



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO DO TRABALHO E**  
**PROCESSO DO TRABALHO**

LAÍS LIMA MUYLAERT CARRANO

**OS LIMITES DA AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA E SEUS IMPACTOS NA**  
**JORNADA DE TRABALHO**

Brasília - DF, Agosto de 2014

LAÍS LIMA MUYLAERT CARRANO

**OS LIMITES DA AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA E SEUS IMPACTOS NA  
JORNADA DE TRABALHO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no Curso de Pós - Graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientadora: Prof. Dra. Noêmia Aparecida Garcia  
Porto

Brasília – DF, Agosto de 2014

**LAÍS LIMA MUYLEAERT CARRANO**

**OS LIMITES DA AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA E SEUS IMPACTOS NA  
JORNADA DE TRABALHO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no Curso de Pós - Graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em \_\_\_\_\_

Menção: \_\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Prof.

Presidente da Banca Examinadora

---

Prof.

Integrante da Banca Examinadora

---

Prof.

Integrante da Banca Examinadora

Brasília – DF, Agosto de 2014

## **DEDICATÓRIA**

Dedico esta monografia ao meu amado Kallel.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu amado companheiro Kallel, por sempre me incentivar e apoiar, principalmente por não deixar eu desistir de nenhum dos meus projetos.

À minha orientadora, Noêmia Aparecida Garcia Porto, pela paciência e ensinamentos, que possibilitou meu amadurecimento acadêmico.

A minha família e todos àqueles que contribuíram, diretamente ou indiretamente, para o resultado do presente trabalho.

Aos professores, pelos conhecimentos ministrados ao longo do curso.

## RESUMO

A presente pesquisa buscou identificar a relação entre pactuado e legislado, a dinâmica entre os dois institutos, a fim de verificar a existência de limites à autonomia negocial coletiva. Para tanto, abordou-se sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o princípio do retrocesso social e a noção de ordem pública. Após, na intenção de identificar a prática dessa dinâmica, analisou-se a ideia de que os limites da jornada de trabalho é uma forma de proteção ao trabalhador, apresentando a legislação hoje vigente sobre horas *in itinere*, turnos ininterruptos de revezamento e intervalo intrajornada para os empregados do setor de transporte coletivo de passageiro. Com a identificação da legislação, buscou-se decisões jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho, que representassem, de forma qualitativa, o debate entre o pactuado e legislado, a fim de identificar os limites hoje aplicados a negociação coletiva.

**Palavras-Chave:** negociação coletiva, legislado, limites, jornada de trabalho

## ABSTRACT

This study aims to examine the relationship between union agreements and laws, focusing on the dynamic between the two institutions, in order to determine the limits of collective bargaining autonomy. Therefore, we approached through a lens of universal fundamental rights, the principle of social backlash, and the notion of public order. Next, in the interest of identifying the practical applications of this dynamic, we determined that workday limits are a form of worker protection. For example, today's laws in regards to hours of commuting time, shift length and consecutive work days, and length between work days for employees in the public transportation sector. With the identification of these labor laws, we researched TST case decisions that represent the debate between union agreements and law in a qualitative fashion, in order to determine what legal boundaries exist for collective bargaining to operate within.

**Keywords:** collective bargaining, law, limits, workday limits

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ART. - Artigo

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

MIN. – Ministro

DES. - Desembargador

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OJ – Orientação Jurisprudencial

SBDI-I – Seção de Dissídios Individuais 1

STF – Supremo Tribunal Federal

SÚM. - Súmula

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TRT 9 – Tribunal Regional do Trabalho do Paraná

TST – Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>Introdução.....</b>	<b>10</b>
<b>1. Autonomia Negocial Coletiva – O Legislado e o Negociado.....</b>	<b>13</b>
<b>2. O Limite da Jornada de Trabalho como Instrumento de Proteção do Trabalhador – Um Vislumbre do Legislado .....</b>	<b>27</b>
<b>3. Análise da Jurisprudência do Tribunal Superior do trabalho - TST.....</b>	<b>39</b>
<b>3.1 Horas <i>in itinere</i> .....</b>	<b>40</b>
<b>3.2 Turno Ininterrupto de Revezamento.....</b>	<b>43</b>
<b>3.3 Intervalo Intrajornada para Empregados de Operação de Veículos Rodoviários do Setor de Transporte Coletivo de Passageiros.....</b>	<b>46</b>
<b>Conclusão.....</b>	<b>50</b>
<b>Referencias Bibliográficas .....</b>	<b>53</b>

## Introdução

O processo de surgimento do Direito do Trabalho ocorreu no final do século XVIII, com a revolução política e industrial, em que houve estabelecimento da ideia de homem livre, de igualdade e de liberdade, se afirmando as regras contratuais, enquanto o Estado Liberal pouco influía na ordem econômica.

[...], o Estado liberal portava-se como mero espectador, porque, inspirado na fórmula *laissez aller, laissez faire*, que Gournay erigiu como lema característico do sistema, sua função seria apenas garantir a ordem social e política, com força organizada, com os tribunais distribuindo justiça e dando aos particulares ampla liberdade de ação econômica.

Vivia-se com o Estado liberal a época do mais alto florescimento de uma ditadura - a do capitalismo -, que em nome da Igualdade e da Liberdade tornava-se o senhor supremo de toda a sociedade trabalhadora.

A doutrina vinda da Revolução, apropriada a uma economia industrial incipiente, se descompassara com a evolução, acelerada em ritmo incrível, da sociedade. (VIANNA, 2002, p. 37).

Com o sistema liberal e o capitalismo, os homens livres, com "*liberdade de trabalho e contratual*", se reconhecem enquanto classe operária. Porém, a liberdade era bastante reduzida, se não exígua, por parte dos operários, tendo em vista que a distinção entre esses e a classe rica, era que esta detinha a real liberdade contratual. O operário era perseguido pela miséria, frustrando a liberdade, sujeitando-se a qualquer condição de trabalho e aos salários baixíssimos, criando uma cadeia de precarização do trabalho.

Em resumo, o início foi o trabalho em família, depois surgiu o trabalho ambulante, em seguida o artesanato, depois a indústria em domicílio, o trabalho na manufatura, o trabalho na fábrica, tudo isso para se chegar ao regime livre da produção onde a empresa assumiu posição de destaque no processo produtivo, definindo o regime capitalista. (...)

[O trabalho] De uma parte eleva, libera e civiliza o homem para o mundo; de outra, reduz o homem a tarefas que o embrutecem, pela rotina desgastante. (FERRARI, 1998, p.47-48).

O sistema jurídico da época respondia apenas ao individualismo, regido pela liberdade e igualdade nas relações contratuais, não tendo respostas as demandas sociais, coletivas, nascidas em decorrência da exploração exacerbada do capitalismo, que utilizava-se da clara distinção entre o capital e o trabalho.

Nesse contexto histórico-social, concomitante com o Direito do Trabalho, o ideal de sindicato, de liberdade sindical, de autonomia negocial coletiva começou a dar seus primeiros passos, forjados pelos inúmeros conflitos entre os trabalhadores e o capital. A viabilidade de consolidação do Direito Coletivo ocorreu com a interferência estatal tanto na economia, definindo patamares mínimos de direitos trabalhistas, quanto na esfera jurídica, ao legitimar os sindicatos e os instrumentos coletivos (acordos e convenções).

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 não apenas reconhece os sindicatos (art. 8º, *caput*), como também assegura a liberdade sindical e autonomia de atuação (art. 8º, I), bem como reafirma a negociação coletiva e seus instrumentos coletivos (arts. 7º e 8º).

O princípio da autonomia negocial coletiva, também chamado de princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva, vem a efetivar a ideia de liberdade sindical e de negociação coletiva.

O princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva traduz a noção de que os processos negociais coletivos e seus instrumentos (contrato coletivo, acordo coletivo e convenção coletiva do trabalho) têm real poder de criar norma jurídica (com qualidade, prerrogativas e efeitos próprios a estas), em harmonia com a normatividade heterônoma estatal. (DELGADO, 2011, p. 63).

Porém, há limites a essa normatividade negocial? Os sindicatos poderiam dispor irrestritamente dos direitos trabalhistas? Quais são os limites? O que seria harmonioso entre a legislação e o pactuado?

A fim de encontrar as respostas para as perguntas acima, é necessário analisar criticamente a negociação coletiva e o princípio da autonomia negocial coletiva.

Quanto a negociação coletiva é necessário buscar entender a importância deste instituto, para os trabalhadores e a comunidade, e o papel do sindicato em efetuar o ato negocial. A negociação coletiva não tem caráter meramente econômico, sendo instrumento de conquistas sociais e políticas, o que leva a consideração de que o sindicato ao efetuar a negociação detém uma função social. O desempenho sindical nessa função depende de realmente haver liberdade sindical, o que encontra limites na própria norma constitucional, ao constar a unicidade sindical para as categorias, influenciando no critério de representatividade do sindicato, que é importante para respaldar o ato negocial.

Na autonomia negocial coletiva deve-se considerar que há normas que representam o interesse público, por serem instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais, protegidos pela Carta Magna, o que impossibilitaria (a princípio) a sua supressão ou redução.

A partir dessa noção de que é possível a existência de normas legais a representar um obstáculo ao pactuado, é necessário perquirir o que definiria que normas são estas a terem uma proteção singular, o que leva a necessidade de análise da jurisprudência da Justiça do Trabalho, por ser instrumento de pacificação (ou pelo menos de guia) dos debates jurídicos e controle das normas pactuadas.

Após a identificação teórica doutrinária sobre os institutos acima citados e para melhor buscar decisões jurisprudenciais, que possam auxiliar na identificação do que ocorre na prática e no enriquecimento do debate, a presente pesquisa restringe a análise sob o foco da jornada de trabalho (especificamente horas *in itinere*, turnos ininterruptos de revezamento e intervalo intrajornada de empregados de transporte coletivo de passageiros), a fim de melhor comparar os resultados da interação do pactuado com o legislado.

A jornada de trabalho como foco da presente pesquisa é justificada em face a sua fluidez, por ser passível de alterações, não apenas pelas épocas e culturas que passaram ou vierem a surgir, mas por ser objeto tanto de instrumentos legais, quanto de instrumentos pactuados.

“A jornada de trabalho não pode ser vista como uma medida fixa através do tempo. Ela varia, aumenta ou diminui. Só que muito lentamente. Tão lentamente que aparece aos olhos das pessoas como constante. A fixidez é apenas uma ilusão. Como o planeta Terra que parece imóvel, mas desloca-se a uma velocidade imensa pelo espaço infinito, assim também a jornada de trabalho, que aparenta imutável, transforma-se com o passar do tempo”. (DAL ROSSO, 1996, p. 108).

Através de decisões do Tribunal Superior do Trabalho é possível identificar quais os limites considerados atualmente para o pactuado, bem como as formas de aplicação desses marcos ou, mesmo, a não aplicação deles. Sendo viável a análise crítica jurisprudencial, a fim de conceber se as decisões da Justiça do Trabalho comportam pacificar o conceito de ordem pública e, caso não o façam, qual o caminho trilhado até o presente momento.

## **1. Autonomia Negocial Coletiva – O Legislativo e o Negociado**

A Constituição Federal de 1988 além de reconhecer as convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI), reafirma a importância desses instrumentos estabelecendo matérias que apenas poderão ser alteradas, flexibilizadas, através deles - como o salário e a jornada de trabalho (art. 7º, VI, XIII e XIV). Aliás, a Carta Magna vai mais além, exige a participação dos sindicatos nas negociações coletivas (art. 8º, VI).

Além do reconhecimento constitucional dos instrumentos coletivos de trabalho (convenções e acordos), o Brasil também ratificou a Convenção nº 98 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, comprometendo-se a incentivar a negociação coletiva entre empregadores e sindicatos, bem como proteger o direito a sindicalização:

Convenção n. 98 – Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva (1949). [...]

Artigo 4 - Medidas apropriadas às condições nacionais serão tomadas, se necessário, para estimular e promover o pleno desenvolvimento e utilização de mecanismos de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, mediante acordos coletivos, termos e condições de emprego. (JÚNIOR, 2013, p. 258)

Apenas com o surgimento dos sindicatos, pela união dos trabalhadores, foi possível o debate com os empregadores, a respeito das condições de trabalho. E a partir da intervenção estatal, ao admitir a função dos instrumentos coletivos de complementar à legislação trabalhista, ampliaram-se as melhorias das condições trabalhistas. (SÜSSEKIND, 2010, p. 444).

As teorias do ordenamento intersindical e do *laissez faire* embasaram o desenvolvimento e visualização da autonomia coletiva como instrumento jurídico, em face da atuação legislativa estatal, que antes era única fonte de direito.

Kahn-Freund partiu do pressuposto de que as leis não são a principal fonte das relações laborais, sendo sua atuação secundária no âmbito dessas relações. Não obstante, cabe ao Direito estabelecer limites, criar poderes e restringir atuações, tanto dos empresários, quanto das organizações sindicais. Em vista que o trabalhador, como indivíduo, não possui poder de negociação, por não deter poder social. Enquanto o empresário, por sua atividade, em si, detém um poder coletivo. Assim, caracteriza a necessidade do direito laboral a fim de estabelecer um equilíbrio na desigualdade da relação de trabalho, através do poder coletivo desempenhado pelos sindicatos. Apesar desse reconhecimento, assinala que se houver sindicatos fracos, haverá ineficácia da legislação, por não ser esta reforçada pelas sanções sociais das organizações de

trabalhadores. A negociação coletiva concilia o poder decisório do empresário com o poder normativo, sendo esta mais flexível do que a lei, que é mais rígida. Assim, o *laissez faire* coletivo é a abstenção do legislativo ou do voluntarismo, o Estado se abstém, a legislação é meramente auxiliar, para assegurar o poder e o cumprimento do negociado coletivo. (Kahn-Freund, 1987, p.48-95, apud SILVA, 2008, p. 68-72).

