

A prevalência do negociado sobre o legislado

Ricardo Souza Calcini

Especialista em Direito Social pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura do TJ/SP. Instrutor de Cursos e Treinamentos “In Company” e Eventos Corporativos. Coordenador Acadêmico e Professor da Escola Nacional do Direito. Professor Convidado e Palestrante em Cursos Jurídicos e de Pós-Graduação. Assessor de Desembargador e Professor da Escola Judicial no TRT/SP da 2ª Região. Membro do IBDSJC, da ABDPC, do CEAPRO, da ABDPro, da ABDConst, do IDA e do IBDD.

Resumo: O texto tem por finalidade precípua a defesa da valorização da autonomia negocial coletiva, como instrumento legítimo à pactuação de regras e condições de trabalho que melhor atendam aos interesses das partes acordantes. A aplicação prática do princípio da criatividade jurídica, erigido como direito fundamental no artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988, encontra plena conformação com o princípio da adequação setorial negociada, por estar preservado o patrimônio mínimo de direitos de indisponibilidade absoluta, sem que haja a precarização das relações laborais. A prevalência do negociado sobre o legislado é tendência jurisprudencial adotada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal e também pode ser identificada em precedentes do Tribunal Superior do Trabalho, responsáveis pela uniformização do entendimento a ser seguido por toda a Justiça do Trabalho, em especial após o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chaves: Autonomia da negociação coletiva. Os limites à autonomia privada coletiva. Prevalência do negociado sobre o legislado. Princípio da criatividade jurídica. Princípio da adequação setorial negociada. Direitos de indisponibilidade absoluta e relativa. Força normativa dos precedentes judiciais. Código de Processo Civil de 2015.

Sumário: **1** Introdução – **2** A autonomia negocial coletiva – **3** A supremacia da negociação coletiva de trabalho – **4** Os limites à autonomia privada coletiva – **5** A prevalência do negociado sobre o legislado – **5.1** Vale-transporte (Informativo – TST nº 25) – **5.2** Revista íntima (Informativo – TST nº 72) – **5.3** Tíquete-alimentação (Informativo – TST nº 96) – **5.4** Equiparação salarial (Informativo – TST nº 120) – **5.5** Jornada noturna (Informativo – TST nº 139) – **5.6** Horas *in itinere* (Informativos – TST nºs 02, 10, 25, 26, 29, 51, 54 e 80) – **6** – A valorização da negociação coletiva de trabalho – **7** A força obrigatória dos precedentes judiciais – **8** Conclusão – Referências

1 Introdução

Em razão das mudanças ocorridas a partir da Revolução Cultural da década de 1960 (novas exigências de mercado), e da crise do petróleo da década de 1970 (pressão pela flexibilização das leis trabalhistas), é certo que houve acentuada modificação das relações entre capital e trabalho (Max Weber).

Assim, fatores como políticas neoliberais, globalização, fragmentação dos postos de trabalho e automação estariam a exigir dos mercados uma adequação das normas trabalhistas, haja vista a necessidade de reformulação estrutural de produção.

Neste contexto, tornou-se inevitável discutir a possibilidade de o negociado prevalecer sobre o legislado, sobretudo por ser a negociação coletiva instrumento propulsor do diálogo social.

Hodiernamente, a importância da temática não poderia ser ainda maior, tanto por força das recentes decisões proclamadas pelo Supremo Tribunal Federal, nos precedentes exarados nos Recursos Extraordinários nºs 590.415/SC e 895.759/PE, quanto porque o atual Governo Federal¹ busca aprovar, em 2017, um projeto de lei a fim de viabilizar que o acordado entre patrões e empregados se sobreponha aos termos estabelecidos pela legislação.

O presente trabalho, portanto, será dedicado ao estudo da validade das cláusulas de acordos e convenções coletivas de trabalho submetidas ao crivo do Poder Judiciário Trabalhista, aqui representado pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, órgão de cúpula do Poder Judiciário Trabalhista,² que tem por função primordial a uniformização da jurisprudência nacional.

2 A autonomia negocial coletiva

Antes de adentrar no exame da jurisprudência, cumpre esclarecer que, como efetiva ciência jurídica, o Direito Coletivo do Trabalho se preocupa em regular as relações inerentes à autonomia privada coletiva. Em outras palavras, trata-se de relações firmadas entre organizações coletivas de empregados e empregadores e/ou entre as organizações dos trabalhadores e as próprias empresas, e que surgem da dinâmica da representação sindical e atuação coletiva inerente à classe dos trabalhadores.³

¹ No dia 22 de dezembro de 2016 foram publicadas no *DOU* as Medidas Provisórias nºs 761 e 763, que iniciaram, do ponto de vista legislativo, a chamada “minirreforma trabalhista”. A MP nº 761 alterou o programa de que trata a Lei nº 13.189/2015 para denominá-lo Programa Seguro-Emprego, modificando suas condições e prorrogando seu prazo de vigência. Já a MP nº 763 alterou a Lei nº 8.036/1990 para elevar a rentabilidade das contas vinculadas dos trabalhadores por meio da distribuição de lucros do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e para dispor sobre possibilidade de movimentação de contas do FGTS vinculadas a contratos de trabalho extintos até 31 de dezembro de 2015.

² A Emenda Constitucional nº 92, de 2016, deu nova redação ao artigo 111-A da Constituição Federal de 1988, para equiparar o Tribunal Superior do Trabalho aos demais Tribunais Superiores, reforçando a necessidade de seus ministros possuírem “notável saber jurídico e reputação ilibada”. A referida emenda também acrescentou o §3º ao aludido artigo 111-A da CF/88, prevendo competência do Tribunal Superior do Trabalho para “processar e julgar, originalmente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia de suas decisões”.

³ O artigo 8º, VI, da Constituição Federal de 1988, prevê o chamado “princípio da interveniência sindical na negociação coletiva”. Tal preceito propõe que a validade do processo negocial coletivo se submeta à necessária intervenção do ser coletivo institucionalizado obreiro. No caso brasileiro, o sindicato. Logo, a Constituição da República, ao considerar obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas,

Por essa razão é que comumente se afirma que o Direito Coletivo é construído a partir da relação entre entes teoricamente equivalentes, porque são seres coletivos. Esse é o ponto crucial e diferenciador quando comparado ao Direito Individual do Trabalho, já que representativo das relações entre grupos.

