, o Constituinte de 1988, em relação a muitos direitos laborais, apenas trouxe para o texto constitucional o que já se encontrava previsto na CLT, por outro ampliou muitas dessas vantagens: a) salário-mínimo mais amplo, para abranger os gastos com educação e lazer (IV); b) jornada semanal de 44 horas (XIII); c) adicional de 50% para as horas extras (XVI); d) abono de 1/3 sobre as férias (XVII); e) licença-paternidade (XIX); f) aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (XXI); g) adicional de penosidade (XXIII); h) proteção em face da automação (XXVII); e i) prescrição quinquenal dos créditos trabalhistas (XXIX). No entanto, para restabelecer o equilíbrio entre o aumento substancial de encargos trabalhistas e a justa retribuição ao capital, a Constituição de 1988 albergou o princípio da flexibilização das normas trabalhistas, sob tutela sindical, mediante negociação coletiva, para as seguintes hipóteses: a) redutibilidade salarial (VI); b)

jornada de trabalho (XIII); c) trabalho em turnos ininterruptos de revezamento (XIV). A flexibilização representa a atenuação da rigidez protetiva do Direito do Trabalho, com a adoção de condições trabalhistas menos favoráveis do que as previstas em lei, mediante negociação coletiva, em que a perda de vantagens econômicas poderá ser compensada pela instituição de outros benefícios, de cunho social, que não onerarão excessivamente a empresa, nos períodos de crise econômica (efeito da globalização) ou de transformação na realidade produtiva (efeito do avanço tecnológico). Assim, se, de um lado, a Constituição de 1988 foi pródiga em garantir as melhores condições de trabalho para o empregado brasileiro, por outro, sem desconhecer a realidade da competitividade internacional, admitiu a possibilidade da flexibilização de direitos como instrumento de adequação da norma à realidade fática em que se vive, de modo a implementar uma Justiça Social que, efetivamente, dê a cada um o que lhe pertence. Nesse sentido, admitindo-se a flexibilização dos dois pilares básicos do Direito do Trabalho, que são o salário e a jornada de trabalho, todos os demais, ainda que não previstos expressamente, são suscetíveis de flexibilização, na medida em que constituem vantagens de natureza salarial ou garantias do descanso periódico ou circunstancial. Mais do que isso: admitindo a Constituição o princípio da flexibilização para os Direitos Sociais, reconhece que não constituem cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), sendo passíveis de alteração e redução por Emenda Constitucional. Na realidade, o que se assegura ao trabalhador é o direito a um salário justo e uma jornada de trabalho limitada, mas a quantificação desse direito é suscetível de adequação às circunstâncias de cada momento” (**Ives Gandra da Silva Martins Filho**, Os Direitos Fundamentais e os Direitos Sociais na Constituição de 1988 e sua Defesa, “in” A Efetividade do Processo do Trabalho, LTr - 1999 - São Paulo, ps. 16-17).

Nesse contexto, tendo sido pactuada, mediante **instrumento normativo**, a **exclusão do cômputo da jornada noturna dos poucos minutos trabalhados antes das 5h da manhã e após às 22h**, destinados à compensação de jornada, desconsiderar essa pactuação é tornar inócua a norma coletiva e letra morta a disposição constitucional, que, a despeito de permitir que os interlocutores do instrumento normativo sejam soberanos na fixação das concessões mútuas, apenas não admite a transação de direitos indisponíveis.

Ademais, o posicionamento abraçado pelo Tribunal Regional, a rigor, **não contraria a Súmula 60 do TST**, que não trata das hipóteses em que há norma coletiva estabelecendo regras acerca do pagamento do adicional noturno.

Nesse sentido, temos os seguintes precedentes: TST-RR-295/2002-253-02-00.5, 7ª Turma, Rel. Min. **Ives Gandra**, DJ de 19/10/07, e TST-AIRR e RR-795162/2001.8, 1ª Turma, Rel. Min. **Walmir Oliveira da Costa**, DJ de 13/02/09.

Ante o exposto, **CONHEÇO** do apelo, por violação do **art. 7º, XXVI, da CF**.