Gino Giugni, um dos estudiosos do ordenamento intersindical, visualiza este como um objeto de estudo e estruturação do direito sindical, sendo um complexo de normas instrumentais a organizar a atividade autônoma de criação jurídica, de normas e procedimentos, decorrente dos conflitos, através da autonomia dos grupos, a fim de suprimir a diferença de poderes entre os sujeitos do processo produtivo. Para o autor, a princípio, a integração entre esse sistema de regulação autônoma e o Direito estatal, ocorre através de um padrão contratual, pressupondo a existência de equilíbrio contratual. Depois, ele acrescenta o conceito de legislação promocional, legislação de sustento à negociação coletiva. O dinamismo da autonomia coletiva, como poder de produção de normas, está interligado a liberdade sindical. A intervenção estatal possibilita as condições para a atuação sindical, tanto para atuação na sociedade quanto na organização interna de produção, a legislação vem sustentar e incentivar a ação sindical. A atuação sindical passa a estar apoiada no princípio da igualdade substancial. (Gino Giugni, 1977 e 1991, p.15-69, apud SILVA, 2008, p. 72-80).

Com a intervenção estatal, a lei fixa um teto mínimo, que poderia ser melhorado pelo contrato coletivo, se admitindo a liberdade da livre iniciativa, porém a submetendo a controles e a condicionando em função do interesse social. A legislação de sustento interfere nas relações individuais, assegurando o exercício dos direitos individuais e da cidadania nos locais de trabalho, o trabalhador é um sujeito, protagonista da esfera sindical e política. (Ghezzi e Romagnoli, 1997, p.31-33, apud SILVA, 2008, p. 79-80).

Os institutos da legislação auxiliar e da legislação promocional, de sustento, são diversos entre si. Apesar de ambos entenderem pela necessidade de equilíbrio entre os sujeitos atuantes na esfera coletiva, a noção de equilíbrio é diferente. Enquanto Kahn-Freund identifica a necessidade de legislação para respaldar a autonomia coletiva como procedimento, reconhecendo os sindicatos como detentores de poder; os doutrinadores do ordenamento intersindical entendem que a intervenção estatal deve ir além dos acordos coletivos, identificando o trabalhador como sujeito, a garantir que ele participe da atuação sindical e política, estabelecendo garantias mínimas.

O reconhecimento do sindicalismo e da autonomia coletiva é datado por conflitos contra a exploração do trabalho, tendo sido necessário admitir a existência de classes sociais e seus respectivos direitos, bem como a competência dessas classes de se organizarem e de se expressarem, para então aceitar as organizações coletivas de trabalhadores (SILVA, 2008, p. 84-85). Apenas com o reconhecimento da liberdade sindical foi possível admitir a negociação coletiva e, por consequência, os instrumentos coletivos.

Entende-se por negociação coletiva o meio de determinação conjunta de condições de trabalho; é um meio de regular as relações entre os interessados e encontrar soluções para os problemas sociais e funcionais de ambas as partes, que buscam um entendimento satisfatório para ambos os lados. Trata-se de um instituto dinâmico, que tem revelado grande vitalidade, traduzida na tendência à multiplicidade das matérias que constituem o objeto da negociação. [...]. A negociação coletiva enseja o debate de uma grande variedade de assuntos, que não se restringem aos reajustamentos salariais: qualidade de vida no trabalho, saúde e segurança, mudanças tecnológicas, flexibilização do trabalho, não discriminação, participação nas decisões. No fundo, o problema se desloca para a visão política do fenômeno sindical: a garantia de negociação coletiva surge como função de determinação da finalidade perseguida pela atividade sindical. Esta determinação é, sem dúvida, problemática, porque vinculada ao julgamento de valor do papel do sindicalismo no quadro de uma sociedade livre, pluralista e democrática. À luz desta concepção mais ampla da função social do sindicato, a existência ou inexistência de implicações financeiras não reduziria a negociação coletiva a um direito puramente econômico. (ROMITA, 2009, p. 365).

A negociação coletiva é uma forma de autocomposição de solução de conflito, pelas próprias partes, através da transação de seus interesses profissionais e econômicos, formalizada através de seus instrumentos-fins: acordo e convenção coletiva de trabalho. (DELGADO, 2011. p.137-138).

O uso e, principalmente, o êxito da negociação coletiva dependem de vários fatores, dentre os quais, cumpre destacar:

- a) garantia da liberdade e da autonomia sindical;
- b) razoável índice de sindicalização do grupo representado;
- c) espaço para complementação e suplementação do sistema legal de proteção ao trabalho. (SÜSSEKIND, 2010, p. 445)

Interessante vislumbrar a forma de organização sindical no Brasil, para melhor entender a especificidade e a representatividade (ou não) dos interesses nas negociações coletivas.

Atualmente, a estrutura sindical, modelo corporativista, é vista como uma pirâmide: sindicato (base), federação (meio) e confederação (topo). Na base, há a unicidade sindical, não cabendo mais de um sindicato para as mesmas categorias econômicas e profissionais na mesma base territorial, que não poderá ser inferior a um município (art. 8º, II da CF). Enquanto no meio e no topo, existe o pluralismo sindical: as federações são a união de 5 (cinco) sindicatos da mesma categoria; por sua vez, as

confederações são formadas por 3 (três) federações (art. 535 da CLT). Em nosso ordenamento jurídico, as centrais sindicais estão fora do sistema sindical, não podendo efetuar negociações coletivas. (DELGADO, 2011, p. 85-86).

Apesar de a Carta Magna reafirmar a liberdade sindical, vedando intervenção e interferência estatal nos sindicatos, estabelece a necessidade de registro no órgão competente (art. 8º, I da CF). Pela jurisprudência consolidada da Suprema Corte, o Ministério do Trabalho é responsável pelo registro e, através dele, vela pela unicidade sindical (Súmula 677 do STF). Assim, os sindicatos não precisam demonstrar representatividade numérica de filiados, basta o registro sindical, para deter a representatividade jurídica da categoria.

Quanto ao critério de categoria profissional ou diferenciada, como marco das entidades coletivas de empregados, encontra definição no artigo 511 da CLT: atividades idênticas, similares ou conexas. Em regra, a categoria profissional é regida pela atividade central do empregador, independentemente de sua profissão ou atividade dentro da empresa, caracterizando sindicato vertical, que abrangerá os empregados da empresa e naquela base territorial. A exceção é a categoria diferenciada, que forma-se por estatuto profissional especial ou condições de vida singulares, ou seja, significativa identidade de ofício profissional, formando sindicato horizontal, com abrangência dos empregados com mesmo ofício, em diversas empresas. (DELGADO, 2011, p. 88-89).

Desta forma, indispensável à análise crítica da autonomia coletiva privada, em face do modelo de representatividade sindical vigente. A possibilidade de ingerência na legislação, a ultrapassando ou a suprimindo, através da autonomia privada coletiva, é um papel de suma importância, não havendo a real resolução de conflitos caso os trabalhadores não se sintam representados e tenham que conviver com a redução de seus direitos.

(...) A década neoliberal e as novas prerrogativas negociais atribuídas aos sindicatos, inclusive de derogar em prejuízo direitos atribuídos assegurados em lei, dão uma nova dimensão ao problema do descompasso entre representatividade jurídica e real do sindicalismo brasileiro. O “problema da representatividade sindical é tanto maior quanto são os poderes atribuídos às entidades sindicais” (Da Silva, 2005, p. 28). (SILVA, 2008, p. 329).

Em comparação a lei, a negociação coletiva tem procedimento simplório, tanto em relação ao número de trâmites quanto às formalidades, necessárias para a sua adoção. Ademais, o instrumento de negociação é específico, tendendo a atender as peculiaridades seja da categoria ou de uma empresa, enquanto a lei é geral. (NASCIMENTO, 2008, p. 400).

Embora o procedimento seja simplificado, a negociação coletiva não é irrestrita, sendo inúmeras as possibilidades de transação, porém, encontram barreiras a impossibilitar a disposição sem limites dos direitos trabalhistas, assegurados pelo ordenamento jurídico vigente.

A legislação é o veículo da concretização do princípio protetor. Os direitos fundamentais do trabalhador devem ser assegurados pela lei. Os direitos humanos sociais têm como fundamento a necessidade de estabelecer garantias mínimas e inderrogáveis que a negociação coletiva nem sempre pode assegurar. Existem direitos trabalhistas que não podem ser entregues à liberdade convencional. Não se situam no âmbito próprio da autonomia coletiva dos particulares. Interessam a toda a sociedade, como direitos de ordem pública: o direito à proteção da integridade física, da saúde, do descanso, a liberdade de trabalho, de consciência, de convicção política, são garantidos pela legislação. (NASCIMENTO, 2008, p. 400).

A relação entre o legislado e o pactuado tem três facetas bem distintas, possíveis de serem visualizadas através da legislação (SILVA, 2008, p. 330-331):

a) “tradicional de complementação”: a lei prevê a possibilidade de alteração por acordos, desde que mais benéfica, sem reforma prejudicial (ex: arts. 9º, 444, 611, 619 e 620 da CLT);

b) “disposição máximas” ou “intervenções proibitórias”: não é possível alteração mesmo para beneficiar (ex: política econômico-financeira do governo ou concernente à política salarial, art. 623 da CLT);

c) “desregulação”: há previsão expressa possibilitando alteração prejudicial ao empregado, flexibilização do direito (ex: irredutibilidade salarial – art. 7º, VI da CF, jornada de trabalho – art. 7º, XIII da CF, turno ininterrupto de revezamento - art. 7º, XIV, banco de horas - lei 9.601/98).

As reformas trabalhistas implementadas no Brasil na década de 1990 sob os influxos da flexibilização provocaram uma importante reordenação das fontes extra-estatais e estatais e uma modificação nos critérios utilizados pelo sistema jurídico para atribuir juridicidade ao resultado da atuação da autonomia coletiva, assimilando aquelas admitidas pelo sistema. Como se viu, ampliaram-se os casos em que se reconhecem como válidas e jurídicas regras provenientes da negociação coletiva e que estabelecem derrogações in pejus de direitos oriundos das leis sob o argumento de preservarem a capacidade de adaptação do Direito às transformações tecnológicas, muito embora tenham realmente objetivado simplesmente diminuir custos. Tendência que, em certa medida, tentava reproduzir no país as reformas neoliberais já implantadas em outros países. (SILVA, 2008, p. 333-334).

A flexibilização prejudicial de direitos possibilita a separação entre a autonomia coletiva e intervenção estatal, ao tentar afastar a aplicação dos preceitos de ordem pública, construídos na legislação, o que também acarreta crise no sindicalismo, uma fragilização do sujeito coletivo dos empregados frente a proteção dos interesses a serem por ele defendidos, passando a negociação coletiva ser vista como instrumento de

perdas, afastando-se do seu caráter de democratização das relações de trabalho. (SILVA, 2008, p. 336-337).

Não há, desse modo, particularidade tamanha no ramo juscoletivo e na negociação via sindicatos que lhes permitam romper, drasticamente, com o núcleo basilar de princípios do Direito do Trabalho e com o patamar civilizatório mínimo fixado pela ordem jurídica heterônoma estatal. (DELGADO, 2011, p. 145)

Assim, não se deve afastar o legislado do pactuado, ao contrário, o ideal é a junção de ambos: abstencionismo e intervencionismo.

E, neste sentido, o intervencionismo estatal regulando a negociação possibilita uma dupla leitura: se, de um lado, representa uma restrição à autonomia sindical, de outro, pode ser visto como um inevitável sustento ao sindicalismo em face das atuais políticas neoliberais. (...)

Parece um equívoco opor a contratualização por via da negociação coletiva como sinônimo de desregulação, e entronizar a lei como modalidade civilizatória por excelência, abstraindo a análise de seu conteúdo. A crise do Direito do trabalho é tanto uma crise do pactuado quanto do legislado. Em uma reforma trabalhista que estabeleceu, através da lei, a redução de direitos incentivando negociações específicas a qualificação do espaço do “pactuado” como de perda de direitos e do ‘legislado’ como modelo de regulação e de democracia não se sustenta. (...) (SILVA, 2008, p. 339)

A conexão entre a negociação coletiva e as normas legais não se limita ao conceito de hierarquia vertical entre as fontes, devendo ser construída uma análise pela perspectiva dos princípios constitucionais, a fim de manter a coerência no Direito do Trabalho (PORTO, 2013, p. 231-265).

Os princípios e garantias fundamentais são aplicáveis nas relações de trabalho, como em todas as relações privadas, sendo afirmativa a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, devendo a partir desse pressuposto efetuar o controle das normas coletivas.

(...) a construção de critérios e técnicas de verificação e apreciação do conteúdo das normas inseridas nos acordos e convenções coletivas que configuram elementos formais e materiais, assentadas as bases teóricas para o intercruzamento e a superação da dicotomia entre pactuado e legislado. (SILVA, 2008, p. 353)

A teoria horizontal dos direitos fundamentais vem a limitar a autonomia da vontade das relações privadas, tendo surgido ao se perceber que o Estado não é o único que pode violar os direitos individuais. Assim, o Estado, além de ter suas ações limitadas pelos direitos fundamentais, passa a ser seu guardião, em face da leitura de que os particulares podem extrapolar seus direitos e subjugar o direito alheio. Então, o Poder Público vem a equilibrar as relações, garantindo a liberdade para todos. (MENDES, 2012, p.209-216).

Necessário dividir os direitos fundamentais em 3 (três) grupos, de acordo com a redação da Constituição Federal: a) àqueles que expressamente preveem a aplicação nas

relação privadas, a exemplo dos direitos sociais trabalhistas (férias, irredutibilidade salarial, jornada de trabalho, décimo terceiro, etc. – art. 7º); b) àqueles se aplicam unicamente ao Estado (assistência jurídica gratuita, indenização por erro do judiciário – art. 5ºLXXIV, LXXV – dentre outros); c) outros que são gerais (ampla defesa, contraditório, dignidade pessoa humana, etc.), restando a pergunta se a eficácia destes nas relações privadas é imediata ou mediata.

