

ADRIANA RIBEIRO DE CARVALHO

**A CONDIÇÃO MAIS BENÉFICA EM FACE DA SÚMULA 277
TST**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.
Orientadora: Prof.^a Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro

**BRASÍLIA
2011**

Agradecimentos

A Deus e a todos os meus familiares que compreenderam minha ausência.

Ao meu bem mais precioso, Thiago Cecílio, pelo apoio.

Aos colegas de trabalho.

À Priscila Normando pela sua amizade.

Ao FIES e ao Programa de Bolsa Graduação do BB.

À Madonna Louise Ciccone pelas lições de determinação.

There's only so much you can learn in one place,
The more that I wait, the more time that I waste,
I haven't got much time to waste, it's time to make my way,
I'm not afraid what I'll face, but I'm afraid to stay,
I'm going down my own road and I can make it alone.

Madonna

RESUMO

Nesta pesquisa monográfica, a aluna analisa a validade das cláusulas normativas incluídas no contrato de trabalho individual por meio de Instrumentos Coletivos que venham a alterar condições anteriormente conquistadas e que se consideravam mais benéficas. Inicialmente, para possibilitar um melhor entendimento sobre o tema em questão, a graduanda apresenta o conceito e as funções básicas do sindicato, levando em consideração os seus reflexos sobre o processo de Negociação Coletiva. Em seguida, a bacharelanda efetiva uma revisão conceitual sobre os Princípios Protetores do Direito do Trabalho e sobre o instituto do Direito Adquirido. Por fim, a título de conclusão, a formanda expõe a polêmica doutrinária a respeito da ultratividade das normas coletivas de trabalho em face da Súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho e defende a manutenção da condição que for mais benéfica ao trabalhador, mesmo após o término da validade dos Instrumentos Coletivos.

PALAVRAS-CHAVE: SÚMULA 277 TST. ULTRATIVIDADE. CONDIÇÃO MAIS BENÉFICA.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1 SINDICATO	5
1.1 Natureza jurídica	5
1.2 Princípios	7
1.3 Funções do sindicato	12
2 PRINCÍPIOS PROTETORES DO DIREITO DO TRABALHO	16
2.1 <i>In dúbio pro operario</i>	19
2.2 Aplicação da norma mais favorável.....	21
2.3 Condição mais benéfica	22
2.4 Hierarquia das normas e as soluções utilizadas nos conflitos	27
2.5 Princípio do não retrocesso social	31
3 NEGOCIAÇÃO COLETIVA	35
3.1 Natureza jurídica e os efeitos dos instrumentos coletivos	38
3.2 Princípio da autonomia privada coletiva.....	44
4 ULTRATIVIDADE E A SÚMULA 277 DO TST	47
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa analisará a aplicação da Súmula 277 do colendo Tribunal Superior do Trabalho sob o manto dos princípios protetores do Direito do Trabalho, em especial o que diz respeito à condição mais benéfica.

A súmula a que se refere a pesquisa faz menção a instrumentos coletivos e, portanto, o capítulo inaugural abordará os sindicatos, principais atuantes da negociação coletiva. Farão parte também do capítulo os princípios aos quais os sindicatos devem seguir e as suas diversas funções.

O capítulo segundo analisará os princípios protetores do Direito do Trabalho. Não será possível nesse capítulo, apresentar a conceituação de todos os princípios. Dar-se-á maior enfoque àquele que diz respeito à condição mais benéfica, porém não deixando de lado a aplicação da norma mais favorável e *in dubio pro operario*. Será analisada, ainda, a proximidade da condição mais benéfica com o instituto do direito adquirido. Tratar-se á, também, acerca da hierarquia das normas no Direito do Trabalho e as formas de solução de conflitos. E desse capítulo serão destacados importantes parâmetros para a análise da Súmula 277 do TST.

Já o terceiro capítulo terá como objetivo a conceituação dos instrumentos coletivos que constam na letra da súmula e são fontes do Direito do Trabalho. Esse capítulo abarcará desde a natureza jurídica à vigência, passando pela validade daqueles instrumentos.

No capítulo quarto serão tratadas as posições existentes a respeito da aderência das normas coletivas ao contrato de trabalho e sua conseqüente ultratividade. Serão abordadas também a normas existentes antes da edição da Súmula 277 e, por fim, analisar-se-á a edição da súmula e sua conseqüência no Direito do Trabalho, perante o princípio da condição mais benéfica.