II) MÉRITO

Conhecido o apelo por violação do art. 7º, XXVI, da CF, seu

PROVIMENTO é mero corolário para, reformando a decisão regional no aspecto, excluir da condenação o pagamento do adicional noturno referente aos poucos minutos trabalhados antes das 5h da manhã e após às 22h.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Egrégia 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista apenas quanto ao adicional noturno, por violação do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando a decisão regional no aspecto, excluir da condenação o pagamento do adicional noturno referente aos poucos minutos trabalhados antes das 5h da manhã e após às 22h.

Brasília, 24 de junho de 2009.

IVES GANDRA MARTINS FILHO
MINISTRO-RELATOR

ANEXO D – Recurso Ordinário em Ação Anulatória n.º 160/2004-000-23-00.5

A C Ó R D ã O
SDC
DMC/Ac/eo/rd

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO ANULATÓRIA. TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO MATOGROSSENSES. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. MANUTENÇÃO DO CONTRATO LABORAL PELAS EMPRESAS TERCEIRIZADAS SUBSTITUINTES. RENÚNCIA DO EMPREGADO AO PAGAMENTO DA MULTA DE 40% SOBRE OS DEPÓSITOS DO FGTS. Desde que não impliquem violação a direitos indisponíveis ou a preceitos constitucionais, os acordos e as convenções coletivas de trabalho devem ser respeitados, nos termos dos arts. 7º, XXVI, e 114, § 2º, da CF, estando implícito que constituem a forma mais justa, democrática e eficiente de compor os interesses opostos de empregadores e trabalhadores. O Direito do Trabalho tem procurado amenizar a rigidez das normas legais em prol do êxito nas negociações coletivas, por meio da flexibilização das relações laborais ou de incentivo à aplicação da teoria do conglobamento, adotada na interpretação dos instrumentos negociais autônomos. *In casu*, o Regional julgou procedente o pedido do Ministério Público do Trabalho, quanto à anulação parcial da cláusula 17 – ACORDO PARA GARANTIA DE EMPREGO, no que se refere à disponibilidade do empregado em relação à multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, em troca da garantia no emprego de empresa terceirizada substituinte. A meu juízo, a cláusula em comento apresenta afronta ao art. 7º, I, da CF, c/c/ o art. 10 da ADCT, configurando-se-me evidente que o empregado despedido sem justa causa faz jus ao recebimento da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, sendo ilegal a exclusão do benefício, ainda que com o intuito de

promover a re-contratação do empregado com a garantia da estabilidade por determinado período. Desse modo, em que pese a possibilidade de flexibilização das normas trabalhistas, mas considerando que o princípio da irrenunciabilidade dos direitos laborais continua sendo uma das notas basilares e específicas do Direito do Trabalho, mantenho a decisão *a quo* e nego provimento ao recurso. **Recurso ordinário desprovido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Ação Anulatória **TST-ROAA-160/2004-000-23-00.5**, em que é Recorrente **SINDICATO DOS EMPREGADOS NAS EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO e OUTRO** e Recorrido **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 23ª REGIÃO**.

O 23º Regional, analisando a ação anulatória ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho (Procuradoria Regional do Trabalho da 23ª Região) em face do Sindicato dos Empregados nas Empresas de Asseio e Conservação do Estado de Mato Grosso – SEEACF/MT e do Sindicato das Empresas de Limpeza, Asseio e Conservação e Faxina do Estado de Mato Grosso – SEAC/MT (fls. 2/9), decidiu pelo não-conhecimento da contestação apresentada pelo Sindicato patronal, por intempestividade, e, no mérito, julgou procedente a ação (fls. 190/196).

Inconformados, os réus interpõem recurso ordinário, em peça única, requerendo a reforma do julgado que anulou parcialmente a cláusula 17ª - GARANTIA DE EMPREGO, objeto da ação, pugnando pelo restabelecimento, na íntegra, da referida proposta (fls. 204/223).

Admitido o recurso (fl. 227), foram apresentadas razões de contrariedade (fls. 231/251). Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82, § 2º, I, do RITST.

É o relatório.