O dilema se forma pela tentativa de equacionar o princípio da autonomia da vontade e os direitos fundamentais, como e quando eles seriam aplicados. A teoria da eficácia indireta ou mediata, apesar de reconhecer a aplicação dos direitos fundamentais nos contratos privados, atenua sua incidência, que ocorreria por meio de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, alegando os preceitos de segurança jurídica e autonomia privada, tendo como um de seus defensores Konrad Hesse. Em contraponto, a teoria da eficácia direta ou imediata estabelece que os direitos fundamentais são amplamente aplicáveis, independentemente de qualquer cláusula, sendo esta a teoria aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme redação do parágrafo primeiro do artigo 5º da Carta Magna, que prevê a tais direitos a aplicação imediata, o que fora ratificado pela jurisprudência da Suprema Corte, a exemplo do RE 201.819, de 11 de outubro de 2005<sup>1</sup>. (MENDES, 2012, p.209-217).

As garantias de liberdade sindical e da proteção do trabalho não são apenas vistos como direitos fundamentais, resguardados no âmbito do direito interno brasileiro, vão além, sendo essas garantias reconhecidas como direitos humanos, ou seja, são protegidas internacionalmente, inclusive com previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 23), dizendo respeito a visão filosófica do homem, do que é essencial à pessoa humana, detendo capacidade universal e supranacional.

Essa distinção conceitual não significa que os direitos humanos e os direitos fundamentais estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si. Há uma interação recíproca entre eles. Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais os direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais. É de ressaltar a importância da Declaração Universal de 1948 na inspiração de tantas constituições do pós-guerra.

Esses direitos, porém, não são coincidentes no modo de proteção ou no grau de efetividade. As ordens internas possuem mecanismos de implementação mais céleres e eficazes do que a ordem internacional.

---

<sup>1</sup> Processo nº STF-RE – 201.819/RJ, Acórdão da 2ª Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, de 11 de outubro de 2005, publicado no DJU de 27 de outubro de 2006. Em tal decisão, o Supremo Tribunal Federal estabelece que para se excluir sócio de sociedade civil necessário assegurar o contraditório e a ampla defesa.

Se é verdade que um direito fundamental peculiariza-se por estar recepcionado por algum preceito de direito positivo, é também fato que, no direito comparado, essa técnica de recepção pode variar. No Direito brasileiro, como nos sistemas que lhe são próximos, os direitos fundamentais se definem como direitos constitucionais.

Essa característica da constitucionalização dos direitos fundamentais traz consequências de evidente relevo. As normas que os abrigam impõem-se a todos os poderes constituídos, até ao poder de reforma da Constituição. (MENDES, 2012, p.182).

Assim, a definição do princípio da autonomia da vontade segue os limites garantidos pelos direitos fundamentais, observando a efetividade destes, “o poder de praticar ou se abster dos atos de acordo com o interesse e conveniência do titular, dentro de determinados limites, sem prejudicar a terceiros e à coletividade e respeitada à ética negocial que se espera de todos” (FARIAS, 2013, vl. 1, p.95).

A própria Constituição protege os direitos fundamentais contra eventual reforma prejudicial, que vise restringir ou suprimir, porém sem inviabilizar o acréscimo de direitos fundamentais no rol constitucional, é o que se denota dos artigos 5º, parágrafos segundo e terceiro, e 60, parágrafo quarto.

O reconhecimento da imposição dos direitos fundamentais tanto ao poder público quanto às relações privadas (eficácia horizontal), estabelece limites inclusive a reforma – emenda – constitucional, mas sem instituir um rol taxativo dos direitos fundamentais, o que leva a questionar quais as fronteiras entre tais direitos e a atividade normativa.

Na perspectiva de que há um elo entre os direitos fundamentais e o legislador, apresenta-se o princípio da proibição do retrocesso, a questionar se o produtor normativo pode retroceder quanto aos direitos fundamentais, já implementados, e, caso possa, até que ponto é possível.

Quem admite tal vedação sustenta que, no que tange a direitos fundamentais que dependem de desenvolvimento legislativo para se concretizar, uma vez obtido certo grau de sua realização, legislação posterior não pode reverter as conquistas obtidas. A realização do direito pelo legislador constituiria, ela própria, uma barreira para que a proteção atingida seja desfeita sem compensações.

[...]

Esse princípio não tem aceitação universal na doutrina. Vieira de Andrade e Afonso Vaz recusam que possa ser genericamente acolhido, sustentando que o legislador goza de liberdade conformativa desses direitos, podendo revê-los. A interpretação da Constituição não poderia levar à destruição da autonomia do legislador. (MENDES, 2012, p. 183).

A título desta pesquisa limitar-se-á o debate da vedação do retrocesso sob o enfoque dos direitos sociais, que abrangem, dentre outros, os direitos fundamentais especificamente voltados às relações trabalhistas.

Cabe destacar, a Constituição da OIT tem dispositivo específico a vedar o retrocesso social, aplicável aos Estados-Membro.

Artigo 19º, 8. Em caso algum, a adopção de uma convenção ou de uma recomendação pela Conferência, ou a ratificação de uma convenção por um Membro devem ser consideradas como podendo afectar qualquer lei, qualquer sentença, qualquer costume ou qualquer acordo que assegurem condições mais favoráveis para os trabalhadores interessados que as previstas pela convenção ou recomendação. (JÚNIOR, 2013, p. 211).

A intervenção estatal para amparar os direitos sociais, que protegem o economicamente hipossuficiente e garantem as necessidades vitais, possibilita a segurança social, resguardando o interesse público e uma existência digna para todos, na busca pela justiça social, pela inclusão social. (CARVALHO, 2005, p. 14-15).

Assim sendo, é de acolher-se a preciosa lição de José E. Faria, para quem “os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios”. (SARLET, 2006, p. 296).

Geralmente, a eficácia dos direitos sociais depende de complementação de lei infraconstitucional, detendo intensidade normativa baixa, dependendo do legislador para alcançar sua eficácia plena (MENDES, 2012, p. 189-190). Nesse panorama que surge o princípio da vedação do retrocesso social, os direitos sociais que já tenham sido resguardados pela norma infraconstitucionais, dando eficácia plena a norma constitucional de direito fundamental, não poderão ser suprimidos ou dilapidados por lei posterior, consubstanciando limites a produção normativa.

[...] destaca-se o nome do conceituado publicista José Joaquim Gomes Canotilho, ao sustentar que, após sua concretização na órbita infraconstitucional, os direitos sociais fundamentais assumem, simultaneamente, as condições de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito), que de sua parte implica a inconstitucionalidade de todas as medidas estatais que inequivocadamente venham a ameaçar o padrão das prestações já alcançado. (CARVALHO, 2005, p. 31).

A vedação do retrocesso social vai além das garantias do direito adquirido, da coisa julgada e da proibição as normas retroativas (regra), trata-se da “maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais”, inclusive potencializando a efetividade do direito social frente à segurança. Não obstante, este princípio não é absoluto, a vedação é restrita ao núcleo duro do direito fundamental defendido. A necessidade de identificar este núcleo perpassa pelo princípio da dignidade humana e pelo mínimo existencial, sendo imprescindível fazer uma análise sob a ótica dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como através do princípio da

isonomia (tratar de forma diferente os desiguais e igual os iguais), a fim de assegurar a continuidade da ordem jurídica e resguardar o interesse social. (SARLET, 2006, p. 455-461).

Em oposição à vedação do retrocesso social se tem a definição da “reserva do possível”, princípio aplicável aos direitos sociais que tenham especial relevância econômica. Pela “reserva do possível”, a efetivação dos direitos fundamentais depende de análise se haverá meios, ou seja, recursos para cumprir a obrigação estipulada pelo ordenamento jurídico, considerando que os recursos são limitados. Este princípio apresenta dois focos distintos: um, que corresponde a limitação aos direitos fundamentais; dois, em contraponto a característica anterior, possibilita a efetivação dos direitos fundamentais, ao considerar eventuais conflitos entre normas, garantido o núcleo essencial do direito fundamental, observando a proporcionalidade e o patamar mínimo existencial. Porém, a reserva do possível não servirá para reduzir ou excluir direito social já consolidado. (SARLET, 2006, p. 298-303).

Com relação à objeção de que em função da incidência da assim designada “reserva do possível”, isto é, de uma justificativa calcada na falta de recursos e, portanto, fundada na necessidade de promover ajustes para menos ou mesmo a supressão de certas prestações sociais, não haveria como invocar, com sucesso, a proibição de retrocesso, importa ter presentes alguns fatores que no mínimo não deveriam ser negligenciados. Em primeiro lugar, se tem sido geralmente admitido que na esfera da garantia do mínimo existencial existe um direito subjetivo definitivo às prestações que lhe são inerentes, ou seja, que eventual obstáculo de ordem financeira e orçamentária deverá ceder ou ser removido, inclusive mediante a realocação de recursos, fixação de prioridades, ou mesmo outras medidas, também – e neste caso com maior razão ainda – não se poderá pretender suprimir ou esvaziar, pelo menos não aquém do mínimo existencial, a concretização já levada a efeito dos direitos sociais. Como exemplo desta tutela negativa do mínimo existencial, colaciona-se a sua função como limite material ao poder de tributar do Estado, já que este, em regra, não pode tributar o mínimo existencial (no âmbito do imposto sobre a renda, por exemplo), ainda que mediante a alegação da necessidade de reforçar a arrecadação para promover os direitos sociais. O que se percebe, à vista do exposto, é que o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana operam tanto como fundamentos para a limitação de direitos, quando tal se revelar indispensável à salvaguarda da dignidade, quanto atuam como limites dos limites, pois constituem, ao mesmo tempo, o marco a ser respeitado pelas medidas restritivas. (SARLET, 2009, p. 143-144).

Sob outro prisma, o princípio da adequação setorial negociada vem a estabelecer um equilíbrio entre as possibilidades criativas da normatização coletiva e as normas jurídicas, previstas na legislação. Para que as normas oriundas das negociações coletivas prevaleçam sobre a legislação trabalhista, é necessário a observação de dois critérios objetivos: a) as normas coletivas implementarem direitos superiores ao padrão geral

previstos na legislação heterônoma; b) as normas coletivas transacionarem parcelas trabalhistas de indisponibilidade relativa. (DELGADO, 2010, p.136-137).

Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que ocorre, como já apontado, ilustrativamente, com o direito à assinatura de CTPS, ao salário mínimo, à incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador. (...).  
Relativa será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que se passa, ilustrativamente, com a modalidade de salário paga ao empregado ao longo da relação de emprego (salário fixo *versus* salário variável, por exemplo): essa modalidade salarial pode ser alterada, licitamente, desde que a alteração não produza prejuízo efetivo ao trabalhador. As parcelas de indisponibilidade relativa podem ser objeto de transação (não de renúncia, obviamente), *desde que a transação não resulte em efetivo prejuízo ao empregado* (art. 468, CLT). (DELGADO, 2013, p.208).

Logo, para o doutrinador Maurício Godinho Delgado, 2011<sup>2</sup>, não caberia renúncia de direitos trabalhistas, mesmo por negociação coletiva, esta não teria poderes para praticar tal ato. A negociação coletiva cabe apenas transação de direitos, desde que estes sejam de disponibilidade relativa.

Através da visão de irrenunciabilidade de direitos trabalhistas ratifica-se a ideia do legislado sobre o pactuado, não cabendo a este dispor irrestritamente dos direitos do trabalhador.

Nesse contexto, aquela máxima apontada na Exposição de Motivos da CLT, de 1943, da prevalência de uma ordem trabalhista fundada na precedência das normas de tutela sobre os contratos (item 28 da Exposição), ou seja, da precedência do legislado sobre o negociado, continua extremamente atual: a *ratio legis* do sistema normativo mínimo, infenso à renúncia e à negociação, necessário à manutenção de relações de trabalho minimamente decentes no Brasil, continua presente: deve haver, no Direito do Trabalho, um núcleo duro irrenunciável em prol do homem, infenso, portanto, à negociação. Núcleo duro que não se esgota nos direitos reconhecidos constitucionalmente, mas que também abrange, além de direitos relacionados à saúde e à segurança do trabalhador, direitos econômicos. Não se trata, ao defender-se que o legislado prevaleça sobre o negociado, de ser apenas conservador (numa boa acepção, com orgulho): trata-se de ser progressista, lutando - contra o retrocesso social - pelos valores econômicos e sociais do trabalho. (SCHWARZ, 2012).

A vigência do princípio da indisponibilidade, ou irrenunciabilidade, dos direitos trabalhistas nas relações coletivas não é pacífica na doutrina. Apesar de haver certo consenso na existência de normas indisponíveis, as de natureza de ordem pública ou patamar civilizatório mínimo, sendo a definição destas uma adversidade, tendo em vista

---

<sup>2</sup> Páginas 176-177.

que o conceito não se encontra em lei e existem alterações constantes na jurisprudência a respeito.

Põe-se em debate, neste ponto, o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. É construção destinada a atuar na esfera do direito individual, mas não do direito coletivo do trabalho, daí a sua inaplicabilidade às relações coletivas, regidas que são pelo princípio da liberalidade sindical e da autonomia coletiva dos particulares, e não pelas regras de estrita aplicação aos contratos individuais de trabalho, inteiramente diferentes, portanto, os dois âmbitos da realidade jurídicas, a do interesse individual e a do interesse coletivo. (NASCIMENTO, 2008, p. 449-450).

Ademais, a imposição de limites a autonomia negocial coletiva, pela garantia das normas de ordem pública, efetiva o princípio de que “trabalho não é uma mercadoria”, conforme estabelecido na Declaração da Filadélfia, 1944, que estabelece os fins e objetivos da OIT e complementa a Constituição desta organização.

Necessário introduzir a definição do direito do trabalho, sem maiores debates, para alcançar uma noção do significado de “ordem pública” das normas trabalhistas, apesar de não ser possível definir com exatidão este conceito que é pautado pela história, política e a jurisprudência dos Tribunais.

O Direito do Trabalho tem como características ser ramo especializado do direito, construído através de uma relação jurídica específica, o vínculo de emprego, tendo se originado e se apartado do direito civil, detendo objetivos sociais com impactos econômicos, culturais e políticos, composto essencialmente de normas imperativas, conforme destaca Maurício Godinho Delgado, 2013<sup>3</sup>. Por fim, define-se o Direito do Trabalho, incluindo a esfera individual e a coletiva, como:

Complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas. (DELGADO, 2013, p. 47).