Além do mais, o Direito Coletivo do Trabalho tem como objetivo maior disciplinar os interesses coletivos e, por essa razão, guarda em si a função criadora de normas que regem seus grupos, atuando na constituição de regramentos que vão inclusive determinar direitos e obrigações na órbita dos contratos individuais de trabalho.

Sucedee, porém, que a autonomia do Direito Coletivo, na criação normativa, não significa necessária soberania perante o Estado, nem sobreposição de uma ordem jurídica paralela e à margem da ordem jurídica estatal.

Por essa razão é que se mostra bastante oportuna, atualmente, a definição dos limites da autonomia negocial coletiva para fins de identificar os motivos pelos quais cláusulas de acordos e convenções coletivas de trabalho têm sido anuladas pela Justiça Especializada.

3 A supremacia da negociação coletiva de trabalho

Em princípio, tem-se como premissa a ser seguida neste estudo o fato de a autonomia privada coletiva, também chamada de autonomia sindical ou autonomia coletiva dos grupos (Amauri Mascaro Nascimento), encontrar-se prevista no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que é taxativa ao conferir validade às normas originárias de convenções e acordo coletivos de trabalho, *in verbis*:

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

XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Não por outra razão que o próprio Constituinte Originário de 1988 trouxe hipóteses permissivas à validade do negociado sobre o legislado, em casos nos quais as normas coletivas venham a dirimir controvérsias em torno de temas como salário e jornada de trabalho.

Destaca-se, nesse sentido, o teor dos incisos VI, XIII e XVI do artigo 7º da Constituição Federal:

não se refere ao sindicato de empregadores, mas sim ao sindicato de empregados. Essa é a razão pela qual o empregador não pode negociar diretamente com comissão eleita pelos trabalhadores, sem intervenção do respectivo sindicato, para tratar, por exemplo, da participação nos lucros ou resultados.

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

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

[...]

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

Assim, a autonomia privada coletiva, prevista como direito fundamental pelo artigo 7º, XXVI, da Lei Maior, é a capacidade atribuída aos sujeitos de Direito Coletivo de criar normas complementares ao regramento heterônomo, por meio do processo negocial. Aquela, frise-se, difere da autonomia privada individual, já que esta representa a pactuação firmada no âmbito individual do contrato de trabalho entre empregado e empregador.

A autonomia privada coletiva, fundada na autonomia sindical (CRFB, artigo 8º, I), encontra respaldo também nos princípios da equivalência dos contratantes e da criatividade jurídica. Está vinculada, por isso, aos princípios do patamar mínimo civilizatório e da adequação setorial negociada.

4 Os limites à autonomia privada coletiva

Acontece que a autonomia negocial deve respeitar o “núcleo duro” do Direito do Trabalho, formado por normas de fonte estatal (imperativas e de ordem pública), pautadas pelos princípios da proteção e da irrenunciabilidade. Exemplos disso são os direitos relativos à saúde e à segurança do trabalho,⁴ que traduzem o marco regulatório mínimo de cidadania dos trabalhadores, cuja transação não pode ser objeto de negociação coletiva.

Essa é a razão pela qual a jurisprudência da Corte Superior Trabalhista faz a distinção entre normas de indisponibilidade absoluta e normas de indisponibilidade relativa. As primeiras, como acima mencionado, englobam o patamar mínimo civilizatório dos trabalhadores, insuscetíveis, portanto, de modificação pela via da negociação coletiva. Já as segundas conferem efetividade ao princípio da adequação

⁴ SUM-437 INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALI-MENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-I) – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. “(...) II – É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva”.

setorial negociada, mas para sua legitimação é necessário garantir ao menos um mínimo de contraprestação, além de se estabelecer um patamar superior de direitos, de acordo com o princípio constitucional da progressividade dos direitos sociais.⁵

Dessa forma, do cotejo entre os instrumentos coletivos de trabalho (normas autônomas) e a legislação consolidada (normas heterônomas), há de se aplicar o princípio da criatividade jurídica,⁶ traduzido na função normogênica da negociação coletiva, em harmonia com o citado princípio da adequação setorial negociada.

Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro adotou a “Teoria Híbrida ou Mista” quanto à natureza jurídica dos acordos e convenções coletivas de trabalho. Assim sendo, a norma coletiva constitui um *tertium genus* entre o contrato de trabalho e a legislação consolidada, uma vez que sua formação decorre de um ajuste de vontades e seu conteúdo equivale a uma norma jurídica aplicável aos sujeitos das relações individuais de trabalho.

Por essa razão, como não há falar-se em direito absoluto, mais fundamental que outro, havendo aparente colisão entre direitos, deve ser aplicada a técnica de ponderação de interesses, com a adoção dos princípios da concordância prática e da cedência recíproca (Konrad Hesse). Afinal, há de se garantir a própria unidade do ordenamento jurídico pátrio, com adoção de critérios constitucionais como a proporcionalidade e a razoabilidade, sem que haja exclusão de quaisquer dos direitos fundamentais envolvidos.

Dito isso, cabe ao intérprete, na aferição dos limites da negociação coletiva, promover a compatibilização entre as normas coletivas negociadas (autônomas) e a normatização estatal (heterônoma), devendo, contudo, ser respeitado o “núcleo duro” do Direito do Trabalho, constituído por normas tidas por inderrogáveis.

Feita essa harmonização, as normas juscoletivas podem, sim, prevalecer sobre o padrão geral heterônomo se, ao transacionarem direitos de indisponibilidade meramente relativa, implementarem outras vantagens superiores ao padrão geral oriundo da normatividade heterônoma estatal.

Ressalte-se, porém, que não se está aqui a referendar atos que impliquem efetiva renúncia a direitos trabalhistas, que ostentam natureza alimentar (CF/88, artigo 100, §1º⁷), considerados, inclusive, créditos privilegiados por nosso arcabouço

⁵ CF/88, Artigo 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

⁶ Segundo referido princípio, os processos negociais coletivos e seus instrumentos (ACT e CCT) têm real poder de criar norma jurídica, em harmonia com a normatividade heterônoma estatal (DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 68).