V O T O

I) CONHECIMENTO

O recurso é tempestivo (fls. 197 e 204), a representação encontra-se regular (fl. 90), e foi efetuado o preparo (fl. 224), razões pelas quais dele conheço.

II) MÉRITO

CLÁUSULA 17 – GARANTIA DE EMPREGO

A cláusula foi assim convencionada:

“Cláusula 17 – DO ACORDO PARA GARANTIA DE EMPREGO. Considerando a tipicidade da atividade de terceirização de serviços e a necessidade de se garantir emprego aos trabalhadores, fica pactuado que as prestadoras de serviços que substituírem outras na prestação dos mesmos serviços, em razão de nova licitação pública ou novo contrato, negociarão a contratação dos empregados da empresa anterior, sem descontinuidade quanto ao pagamento dos salários e à prestação dos serviços, sendo que, nesses casos, a rescisão do contrato de trabalho não obrigará a multa sobre os depósitos fundiários (FGTS) e não pagamento do aviso prévio e da multa do art. 9º da Lei 7.238/84. A rescisão do contrato será por acordo. As demais verbas rescisórias não sofrerão nenhuma alteração. Consoante decisão de 13/09/2001 do Tribunal Superior do Trabalho – ROAA-nº 733699, nos termos da cláusula 25ª. (g.n.).

Parágrafo 1º: Havendo real impossibilidade da continuação do trabalhador nos serviços, devidamente justificada pela empresa ou pelo empregado perante os dois sindicatos convenientes, por escrito, especificando os motivos, o empregado terá assegurado o seu direito à indenização de 40% (quarenta por cento) sobre os depósitos do FGTS e os demais direitos previstos em lei.

Parágrafo 2º: Os empregados que se enquadrarem na hipótese prevista no *caput* desta cláusula terão direito à estabilidade de 06 (seis) meses no novo emprego” (CCT 2004/2005, fls. 15/16).

Ao intentar a ação, pretendendo a nulidade parcial da cláusula supracitada, constante da CCT 2004/2005, firmada pelas partes, o MPT alegou que os réus já haviam assinado Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, perante a Procuradoria Regional do Trabalho da 23ª Região, a fim de não incluírem cláusulas desse tipo em seus instrumentos coletivos. Considerou o autor a possibilidade da renúncia ao aviso prévio e à multa do art. 9º da Lei nº 7.238/84, desde que mantido o posto de trabalho, mas considerou abusiva a cláusula em relação à multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, pelos seguintes fundamentos:

a) no caso em tela, não se trata de sucessão (instituto previsto nos arts. 10 e 448 da CLT), ante a inocorrência de alteração na estrutura jurídica ou de mudança na propriedade da empresa;

b) pelo teor da cláusula, os riscos do empreendimento estão sendo repassados aos empregados, o que é vedado pelo art. 2º da CLT, visto que tais eventos são do empregador;

c) a disponibilização de direitos, que não seriam passíveis de disposição por meio da autonomia privada coletiva reconhecida à negociação, viola o art. 7º, XXVI, da CF.

Citando, ainda, a Orientação Jurisprudencial nº 31 da SDC, que dispõe sobre a impossibilidade da prevalência de acordos que estabeleçam normas menos benéficas que a própria lei, o MPT pleiteou a anulação do *caput* da cláusula, em relação à

multa compensatória de 40% do FGTS, bem como quanto à exigência de justificação do empregado (§ 1º), caso não desejasse mais trabalhar na empresa (fls. 2/9).

O TRT, ao julgar procedente a ação, considerou que, embora a flexibilização da legislação seja possível por meio de instrumentos coletivos, há direitos mínimos que não se inserem na referida prerrogativa, ante o princípio da legalidade, e, dentre eles, aqueles relativos ao FGTS. Considerou, ainda, a Corte *a quo*, que os ajustes de caráter coletivo devem assegurar o respeito às liberdades individuais, aos direitos indisponíveis e irrenunciáveis, sob pena de violação da lei, da Constituição, da segurança das relações jurídicas e da própria sobrevivência do estado de direito (fls. 192/195).