O doutrinador Mario de La Cueva, 1938, também identifica o caráter imperativo do direito do trabalho como uma das principais características deste, sendo um limite a liberdade de contratação e por implicar na intervenção estatal na atividade privada, de forma absoluta e incondicional, remetendo apenas as normas de ordem pública (apud GOTTSCHALK, 1944, p. 185 e 191). Porém, Gottschalk alerta que o direito do trabalho não é composto exclusivamente de normas de ordem públicas, também chamadas de cogentes, coexistindo estas com as normas dispositivas.

As normas dispositivas (autorizantes ou hipotéticas) delegam a autonomia da vontade das partes contratantes o poder de fazer sua própria norma, tanto no que diz

---

<sup>3</sup> Páginas 62-63.

respeito ao conteúdo quanto aos seus efeitos, sendo uma faculdade essa produção normativa, a lei será aplicada na hipótese de ausência da vontade das partes de dispor de modo diverso, ou quando houver dúvida sobre a manifestação de vontade a lei servirá de norte interpretativo. Ao passo que as normas cogentes, ou de ordem pública, são absolutas e coativas, se impondo sobre a vontade das partes, porém sem excluí-la. As normas cogentes estabelecem limites e garantias intransponíveis a vontade individual, tendo em vista que seu principal fim é a coletividade como um todo, a sociedade, o interesse desta é superior ao do indivíduo, o que contrapõe as normas dispositivas, cujo interesse público é indireto, sendo destacado o interesse individual. (GOTTSCHALK, 1944, p. 189-198).

As normas que determinam a responsabilidade social conteúdo e efeitos, constituem direito cogente, pois, sem esta responsabilidade, perfeitamente recíproca, não pode haver nem personalidade individual nem colaboração para os superiores fins da comunidade. (GOTTSCHALK, 1944, p. 189-198).

O doutrinador Marcelo Batuíra da C. Losso Pedroso, 2005<sup>4</sup>, entende que a norma terá a natureza de ordem pública quando o resultado da negociação não conseguir transpor o custo social (por não poder ser eliminado), sendo maior do que a transação das partes. “A ordem pública é geralmente definida como o conjunto dos valores reconhecidos pela sociedade em determinado momento, o que explica o caráter evolutivo de seu conteúdo” (ROMITA, 2009, p. 180).

A noção das normas cogentes vincula direito e política, por refletir o ambiente jurídico da sociedade, em um determinado período, representando o interesse público, a ordem superior, condições consideradas essenciais para a vida social, para a conservação da organização social (ROMITA, 2009, p. 181-182).

[...] A dificuldade de conceituar ordem pública reside na valorização jurídica vigente em dado momento histórico. Do fato de que ordem jurídica está indissolúvelmente ligada aos valores sociais vigentes deriva, como consequência natural, sua mutação no tempo e no espaço, destacando-se, nesse sentido, a ampliação moderna de seu conteúdo, paralela ao retrocesso do individualismo liberal, perante as diversas ideologias do tipo social próprias do Estado contemporâneo. (ACQUAVIVA, p. 574).

Assim, as normas de ordem pública servem de limite ao princípio da autonomia negocial coletiva. A consequência jurídica da norma coletiva contrária ao interesse público é a nulidade absoluta. Ao se definir que determinada matéria é de interesse público por representar patamar mínimo civilizatório, direta ou indiretamente os princípios ou garantias constitucionais, vislumbra-se que o alcance dessa matéria vai

---

<sup>4</sup> Página 198.

além da proteção do trabalhador, também se protege a sociedade, não sendo cabível arcar com um custo prejudicial à vida social.

No debate do legislado *versus* pactuado, em face às normas de ordem pública e aos direitos fundamentais, fundamenta-se o intervencionismo estatal, mesmo que este não seja absoluto, mas sim limitado a defesa do interesse público.

[...] Incumbe ao Estado – que tutela os interesses gerais de toda a sociedade, que coordena e harmoniza esses mesmos interesses – o dever de controlar a atividade sindical. O Estado democrático não pode deixar de proteger-se e de proteger a sociedade: se admitisse a violação da lei (inclusive penal) em nome do respeito à liberdade sindical, negaria a verdadeira liberdade a todos os cidadãos. Por isso, deve intervir onde e quando a ação sindical redunde em prejuízo dos interesses gerais, que lhe incumbe tutelar institucionalmente. A intervenção estatal, porém, deve esgotar-se na tarefa de manter a ordem pública e estabelecer o equilíbrio entre as necessidades e os direitos dos indivíduos. (ROMITA, 2009, p. 362).

A identificação de que certas normas exigem uma proteção maior, apresentando uma imperatividade superior do que outras, por conta do interesse público, justifica a integração da noção de ordem pública e de direitos fundamentais. Assim, o poder público deverá respeitar e resguardar os direitos sociais, bem como outros direitos fundamentais, ratificando que tais direitos não poderão ser suprimidos, excluídos ou dilapidados, sem que haja uma compensação, ligando o princípio da vedação do retrocesso social ao princípio da irrenunciabilidade das normas trabalhistas.

Desta forma, o negociado, através da autonomia negocial coletiva, e o legislado, pelas normas de ordem pública, complementam-se para garantir patamares mínimos aos direitos laborais, não sendo nenhum os dois institutos absolutos. Ao contrário, há um certo equilíbrio, uma tênue linha entre o pactuado e o legislado para garantir os direitos sociais.

## **2. O Limite da Jornada de Trabalho como Instrumento de Proteção do Trabalhador – Um Vislumbre do Legislado**

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 7º, incisos XIII, XIV, XV e XVI, garante a jornada diária de 08 (já vista em outras constituições) e semanal de 44 horas, turno ininterrupto de revezamento com seis horas, repouso semanal remunerado e a remuneração do serviço extraordinário com adicional de cinquenta por cento. O texto constitucional também possibilita a negociação coletiva das jornadas de trabalho, prevendo a figura da compensação e mesmo a redução da jornada.

A jornada é a medida de tempo gasto no trabalho, é o tempo do trabalhador a disposição do empregador. A palavra jornada tem sua origem relacionada ao dia, ao nascer e ao pôr-do-sol, sendo este o limite primário do exercício do trabalho, o que foi alterado com o tempo.

Com o passar dos anos, a expressão jornada descolou-se de sua raiz etimológica, o dia, para incorporar medidas de tempo inferiores ao limite natural do sol a sol, bem como períodos de trabalho que tomam como parâmetros de mensuração a semana, o mês ou o ano. (DAL ROSSO, 1996, p. 45).

O doutrinador Mauricio Godinho Delgado (2013) enfatiza a distinção entre duração e jornada de trabalho. A duração do trabalho é vista em sentido amplo, abrange o tempo disponível do empregado ao empregador, em decorrência do contrato laboral, podendo ser medida por dia, semana, mês e ano. Enquanto a jornada de trabalho tem sentido restrito, representando o tempo disponível do empregado ao empregador em um dia, tempo diário. Nesta última expressão, também, inclui-se os intervalos intrajornadas (períodos de pouca duração).

Apesar da distinção entre as expressões, para fins desse estudo utilizar-se-á, no intuito de facilitar a dialética e com a devida vênia, duração e jornada de trabalho como sinônimas.

A definição de jornada, medida de tempo, é flexível, podendo ser alterada de acordo com a época, a política e a cultura, ou mesmo, ser adaptada aos padrões e exigências de uma categoria ou classe de trabalhadores. Exemplo dessas nuances de definições de jornadas, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT estabelece: bancários (regra: 6 horas diárias, 30 horas semanais – art. 224), mineiros (regra: 6 horas diárias, 30 horas semanais – art. 293) e jornalistas (regra: 5 horas diárias – art. 303).

No anteprojeto da Comissão da Ordem Social, integrante da Assembleia Nacional Constituinte, justificou-se a necessidade de uma justa política salarial, em decorrência do desenvolvimento social, cultural e econômico do país. Ao ser

apresentada no novo contexto constitucional, a ideia de justa política salarial sublevoou a redução e a definição da carga de trabalho. A necessidade da redução da jornada, além da comparação com o direito estrangeiro, foi justificada pela visão do trabalhador como pessoa humana, ser mais complexo do que o “homem econômico”, com necessidades mais profundas, que vão além das biológicas:

A liberação parcial do tempo útil do trabalhador permitirá que ele se dedique à vida comunitária, à educação dos filhos, ao merecido lazer e a muitos outros que – fazeres compatíveis com as características da pessoa humana. Não apenas do “homem econômico” que estamos tratando, mas do homem integral, cujas necessidades e aspirações não se esgotam no plano biológico. (Assembleia Nacional Constituinte, VII – Comissão da Ordem Social, junho 1987, vol. 187 – p. 4).

Apesar da fluidez da jornada de trabalho, observa-se que esta é interligada a remuneração do trabalhador, sendo obrigações decorrentes da relação de emprego. Através da jornada se mensura a força de trabalho empregada e o salário aponta quanto vale esta força, sua cotação. Alterar a quantidade de um desses institutos, em regra, também trará consequências ao outro. (GODINHO, 2013, p. 876-877).

Complementam-se as previsões constitucionais de que as alterações na jornada de trabalho e a redutibilidade do salário depende de acordo coletivo. Reduzir a quantidade de horas trabalhadas impacta na redução salarial, caso ocorra por instrumento coletivo. Do contrário, a redução da jornada permite uma valoração da hora trabalhada.

O limite da jornada de trabalho pode ser analisado sobre dois prismas: biológico e social. O limite biológico foca no indivíduo, a resistência física (englobando a mental) do trabalhador, até onde é possível aguentar a jornada de trabalho sem comprometer sua saúde, variando para cada indivíduo tira-se uma média das resistências, traçando o limite físico médio a embasar o limite coletivo. Enquanto o limite social (ou coletivo) leva em consideração a prática habitual da sociedade, sendo possível identificar variações entre categorias ou classes, efetivando-se através de acordos ou convenções coletivas, normas empresariais ou leis. Os diferentes limites de jornada são justificados pela diversidade dos modos de produção, inclusive a depender das condições da categoria ou classe do trabalhador. (DAL ROSSO, 1996, p. 45-46).

A necessidade de estabelecer limites à jornada de trabalho é um visível instrumento de proteção ao trabalhador, que também colabora com a ordem social e econômica. A exaustão dos trabalhadores pode acarretar prejuízos para a empresa, problemas previdenciários e de saúde pública, além de colocar o empregador em posição cômoda quanto a não abertura de novos postos de trabalho, mantendo ou

umentando a taxa de desemprego. De outro lado, a falta de tempo para o trabalhador lidar com assuntos de seu cotidiano pode ocasionar disfunções familiares, dificultando uma conciliação entre a vida privada e a laboral.

O direito a se desconectar do trabalho é resultado da necessidade de estabelecer limites à jornada de trabalho, cabendo a análise do instituto com relação à tecnologia, que prospera em nossa modernidade, e as contradições que nele gravitam.

Souto Maior estabelece algumas reflexões sobre as contradições existentes ao se analisar o direito à desconexão do trabalho: preocupação com o não-trabalho, enquanto há inquietação com o desemprego; avanços tecnológicos roubam postos de trabalho e também escravizam o homem; o trabalho que dignifica o homem, mas também retira sua dignidade (MAIOR, 2003, p. 296-313).

(...) como nos últimos cem anos o trabalho tem sido medido com o cronômetro, ainda se pensa que o ritmo, a pressa, a ânsia e a inquietação devam dominar a vida dos trabalhadores, mesmo quando o seu rendimento depende muito mais da criatividade e da introspecção do que do número de horas transcorridas no escritório. (DE MASI, 1999, p. 301).

A preocupação com o desemprego sempre foi uma constante no mundo do trabalho e, atualmente, com o auxílio da tecnologia, amplia-se esta ansiedade. A tecnologia no passar dos anos representou a substituição da mão-de-obra humana, diminuindo ou, até mesmo, extinguindo postos de trabalho em algumas seções de produção. Inobstante, o desemprego ocasionado pelos avanços tecnológicos não ocorre em todas as atividades laborais humanas, não sendo de forma absoluta, mas o suficiente para ocasionar angústias.

A redução de postos de trabalho decorrente de tais mudanças da tecnologia – em si, fato já importante – implicava ainda modificações notáveis nos processos de concretização do labor no plano empresarial, atenuando, em certa medida, a tendência – que antes parecia incontrolável – de agregação de grandes massas de trabalhadores em grandes estabelecimentos produtivos. É que o trabalho repetitivo e uniforme, mobilizador de grandes grupos humanos, perdia sua anterior exponencial relevância, substituído em razoável medida, pela nova tecnologia.

(...)

Este processo de afetação, contudo, não foi (nem será), repita-se, absoluto, uma vez que tende a atingir com intensidade muito variada as inúmeras atividades, segmentos, funções e profissões existentes na vida socioeconômica. Ao lado de funções e profissões simplesmente extintas (uma evidente minoria, diga-se de passagem), há incontável universo de outras que apenas incorporaram os avanços tecnológicos em seu interior – potenciando, sem dúvida, a produtividade do trabalho, mas sem eliminar a necessidade deste. (DELGADO, 2006, p. 37-38).

Além dessa interferência da tecnologia no modo de produção e nos postos de trabalho, na modernidade tornou-se necessário estar conectado, informado, sobre os assuntos ao seu redor e, principalmente, no que diz respeito ao seu trabalho, sendo a

tecnologia uma ferramenta de competição, de se mostrar apto ao mercado de trabalho e não perder o espaço conquistado, para não se tornar obsoleto.

Por outro ponto de vista, como há de se falar em direito de não trabalhar, quando a preocupação com o desemprego é marcante no dia-a-dia das famílias? A visão cultural de que para o homem ser digno precisa trabalhar é identificado inclusive com a marginalização do ócio, da ausência de trabalho, que consta como contravenção penal, na lei 3.688/1941: “art. 59 entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência (...)”. Ao mesmo tempo, o trabalho vem a retirar a dignidade do homem, o excluindo de sua individualidade, de sua família, de sua vida privada, acarretando problemas de saúde, tanto de ordem física quanto psicológica, e sociais. O excesso de trabalho limita o mercado de trabalho para outros, não havendo democracia nos postos de trabalho.