É importante ressaltar que o interesse pelo assunto surgiu em atividades de estágio realizadas no núcleo de práticas jurídicas fornecido pela instituição de ensino. A tormenta provocada pela Súmula 277 do TST deu-se após análise de processo cujo reclamante tinha seus direitos prejudicados pelo órgão que deveria aplicar os princípios protetores.

O tema destaca-se pela importância dada pelos autores de peso na doutrina nacional. Considera-se, ainda, a discussão acerca do tema é necessária para Justiça Trabalhista, posto que, atualmente tem se falado cada vez mais em flexibilização e proteção do emprego, o que erroneamente tende a desregulamentação do Direito do Trabalho. E a presente pesquisa visa justamente o retorno à observância dos princípios protetores do trabalhador.

A metodologia que será adotada para a presente pesquisa, consistirá em um estudo dogmático instrumental que, em suma baseia-se na revisão bibliográfica da doutrina e na análise sistemática dos normativos legais e jurisprudenciais. O trabalho busca um estudo teórico e analítico das posições divergentes encontradas na doutrina, afim de se aliar à posição mais adequada.

1 SINDICATO

1.1 Natureza jurídica

O estudo a respeito dos sindicatos e sua contribuição na negociação coletiva servirá de auxílio para entendimento e conclusões sobre o tema da pesquisa, de forma que será extremamente necessário estabelecer um conceito e neste fincar os pilares das posições que serão defendidas.

Sérgio Pinto Martins ensina que o sindicato é a materialização do direito de associação, prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no seu artigo XX.¹ Assim, eles representam os trabalhadores, e, como cita Mauricio Godinho Delgado, em sua conceituação mais ampla abrangerá também os empregadores.²

Maurício Godinho Delgado continua seu entendimento, afirmando que "os sindicatos são entidades associativas permanentes, que representam trabalhadores vinculados por laços profissionais e laborativos comuns, visando tratar de problemas coletivos das respectivas bases representadas, defendendo seus interesses trabalhistas".³ Reitera, em seguida, que os sindicatos estão tão distantes das associações, por terem seu interesse no coletivo, quanto do Estado, por serem, essencialmente, de natureza privada.⁴

Amauri Mascaro Nascimento tem um conceito de sindicato como sendo "uma forma de organização de pessoas físicas ou jurídicas que figuram como sujeitos nas relações coletivas de trabalho".⁵

Até o presente ponto, observa-se então que os autores enfatizam o caráter representativo e negociador do Sindicato.

A CLT inicia a tratativa sobre o tema no artigo 511 da CLT, enfatizando a sua finalidade e amplitude.⁶

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **O pluralismo do direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001. p.161.

² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 1350.

³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 1350.

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005. p.1354.

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito sindical**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.153.

Wilson de Souza Campos Batalha conceitua sindicato frisando a responsabilidade pelos pleitos de interesses trabalhistas, tanto no âmbito coletivo, quanto no individual:

Sindicato é a pessoa jurídica de direito privado a que se confere legitimidade de substituição processual dos interesses coletivos das categorias econômicas (empresas) ou profissionais (empregados) e, nos termos da lei, substituição processual dos interesses individuais dos integrantes das mesmas categorias.⁷

Em que pese os sindicatos nascerem da vontade das pessoas incluídas em uma classe, e não serem criados por força de lei, aqueles, para Wilson de Sousa Campos Batalha, são meros colaboradores do Estado, pois suas funções são de interesse público, da mesma forma que as outras pessoas jurídicas de direito privado que exercem suas funções por delegação.⁸

Mozart Victor Russomano, quando trata das exigências para criação dos sindicatos, percebe que é seguida a mesma linha de regularização imposta a outras pessoas de direito privado, não se caracterizando, portanto, uma estatização do sindicato, que é em suma vontade de coletividade.⁹

Esta é uma questão importante para os autores, pois se deve deixar claro que a lei não exige a criação dos sindicatos, mas autoriza e estipula certos requisitos.

⁶ “É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

§ 1º A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.

§ 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.

§ 3º Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.

§ 4º Os limites de identidade, similaridade ou conexão fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural.” BRASIL. **Consolidação das leis trabalhistas**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>.

⁷ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Sindicatos, Sindicalismo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 56.

⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Sindicatos, Sindicalismo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 57.

⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 78.

Entende-se, no entanto, que há obrigatoriedade da atuação sindical para a existência dos instrumentos coletivos, conforme previsto no artigo 8º, VI, da CF/88¹⁰. Enquanto a CLT obriga a participação dos sindicatos na negociação coletiva. Desta forma, se observa uma tentativa do legislador em proteger uma parte mais ‘fraca’, que seria o empregado. Muito embora, o que se negocie nos instrumentos coletivos valha para todos os empregados, a legitimidade para negociar é do sindicato. Portanto, infere-se como um dever do sindicato, tanto a representação na negociação, quanto a substituição processual.