Pugnam os sindicatos recorrentes pela reforma do julgado, argumentando que as disposições constantes dos instrumentos negociais devem ser analisadas em seu conjunto, com as demais vantagens auferidas pelos empregados. E que, no caso em tela, a categoria profissional certamente abre mão de direitos assegurados pela lei e pela CF, mas os empregados têm assegurado um bem de maior importância, qual seja, a permanência no mesmo posto em que habitualmente prestavam os serviços, acrescido de uma estabilidade mínima de 6 meses, garantida pela empresa substituinte. Transcrevendo, ainda, diversos arestos de julgados do Regional e do TST, nos quais se reconhece a relevância das negociações coletivas e a prevalência do pactuado sobre os textos legais, inclusive, quanto à possibilidade de flexibilização, requerem seja restabelecida, na íntegra, a cláusula que dispõe sobre a garantia de emprego (fls. 205/223).

Nos termos dos arts. 7º, XXVI, e 114, § 2º, da CF, os acordos coletivos de trabalho devem ser reconhecidos e respeitados, entendendo-se que o produto resultante do êxito de uma negociação é a forma mais justa, democrática e eficiente de compor os interesses opostos de empregadores e trabalhadores.

Assim, tal respeito se impõe, a menos que tais instrumentos indiquem violação a direitos indisponíveis ou a preceitos constitucionais.

Nesse sentido, o Direito do Trabalho tem procurado amenizar a rigidez das normas legais em prol do êxito nas negociações coletivas, por meio da flexibilização das relações laborais ou de incentivo à aplicação da teoria do conglobamento, adotada na interpretação de acordos e convenções coletivas de trabalho. Por meio desse instituto, as partes fazem concessões mútuas, convergindo para um ajuste que se mostre equilibrado de forma razoável.

A cláusula, como proposta, exige a disponibilidade, por parte do empregado, do aviso prévio, da multa do art. 9º da Lei nº 7.238/84 e da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS - institutos estes que têm a finalidade de proteger o trabalhador, no caso da perda do emprego -, conferindo, concomitantemente, ao trabalhador, a sua permanência no emprego, com a garantia da percepção dos salários pelo prazo de seis meses. Verifica-se, inicialmente, a ocorrência de concessões recíprocas entre as partes.

Sobre a questão da renúncia à multa de 40% sobre os depósitos do FGTS a ser paga pelas empresas, objeto deste recurso, esta Seção Especializada, em

julgamentos anteriores, realmente se posicionou no sentido de considerar que a categoria profissional pudesse ao firmar instrumentos negociais, abrindo mão de direitos assegurados pela lei e pela Constituição Federal, que possuem cunho eminentemente patrimonial. Assim, asseguravam um bem de maior relevância em dias de alta taxa de desemprego, que era a imediata colocação em postos de trabalho, principalmente em se tratando de empresas prestadoras de serviços.

Contudo, a questão, atualmente, tem sido bastante debatida nesta Corte, principalmente em ações individuais, quanto à validade de cláusula convencionada que, a pretexto de conferir maior estabilidade aos contratados por empresas fornecedoras de mão-de-obra, ferem direitos fundamentais dos trabalhadores, prevalecendo o entendimento de que o reconhecimento constitucional da validade dos instrumentos normativos não implica ampla e irrestrita liberdade às partes para flexibilização de direitos (RR-63/2007-003-10-00.5, 1ª T., Rel. Min. Vieira de Mello Filho, julgado em 13/8/2007).

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas continua sendo uma das notas basilares e específicas do Direito do Trabalho. Assim, a cláusula que estipula que a rescisão do contrato por acordo, por meio do qual o trabalhador, em troca da garantia de emprego, renuncia à multa - a qual a empresa é obrigada a pagar -, no caso da demissão sem justa causa, fere dispositivos legais e constitucionais, mesmo tendo sido estabelecida com a intermediação da respectiva entidade sindical profissional.