O dever de trabalhar – essa neurose que, segundo Lafargue, dominava na sua época as classes operárias dos países capitalistas – agora obceca principalmente os empregados, os executivos, os profissionais e os dirigentes das classes burguesas, onde quer que vivam. Assim, todas as manhãs, enquanto o subproletariado do Terceiro Mundo (que constitui três quartos da humanidade) desperta e (...) põe-se à cata de recursos para sobreviver e para matar o tempo até a noite; enquanto o proletariado do Terceiro Mundo vai para as fábricas, onde consumirá as oito horas do seu contrato coletivo; a burguesia intelectual, cada vez mais numerosa (...), atormenta-se para deixar os filhos em creches ou com as avós, mete-se em engarrafamentos ou percorre quilômetros de metrô, debruça-se em sua escrivaninha e começa a inventar expediente aparentemente mais racionais para prolongar infinitamente o horário extraordinário (e não remunerado) de trabalho, criando assim as condições para sua máxima saturação e para a máxima desocupação alheia. (DE MASI, 1999, p.300-301).

Assim, o direito ao descanso, à desconexão do trabalho, é índole tanto individual quanto coletiva, tendo como seus legitimados o trabalhador e a sociedade. Tendo isso em vista, deve-se analisar as normas constitucionais com o foco na proteção ao trabalhador e a sociedade, para fins de resguardar a possibilidade de descanso, a saúde do trabalhador e a democratização dos postos de trabalho.

A lógica de que a alienação da força de trabalho deve encontrar limites para proteger o empregado como ser humano, a fim de não haver abusos, encontra fundamento no doutrinador Süsskind, que estabelece 03 (três) justificativas: de natureza biológica, de caráter social e de ordem econômica, que vão ao encontro da ideologia apresentada pela Assembleia Nacional Constituinte:

- a) de natureza biológica, porque elimina ou reduz os problemas psicofisiológicos oriundos da fadiga;
- b) de caráter social, por ensejar a participação do trabalhador em atividades recreativas, culturais ou físicas, propiciar-lhe a aquisição de conhecimentos e ampliar-lhe a convivência em família;

c) de ordem econômica, por quanto restringe o desemprego e aumenta a produtividade do trabalhador, mantendo-o efetivamente na população economicamente ativa. (SÜSSEKIND, 2010, p. 232).

Além dos fundamentos acima apresentados para redução da jornada de trabalho, a doutrina apresenta outras classificações: psíquica e psicológica, física e humana. Porém, o presente estudo limitar-se-á a utilizar dos fundamentos citados no parágrafo anterior, por entender que as novas classificações são desdobramentos daqueles.

A justificativa de natureza biológica para o limite da jornada de trabalho, considera basicamente as repercussões do excesso de horas trabalhadas na saúde do trabalhador.

Ao se confrontar os dados das jornadas mais extensas por setor da atividade econômica com os dados disponíveis a respeito de acidentes do trabalho nesses mesmos setores, tem-se uma indicação de que a duração do tempo de trabalho pode contribuir para o surgimento dos acidentes laborais e, sobretudo, das doenças do trabalho. (OLIVEIRA SILVA, 2013, p. 187).

Nesse ponto, o fator produtividade é outra determinante a influenciar na identificação das consequências negativas do excesso de jornada, tanto na saúde do trabalhador, quanto na desconsideração dos direitos fundamentais. Tal fator trata da correlação entre a produção do trabalhador com o tempo de labor diário, sendo possível identificar o aumento na produtividade do trabalhador favorecido pela tecnologia (mas não apenas) e pelo acréscimo do ritmo de trabalho. (OLIVEIRA SILVA, 2013, p.183-184).

E poderiam ser citadas, ainda, as mortes de cortadores de cana-de-açúcar, em 2005 e 2006, no Estado de São Paulo, o mais rico do país, como noticiaram os jornais. Ainda que as investigações estejam em curso, há indícios de que as mortes derivam da fadiga provocada pelo excesso de atividade laborativa. O jornal Folha de S. Paulo noticiou, em 18 de maio de 2007, que a investigação realizada pelo Ministério Público do Trabalho da 15ª Região concluiu: “O trabalhador Juraci Barbosa, que morreu com 39 anos em 29 de junho de 2006, trabalhou 70 dias sem folga entre 15 de abril e 26 de junho. Além disso, ele cortou um volume de cana bem superior à média diária de dez toneladas nos dias que antecederam sua morte”. Os dados foram extraídos da “ficha” do trabalhador, que morreu depois de sentir-se mal em casa e ser levado ao hospital de Jaborandi. “Chama a atenção o fato de, no dia 21 de abril, ele ter cortado 24,6 toneladas de cana em apenas um dia. E no dia 28 de junho, um dia antes da morte, 17,4 toneladas”, de acordo com o médico que avaliou os documentos apresentados pela empregadora do trabalhador falecido.

Daí se vê que tanto o aspecto quantitativo como o qualitativo (distribuição irregular da jornada e aumento da produtividade) são importantes nessa luta pela limitação do tempo de trabalho, de modo a evitar doenças e mortes súbitas por excesso de trabalho. (OLIVEIRA SILVA, 2013, p. 187).

O exemplo do cortador de cana-de-açúcar, apontado no parágrafo anterior, justifica a consideração da intensificação do trabalho na análise da necessidade de limites a jornada de trabalho. Cada vez mais é possível identificar as consequências prejudiciais do excesso de trabalho como fator desencadeador de doenças físicas e

problemas psíquicos, a exemplo do *karoshi*: morte por excesso de trabalho, termo que surgiu no Japão.

A intensificação do trabalho é decorrente dos sistemas produções (a exemplo do taylorismo), que tendem a suprimir tempos não utilizados no contrato de trabalho: paradas, interrupções, descansos, intervalos.

(...) a intensificação do trabalho precisa ser tratada. Na teoria do valor trabalho, a intensificação é o fator desencadeador das demandas sindicais de redução da jornada. O uso cada vez mais intenso que a gerência procura fazer do tempo de trabalho de seus assalariados conduz cada vez mais à exaustão física e mental do trabalhador em tempos cada vez mais reduzidos. O consumo produtivo da energia física e mental do trabalhador induz à reivindicação por jornadas ainda menores ou por controle de intensidade do processo de trabalho. (DAL ROSSO, 1996, p. 58).

Os danos psíquicos decorrentes do excesso de trabalho têm como exemplo a síndrome do esgotamento profissional – *burnout*, que ocasiona exaustão física, mental e emocional, decorrente da submissão a situações prolongadas de estresses, tendo como fator principal a estrutura organizacional do trabalho que compreende, dentre outras determinantes, o ritmo e a duração da jornada de trabalho. (FREITAS, 2012, p. 47-74).

Adiante, o fundamento de natureza social sobre a necessidade de limites da jornada de trabalho vem da visão da sociedade como um todo, não reduzindo a vivência das pessoas apenas ao ambiente laboral. Indispensável a análise crítica do tempo de trabalho, a fim de avaliar a existência do trabalhador como ser humano, é fora do período de trabalho que pode-se presenciar a vida em sua plenitude: formação da família, nascimento, crescimento e educação dos filhos; encontro com amigos; desenvolver capacidades acadêmicas e culturais; ter lazer; cuidar da própria saúde e desenvolver hábitos saudáveis; participar da política e ter senso crítico como cidadão, dentre outras situações próprias da vida em comunidade e das necessidades de um indivíduo. Aliás, não é apenas no período de jornada de trabalho que o empregado tem obrigações, também existem as obrigações sociais e familiares, nenhuma delas podem ser negligenciadas.

(...) Assim, em nossa sociedade capitalista, o tempo de trabalho pode ser dominante, mas não é exclusivo, nem do ponto de vista quantitativo e nem do qualitativo (Sue, 1994). O que nos coloca a necessidade de olhar para os outros tempos sociais e para a forma como os sujeitos vivenciam cotidianamente esses diversos tempos. (CARDOSO, 2009, p.39).

(...) Para Becal (1988), o tempo livre é aquele que o homem dispõe, após o tempo necessário para a execução de tarefas de trabalho, pressupondo a liberdade de escolha do que fazer ou não fazer, compreendendo tanto o lazer como o ócio. Também Dumazedier (1999) pensa o lazer como um tempo dedicado ao conjunto de ocupações às quais os indivíduos podem se entregar de livre vontade, seja para repousar, divertir-se, recrear-se e entreter-se, desenvolver sua formação desinteressada, sua participação voluntária ou sua

livre capacidade criadora, após livrar-se das obrigações profissionais, familiares ou sociais. (CARDOSO, 2009, p.51-52).

Nesse contexto, faz-se necessário ter uma visão ampla do contexto social e das proteções constitucionais, pois a limitação da jornada de trabalho deve levar em consideração, além das obrigações sociais e familiares, o tempo essencial para usufruto das garantias fundamentais, a exemplo do direito ao lazer.

Ao caso, a Carta Magna protege a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice (art. 203, inciso I), bem como o direito ao lazer (art. 6º), que consta no rol de direitos sociais. Todas essas proteções influem na discussão da jornada de trabalho como forma de resguardar o trabalhador.

A constância de jornada excessiva vem a prejudicar a saúde do trabalhador, mas também a falta de tempo, em decorrência da prioridade laboral, acarreta crises na estrutura familiar e social, além de impedir o indivíduo de desfrutar de momento de lazer. O que coloca em risco a efetividade das proteções constitucionais citadas no parágrafo anterior.

Quanto ao caráter econômico, a jornada de trabalho ao ser demasiadamente longa e excessiva inviabiliza a contratação de novos empregados, o empregador conforma-se em exigir produção apenas daqueles que já estão contratados.

Mas os responsáveis pela organização produtiva, tomados de euforia comercial, em vez de desfrutarem das inovações tecnológicas para produzir os mesmos bens em menor tempo, preferiram produzir sempre mais bens no mesmo tempo, alimentando assim, além do necessário progresso, também uma espiral de consumo caprichoso, destinada pois a rebelar-se, mais cedo ou mais tarde, contra a saturação do mercado.

Se Taylor – empregando máquinas e métodos que hoje consideramos primitivos – conseguiu obter de 35 pessoas que trabalhavam 8h30min por dia a mesma quantidade de trabalho antes efetuada por 120 pessoas em dez horas, temos que perguntar por que depois dele as empresas preferiram reduzir o pessoal (criando excesso de trabalho para poucos e desemprego para muitos) e jamais reduzir o horário em proporção significativa. (DE MASI, 1999, p. 279-280).

O ponto econômico da limitação da jornada de trabalho vai além do prejuízo social do desemprego, inclui também o dano a seguridade social (previdência e saúde pública) e a empresa.

Os três fundamentos (biológico, social e econômico) se complementam quando há uma análise mais ampla sobre os danos da jornada excessiva. Exemplo, se sabendo que o excesso de jornada favorece acidentes de trabalhos, que podem levar a morte e a invalidez permanente, este dano repercute na vida social e alça a dinâmica familiar do trabalhador. Simultaneamente, o empregado antes ativo, será retirado do ambiente laboral, sendo mais um a depender dos benefícios do Instituto Nacional de Seguridade

Social – INSS, acarretando prejuízo econômico ao governo. Não haverá danos apenas ao indivíduo, sua família e ao governo, estes abrangerão também a empresa, seja por indenizações, primeiros socorros e, por eventuais, destruições aos seus equipamentos, dentre outros.

É preciso enfatizar que todos perdem com o acidente do trabalho: o empregado acidentado e sua família, a empresa, o governo e, em última instância, toda a sociedade. Se todos amargam prejuízos visíveis e mensuráveis, é inevitável concluir que investir em prevenção proporciona diversos benefícios. (OLIVEIRA, 2011, p. 33).

As razões para a limitação da jornada de trabalho, além de proteção ao trabalhador, repercutem em toda a sociedade, sendo possível identificar o nexos com os próprios fundamentos da República Brasileira.

A Carta Magna estabeleceu como princípios da República Federativa do Brasil, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV). Esses princípios têm em comum busca pela existência digna, inclusive norteando a ordem econômica (art.170).

Ao se colocar a pessoa humana no centro da conjuntura jurídica, o que se tem é o princípio da dignidade da pessoa humana guiando todos os outros princípios e normas, que convergirão para assegurar o objetivo principal – existência digna.

A partir desse pressuposto – busca pela existência digna, a empresa tem a função social de valorizar o trabalho humano, sendo um instrumento da busca do pleno emprego e da redução das desigualdades sociais.

Com o reconhecimento constitucional do princípio da função social da empresa, fica muito claro que os interesses dos empresários ou dos sócios de sociedades empresárias, embora importantes, não são os únicos que merecem tutela, sendo igualmente dignos de proteção os interesses dos trabalhadores, dos consumidores, os do poder público e os da própria coletividade. (FRAZÃO, 2014, p. 535).

A função social empresarial repercute na tutela da limitação da jornada de trabalho, seja por respeitar a legislação vigente de limites de horas trabalhadas ou, mesmo, por inovar de forma mais benéfica quanto a redução da jornada, nos seus regimentos internos. O dever da empresa de cuidar de seus empregados inclui a restrição da jornada, tendo esta ramificação em outras instituições sociais (família, política, sociedade).

Com isso, rompe-se com o paradigma que restringe a tutela dos trabalhadores ao cumprimento dos direitos cogentes previstos na legislação trabalhista ou nos acordos ou convenções coletivas, na medida em que a responsabilidade social das empresas passa a ser importante instrumento de valorização do trabalhador e do seu reconhecimento como beneficiário direto dos frutos da atividade empresarial. (FRAZÃO, 2014, p. 540).

Após a identificação da importância da jornada de trabalho na vida do empregado, é necessário analisar onde e como são traçados os limites dela.

A legislação não é o único instrumento a definir jornada de trabalho, constando também em acordos, convenções coletivas, regulamento empresarial e decisões da Justiça do Trabalho. Apesar disso, é da lei que podemos extrair as definições básicas e consolidadas da jornada de trabalho na sociedade atual. Através das definições legais, pode-se demarcar a abrangência do interesse público sobre a matéria, servindo inclusive como norte para instrumentos coletivos de trabalho.