⁷ CF/88, Art. 100. [...]: “§1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no §2º deste artigo”.

jurídico (Código Tribunal Nacional, artigo 186⁸ c/c Lei de Execuções Fiscais, artigos 10⁹ e 30,¹⁰ c/c Lei nº 11.101/2005, artigo 83, I¹¹).

Destarte, no âmbito da autonomia negocial coletiva, não se pode cancelar atos com propósito de despojamento unilateral de direitos, sem a correspondente contrapartida. O caráter sinalagmático das negociações é traço necessário de sua validade, de modo que, a cada direito, benefício ou vantagem suprimido há de se contrapor outro direito, benefício ou vantagem, ainda que indiretamente.

E mais que a feição bilateral da negociação, representada pelas concessões recíprocas, a transação de direitos não se perpetua frente àqueles considerados de indisponibilidade absoluta, que se traduzem em parcelas imantadas por tutela de interesse público, insuscetível de pactuação pelas partes acordantes.

Assim, devem ser opostos ao princípio constitucional da autonomia negocial os seguintes limites incorporados ao patamar mínimo civilizatório dos trabalhadores: (i) normas constitucionais em geral (rol exemplificativo do artigo 7^o da CRFB, com as ressalvas dos incisos VI, XIII e XIV); (ii) normas de tratados e convenções internacionais vigentes no Brasil (CRFB, artigo 5^o, §2^o);¹² e (iii) normas infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo (referentes, *v.g.*, à saúde e segurança do trabalho; bases salariais mínimas; identificação profissional; e condutas antidiscriminatórias).

5 A prevalência do negociado sobre o legislado

Para o presente estudo, tomou-se apenas o levantamento dos julgados divulgados nos “Informativos – TST” que tiveram início em março de 2012 e que se traduzem nas mais relevantes decisões proclamadas nos âmbitos do Tribunal Pleno (TP), dos Órgãos Especial (OE), da Seção Especialidade em Dissídios Coletivos (SDC) e das

⁸ CTN, Art. 186: “O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho”.

⁹ LEF, Art. 10: “Não ocorrendo o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o artigo 9^o, a penhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis”.

¹⁰ LEF, Art. 30: “Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis”.

¹¹ Art. 83: “A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho”.

¹² CF/88, Art. 5^o: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §2^o Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Subseções I e II Especializadas em Dissídios Individuais (SBDI-1 e SBDI-2), todos do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

E o critério aqui adotado se deu não como forma de desprestígio às demais decisões turmárias do C. TST, ou mesmo em detrimento à jurisprudência produzida pelos Tribunais Regionais do Trabalho. Afinal, não se põe em discussão a relevância de aludidos julgados que, reitera-se, justamente em virtude de sua divergência, viabilizam a discussão das principais controvérsias pelos órgãos de uniformização de jurisprudência da Corte de Vértice Trabalhista, tudo com tendência de respeito à “Teoria dos Precedentes” encampada pelo Novo Código de Processo Civil de 2015.¹³

5.1 Vale-transporte (Informativo – TST nº 25)¹⁴

É bastante comum que o benefício vale-transporte, previsto pela Lei nº 7.418/1985, seja pago em pecúnia aos trabalhadores.

Porém, ao argumento de que os respectivos valores não poderiam ser concedidos em espécie, muitas são as decisões judiciais que acolhem a tese de salário *in natura*, determinando sua integração à remuneração para todos os fins, com espeque no *caput* do artigo 458 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Todavia, a norma que instituiu o vale-transporte, com alteração introduzida pela Lei nº 7.619/1987, não trouxe expressa vedação, em nenhum de seus dispositivos, quanto à possibilidade de substituição do benefício por seu pagamento diretamente em pecúnia.

¹³ O Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC/15), para bem registrar a complexidade do problema das divergências jurisprudenciais em nosso tempo, optou por consignar já no ponto de partida que abre o livro III da Parte Especial, nominado de “Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”, dispositivo apto a nortear a necessária estabilidade das decisões.

¹⁴ “[...] RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. VALE TRANSPORTE. PAGAMENTO EM PECÚNIA. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 7º, XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AFRONTA. PROCEDÊNCIA. 1. Em observância ao disposto no artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, que assegura o direito à liberdade negocial, é lícito às partes, de comum acordo, estipularem, em negociação coletiva, a substituição do fornecimento do vale-transporte pelo seu pagamento em pecúnia. 2. A Lei nº 7.418/85, responsável pela instituição do vale-transporte, com a alteração introduzida pela Lei nº 7.619/87, não veda, em nenhum dos seus dispositivos, a referida substituição. Ademais, trata-se de parcela não imantada de indisponibilidade absoluta e, portanto, passível de negociação coletiva, nos termos do referido preceito constitucional. 3. Precedentes desta Corte nesse sentido: AIRR – 9603440-36.2005.5.09.0651, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 19/10/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: 28/10/2011; RR – 71540-54.2006.5.02.0055, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 30/06/2010, 8ª Turma, Data de Publicação: 30/07/2010; ROAA – 37000-94.2007.5.17.0000, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 11/05/2009, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: 22/05/2009. 4. Afronta, pois, o artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal o acórdão regional que não reconhece a validade da cláusula convencional estipulando o pagamento do vale-transporte em pecúnia e mantém, por conseguinte, a condenação da autora ao pagamento de multa administrativa imposta em virtude da lavratura do auto de infração. 5. Recurso ordinário a que se dá provimento, no particular” (TST-RO-161- 37.2011.5.06.0000, SBDI-II, rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 9.10.2012).

Ademais, enfatiza-se que a liberdade da negociação coletiva no âmbito das relações trabalhistas encontra-se assegurada no artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988, ao prever o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Desse modo, em razão da natureza salarial ostentada pelo benefício em comento (Lei nº 7.418/1985, artigo 2º), a SBDI-2 do C. TST, em voto de relatoria do ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, entendeu que não há falar em sua indisponibilidade absoluta, e sim em direito de indisponibilidade meramente relativa, passível de transação, de comum acordo, entre as partes acordantes.