Observa-se, porém, que só existe a necessidade de atuação sindical para os empregados, não retirando a possibilidade de os empregadores serem auxiliados pelos seus próprios sindicatos.

Não se pode deixar de falar que, mesmo sem o auxílio do sindicato, o pacto pode não restar invalidado¹¹. Apenas muda a natureza, que antes era coletiva, e ora ficou individual.¹²

Percebe-se então o esforço legislativo para que sindicatos, desde a criação tenham a oportunidade de atuar na defesa de sua categoria, mas para Mozart Victor Russomano, "entre aquilo que o sindicato é e aquilo que o sindicato deve ser existem muitas vezes, distâncias e profundidades."¹³

1.2 Princípios

O Direito Sindical brasileiro se firma sobre alguns princípios, e dentre todos, os mais importantes para o tema escolhido serão objeto de conceituação a seguir.

O princípio mais relevante é o da liberdade de associação e sobre este ensina Mauricio Godinho Delgado:

[...] o princípio da liberdade de associação assegura consequência jurídico-institucional a qualquer iniciativa de agregação estável e pacífica entre

¹⁰ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

¹¹ Há de se observar o disposto nos arts. 9º e 444 da CLT, que vedam a autonomia de vontades quando não observado os dispositivos legais.

¹² HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 85.

¹³ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.p. 77.

peçoas, independentemente de seu segmento social ou dos temas causadores da aproximação. Não se restringe, portanto, à área e temáticas econômico-profissionais (onde se situa a idéia de liberdade sindical).¹⁴

Acolhe-se que sem a liberdade de associação não poderia se falar em Sindicato legalizado da maneira como o que se tem no Estado Democrático, menos ainda se não houvesse a livre desfiliação.

A liberdade sindical não deixou de abranger a livre vinculação ou desfiliação de quadro de sindicato, conforme artigo 8º, V, da CF/88.¹⁵

Não obstante a proteção legal que as Convenções da OIT de n. 98¹⁶ e 135¹⁷ proíbem a criação de cláusulas anti-sindicais.

Outro princípio importante e que foi garantido na Constituição Federal, é a estabilidade do dirigente sindical, o que impossibilita a dispensa, desde o registro da candidatura até um ano após o término do mandato, conforme artigo 8º, VIII,¹⁸ em que a única limitação à garantia é a prática de falta grave pelo sindicalista.¹⁹

Enfatize-se que tal matéria foi pacificada no Enunciado 197 do STF: “O empregado com representação sindical só pode ser despedido mediante inquérito em que se apure a falta grave.”²⁰

A respeito da estabilidade do dirigente sindical, Arion Sayão Romita ensina que:

¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho Delgado. **Direito coletivo do trabalho**, São Paulo: LTr, 2001. p. 41.

¹⁵ Constituição Federal - Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato.

¹⁶ OIT. **Convenção n. 98**. Disponível em <<http://www.oit.org/ilolex/portug/docs/C098.htm>> Acesso em 6 de novembro de 2010.

¹⁷ OIT. **Convenção n. 135**. Disponível em <<http://www.oit.org/ilolex/portug/docs/C135.htm>> Acesso em 6 de novembro de 2010.

¹⁸ Constituição Federal - Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 1º de outubro de 2010.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 197**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200> Acesso em 9 de novembro de 2010.

[...] a expressão “garantia de emprego” ostenta diferentes significados. É expressão genérica, de que estabilidade no emprego constitui apenas uma das espécies. A garantia de emprego representa aplicação prática do princípio de direito ao trabalho, proclamado pela Constituição Federal (art. 6º), cujo valor social, particularmente com a política de emprego, envolvendo noções de economia, demografia, etc. Compreende técnicas e medidas destinadas a proporcionar o primeiro emprego, manutenção do conseguido, recolocação após a perda do anterior, etc.²¹

Para Amauri Mascaro Nascimento existe justiça na estabilidade sindical pelo fato de que os dirigentes representam direitos contrários aos seus empregadores, expondo-se a retaliações, e se não protegido por força de lei, o interesse sindical resta prejudicado.²²

Ainda em relação à estabilidade do dirigente sindical e os limites da estabilidade ou a sua possível flexibilização, Marco Aurélio Mendes de Faria Mello expõe:

A razão de ser da garantia de emprego está, justamente, na necessidade de viabilizar-se a atuação do dirigente da associação ou do sindicato, afastando, portanto, o risco de o empregador sofrer prejuízos considerada a relação jurídica que o aproxima do tomador dos serviços. Tem por escopo, portanto, evitar que este último, contrariado em interesses, isolados e momentâneos, acabe por intimidar o empregado, impedindo-o, assim, de atuar com desenvoltura no campo das reivindicações. Na verdade, em prol de um bem maior – o da coletividades de trabalhadores – acabou-se por retirar do patrimônio do empregador o direito potestativo de despedir. Assentada esta premissa conclui-se que o direito está ligado à existência denexo causal sempre a exigir o fato de a atuação sindical fazer-se em benefício dos demais prestadores de serviços existentes na empresa. Nem se diga que o texto constitucional não faz distinção. No caso, não se trata de distinguir onde a lei não distingue, mas simplesmente de considerar o objetivo da própria norma. Para que haja campo propício à articulação em torno da garantia de emprego, indispensável é que, primeiro, o empregado esteja vinculado à entidade que congregue categoria profissional e, segundo, que esta se faça presente, mediante número expressivo de prestadores de serviços, na empresa.²³

Para Amauri Mascaro Nascimento, o bem protegido pela estabilidade é a própria atuação sindical em prol da coletividade:

[...] a titularidade da garantia é dupla, do representante e do grupo representado, de modo que se trata de imunidade conferida a quem vai agir em nome da categoria ou uma coletividade, proteção, portanto, que alcança diretamente a indivíduo e indiretamente a comunidade no interesse da qual

²¹ ROMITA, Arion Sayão. **Os direitos sociais na constituição e outros estudos**, São Paulo: LTr, 1991. p. 95.

²² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2000. p. 266.

²³ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. **Estabilidade no emprego de dirigentes e representantes sindicais**, in *Relações Coletivas de Trabalho*. São Paulo: LTr, 1989. p. 148.

atua. Não se trata de titularidade exclusiva e total da categoria, caso em que ficaria comprometida a liberdade individual do representante, inclusive para fazer acordos de rescisão do contrato de trabalho. Não é, também, um direito exclusivo do representante, uma vez que a sua condição como tal o transforma em agente do grupo que representa. O que não é razoável é tolher a liberdade do representante de, diante de justificadas razões, extinguir o contrato de trabalho do qual, e não a coletividade representada, é sujeito, mesmo porque esta pode ser representada por outra pessoa.²⁴

A proteção ao dirigente sindical abrange também a impossibilidade de removê-lo, de forma que se torne incompatível a continuidade da atuação sindical, conforme o artigo 543 da CLT.²⁵ Ocorre que tal proibição também abrange a categoria, posto que a influência nos associados daquele dirigente removido seria tolhida.

Por oportuno, existem argumentos para provimento de liminares com pedido de reintegrações ao trabalho ou desconsideração de transferência, amparados nos artigos 543, parágrafo 3º, 659, X, 522 e 543, § 4º da CLT.²⁶

A recomendação da OIT n. 143 garante ao dirigente sindical tempo livre para o exercício das atividades sindicais, com o direito de ingressar e de se movimentar na empresa ou no local de trabalho, de forma que seja facilitada a comunicação direta com as diretorias das empresas e os respectivos representantes; faculdade para arrecadar contribuições sindicais; difusão e comunicação; e disposição de locais adequados para a filiação dos empregados aos sindicatos ou associações e o direito à informação.²⁷

Outra consideração importante diz respeito à limitação de dirigentes sindicais existentes no artigo 522 da CLT, de no máximo sete e no mínimo três. Observa-se que neste caso há divergência com a letra da Constituição Federal, no artigo 8º, I, “vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical”.²⁸

²⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr. 2000. p. 267.

²⁵ Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, art. 543 - O empregado eleito para cargo de administração sindical ou representação profissional, inclusive junto a órgão de deliberação coletiva, não poderá ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho das suas atribuições sindicais.

²⁶ BRASIL. **Consolidação das leis trabalhistas**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/de15452.htm> Acesso em 6 de novembro de 2010.

²⁷ OIT. **Recomendação número 143**. Disponível em <http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/inf/download/rec_143.pdf> Acesso em 7 de novembro de 2010.

²⁸ BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 6 de novembro de 2010.

Para pacificar a questão a súmula 369, II do TST²⁹ indicou a recepção do artigo 522 da CLT pela Constituição Federal de 1988, onde se entendeu não ser permitido aos sindicatos atribuir número excessivo de dirigentes para benefícios das prerrogativas.