A flexibilização permitida pela Carta Magna, ao Sindicato profissional, por ocasião das tentativas de negociação, diz respeito somente à jornada de trabalho e salários, e a questão referente à possibilidade de a entidade sindical dispor dos direitos individuais dos trabalhadores foi aventada pelo Min. Min. João Oreste Dalazen, quando do julgamento do processo ROAA-7877/2002-000-04-00.0 (DJ de 26/11/2004), do seguinte modo:

“A questão é: estão os sindicatos brasileiros amadurecidos e fortalecidos para defender junto aos empregadores os interesses da categoria profissional que representam? É certo que na experiência de prósperas economias capitalistas do mundo ocidental predominam sindicatos fortes e lá eles têm uma destacada atuação na negociação e na criação de normas trabalhistas. Em tese, a intervenção de sindicato na negociação coletiva equilibra as forças, suplantando o óbice da coação econômica presente na negociação individual direta entre empregado e patrão. Entretanto, sabemos que a realidade do sindicalismo brasileiro é bem diversa da observada no direito comparado, mormente porque o Brasil ainda não ratificou a Convenção nº 87, da OIT, sobre liberdade sindical. Somos o País em que ainda prepondera um sindicalismo frágil, com escassa filiação e precária representatividade. Ironicamente, como se sabe, a unicidade sindical prevista na Constituição redundou no surgimento de milhares de inexpressivos sindicatos, em sua imensa maioria despojados de qualquer poder de barganha para uma negociação em nível de igualdade com o Capital. Isso se explica, em grande medida, porque os sindicatos ainda vivem à sombra do

Estado, beneficiados pela famigerada contribuição sindical compulsória. Ora, bastaria esta para retirar qualquer veleidade de independência e de representatividade à maioria dos nossos sindicatos. Claro que não auferindo receita exclusivamente dos próprios associados, como seria desejável, e havendo precária sindicalização, muitos sindicatos não têm compromisso com as bases. Daí porque é comum o divórcio entre os interesses de certas cúpulas sindicais e os dos trabalhadores representados. Nesta perspectiva, parece-me patente que mesmo a minoria de sindicatos combativos e dignos com que contamos ressaente-se de poder de pressão. Premidos pelas necessidades materiais dos integrantes da categoria profissional, é de indagar-se: como os sindicatos podem negociar livremente e em posição de igualdade com os patrões? Esclareço, todavia, que não se está aqui emitindo juízo de valor algum específico sobre os Sindicatos ora Recorridos, mas apenas realçando que, além de carecer de validade a cláusula ora impugnada, não se justifica mesmo na atual quadra da sociedade brasileira esvaziar o papel da legislação e maximizar-se o papel de um combalido sindicalismo”.

Assim, a meu juízo, a cláusula em comento apresenta afronta ao art. 7º, I, da CF, c/c/ o art. 10 da ADCT, configurando-se-me evidente que o empregado despedido faz jus ao recebimento da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, sendo ilegal a exclusão do benefício, ainda que com o intuito de promover a re-contratação do empregado com a garantia da estabilidade por determinado período.

Ressalta-se, por oportuno, o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, firmado perante o Ministério do Trabalho e assinado pelas entidades sindicais representativas dos segmentos patronal e profissional, cujo item II – DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS, dispõe que:

“O sindicato signatário assume as seguintes obrigações, que deverão ser observadas quando da celebração de Acordo ou Convenções Coletivas:

II.1) Não firmar negócio coletivo (acordo ou convenção coletiva de trabalho), no qual esteja previsto, a título de garantia de emprego, a dispensa ao pagamento de indenizações devidas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), em especial à indenização de 40% por dispensa sem justa causa;

II.2) Não firmar negócio coletivo (acordo ou convenção coletiva de trabalho), no qual esteja prevista a necessidade de o empregado ter que se justificar, caso não deseje se transferir para outra empresa. Nessa hipótese, será garantido o pagamento de todos os direitos previstos em lei, decorrentes da ruptura do pacto laboral, ao empregado que, mesmo sem motivo, não deseje se transferir para outra empresa (...)” (fls. 52).

Pelo exposto, mantenho a decisão regional que declarou a nulidade do *caput* da cláusula, em relação à multa de 40% do FGTS, bem como do § 1º da cláusula, e nego provimento ao recurso.

Pelo exposto, mantenho a decisão regional e **nego provimento** ao recurso.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, **negar provimento** ao recurso ordinário.

Brasília, 11 de setembro de 2008.

DORA MARIA DA COSTA
Ministra-relatora