As leis regulamentadoras da jornada emanaram sempre depois que uma prática concreta havia se enraizado em algum contexto de relações de trabalho. Essa regularidade é um argumento vigoroso a favor de uma vinculação teórica entre lei e prática. Em outros termos, uma lei nunca se estabelece a não ser que seja precedida por uma prática social. (DAL ROSSO, 1996, p. 291).

A interação dos instrumentos coletivos (acordos e convenções) e a Justiça do Trabalho, através de suas decisões, também auxiliam na identificação da prática social e na formulação de novas legislações. Um exemplo vivido foi a jurisprudência do TST a respeito de *horas in itinere*, que repercutiu na criação da lei 10.243 de 2001.

É que a jurisprudência trabalhista apreendeu também do art. 4º da CLT, mediante leitura alargadora desse preceito, uma hipótese excetiva de utilização do critério de tempo deslocamento. É o que se verifica nas chamadas horas “*in itinere*” (originalmente referidas pelas Súmula 90, 320, 324 e 325, TST). Após a construção jurisprudencial longamente maturada, o legislador, em 19.6.2001, incorporou, em diploma normativo (Lei n. 10.243/01), as horas *in itinere*, mediante inserção de um §2º no art. 58 da CLT. (DELGADO, 2013, p. 884-885).

Dentro da perspectiva da legislação trabalhista brasileira, a jornada de trabalho é constituída pelo “período em que o empregado esteja à disposição do empregador” (CLT, art. 4º), não sendo necessário nesse período a prestação de serviço, em si. Desta forma, integra a jornada de trabalho o período efetivamente laborado, os intervalos intrajornadas, o tempo de deslocamento para o trabalho e o tempo residual. (DELGADO, 2013, p.881-884).

A construção jurisprudencial, que repercutiu na legislação, “*horas in itinere*” significa tempo de deslocamento, o tempo gasto pelo trabalhador para chegar ao local de trabalho e retornar.

O tempo de deslocamento para o emprego, excepcionalmente, integra a jornada de trabalho, sendo devido as horas extras caso ultrapasse a duração legal. No caso, necessário preencher um dos requisitos da lei: local de difícil acesso ou que não seja servido de transporte público (CLT, art. 58, §2º).

Na hipótese do empregador ser microempresa ou empresa de pequeno porte, através de negociação coletiva, é possível estabelecer uma média do tempo de deslocamento a ser remunerado. Porém, não se extrai da leitura da lei autorização para suprimir as horas *in itinere* (CLT, art. 58, §3º).

Apesar da existência da regra geral de jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais (CF, art. 7º, XIII), com intervalo intrajornada de uma hora (CLT, art. 71, caput), há inúmeras nuances na legislação a respeito da duração do trabalho, não sendo possível abarcar todas na presente pesquisa.

O próprio texto constitucional estabelece exceção à regra da jornada diária e semanal, ao constar a jornada reduzida de seis horas de trabalho para turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, XIV). No citado artigo, há expressa previsão de alteração da jornada laboral dos turnos de revezamento através de negociação coletiva, sendo um dos inúmeros exemplos de definição da jornada por outro instrumento que não seja a norma legal.

A jornada reduzida de seis horas é justificável pelas constantes alterações no horário de trabalho, que, por si só, ocasiona lesão na saúde do trabalhador, implicando o seu metabolismo, ao trabalhar em inúmeras escalas de turnos diferenciados (BARROS, 2009, p. 674).

A situação enfocada pela Constituição configura-se caso o trabalhador labore ora essencialmente pela manhã, ora essencialmente pela tarde, ora essencialmente pela noite – por ser flagrante a agressão que semelhante sistemática de organização laboral impõe ao organismo do trabalhador. É a essa sistemática de trabalho que a Constituição pretendeu atingir, reduzindo o desgaste do trabalhador, ao proporcionar-lhe jornada mais estreita de trabalho. Nesse contexto, não prejudica a tipificação dos turnos ininterruptos de revezamento a existência, na empresa, de paralisação total ou parcial, fixa ou móvel, em um dia de semana – para atender, por exemplo, conjuntamente, ao repouso semanal remunerado. Do ponto de vista do trabalhador, quando submetido à rotina do trabalho, ele ingressa num círculo ininterrupto de revezamento, que atinge as diversas fases do dia e da noite. (DELGADO, 2013, p. 930-931).

O turno ininterrupto de revezamento não implica apenas a saúde do empregado, mas também a sua interação com a família e sociedade. A constante alternância da jornada de trabalho (dia, tarde e noite) inviabiliza o trabalhador a ter uma rotina normal, com horários fixos para acordar, tomar café, almoço, dormir, dentre outras situações próprias do dia-a-dia humano, o que dificulta inclusive o comprometimento com as rotinas da família e rotinas sociais. Nessa visão ampla, justifica-se a necessidade de jornada reduzida e diferenciada para o turno ininterrupto de revezamento.

Cabe observar que o termo ininterrupto do turno de revezamento não afasta a necessidade de concessão dos intervalos intrajornadas. A duração da jornada de trabalho abarca inclusive os intervalos. Assim, caracterizado o requisito legal, labor entre quatro e seis horas diárias, deverá ser concedido o intervalo intrajornada de quinze minutos (CLT, art. 71, §1º).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHISTA. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO (CF, ART. 7º, XIV). (...)

Consideram-se os intervalos, que são obrigações legais, como irrelevantes quanto à obrigação de ser o turno de 6:00 horas, quando (a) forem os turnos ininterruptos entre si, (b) houver revezamento e (c) não houver negociação coletiva da qual decorra situação diversa. Não é a duração do intervalo - se de 0:15 minutos, de uma ou de duas horas - que determina a duração da jornada. É o inverso. É a duração da jornada que determina o tamanho do intervalo: se de 0:15 minutos, de uma hora ou mais. (BRASIL, STF, RE 205.815/RS, Relator: Min. Nelson Jobim, 1998).

No que diz respeito aos intervalos intrajornadas, em regra, estes serão de no mínimo uma hora e no máximo duas horas, quando a jornada for superior a seis horas diárias (CLT, art. 71, *caput*). Caso a jornada ultrapasse quatro horas, mas não sendo superior a seis horas, deve-se conceder intervalo de quinze minutos (CLT, art. 71, §1º).

O artigo 71 da CLT apresenta apenas uma situação possível de redução do intervalo para alimentação de 01 (uma) hora, quando no exercício de jornada superior a 06 (seis) horas diárias, e uma situação de fracionamento do intervalo intrajornada.

A redução do intervalo é viável mediante autorização do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, desde que preenchidas as exigências referentes à organização dos refeitórios e os trabalhadores não efetuem horas extras.

A possibilidade de fracionar o intervalo intrajornada, através de acordo ou convenção coletiva, cabe apenas para motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, do setor de transporte coletivo de passageiros, desde que seja mantida a mesma remuneração, não devendo os intervalos ser descontados da jornada de trabalho (CLT, art. 71, §5º).

Algumas das alterações perpetradas pela lei 12.619/2012 apresentam um vislumbre na melhoria das condições de trabalho para os motoristas, tanto de transporte rodoviário de passageiros como de carga.

As excessivas jornadas até então exigidas desses profissionais constituem ofensa aos direitos humanos e atentam contra à vida, à liberdade e à segurança, conforme demonstram as estatísticas de acidentes de trabalho e de trânsito. (...)

As longas jornadas expõem os trabalhadores a risco de acidentes, o cansaço reduz a atenção e deixa o trabalhador mais vulnerável à ocorrência de acidentes, as estatísticas comprovam que grande parte dos acidentes ocorre em trabalho realizado além da jornada legal. (LEIRIA, 2012, p. 807-812).

Antes da lei supracitada, se tinha a ideia de que os motoristas não estariam sujeitos a limite de jornada de trabalho, por serem enquadrados como trabalhadores externos. Em decorrência dessa ideia, uma das formas de remuneração dos motoristas era por quilômetros rodados, que por consequência instigava os motoristas a dirigirem horas, dias e noites, inclusive sob o efeito de drogas estimulantes, para driblarem a necessidade de dormir, o que acarreta um alto risco nas rodovias na busca por uma maior remuneração (MAIOR, 2003, p.296-313). Agora, é dever do empregador controlar não apenas a jornada de trabalho, mas também o tempo de direção de seus empregados (art. 2º, V, Lei 12.619/2012).

Em regra, os intervalos intrajornada são causa de suspensão do contrato de trabalho, como se extrai do §2º do artigo 71 e do §2º do artigo 235-C, ambos da CLT. Apesar disso, há exceção, considerando-se interrompido o contrato quando o intervalo é fracionado, por acordo ou convenção coletiva, para empregados que lidam diretamente com o transporte coletivo de passageiro (§5º, art. 71 da CLT), ocasionando, por consequência, a redução do tempo à disposição do empregador.

### **3. Análise da Jurisprudência do Tribunal Superior do trabalho - TST**

O presente estudo buscou averiguar os limites do princípio da autonomia negocial coletiva, em face do legislado e do pactuado. Para tanto, fora necessária uma análise sob enfoque dos direitos e garantias fundamentais, as normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais vigentes, o alcance do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, a noção de normas de ordem pública e a de vedação ao retrocesso social.

Sendo certo que a noção do que é norma de ordem pública, ou não, depende do judiciário trabalhista, aplicador do direito do trabalho, a fim de definir os limites da autonomia negocial coletiva, noção essa que inclusive pode ser alterada com o transcurso do tempo, em face as transformações sociais e econômicas.

[...] a lei não pode ter a vã pretensão de impor soluções científicas ao cultor do direito, nem este se deve sentir vinculado àquela que o legislador porventura tenha vindo fazer. De modo que atribuição de outorgar a natureza da norma trabalhista cumprirá ao intérprete do direito, que poderá sofrer sensível influência da época e da evolução da própria consciência jurídica. (PEDROSO, 2005, p. 197).

O estudo meramente pela doutrina e pela legislação vigente não é completo, necessário também abranger na pesquisa o enfoque jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho – TST, por ser o órgão que uniformiza a jurisprudência nacional referente ao Direito do Trabalho ou mesmo influi nas decisões dos órgãos situados hierarquicamente abaixo, quando ainda não há pacificação na jurisprudência.

Destaca-se que não é objeto do presente estudo identificar a jurisprudência majoritária ou mesmo unânime do TST. A intenção é identificar decisões recentes que possibilitem análise crítica dos problemas estudados, a luz do cotidiano laboral e dos princípios constitucionais e conceitos doutrinários antes abordados.

Portanto, a análise jurisprudencial não visa esgotar as decisões do TST a respeito dos assuntos, mas sim observar criticamente as decisões selecionadas, não sendo interesse da pesquisa a busca quantitativa de decisões, ao contrário, prima-se pela perspectiva qualitativa.

### 3.1 Horas *in itinere*

Como citado no capítulo anterior, a Lei 10.243/2001 acrescentou ao artigo 58 da CLT a previsão de horas *in itinere* (parágrafo 2º), que se refere ao tempo gasto pelo empregado para chegar e retornar do seu local de trabalho, que será computado para fins de horas extras, excepcionalmente, quando for local de difícil acesso ou não servido por transporte público, sendo a condução fornecida pelo empregador.

Enquanto o parágrafo 3º, do artigo 58 da CLT, foi incluído pela Lei Complementar 123/2006, prevendo a possibilidade de fixação de tempo médio das horas *in itinere*, através de acordo e convenção coletiva, para as microempresas e empresas de pequeno porte.

O entendimento sumulado do TST, dentre outros, é de que são geradas horas *in itinere* quando há incompatibilidade entre os horários de entrada e saída dos empregados com o transporte público (Súm. 90, II) e a insuficiência deste, por si só, não cabe o pagamento dessas horas (Súm. 90, III).

Não obstante, levanta-se discussão quanto aos limites da autonomia negocial coletiva, em face da previsão do parágrafo 3º, sobre qual seria a abrangência do termo “tempo médio”.

Em acórdão da 3ª Turma do TST visualiza-se os seguintes parâmetros: a) a negociação coletiva pode criar benefícios materiais e jurídicos acima do padrão legislado; b) em regra, a autonomia negocial não pode restringir ou modificar benefício previsto em lei, a exceção de expressa previsão no texto legal; c) a previsão do §3º, no artigo 58 da CLT, não permite a supressão das horas *in itinere*, a modificação de seu caráter salarial e exclusão da incidência do adicional de 50%; d) a princípio, para fixação do tempo médio deve-se ter como parâmetro o conjunto da dinâmica da empresa, não situações individualizadas; e) o tempo médio não pode ser abusivo, desproporcional e irracional, com visível intenção de supressão das horas; f) a norma legal quanto as horas *in itinere* é imperativa. No caso, a Turma manteve a decisão regional, que determinou o pagamento das horas *in itinere*, por ser inválida a norma coletiva, que simplesmente suprimiu o tempo de deslocamento (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR - 1038-55.2011.5.12.0017, Relator Min. Mauricio Godinho Delgado, 2013).

Nota-se, na decisão do TST, o princípio da irrenunciabilidade do tempo de deslocamento, não sendo possível a renúncia (supressão) do direito. Ao contrário, as

horas *in itinere* tem natureza de disponibilidade relativa, sendo passível de transação, em razão de previsão legal.

Assim, sendo o tempo de deslocamento de disponibilidade relativa, a fim de evitar-se conflitos, este pode ser negociado, se estabelecendo um “tempo médio” a ser pago, em prejuízo da diferença das horas *in itinere* não acordadas.

Com essa definição, passa-se a discutir o que seria a razoável e proporcional para a norma coletiva ser válida ao fixar o “tempo médio”, concluindo a Seção de Dissídios Individuais I (SDBI-I) do TST, que o “tempo médio” não poderia registrar duração menor de 50% (cinquenta por cento) do tempo efetivamente demandado:

Horas *in itinere*. Definição de número fixo de horas a serem pagas. Diferença entre o tempo real despendido no percurso e o número fixo previsto no acordo coletivo. Princípio da razoabilidade.