5.2 Revista íntima (Informativo – TST nº 72)

Temática muito recorrente nos processos trabalhistas, a proibição quanto às revistas íntimas nas mulheres já se encontra contida no artigo 373-A, VI, da CLT, e tem sido estendida também aos empregados do sexo masculino, com fundamento no princípio da igualdade (CF/88, artigo 5º, *caput* e I c/c CLT, artigo 373-A, VII).

A importância do tema é tamanha que o legislador ordinário editou, recentemente, a Lei nº 13.271/2016, para dispor sobre a proibição de revista íntima de funcionários nos locais de trabalho, sujeitando os infratores inclusive ao pagamento de multas, sem prejuízo de eventuais ações reparatórias por indenizações por danos morais e materiais, além de sanções de ordem penal.

E nesse ponto, a Seção de Dissídios Coletivos do C. TST, em voto de lavra do ministro Maurício Godinho Delgado, reputou ser válida cláusula de instrumento normativo autorizadora da revista íntima dos trabalhadores, desde que o procedimento não implique contato físico e/ou retirada de vestimentas, além de ser vedada a instalação de câmeras de vídeo em banheiros e vestiários.

Logo, a imposição patronal consistente no esvaziamento do conteúdo de bolsas, sacolas e demais pertences de empregados não acarreta, por si só, dano moral, desde que efetuada de maneira impessoal e respeitosa, e que se mostre impositiva por força da natureza da atividade empresarial. Nesse diapasão: TST-E-RR-2111-32.2012.5.12.0048, SBDI-I, rel. Min. João Oreste Dalazen, 25.6.2015 (Informativo – TST nº 112).

Em sentido contrário, se o controle exercido pelo empregador não observar os ditames do ordenamento jurídico pátrio – hipótese em que o poder de fiscalização do patrimônio extrapola as garantias constitucionais da intimidade e da dignidade dos trabalhadores (a exemplo da revista íntima, que consiste no apalpamento de partes do corpo do empregado) –, restará caracterizado abuso do poder diretivo do empregador, que viola o patrimônio moral do funcionário (CRFB, artigo 5º, V e X). Nesse prumo: TST-E-RR-22800-62.2013.5.13.0007, SBDI-I, rel. Min. João Oreste Dalazen, 29.10.2015 (Informativo – TST nº 121).

5.3 Tíquete-alimentação (Informativo – TST nº 96)

Conhecido popularmente como tíquete-refeição, tal benefício é regulamentado, ordinariamente, pelas normas coletivas de trabalho.

Já a norma celetária, no *caput* de seu artigo 458, limitou-se a prever como salário *in natura*, também chamado de salário utilidade, a alimentação fornecida habitualmente pela empresa, oriunda do contrato de trabalho.

Para tanto, necessário que a utilidade seja fornecida em caráter habitual e gratuita pelo empregador, sendo que a eventualidade e onerosidade em seu fornecimento descaracterizam o salário *in natura*.

No mais, se a utilidade é fornecida como vantagem pela prestação dos serviços, tem natureza salarial,¹⁵ pois representa um benefício concedido pelo trabalho executado, e não apenas para o trabalho. Ao contrário, se a utilidade for fornecida para a prestação de serviços, estará descaracterizada a natureza salarial.

Ainda, a adesão do empregador ao Programa de Alimentação ao Trabalhador (PAT) afasta a natureza salarial da parcela,¹⁶ o que também ocorre quando a norma coletiva confere caráter indenizatório ao título.¹⁷

Tecidas tais considerações, resta analisar a controvérsia a respeito da possibilidade de, com base em critérios estabelecidos em convenção coletiva de trabalho, pagar a empregados de uma mesma empresa valores distintos a título de tíquete-alimentação. Isso levando em conta os diferentes locais da prestação de serviços decorrentes da prática de intermediação de mão de obra (terceirização).

E nesse tema a SBDI-1 do C. TST, em voto de relatoria do ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, concluiu que, por não ter assento nas normas de medicina, saúde e segurança do trabalho, a parcela em questão não se encontra no patamar de indisponibilidade absoluta.

Não se tratando de direito indisponível, não há razão para se impedir sua livre negociação, e inclusive sua flexibilização, em consonância com o princípio da igualdade substancial (CF, artigo 5º, *caput*), que impõe tratamento diferenciado a empregados que se encontrem em situações funcionais igualmente distintas.¹⁸

¹⁵ SUM-241 SALÁRIO-UTILIDADE. ALIMENTAÇÃO (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O vale para refeição, fornecido por força do contrato de trabalho, tem caráter salarial, integrando a remuneração do empregado, para todos os efeitos legais.

¹⁶ OJ-SDI1-133 AJUDA ALIMENTAÇÃO. PAT. LEI Nº 6.321/76. NÃO INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO (inserida em 27.11.1998). A ajuda alimentação fornecida por empresa participante do programa de alimentação ao trabalhador, instituído pela Lei nº 6.321/76, não tem caráter salarial. Portanto, não integra o salário para nenhum efeito legal.

¹⁷ OJ-SDI1-413 AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. ALTERAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA. NORMA COLETIVA OU ADESÃO AO PAT. (DEJT divulgado em 14, 15 e 16.02.2012). A pactuação em norma coletiva conferindo caráter indenizatório à verba “auxílio-alimentação” ou a adesão posterior do empregador ao Programa de Alimentação do Trabalhador — PAT — não altera a natureza salarial da parcela, instituída anteriormente, para aqueles empregados que, habitualmente, já percebiam o benefício, a teor das Súmulas nos 51, I, e 241 do TST.

¹⁸ RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. TÍQUETE-ALIMENTAÇÃO. VALORES DIFERENCIADOS.

5.4 Equiparação salarial (Informativo – TST nº 120)

Segundo Luciano Martinez,¹⁹ a equiparação salarial pode ser entendida como o procedimento de correção de desigualdade salarial que objetiva atribuir igual retribuição a quem preste trabalho de igual valor (CLT, artigo 5º), em idêntica função (conjunto de tarefas), ao mesmo empregador, na mesma localidade. A equiparação salarial visa a dar concretude ao princípio da igualdade remuneratória,²⁰ consagrado sob o brocardo “para trabalho igual, salário igual”.