No entanto, encontrou-se na doutrina severas críticas a respeito da limitação. Amauri Mascaro Nascimento acredita que a única consideração legítima a respeito do número de dirigentes é aquela concluída pela própria instituição sindical, em que seriam os sindicalizados os únicos legítimos para avaliar a necessidade de mais ou menos dirigentes:

[...] restringir a sete o número máximo de diretores de uma entidade sindical, independentemente do seu tamanho, natureza ou número de associados, é uniformizar o que por natureza não é uniforme: sindicatos nacionais com estaduais ou municipais, sindicatos de categoriais grandes com os de categorias pequenas, sindicatos por categoria com sindicatos por profissão, enfim, situações díspares. O princípio constitucional da não-interferência do Estado na organização sindical não é restrito ao direito de fundar sindicatos. É dirigido, também, à liberdade de auto-organização interna do sindicato. Se assim não fosse, os fins visados pelo princípio em questão não seriam atingidos quanto o Estado resolvesse dificultar a administração do sindicato do sindicato pela limitação do número de dirigentes, contrariando, assim, o preceito da liberdade sindical. Logo, saber, se um sindicato deve ter sete, dez ou vinte diretores deve ser, no sistema de autonomia sindical, questão *interna corporis*, a ser resolvida no âmbito do próprio sindicato. No entanto, como os dirigentes sindicais têm estabilidade no emprego, o sindicato teria meios para estabilizar o maior número possível de empregados. Bastaria ter uma diretoria com número elevado de integrantes.³⁰

Ressalte-se, para o estudo do tema, a proteção emanada da OIT, na Convenção n. 98, promulgada pelo Decreto 33.196/53, que exclui qualquer prática anti-sindical, e torna ilícita qualquer tentativa de inviabilizar a atividade sindical.³¹

²⁹ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho.** Disponível em <http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf> Acesso em 23 de abril de 2011.

³⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 264-265.

³¹ Decreto 33.196/53, art. 1º - 1. Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego. 2. Tal proteção deverá particularmente, aplicar-se a atos destinados a: a) subordinar o emprego de um trabalhador à condição de não se filiar a um sindicato ou deixar de fazer parte de um sindicato; b) dispensar um trabalhador ou prejudica-lo, por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais, fora das horas de trabalho ou com o consentimento do empregador, durante as mesmas horas.

Art. 2º - 1. As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas e outras, quer diretamente, quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionamento e administração. 2. Serão particularmente identificados a atos de ingerência, nos termos do presente artigo, medidas destinadas a provocar a criação de organizações de trabalhadores dominadas por um empregador ou uma organização de empregadores, ou manter organizações de trabalhadores por outros meios financeiros, com o fim de colocar essas organizações sob o controle de um empregador ou de uma organização de empregadores.

A prática de atos anti-sindicais também é objeto de análise pela doutrina, pois observa-se no entendimento de Amauri Mascaro Nascimento as seguintes considerações:

[...] são injustificadas. Impedem a liberdade de trabalho. Condicionam-na aos sindicalizados. criam, assim, um privilégio quando o direito ao trabalho não deve ser assim. Todos devem ter o direito de trabalhar, preenchidas as condições que a lei impõe. Dentre estas, não podem estar incluídos os interesses corporativos de um sindicato.³²

Existe ainda no Brasil o princípio da unidade sindical, trazido pela Constituição em seu artigo 8º, II, que proíbe a criação de mais de um sindicato, seja ele econômico ou profissional, em uma mesma base territorial, não podendo ser inferior à área de um Município.

Antônio Álvares da Silva entende ser a posição do artigo indevida e tal garantia de território, ou reserva de mercado, ensejaria em falta de esforço para prestar o melhor serviço, já que não teria concorrência alguma:

A proibição de haver mais de um sindicato numa mesma base territorial é anacrônica, absurda e altamente cerceadora da liberdade sindical. É uma disposição que se vem mantendo em nosso Direito por razões corporativistas dos próprios sindicatos, pois garante a um único o monopólio da representação na mesma base territorial não inferior ao município.³³

Para Emília Simeão Albino Sako a experiência da unicidade sindical no Brasil demonstrou a dominação por grupos ideológicos que não prezam pelos reais interesses da categoria e se permitem influenciar pelo governo, utilizando os associados como simboliza a expressão política: massa de manobra.³⁴

1.3 Funções do sindicato

Diante de várias atribuições a serem exercidas pelo sindicato, a principal é a de negociar, assim como a Constituição prevê no artigo 8º, VI, que necessariamente, para elaborar normas coletivas, o sindicato deverá estar presente. Fica evidente uma vinculação da

Art. 3º - Organismos apropriados às condições nacionais deverão, se necessário, ser estabelecidos para assegurar o respeito do direito de organização definido nos artigos precedentes.

³² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 146.

³³ SILVA, Antônio Álvares da. **Flexibilização das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 87.

³⁴ SAKO, Emília Simeão Albino. **A atuação dinâmica e eficiente dos sindicatos como garantia de realização dos direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores**. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, ano 33, n. 126, abr./jun. 2007. p. 70.

atividade sindical à negociação coletiva e percebe-se então, um dever-poder dos sindicatos em representar a sua categoria.

E ainda, a própria Carta Magna assegura a validade dos acordos e convenções coletivas, no artigo 7º, XXVI.³⁵

Amauri Mascaro Nascimento defende que para exercer suas funções os sindicatos devem ter suporte para tal:

Ao sindicato devem ser garantidos os meios para o desenvolvimento da sua ação destinada a atingir os fins para os quais foi constituído. De nada adiantaria a lei garantir a existência de sindicatos e negar os meios para os quais as suas funções pudessem ser cumpridas.³⁶

Em relação às funções do sindicato, três autores representantes da doutrina sindicalista brasileira apresentam divergências.

Octaviano Bueno Magano cita a função de representação como sendo poder de representação, regulamentação, tributação, assistencial e político.³⁷

Maurício Godinho Delgado acabou por igualar funções com prerrogativas sindicais e dividiu a representação em privada, administrativa, pública e judicial. Manteve, porém, a função negocial e assistencial e admitiu as funções políticas e econômicas.³⁸ Na forma privada o entendimento é entre os empregadores e empregados para buscar a melhoria das condições de trabalho e outros interesses coletivos. A forma administrativa é onde o sindicato tenta negociar com o Estado em seu próprio benefício, para melhorar suas condições de atuação. Na forma pública ele se dirige à sociedade e busca nela auxílio para suas lutas e finalmente, na judicial, o sindicato defende os interesses da categoria ou específicos de um associado pelos meios processuais.

³⁵ Constituição Federal, art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

³⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2000. p. 253.

³⁷ MAGANO, Octavio Bueno. Atuação do sindicato no Brasil. In: Mozart Victor Russomano (orientação). **O Sindicato nos Países em Desenvolvimento** (Coleção Direito do Trabalho), São Paulo: LTr, 1980. p. 33-44.

³⁸ DELGADO, Maurício Godinho Delgado. **Direito coletivo do trabalho**, São Paulo: LTr, 2001. p. 75.

A respeito da função representativa, Mauricio Godinho Delgado afirma que “o sindicato organiza-se para falar e agir em nome de sua categoria, para defender seus interesses no plano da relação de trabalho e, até mesmo, em plano social mais largo”.³⁹

Nesse ponto faz-se importante frisar a substituição processual, que apesar de não fazer parte da finalidade da pesquisa é importante para entender a grandeza do sindicato. Para tanto Cláudio Rodrigues Morales cita Arion Sayão Romita:

[...] não vem ao caso indagar, em consequência, se o sindicato está autorizado por lei para agir. Autorizado está ele, sempre, e não mediante previsão específica, em cada caso. E independentemente de outorga de poderes por parte dos interessados (não ‘substituídos’), associados ou não, já que no direito brasileiro (ao contrário do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos) o sindicato é portador do interesse da categoria e não apenas de seus associados.⁴⁰

Já Amauri Mascaro Nascimento entende que são reservadas ao sindicato as funções de representar, negociar, assistir, bem como funções parafiscal e política⁴¹ e referindo-se à função representativa dos sindicatos informa:

Assim, quer perante o estado, quer perante os empregadores ou outros órgãos, cabe ao sindicato atuar como intérprete das pretensões do grupo à frente do qual se põe e cujas reivindicações e posições encaminhará. Não só no nível coletivo, mas, também, no individual, o sindicato cumpre funções representativas, com maiores ou menores limitações: participando de processos judiciais, pratica atos homologatórios de rescisões contratuais, etc.⁴²

No que se refere à função assistencial, Amauri Mascaro Nascimento entende ser inapropriada e o Estado as tem como obrigação, sendo desvio de função atribuí-las ao sindicato.⁴³

Ainda dentro do estudo da matéria, Amauri Mascaro Nascimento enaltece o poder normativo conferido aos sindicatos, ou, no mínimo, a sua participação na formação das normas:

Há um poder normativo no direito do trabalho, conferido por lei aos sindicatos de trabalhadores e empregadores quando estipulam convenções

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho Delgado. **Direito coletivo do trabalho**, São Paulo: LTr., 2001. p. 75.