Com fundamento no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República, esta Corte vem prestigiando a autonomia da negociação coletiva na definição de um número fixo de horas *in itinere* a serem pagas. Eventual diferença entre o número de horas fixas e o número de horas efetivamente despendidas no trajeto pode ser tolerada, desde que respeitado o limite ditado pela proporcionalidade e pela razoabilidade na definição do número fixo de horas a serem pagas, com o fim de não desbordar para a supressão do direito do empregado, se a negociação resultar na fixação de uma quantidade de horas inferior a 50% do tempo real despendido no percurso. Destes autos, extrai-se que o tempo efetivo de deslocamento do reclamante era de 40 horas mensais e que a norma coletiva limitou o pagamento de horas *in itinere* a 14 horas mensais, revelando que o tempo previsto na norma não atinge sequer 50% do tempo despendido pelo reclamante no percurso. Afigura-se razoável a negociação que fixa o equivalente a pelo menos 50% (cinquenta por cento) do total de horas despendidas no percurso, o que no caso destes autos ter-se-ia como razoável a fixação de pelo menos 20 (vinte) horas mensais a serem pagas. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, E-ED-RR-46800-48.2007.5.04.0861, Relator Min. João Batista Brito Pereira, 2013).

Veja-se que o legislado autorizou a “desregulação” procedida nas horas *in itinere*, quando previu a hipótese de “tempo médio”. A própria lei instigou a autonomia negocial coletiva, ao deixar a cargo da negociação coletiva a definição do que seria tempo médio, e ao mesmo tempo estabeleceu limites a ela. O instrumento coletivo não poderia excluir o instituto do tempo de deslocamento, esse é um limite extraído do próprio parágrafo terceiro do artigo 58 da CLT.

Como apontado pela doutrinadora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva (2008), não se pode afastar o negociado do legislado, deve-se uni-los. A união dos dois institutos possibilita evitar impressões demasiadas de perda de direitos ou de imposições regulamentares que não correspondem à realidade laboral.

Ademais, a negociação coletiva não deve apenas levar em consideração o limite imposto pelo artigo 58 da CLT (impossibilidade de supressão), deve observar o

ordenamento jurídico como um todo para guiar os termos do pactuado, principalmente quanto aos princípios fundamentais e trabalhistas. Pois, necessário a consideração do interesse público, que é percebido quando há visão do todo, e não apenas de uma norma isolada.

Na situação do pactuado não cumprir com a expectativa de representar o interesse público, ao não observar os princípios e garantias constitucionais ou por não identificar as normas de ordem públicas que limitam a disposição dos direitos trabalhistas, caberá ao TST, como visto nos casos acima, fazer valer o interesse público e restabelecer o equilíbrio entre o pactuado e o legislado, efetuando uma interpretação do ordenamento jurídico como um todo, a fim de mensurar a aplicação dos princípios de proteção aos direitos trabalhistas.

Cabe verificar, também, que o TST ao definir a disponibilidade relativa do tempo de deslocamento, interpreta de modo ampliativo a previsão do parágrafo terceiro, do artigo 58 da CLT. O texto legal restringe a possibilidade de negociação coletiva às microempresas e empresas de pequeno porte, para definição do “tempo médio”.

Tal distinção da lei, não é observada pelo Tribunal Superior, conforme melhor se pode observar no acórdão da 4ª Turma. Neste acórdão, o TST reformou a decisão regional, que havia reconhecido a invalidade da norma coletiva firmada por empresa, a qual não era microempresa ou de pequeno porte. No particular caso, o instrumento coletivo havia fixado “tempo médio” razoável. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR-74700-66.2007.5.04.0841, Relator Min. Fernando Eizo Ono, 2011).

A interpretação jurisprudencial não está limitada ao texto frio da lei, deve-se observar o ordenamento jurídico, com todas as suas nuances. Ao intérprete do direito cabe definir a natureza da norma trabalhista, o que no caso apresentado no parágrafo anterior (possibilidade de negociação de “tempo médio” por empresas em geral) pesou a efetivação dos princípios da autonomia negocial e da adequação setorial negociada.

### **3.2 Turno Ininterrupto de Revezamento**

A respeito de turno de revezamento, quanto à ampliação da jornada de trabalho de seis para oito horas e quarenta e quatro semanais, o TST entende válida a alteração através de negociação coletiva (art. 7º, XIV da CF), aplicando-se a Súmula 423 do C. TST, não cabendo o pagamento das sétimas e oitavas horas extras, quando houver estipulação por instrumento coletivo. Quanto à hora noturna reduzida, artigo 73, §1º, da CLT, entende-se que é aplicável mesmo na hipótese de turno ininterrupto de revezamento, estando compatível a regra com a Carta Magna, conforme lê-se na Orientação Jurisprudência 127.

Em aplicação ao entendimento pacificado citado, a Primeira Turma do TST alterou o julgamento do TRT da 9ª Região – Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, para reconhecer válida a negociação coletiva que aumentou a jornada do turno ininterrupto de revezamento, por outro lado, manteve o acórdão regional quanto a aplicação da hora noturna reduzida. O TRT apontou que a flexibilização da jornada de trabalho, prevista no art. 7º, XIV, apenas seria possível caso fosse mais favorável ao empregado ou houvesse concessões mútuas, a identificar novo benefício ao empregado como compensação. O entendimento no acórdão regional é de que a norma constitucional, ao estabelecer a jornada reduzida ao turno de revezamento, levou em consideração que tal regime é prejudicial ao trabalhador, física e psicologicamente, tendo um caráter protetivo. Não obstante, o TST efetua leitura diversa do artigo constitucional, entendendo ser possível a majoração pela simples negociação coletiva, como já citado. Em contraponto, ao manter a decisão regional quanto a aplicação da hora noturna reduzida, justificou que a norma infraconstitucional é de ordem pública, que visa resguardar a saúde do trabalhador, quando este se encontra em situação mais prejudicial – trabalho noturno. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 2741400-31.1999.5.09.0016, Relator Min. Lélío Bentes Corrêa, 2010).

No caso analisado, os fundamentos da decisão regional vão ao encontro do princípio da vedação do retrocesso social e do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

A jornada reduzida para o trabalho em regime de escala de revezamento apresenta interesse público, tanto sob o prisma da saúde do trabalhador, quanto pela relação dele com a família e a comunidade.

A norma constitucional (art. 7º, XIV) produz seus efeitos de forma imediata, tendo eficácia plena, não sendo necessário lei infraconstitucional para implementar ou

regular a situação dos turnos ininterruptos de revezamento. Essa previsão constitucional, por si só, representa uma evolução do direito social, uma garantia institucional, em decorrência do interesse público. O que inviabilizaria o seu retrocesso.

Apenas por expressa previsão da norma constitucional, a jornada do turno de revezamento não tem caráter de indisponibilidade absoluta, sendo viável a negociação coletiva dispor de modo diverso. A natureza da jornada especial de seis é relativa e poderia ser alterada na hipótese de transação (apenas), o que demandaria introdução de outro benefício aos empregados em compensação da jornada desfavorável acordada na negociação coletiva. Aos trabalhadores não haveria prejuízos, porque teriam sido compensados, assim a jornada de seis horas seria uma moeda de troca.

Porém, nesse julgado, o TST entende ser viável a renúncia da jornada de seis horas, sendo válida ao aumento da duração de trabalho para oito horas, sem qualquer compensação. Tal constatação é possível frente ao pressuposto fático registrado pelo TRT de que “não se vislumbra criação de benefícios ao empregado, oferecidos em contrapartida ao aumento de jornada”, no caso acima citado.

Essa ressalva a cláusula in pejus de negociação coletiva constitui, na verdade, explícita e rara exceção ao princípio da norma mais favorável brandido pelo próprio Texto Máximo da República (caput do art. 7º) e aos limites imperativos que incidem sobre o processo negocial coletivo. (DELGADO, 2013, p. 932).

Diante da previsão legal para negociação coletiva (CF, art. 7º, XIV), o Tribunal Superior do Trabalho afasta a teoria da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas na esfera coletiva, contradizendo a tese de que mesmo os direitos relativos não poderiam ser renunciados, mas apenas transacionados. O que possibilita a alteração da jornada especial em prejuízo do empregado.

Melhor teria sido, a nosso ver, que a Carta Magna tivesse possibilitado à lei ordinária indicar, restritivamente, as hipóteses nas quais as partes, por meio de convenção ou acordo coletivo, pudessem flexibilizar a aplicação do preceito estatal, fixando os limites insusceptíveis de serem desrespeitados pelos instrumentos de autocomposição. Mas nada impede, a nosso ver, que a matéria seja objeto de lei, inclusive para dispor sobre a duração e os efeitos das alterações constitucionalmente permitidas. Como bem advertiu o já citado Javillier, “a autonomia normativa dos atores sociais não poderá exercer-se sem limites”; e, depois de indagar se se trata da eterna submissão da autonomia à heteronomia, afirmou não ter dúvida de que, “em matéria de salários, as partes sociais não podem descartar a aplicação de regras de ordem pública”. (SUSSEKIND, 2002, p. 206).

Apesar da Constituição Federal não estabelecer limites a previsão de negociação coletiva para os turnos ininterruptos de revezamento, nada impede que haja interpretação do dispositivo constitucional (art. 7º, XIV) considerando os princípios fundamentais e as nuances sociais de redução da jornada de trabalho como medida de

proteção ao trabalhador, o que possibilitaria a irrenunciabilidade da jornada especial de seis horas, mas, por ser direito relativo, seria passível de transação. Não é ir contra a norma constitucional, mas sim interpretá-la de forma a melhor acompanhar as evoluções dos direitos sociais.

### **3.3 Intervalo Intra jornada para Empregados de Operação de Veículos Rodoviários do Setor de Transporte Coletivo de Passageiros**

A jurisprudência do TST foi alterada recentemente quanto a não concessão de intervalo intra jornada para motorista e cobrador de ônibus.

Anteriormente, apesar do entendimento pacificado de que não poderia instrumento coletivo reduzir ou excluir o intervalo intra jornada, havia uma ressalva a respeito dos motoristas e cobradores de ônibus. A orientação jurisprudencial 342, em seu inciso II, previa flexibilização do intervalo para os motoristas e cobradores de transporte público coletivo urbano, em decorrência das condições de trabalho especiais, possibilitando a negociação coletiva reduzir o intervalo, tendo como condições: o limite da jornada ser de 7 horas diárias ou 42 horas semanais, não podendo haver horas extras, concessão de intervalos para descanso ao fim de cada viagem, tendo este caráter interruptivo – não caberia seu desconto.

Em setembro de 2012, o TST cancelou a orientação jurisprudencial citada, acrescentando a redação de seu inciso I na Súmula 437 (como inciso II), considerando inválido acordo ou convenção coletiva que suprima ou reduza intervalo intra jornada. Por sua vez, o inciso II da orientação jurisprudencial 342 fora cancelado, não tendo sido acrescentado na súmula 437.

Em decorrência de tal modificação, levanta-se algumas questões: não cabe negociação coletiva para redução ou supressão do intervalo intra jornada dos motoristas e cobradores de ônibus? A súmula deve ser imediatamente aplicada, inclusive nos acordos ou convenções efetivados antes do cancelamento da orientação jurisprudencial?

A Seção de Dissídios Individuais I – SBDI-I já emitiu decisão, na qual manteve acórdão turmário que aplicou o inciso II da Súmula 437, para tanto destacou o cancelamento da OJ 342 e que o entendimento sumular, por corresponder a cristalização de reiterada jurisprudência, não deve observar às regras de vigência e eficácia aplicáveis a lei. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, E-RR 501-16.2010.5.08.0111, Relator Min. João Batista Brito Pereira, 2013).

O entendimento de que a súmula deve ser aplicada de imediato não é recente, sendo visível inclusive na regência da orientação jurisprudencial 342 da SBDI-I. No caso, a 5ª Turma do TST destacou que a interpretação jurisprudencial não está sujeita a conflito intertemporal, por não ser uma inovação no mundo jurídico, uma nova lei no tempo, mas apenas uma interpretação de lei com o intuito de harmonizar e compatibilizar as normas do ordenamento jurídico vigente, aplicando os limites do

inciso II da OJ 342 na análise de acordo coletivo vigente antes da edição da orientação citada. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 72800-09.2004.5.03.0024, Relatora Min. Kátia Magalhães Arruda, 2010).

Não obstante, recentemente, há entendimento diverso do anterior exposto, levando em consideração outro enfoque – as razões do cancelamento da orientação jurisprudencial. Em acórdão da 8ª Turma, se identifica as razões para o cancelamento da orientação jurisprudencial e a aplicação deste no período de sua vigência, consolidando inúmeros julgados de outras turmas. De acordo com a decisão, o cancelamento da orientação decorreu-se pelo novo parágrafo 5º do artigo 71, da CLT, acrescentado pela Lei 12.619, de 30 de abril de 2012, que prevê a possibilidade de fracionamento do intervalo intrajornada para os motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, do setor de transporte coletivo de passageiros, quando compreendidos entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora trabalhada, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo, devendo ser mantida a remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionados ao fim de cada viagem.

Diante da nova possibilidade do artigo 71 da CLT, a 8ª Turma registrou que se deve observar os requisitos da orientação jurisprudencial cancelada, principalmente no que diz respeito ao seu inciso II, por estar vigente à época dos fatos, tendo em vista que a Lei 12.619/2012 não pode retroagir. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 815-41.2010.5.09.0011, Relator Des. João Pedro Siveltrin, 2014).

Em uma análise rápida e superficial pode-se pensar que a lei em comparação com a OJ 342 é mais prejudicial ao empregado. A orientação jurisprudencial cancelada estabelece parâmetros benéficos, como a redução da jornada de trabalho para que haja fracionamento do intervalo, o que não sendo cumprido possibilita o pagamento integral do intervalo como horas extras.

Não obstante, a lei não estabeleceu grandes alterações ao entendimento anterior do TST. Apesar de não ter sido posto de maneira explícita, é possível interpretar a nova norma encontrando os mesmos parâmetros benéficos presentes na orientação jurisprudencial cancelada.