Nos termos do artigo 461 da CLT c/c Súmula nº 06 do C. TST, os requisitos da equiparação salarial são os seguintes: (i) identidade do empregador; (ii) prestação de serviços na mesma localidade; (iii) identidade de funções; (iv) trabalho de igual valor, com mesma produtividade e perfeição técnica (qualidade); (v) diferença de tempo na mesma função – e não no emprego – de até dois anos; (vi) trabalho conjunto; e (vii) inexistência de quadro de carreira.

Desta feita, oportuno asseverar que a existência de plano de carreira empresarial constitui fator obstativo ao remédio equiparatório, hipótese em que as promoções devem observar os critérios de antiguidade e merecimento (CLT, artigo 461, §2º).

Para sua validade, o aludido plano de carreira depende de prévia aprovação por órgão do Ministério do Trabalho e Emprego (Súmulas nºs 06, I,²¹ e 127 do C. TST²²). A ressalva, porém, fica por conta do quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional, aprovado por ato administrativo da autoridade competente.

PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. VALIDADE. Cinge-se a controvérsia a se definir a validade de norma coletiva que prevê o fornecimento de tíquetes-alimentação em valores diferenciados para os empregados da mesma empresa. Segundo o quadro fático registrado, a distinção decorre de particularidades assumidas nos contratos celebrados entre tomadora e prestadora de serviços. Embora o artigo 7º, XXX, da CF assegure a proibição de qualquer discriminação no tocante a salários, de exercício de funções e critérios de admissão, também é certo que a Carta Constitucional impôs a proteção aos acordos e convenções negociados coletivamente (artigo 7º, XXVI da Constituição Federal). Logo, a norma coletiva em questão deve ser validada, pois regula um direito disponível, não existindo razão para impedir sua flexibilização. Precedentes. Evolução de entendimento do Relator. Recurso de embargos conhecido, por divergência jurisprudencial, e não provido (TST-ERR- 2150-14.2011.5.03.0113, SBDH, rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, 20.11.2014).

¹⁹ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 459.

²⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho: parte II – situações laborais individuais*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 679.

²¹ SUM-6 EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT (redação do item VI alterada) – Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015. I – Para os fins previstos no §2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente. [...].

²² SUM-127 QUADRO DE CARREIRA. Quadro de pessoal organizado em carreira, aprovado pelo órgão competente, excluída a hipótese de equiparação salarial, não obsta reclamação fundada em preterição, enquadramento ou reclassificação.

Dito isso, vale realçar que a Corte Superior Trabalhista, por meio de sua SBDI-1, com voto de relatoria do ministro Renato de Lacerda Paiva,²³ confere validade a plano de carreira homologado apenas por norma coletiva de trabalho, desde que observada a alternância entre os critérios de promoção e por merecimento (Orientação Jurisprudencial nº 418 da SBDI-1/TST²⁴).

Isso porque, da leitura dos precedentes que levaram à edição da Súmula nº 06 do C. TST, infere-se que a intenção foi somente excepcionar da exigência de homologação do quadro de carreira no Ministério do Trabalho e Emprego as entidades de direito público, tendo em vista a presunção de veracidade e legalidade de seus atos administrativos.

5.5 Jornada noturna (Informativo – TST nº 139)

O artigo 73 da CLT dispõe que a hora do trabalho noturno será computada como de 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos, com a remuneração acrescida do adicional de 20% (vinte por cento). Ocorre que muitas normas coletivas estabelecem a exclusão da redução da hora noturna mediante a contrapartida de pagamento do adicional de 40% (quarenta por cento) sobre mencionada hora.

²³ RECURSO DE EMBARGOS. EQUIPARAÇÃO SALARIAL – QUADRO DE CARREIRA – EMPRESA PRIVADA – AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO – CONVALIDAÇÃO POR INSTRUMENTO COLETIVO – VALIDADE. A Sétima Turma adotou entendimento no sentido de que o reconhecimento do plano de cargos e salários mediante a edição de instrumento coletivo não é suficiente para que ele sirva de óbice à equiparação salarial, sendo imprescindível a homologação pelo Ministério do Trabalho, adotando, para tanto, o entendimento contido na Súmula/TST nº 6, item I, a saber: “Para os fins previstos no §2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente”. Verifica-se, contudo, da leitura dos precedentes que levaram à sua edição, que a intenção desta Corte foi apenas de excepcionar da exigência de homologação do quadro de carreira no Ministério do Trabalho as entidades de direito público, tendo em vista a presunção de legalidade de seus atos. Dessa forma, é inviável a aplicação do entendimento contido no mencionado verbete para fins de se afastar a validade do quadro de carreira de empresa privada que, conquanto não tenha sido homologado no Ministério do Trabalho, haja sido convalidado por meio de instrumento coletivo. Ressalte-se que a invalidade do quadro de carreira recepcionado por norma coletiva poderia ser declarada apenas no caso de ser constatada a inobservância de alternância de critérios de promoção por antiguidade e merecimento, previsto no artigo 461, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, conforme preceitua a Orientação Jurisprudencial nº 418 da SBDI1/TST, in verbis: “Não constitui óbice à equiparação salarial a existência de plano de cargos e salários que, referendado por norma coletiva, prevê critério de promoção apenas por merecimento ou antiguidade, não atendendo, portanto, o requisito de alternância dos critérios, previsto no art. 461, §2º, da CLT”. No caso, contudo, não há no acórdão regional elementos que indiquem a não observância à regra de alternância contida no referido artigo 461, §2º, consolidado, pelo que também não se aplica à referida diretriz à hipótese. Precedentes desta SBDI1. Recurso de embargos conhecido e provido (TST-E-ED-RR – 35941-05.2007.5.02.0254, SBDI-I, rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, 08.10.2015).

²⁴ OJ-SDI1-418 EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. APROVAÇÃO POR INSTRUMENTO COLETIVO. AUSÊNCIA DE ALTERNÂNCIA DE CRITÉRIOS DE PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE E MERECIMENTO. Não constitui óbice à equiparação salarial a existência de plano de cargos e salários que, referendado por norma coletiva, prevê critério de promoção apenas por merecimento ou antiguidade, não atendendo, portanto, o requisito de alternância dos critérios, previsto no art. 461, §2º, da CLT.