⁴⁰ MORALES, Cláudio Rodrigues. **Manual prático do sindicalismo**. São Paulo: LTr, 1999. p. 46-47.

⁴¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 224-227.

⁴² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 253.

⁴³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 253.

coletivas e acordos coletivos nos seus respectivos âmbitos de representação, e aos Tribunais do Trabalho para que possam proferir sentenças nos dissídios coletivos, aplicáveis a todos os membros das categorias dissidentes.⁴⁴

Sobre as convenções coletivas e todo o processo de negociação, serão explanados os principais conceitos no terceiro capítulo. Não obstante, se tratará em seguida dos princípios protetores do Direito do Trabalho.

⁴⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 28. ed. rev. e atual. – São Paulo: LTr, 2002, p. 96.

2 PRINCÍPIOS PROTETORES DO DIREITO DO TRABALHO

O estudo que pretende esclarecer quais as divergências entre uma súmula e um princípio não poderia deixar de exigir aprofundamento nos pilares do direito trabalhista. Por isso, para enfatizar a importância dos princípios para o Direito, segue a definição de Miguel Reale:

Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de princípios, havendo entre eles diferenças de distinção e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano. [...] Não há ciência sem princípios, que são verdades válidas para um determinado campo do saber, ou para um sistema de enunciados lógicos. Prive-se um ciência de seus princípios, e tê-la-emos privado de sua substância lógica, pois o Direito não se funda sobre normas, mas sobre os princípios que as consolidam e as tornam significantes.⁴⁵

José Augusto Rodrigues Pinto também atribui extrema importância à ênfase nos princípios:

[...] ideias estruturais do Direito, capazes de sustentá-lo, enquanto sistema, do mesmo modo que as fundações suportam o peso do edifício. Por isso, sua presença é indispensável na realização diuturna da ciência jurídica, nem sempre de maneira ostensiva, mas sempre, como as fundações das grandes estruturas, em nível subjacente de apoio discreto do conjunto. Aí está uma boa razão para dificultar-lhes uma clara identificação e o interesse em habilitar-se o estudioso a distingui-los da própria estrutura que sustentam [...]⁴⁶

O principal fundamento para a aplicação dos princípios é, para Alice Monteiro de Barros, o fato de se apresentarem como “linhas e diretrizes ou postulados que inspiram o sentido das normas trabalhistas e configuram a regulamentação das relações de trabalho”⁴⁷

Seguindo a mesma direção, Mauricio Godinho Delgado ressalta a função normativa dos princípios:

⁴⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. v. I. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1975. p. 57

⁴⁶ RODRIGUES PINTO, José Augusto. **Processo trabalhista de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: LTr, p. 42.

⁴⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. v I. 5. ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 180.

A função fundamentadora dos princípios (ou função normativa própria) passa, necessariamente, pelo reconhecimento doutrinário de sua natureza norma jurídica efetiva e não simples enunciado programático não vinculante. Isso significa que o caráter normativo contido nas regras jurídicas integrantes dos clássicos diplomas jurídicos (constituições, leis e diplomas correlatos) estaria também presente nos princípios gerais de direito. Ambos seriam, pois, norma jurídica, adotados da mesma natureza normativa.⁴⁸

Ainda sobre o aspecto normativo encontrado nos princípios, Norberto Bobbio defende:

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, norma fundamentais ou generalíssima do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é a função de regular um caso.⁴⁹

Inferese, portanto, após a leitura dos doutrinadores, que os princípios, além de regerem os estudos e aplicação do direito trabalhista, devem ser encarados como normas reguladoras dos casos práticos.