Ao dissecar o parágrafo 5º do artigo 71 da CLT, identifica-se que o intervalo pode ser fracionado, mas não reduzido ou suprimido, também ocorrendo a redução da jornada de trabalho em conjunto ao fracionamento. Explica-se, apesar de constar no dispositivo legal “concedidos intervalos para descanso menores e fracionados”, não é

possível extrair de sua leitura que o intervalo será reduzido, ao contrário de fato ao fracionar o intervalo, em algumas vezes, apenas as pequenas frações deste será inferior ao todo (exemplo: 4 períodos de descanso de 20 minutos, a soma totaliza 60 minutos). Adiante, estabelece a norma que com o fracionamento do intervalo, este não poderá ser descontado da jornada de trabalho, ou seja, não se trata mais de causa de suspensão da jornada (regra da CLT), mas sim de interrupção, o que leva a redução da jornada de trabalho total (reduzindo-se 1 hora totaliza-se o labor de 7 horas diárias), sem possibilidade de reduzir o salário. Ademais, caso haja o descumprimento dos requisitos legais, deve-se aplicar a regra geral da jurisprudência do TST – indenização do intervalo de forma integral.

A nova norma legal, em comparação a jurisprudência, ampliou a aplicação da flexibilidade do intervalo, que passa a abranger os motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários de transporte coletivo de passageiros. Enquanto, a jurisprudência cancelada limitava a transporte público coletivo urbano e as funções de cobradores e condutores de veículos.

Logo, a jurisprudência do TST (súmula 437, II) e a doutrina têm como regra a impossibilidade de redução ou supressão dos intervalos intrajornadas, considerando-os como medida de saúde, higiene e segurança do trabalho.

(...) cabe reconhecer-se que grande parte das normas relativas a intervalo são, como já exposto, normas de saúde e segurança laborais, portanto normas de saúde pública. Ora, tais normas asseguram às parcelas trabalhistas a que se referem a qualidade de indisponibilidade absoluta. (DELGADO, 2013, p. 966).

Essa premissa de que os intervalos intrajornadas são irredutíveis (mesmo por acordos e convenções coletivas), por terem natureza de interesse público, fora flexionada pela jurisprudência do TST e, posteriormente, ratificada pela implementação de nova legislação (que inclusive ampliou a concessão). O Tribunal permitiu a redução do intervalo (mínimo de 1 hora), em pequenas frações ao final de cada viagem, para os motoristas de ônibus de transporte coletivo de passageiros, desde que não houvesse renúncia, mas sim transação que beneficia-se o trabalhador – redução da jornada de trabalho, vigorando o princípio da adequação setorial negociada, em face a observação da realidade própria dos motoristas.

Por fim, o parágrafo 5º, do artigo 71 da CLT, estabelece os requisitos para o fracionamento, que somente será possível caso autorizado por instrumentos coletivos. Porém, tais acordos e convenções coletivas não poderão reduzir o parâmetro legal estipulado, sendo a própria norma limite a autonomia negocial coletiva.

Mais uma vez, possível identificar que a legislação não é o único instrumento hábil a definir a extensão da jornada de trabalho. Inclusive, como no caso, a legislação pode ser influenciada pela jurisprudência da Justiça do Trabalho, que representa a prática da jornada laboral, em consideração as particularidades de cada categoria.

## **Conclusão**

A declaração constitucional de que os acordos e convenções coletivas são instrumentos válidos para alterar a realidade legal e laboral, repercute na dinâmica dos direitos fundamentais e nos institutos resguardados na legislação infraconstitucional. Neste contexto, necessário visualizar as fronteiras entre o pactuado e o legislado, a fim de melhor definir suas consequências na sociedade.

Para tanto, a jornada de trabalho fora o instrumento utilizado a visualizar a interação entre o pactuado e legislado. Como demonstrado, a jornada de trabalho é flexível, sendo alterada de acordo com o tempo e as culturas, sendo possível a identificação das alterações e proteções através da legislação, bem como a repercussão do legislado nos acordos e convenções coletivas.

A princípio, o pactuado poderia ingerir nas definições legais da jornada de trabalho, em face da autonomia negocial coletiva. Porém, mesmo a autonomia negocial coletiva apresenta limites, o que são representados, direta ou indiretamente, pelos direitos fundamentais.

Nesse ponto, a norma legal é materialização das garantias fundamentais, a demonstrar o interesse público de maior proteção a certos institutos laborais. O que leva ao debate se todas as normas legais são de ordem pública, ou não. Sendo necessário perquirir a quem cabe a definição do que a ordem pública, chegando a acrescentar mais um instrumento a modificar a dinâmica do legal com o pactuado, que é a jurisprudência da Justiça do Trabalho.

Por isso, a presente pesquisa focou-se não apenas no encontro doutrinário a respeito do tema, mas também na identificação da legislação vigente, tanto nacional quanto internacional, para então chegar a análise jurisprudencial do assunto, representada por algumas decisões de caráter qualitativo do Tribunal Superior do Trabalho.

A interação do legislado com o pactuado perpassa pela análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mesmo os entes privados devem respeitar as garantias e proteções sociais estabelecidas, principalmente, na Carta Magna. Ao fim, o que delimita a atuação do pactuado é o interesse público sobre determinada matéria.

Somente através das decisões do Tribunal Superior do Trabalho é possível identificar qual a extensão do conceito de ordem pública, não sendo este fixo, mas sim altamente mutável, inclusive implicando diretamente aplicação (ou não) do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

Ora, quando analisada a jurisprudência de turnos ininterruptos de revezamento, o princípio da irrenunciabilidade foi afastado ao se interpretar o artigo 7º, inciso XIV da Carta Magna, permitindo ao pactuado que dispusesse da jornada especial de trabalho (seis horas diárias), sem qualquer compensação.

Ao passo que na jurisprudência das horas *in itinere* houve, pelo TST, uma defesa arreigada do princípio da irrenunciabilidade, sendo necessário apontar o benefício aos empregados para definição do “tempo médio”, apesar de ampliar a aplicação do permissivo legal quanto a autorização da negociação coletiva influir no tempo de deslocamento (CLT, art. 58, §3º - poderia negociação apenas para microempresas e de pequeno porte).

Enquanto na jurisprudência a respeito de intervalo intrajornada, o TST, mesmo antes da Lei 12.619/2012, apresentava ressalva a regra de não reduzir ou suprimir o intervalo para alimentação, quando se tratava da categoria de transporte público coletivo. De certa forma, flexibilizava o caráter de indisponibilidade absoluta do intervalo intrajornada, por entender ser a alteração coletiva mais beneficiária aos trabalhadores, em face a redução da jornada de trabalho.

O pactuado não é totalmente livre, há limites, não cabendo a disposição irrestrita dos direitos trabalhistas, principalmente daqueles considerados como direitos sociais. Porém, o limite do pactuado vai além da comparação com a lei, é necessário identificar quais as normas legais representam o interesse público, quais têm natureza de ordem pública. Quem define se a natureza da norma é de ordem pública, ou não, é a Justiça do Trabalho. Por seu turno, a jurisprudência trabalhista não apresenta respostas precisas a respeito da definição de ordem pública, variando de instituto para instituto, o que demonstra ser precariedade do raciocínio jurídico quanto ao tema. Não sendo possível denotar segurança jurídica quanto as definições dos limites entre o pactuado e o legislado, por estarem em constante mudança, principalmente sob a ângulo da jurisprudência.

Como perspectiva para o futuro laboral, a negociação coletiva é imprescindível, mas deve melhor se adequar a complexidade do âmbito do trabalho, principalmente em sua esfera jurídica, que apresenta constantes transformações. Aos sindicatos é necessário buscar uma nova visão de si, para acomodar a ideia de que também são atores ímpares na efetivação dos direitos fundamentais da Constituição Federal. A expectativa é de cumprimento mais efetivo da função social sindical, a partir do

reconhecimento de que os sindicatos são protagonistas diretos na aplicação dos direitos e garantias fundamentais, bem como dos princípios de proteção trabalhista.

## Referências Bibliográficas

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico Acquaviva**. São Paulo: Rideel, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**, 5º Ed. – São Paulo: LTR, 2009.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte VII – Comissão da Ordem Social: anteprojeto da comissão**, vol. 187. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-187.pdf>>. Acesso em: 06 de agosto de 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 de agosto de 2014.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Aprova da Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 06 de agosto de 2014.

BRASIL. **Lei 10.243 de 19 de junho de 2001**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10243.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10243.htm)>. Acesso em: 06 de agosto de 2014.

BRASIL. **Lei 12.619 de 30 de abril de 2012**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112619.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112619.htm)>. Acesso em: 06 de agosto de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 72800-09.2004.5.03.0024, da 5ª Turma. Recorrentes: Aelson Oliveira Gonçalves e Viação Nossa Senhora das Neves Ltda. Recorridos: os mesmos. M. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda. Brasília, 14 de maio de 2010. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 06 de agosto de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 815-41.2010.5.09.0011, da 8ª Turma. Recorrente: Empresa União Cascavel de Transporte e Turismo LTDA. - EUCATUR. Recorrido: Valdecir do Nascimento Braga. M. Relator: Desembargador Convocado João Pedro Siveltrin. Brasília, 30 de maio de 2014. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 06 de agosto de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 501-16.2010.5.08.0111, da SBDI-I. Embargante: Viação Forte LTDA. Embargado: João Sérgio Cunha da Silva. M. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. Brasília, 01 de julho de 2013. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 06 de agosto de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 2741400-31.1999.5.09.0016, da 1ª Turma. Recorrente: Placas do Paraná S.A. Recorrido: Antônio Gobo Morales. M. Relator: Ministro Lélío Bentes Corrêa. Brasília, 14 de maio de 2010. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 06 de agosto de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 74700-66.2007.5.04.0841, da 4ª Turma. Recorrente: Reflorestadora Nativa LTDA. Recorrido: Antônio Paraguassu do Rosário Trindade. M. Relator: Ministro Fernando Eizo Ono. Brasília, 9 de novembro de 2011. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 06 de agosto de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 46800-48.2007.5.04.0861, da SBDI-I. Embargante: Carpel S.A. Embargado: Aracruz Celulose S.A e Júlio Cesar Almeida Souto. M. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. Brasília, 6 de setembro de 2013. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 06 de agosto de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1038-55.2011.5.12.0017, da 3ª Turma. Agravante: Tyson do Brasil Alimentos LTDA. Agravo: Júlio Cesar de Barros. M. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 24 de maio de 2013. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 06 de agosto de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 205.815/RS, do Tribunal Pleno. Recorrente: Pirelli Pneus S/A. Recorrido: José Assis Gonçalves. M. Relator:

Ministro Nelson Jobim. Brasília, 02 de outubro de 1998. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 de agosto de 2014.

CARDOSO, Ana Claudia Moreira. **Tempos de trabalho, tempos de não trabalho: disputas em torno da jornada do trabalhador.** – São Paulo: Annablume, 2009.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. **O princípio da proibição de retrocesso social do atual marco jurídico-constitucional brasileiro.** Direito Público – Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005 – v. 7, n.34.

DAL ROSSO, Sadi. **A jornada de trabalho na sociedade: o castigo de Prometeu.** São Paulo: LTR, 1996.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução.** – São Paulo: LTR, 2006.

\_\_\_\_\_. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho,** 3º Ed. – São Paulo: LTR, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito coletivo do trabalho,** 4ª Ed. – São Paulo: LTR, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito do trabalho,** 12ª Ed. – São Paulo: LTR, 2013.

DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial;** tradução de Yadyr A. Figueiredo – Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília, DF: Ed. da UNB, 1999.

FARIAS, Cristiano Chave de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil – parte geral e LINDB** - volume 1, 11ª Ed. – Bahia: Editora Juspodivm, 2013.

FERRARI, Irany [et. al]. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho** – São Paulo: LTR, 1998.

FREITAS, Claudio Victor de Castro; BOYNARD, Carolina Braga. **A Síndrome de Burnout: evolução social, doutrinária e jurisprudencial de uma doença ocupacional**. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 38, n. 146, abr./jun. 2012.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. **A ordem econômica constitucional e os contornos da proteção do trabalhador**. In: Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Ana de Oliveira Frazão (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2014.

GOTTSCHALK, Egon Felix. **Norma pública e privada no direito do trabalho: um ensaio sobre tendências e princípios fundamentais do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1944.

JÚNIOR, Edson Beas Rodrigues (organizador). **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2013.

LEIRIA, Maria de Lourdes. **Comentários sobre a lei n. 12.619, de 30 de abril de 2012 e o exercício da profissão de motorista profissional**. Revista LTR, ano 76, n. 07, julho de 2012.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Do direito à desconexão do trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 23, jul./dez. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 7ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**, 5º Ed. – São Paulo: LTR, 2008.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional**, 6º Ed. – São Paulo: LTR, 2011.

PEDROSO, Marcelo Bатуíra da C. Losso. **Liberdade e irrenunciabilidade do Direito do trabalho: do estudo dos princípios à economic analysis of law aplicados ao Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

PORTO, Noêmia. **Para além do "negociado X legislado": uma leitura da autonomia negocial coletiva e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas sob a égide dos direitos fundamentais**. In: Os Pilares do Direito do Trabalho. Ives Gandra Martins Filho, Nelson Mannrich, Ney Prado (coordenadores). São Paulo: Lex Editora, 2013.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**, 3º Ed. – São Paulo: LTR, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 6º Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. **Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Modernização trabalhista: o legislado e o negociado, o progresso e o retrocesso e o aprendiz de feiticeiro**. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/modernizacao-trabalhista-o-legislado-e-o-negociado-o-progresso-e-o-retrocesso-e-o-aprendiz-de-feiticeiro>>. Acesso em: 02 ago. 2014.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. **Relações coletiva de trabalho** – São Paulo: LTR, 2008.

SILVA, José Antônio R. de Oliveira. **A flexibilização da jornada de trabalho e seus reflexos na saúde do trabalhador**. Revista LTR, ano 77, n. 02, fevereiro de 2013.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**, 4º Ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SUSSEKIND, Arnaldo et. al.. **Instituições de Direito do Trabalho**, vol.1, 20 Ed. – São Paulo: LTR, 2002.

VIANNA, Segadas. **Antecedentes Históricos**. In: Instituições de direito do trabalho, vol. 1. Arnaldo Sussekind [et. al.], 20º Ed. São Paulo: LTR, 2002.