Assim sendo, a solução da controvérsia passa necessariamente pela adoção da “Teoria do Conglobamento”, na qual cada conjunto normativo é apreendido globalmente, considerado o mesmo universo temático, extraindo-se a norma mais favorável sob um ângulo unitário.²⁵

E nota-se que não há que se falar aqui na adoção da “Teoria da Acumulação”, que, na busca da norma mais favorável, defende o fracionamento do conteúdo dos textos normativos, retirando-se os preceitos e institutos singulares de cada um que se destaquem por seu sentido mais favorável ao trabalhador.²⁶

A jurisprudência do C. TST adota, portanto, a “Teoria do Conglobamento”, por respeitar a unidade e a globalidade de cada regime normativo, sem criar uma fissura no caráter sistemático da compreensão das normas jurídicas. Entendimento em sentido contrário importaria na invalidade da própria norma coletiva – e, por corolário, para se observar a hora reduzida, seria necessário também excluir o percentual de 40% do adicional noturno, sob pena de seccionamento de duas normas.

Por essa razão é que a SBDI-1/TST, em decisão de relatoria do ministro Augusto César Leite de Carvalho,²⁷ entendeu ser válida a norma coletiva que fixou duração normal para a hora noturna, mas com incidência do adicional diferenciado representando o dobro do previsto em lei, na medida em que não significou subtração pura e simples do direito legalmente previsto (ato de renúncia), mas, tão somente, modificação de seu conteúdo com contrapartida de vantagens (transação).

5.6 Horas *in itinere* (Informativos – TST nºs 02, 10, 25, 26, 29, 51, 54 e 80)

A partir do vasto número de informativos anteriormente destacados, infere-se que a temática a respeito das horas *in itinere* representa a controvérsia de maior debate no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho.²⁸

²⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 184.

²⁶ Idem, *ibidem*.

²⁷ RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. REGIME DE DURAÇÃO DO TRABALHO POR ESCALAS DE 12 HORAS DE TRABALHO POR 36 DE DESCANSO (12X36). INOBSERVÂNCIA DA REDUÇÃO DA HORA NOTURNA E ADICIONAL NOTURNO SUPERIOR AO LEGAL. NORMA COLETIVA. Discute-se a validade de cláusula de acordo coletivo de trabalho que prevê a exclusão da redução da hora noturna e o pagamento do adicional de 40% sobre mencionada hora. Como no caso concreto foi assegurado ao trabalhador condição mais benéfica do que aquela estabelecida na legislação trabalhista, deve ser considerada válida a norma coletiva que compensa a ausência de redução da hora noturna com a fixação do adicional noturno duas vezes superior ao percentual fixado em lei. Ressalte-se que o entendimento pela invalidade do acordo coletivo ofende a teoria do conglobamento, porquanto, para se observar a hora reduzida, seria necessária também a exclusão do percentual de 40% do adicional noturno. Assim, existindo previsão expressa em acordo coletivo de que o adicional de 40% estava associado à inobservância da hora noturna reduzida, com vantagem para os substituídos, é de considerar a previsão compreendida no acordo coletivo de trabalho. Recurso de embargos conhecido e provido, no particular (...) (TST-EE-RR-72700-67.2008.5.17.0010, SBDI-I, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 23.6.2016).

²⁸ Nesse sentido: TST-E-RR-471-14.2010.5.09.0091, SBDI-I, rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, red. p/ acórdão Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, 15.3.2012. TST-E-RR- 470-29.2010.5.09.0091, SBDI-I, rel. Min.

Tanto é verdade que as horas de itinerário foram objeto de um dos mais importantes e recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal. Trata-se da decisão monocrática exarada pelo saudoso ministro Teori Zavascki, a quem fica o registro de nossas homenagens, no bojo do Recurso Extraordinário nº 895.759/PE.

Em tal decisão paradigmática, a Excelsa Corte entendeu válida a supressão total do tempo gasto no trajeto “casa-trabalho”, desde que haja a correspondente contrapartida por outras vantagens.

E no caso epigrafado, a contraprestação pela supressão total das horas de percurso ficou evidenciada pela concessão de outras vantagens aos empregados,

[...] tais como fornecimento de cesta básica durante a entressafra; seguro de vida e acidentes além do obrigatório e sem custo para o empregado; pagamento do abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários-mínimos; pagamento do salário-família além do limite legal; fornecimento de repositor energético; adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na Convenção Coletiva.²⁹

Oportuno lembrar que as horas *in itinere* resultam do tempo gasto pelo empregado no deslocamento entre sua residência até o local de trabalho ou vice-versa. Em regra, esse tempo não é computado na jornada de trabalho (CLT, artigo 58, §2º, primeira parte, da CLT). No entanto, será computável na jornada caso a condução seja fornecida pelo empregador e o local seja de difícil acesso ou não servido por transporte público regular (CLT, artigo 58, §2º, segunda parte,³⁰ da CLT c/c Súmula nº 90, I, do C. TST³¹).

Renato de Lacerda Paiva, 24.5.2012. TST-RO-34-66.2011.5.18.0000, SDC, rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, 9.10.2012. TST-E-ED-RR-135000-41.2008.5.15.0036. SBDI-I, rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, red. p/ acórdão Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 18.10.2012. TST-E-RR-2200-43.2005.5.15.0072, SBDI-I, rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, red. p/ acórdão Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8.11.2012. TST-E-RR-414600-67.2009.5.09.0325, SBDI-I, rel. Min. João Oreste Dalazen, 13.6.2013. TST-E-ED-RR-46800-48.2007.5.04.0861, SBDI-I, Min. Brito Pereira, 8.8.2013. TST-E-RR-96-81.2012.5.18.0191, SBDI-I, rel. Min. Alexandre Agra Belmonte, 24.4.2014.

²⁹ RE 895759, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 08/09/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 12/09/2016 PUBLIC 13/09/2016.

³⁰ CLT, Art. 58: “A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite. [...] §2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução”.

³¹ SUM-90 HORAS “IN ITINERE”. TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-I) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. I – O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. II – A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas “in itinere”. III – A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas “in itinere”. IV – Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas “in itinere” remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. V – Considerando que as horas “in itinere” são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo.

Sucedem que a Lei Complementar nº 123/2016, ao incluir o §3º ao artigo 58 da CLT, passou a prever para as microempresas e empresa de pequeno porte – e aqui, pela literalidade da lei, não se incluem as empresas de médio e grande – a possibilidade de se fixar, via negociação coletiva, o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração.

A jurisprudência da Corte Superior Trabalhista, ao conferir interpretação ampliada ao texto normativo, passou a admitir a livre negociação coletiva nessa matéria, desde que observados os seguintes parâmetros: (i) que seja fixado, no mínimo, o tempo médio de até 50% (cinquenta por cento), porquanto a supressão deve ser parcial, e não total; (ii) que a natureza da parcela seja inalterável, por ser evidente seu caráter remuneratório, e não indenizatório; (iii) que a transação seja feita mediante negociação coletiva; e (iv) que haja vantagens compensatórias, consistentes em concessões recíprocas pelas partes acordantes, já que não se tolera mera renúncia.

E notadamente por não haver expressa vedação em lei (princípio da legalidade) foi que o Excelso Pretório não só estendeu a flexibilização das horas de trajeto para outras empresas, como também autorizou sua supressão, em clara tendência a promover a prevalência do negociado sobre o legislado.

Acontece que o Tribunal Pleno do TST, em voto condutor do ministro Augusto César Leite de Carvalho, após a decisão da Suprema Corte, reafirmou a premissa de que a autonomia privada coletiva não é absoluta, de modo que as normas coletivas devem se amoldar ao princípio da dignidade da pessoa humana,³² não se admitindo a prevalência de cláusulas indiferentes ao bem-estar do trabalhador, à sua saúde e ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, a pretexto de viabilizar ou favorecer a atividade econômica.³³

Em tal decisão, o órgão de cúpula do Poder Judiciário Trabalhista afirmou que não se está a descumprir o decidido pelo E. STF no RE nº 895.759/PE, mas sim a conferir exata distinção³⁴ – uma vez que, no caso *sub judice*, a condenação da empresa na integração das horas *in itinere* ao conjunto remuneratório do empregado decorreu da ineficácia da cláusula de norma coletiva que estabelecia a natureza indenizatória das horas de percurso, excluindo seu cômputo da jornada de trabalho e do cálculo das horas extras –, além de impedir a repercussão nas demais verbas.

³² O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CRFB, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. É o vértice valorativo e fundamental do Estado Democrático de Direito.

³³ TST-ER-205900-57.2007.5.09.0325, Tribunal Pleno, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 26.9.2016.

³⁴ O *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade de *distinguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* do precedente. Como a *ratio* espelha o precedente que deriva do caso, trata-se de opor o caso sob julgamento à *ratio* do precedente decorrente do primeiro caso (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, pág. 327).

6 A valorização da negociação coletiva de trabalho

Entrementes, os limites da autonomia negocial coletiva também foram objeto de outro paradigmático precedente do Supremo Tribunal Federal – decisão plenária, no RE nº 590.415, com repercussão geral reconhecida –, ao decidir que, nos casos de Planos de Dispensa Incentivada (chamados PDIs), é válida a cláusula que dá quitação ampla e irrestrita a todas as parcelas decorrentes do contrato de emprego, desde que esta condição conste de acordo coletivo de trabalho firmado com a empresa, como também dos demais instrumentos assinados pelo empregado.

Ao dar provimento ao recurso extraordinário, os ministros fixaram a seguinte tese:

A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado.

Prevaleceu, assim, o entendimento de que a incidência do princípio da proteção às relações individuais de trabalho (Américo Plá Rodríguez) é diversa da incidência nas negociações coletivas, uma vez que o poder econômico do empregador é contrabalanceado pelo poder dos sindicatos profissionais que representam os empregados.

Isso porque a proteção estatal presente nas relações trabalhistas individuais, tendo em vista o fato de empregado e empregador possuírem pesos econômico e político diversos, não guarda exata correlação quando se está diante das negociações coletivas de trabalho, em que aludidos pesos e forças tendem a se igualar. As entidades sindicais têm efetivo poder social, político e de barganha, razão pela qual, em matéria de negociação coletiva, os norteadores são diversos, o que justifica atenuar a proteção ao trabalhador para dar espaço a outros princípios.

Além do mais, também foi destacada pela Suprema Corte a importância dos planos de dispensa incentivada como alternativa social relevante para mitigar o impacto de demissões em massa,³⁵ pois permitem ao empregado condições de rescisão mais benéficas do que teria no caso de uma simples dispensa.

Referida decisão ainda se mostra em sintonia justamente com a valorização das negociações e acordos coletivos (CF/88, artigo 7º, XXVI), seguindo a tendência

³⁵ Na ocasião, o então Presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, afirmou ser preciso fomentar formas alternativas de prevenção de conflitos no Brasil, afinal, no Brasil tramitavam mais de 100 milhões de processos, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

mundial pela composição enfatizada, inclusive nas Convenções nºs 98 e 154, ambas da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Bem por isso, não se pode conceber que toda e qualquer cláusula normativa seja anulada pela Justiça do Trabalho, a pretexto de mitigarem os direitos trabalhistas. Afinal, há de prevalecer a livre negociação coletiva entre entes coletivos que ostentam paridade de armas, estando, assim, em igualdade de condições no plano constitucional.

7 A força obrigatória dos precedentes judiciais

Desse modo, imperativa a observância das recentes decisões da Suprema Corte, no sentido de admitir a prevalência do negociado sobre o legislado, em razão de seu papel de dar unidade à interpretação jurídica e conferir estabilidade aos seus julgados,³⁶ em consonância com a “Teoria dos Precedentes”.

E nesse contexto, tal teoria tem por finalidade primordial conferir maior celeridade, uniformidade e confiabilidade às decisões emanadas pelo Poder Judiciário,³⁷ situação à qual a Justiça do Trabalho se vincula.

Diante disso, os precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro passam a se traduzir como vetor expressivo da igualdade, segurança e proteção à confiança do jurisdicionado. Sendo indiscutível que as partes detêm igualdade de tratamento no processo, necessária a garantia de mesmo padrão decisório aplicável aos casos idênticos e/ou similares. Afinal, a desarmonia das decisões judiciais fomenta a litigiosidade, comprometendo a própria força do direito e a prestação jurisdicional.

Se há precedentes da Suprema Corte que cancelam a valorização da negociação coletiva, em direitos de indisponibilidade relativa, mediante concessão de

³⁶ Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da *regra do stare decisis*, que “*densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação*”. (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). A vinculação vertical e horizontal decorrente do *stare decisis* relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “*impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos*”. (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013). Igualmente, a *regra do stare decisis* ou da vinculação aos precedentes judiciais “*é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária*” (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiro, 2011).

³⁷ Neste cenário, inclusive, bem destacou Hermes Zaneti Jr. que “*(...) os precedentes representam uma mudança paradigmática no Novo CPC. Os precedentes vinculantes são sem dúvida uma das maiores mudanças da nova legislação. (...) O direito brasileiro adotou, com a edição do Novo Código de Processo Civil, um modelo normativo de precedentes formalmente vinculantes que passarão a constituir fonte primária no nosso ordenamento jurídico*” (In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1305).

vantagens contraprestativas, na forma da *ratio decidendi* dos julgados pelo E. STF nos Recursos Extraordinários nºs 590.415/SC e 895.759/PE, o respeito à estabilidade dos precedentes é medida que se impõe, sendo necessária a fundamentação adequada à sua distinção *distinguishing* e/ou superação *overruling*.³⁸

8 Conclusão

Este trabalho se dedicou ao estudo de problemática atual e de relevância indiscutível para o Direito do Trabalho, na medida em que analisou a possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado, no contexto de reforma da legislação trabalhista anunciada pelo Governo Federal.³⁹

Isso porque a realidade vivenciada pela Justiça do Trabalho demonstra uma prática constante de nulidade das cláusulas de acordos e convenções coletivas de trabalho, conforme se infere da leitura de sua jurisprudência consolidada.⁴⁰

Por essa razão, procurou-se enfatizar a valorização da autonomia negocial coletiva, como instrumento hábil a estabelecer regras e condições mais propícias à realidade dos sujeitos da relação de emprego, sem descuidar do respeito ao princípio da adequação setorial negociada, segundo o qual as partes convenientes, na alteração de normas de indisponibilidade relativa, devem sempre prever disposições que elevem os direitos trabalhistas previstos em lei.

De mais a mais, em nenhum momento se pactuou aqui com a violação ao patamar mínimo civilizatório dos trabalhadores, entendido como arcabouço de direitos de indisponibilidade absoluta previstos especialmente no artigo 7º da CRFB, além daqueles estabelecidos em tratados e convenções internacionais, como também os correspondentes à proteção da saúde, medicina e segurança.

Logo, pugna-se por uma proposta na defesa do incremento da própria negociação coletiva, na forma do que preceituam as Convenções nºs 98 e 154 da OIT, que foram ratificadas pelo Brasil. Tais normatizações internacionais dão respaldo à negociação coletiva, a qual constitui instrumento propulsor de diálogo social e requer a observância do princípio da adequação setorial negociada.

³⁸ Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implica ou implicará inconstitucionalidade. A inocorrência desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado.

³⁹ Disponível em <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/01/reforma-garante-direitos-dos-trabalhadores-diz-ministro>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁴⁰ Nesse sentido: Súmula nº 85 (compensação de jornada); Súmula nº 91 (salário compressivo); Súmulas nºs 191 e 364 (adicional de periculosidade); Súmula nº 437, II (intervalo intrajornada); OJ-SBDI-1 nº 322 (acordo coletivo de trabalho); OJ-SBDI-1 nº 420 (turnos ininterruptos de revezamento); OJ-SDC nº 17 (contribuições); e OJ-SDC nº 30 (estabilidade da gestante).

No mais, clama-se pela observância da *ratio decidendi* das decisões paradigmáticas exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, nos Recursos Extraordinários nºs 590.415/SC e 895.759/PE, em particular após o advento do atual Código de Processo Civil, que em seu cerne reafirma o respeito à jurisprudência.⁴¹

Em derradeiro, o que se espera é um processo interpretativo que leve em conta a força normativa da Constituição e a ideia de unidade do direito, afastando o voluntarismo e ativismo judicial pernicioso e arbitrário, já que “(...) és un principio básico de la administración de justicia que los casos similares deben ser decididos de manera similar”.⁴²

The prevalence of the negotiation on legislation

Abstract: The main purpose of the text is to defend the valorization of collective bargaining autonomy as a legitimate instrument for the agreement of rules and working conditions that best meet the interests of the parties involved. The practical application of the principle of legal creativity, erected as a fundamental right in Article 7, XXVI, of the Federal Constitution of 1988, is fully in line with the principle of negotiated sectorial adequacy, since the minimum stockholders' equity of absolute unavailability rights is preserved, without the precariousness of industrial relations. The prevalence of the negotiated over the legislated is a jurisprudential tendency recently adopted by the Federal Supreme Court, and that can also be identified in precedents of the Superior Labor Court, responsible for the standardization of the understanding to be followed by all Labor Justice, especially after the advent of the New Civil Procedure Code of 2015.

Keywords: Autonomy of collective bargaining. The limits to collective proven autonomy. Prevalence of the negotiated over the legislated. Principle of legal creativity. Principle of negotiated sectorial adequacy. Absolute and relative unavailability rights. Normative force of judicial precedents. The New Civil Procedure Code of 2015.

Referências

- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiro, 2011.
- CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1305.
- CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *El precedente em el Derecho Inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC. Críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

⁴¹ Sobre essa temática, a doutrina bem alertava, já na época de tramitação do Projeto do novo CPC, que “(...) não há Estado Constitucional e não há mesmo Direito no momento em que casos idênticos recebem diferentes decisões do Poder Judiciário. Insulta o bom senso que decisões judiciais possam tratar de forma desigual pessoas que se encontram na mesma situação” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 17-18).

⁴² CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *El precedente em el Derecho Inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 23.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho: parte II – situações laborais individuais*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CALCINI, Ricardo Souza. A prevalência do negociado sobre o legislado. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 6, n. 26, p. 61-79, jul./set. 2017.