Ainda que relação de trabalho possua duas partes (empregador e empregado), é notório que por muitas vezes o empregador será a parte mais assistida e economicamente mais forte da relação. E nesse sentido, a Constituição prevê que todos são iguais perante a lei. Ocorre que periodicamente ouvem-se críticas ao Direito do Trabalho pela sua característica protetora emanada do Estado que viria a reduzir o dinamismo social. Tais críticas não observam que a normatização não deixa de trazer benefícios ao capital, no ponto em que reduz os conflitos sociais e o impulso da categoria de realizar mudanças já estruturadas:

Útil à burguesia, o direito do trabalho interessa também aos trabalhadores, embora por razões opostas. A burguesia que, obviamente nunca desejou um direito de proteção dos assalariados tem necessidade dele. Ela faz nesse

⁴⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001. p. 28.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento Jurídico**. Traduzido por Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. 4. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1994. p. 158-159.

plano concessões políticas que visam reduzir as tensões sociais retirando força à luta de classes, mas um tal direito, por obrigar o capitalismo a adaptar-se, é contrário aos seus interesses imediatos. Pelo seu lado, os trabalhadores beneficiam de uma concreta limitação da exploração que sobre eles é exercida. As coisas são, no entanto, bem mais complexas, pois este direito favorece a concentração capitalista agindo sobre as condições da concorrência – com o que beneficiam os sectores mais fortes e aptos da classe dominante em detrimento de outros sectores da mesma classe. Por outro lado, as garantias sociais podem diminuir para os trabalhadores as razões para quererem transformar a sua condição. Porém, como tais garantias, além de insuficientes, são periodicamente postas em causa, o direito do trabalho pode contraditoriamente, alimentar a vontade operária de romper com a ordem econômica e social. Direito contraditório, o seu conteúdo depende em cada momento da relação de forças no campo social.⁵⁰

Assim, os princípios de proteção ao trabalhador, a despeito de terem forte influência na relação das partes, visam a igualdade substancial entre elas.⁵¹

Sobre a igualdade, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco afirmam que:

[...] a absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais. A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial.⁵²

Infere-se, então, que em algum momento a forma de tratar os desiguais desigualmente, será mediante uma sorte de garantias. Nesse sentido Américo Plá Rodriguez afirma que a proteção ao trabalhador é extremamente importante ao direito trabalhista:

O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de

⁵⁰ MOURA, José Barros. **A Convenção colectiva entre as fontes de direito do trabalho**. Livraria Almedina-Coimbra, 1984. p. 45

⁵¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2004. p. 61.

⁵² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 53-54.

igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um aparato preferencial a uma das partes: o trabalhador.⁵³

Seguindo a mesma linha, Luiz de Pinho Pedreira da Silva conceitua:

Podemos definir o princípio de proteção como aquele em virtude do qual o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores.⁵⁴

Assim, na ânsia de igualar as partes, o Direito do Trabalho apresenta o princípio da proteção e o subdivide em três espécies: *in dubio pro operario*, aplicação da norma mais favorável e a condição mais benéfica ao trabalhador, conforme será explanado adiante.

2.1 *In dubio pro operario*

O *in dubio pro operario* remete à proteção da parte mais fraca, sem no entanto deixar de respeitar aquilo que a lei recomenda. Assim, sustenta Alice Monteiro de Barros que “em caso de dúvida, o juiz decide pelo trabalhador”.⁵⁵

Américo Plá Rodriguez resume tal princípio da seguinte forma: “critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador.”⁵⁶

Para Ana Virgínia Moreira Gomes:

A regra *in dubio pro operário* constitui um critério de interpretação jurídica, conforme o qual, diante de mais de um sentido possível e razoável para a norma, o aplicador do Direito deve escolher o que seja condizente com o abrandamento da desigualdade material que caracteriza a relação de emprego.⁵⁷

Questão polêmica é a utilização do *in dubio pro operário* em relação à prova no Processo do Trabalho. Assim, cabe ressaltar a posição de Américo Plá Rodriguez sobre o tema:

⁵³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1996. p. 28.

⁵⁴ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 29.

⁵⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. Volume I. 3. ed. São Paulo: LTR, 1997. p. 126.

⁵⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 61.

⁵⁷ GOMES, Ana Virgínia Moreira. **A aplicação do princípio protetor no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001. p. 46.

A nosso juízo, cabe aplicar a regra dentro desse âmbito em casos de autêntica dúvida, para valorar o alcance ou o significado de uma prova. Não para suprir omissões, mas para apreciar adequadamente o conjunto dos elementos probatórios, tendo em conta as diversas circunstâncias do caso. Entendemos que as mesmas razões de desigualdade compensatória, que deram origem à aplicação deste princípio, justificam que se estenda à análise dos fatos já que, em geral, o trabalhador tem muito maior dificuldade do que o empregador para provar certos fatos ou trazer certos dados ou obter certas informações ou documentos. Uma forma especial de encarar este problema é a do *onus probandi* em matéria trabalhista: a quem compete o ônus da prova? A posição tradicional sustenta que o ônus da prova incumbe a quem efetua afirmações, e que somente cabe afastar-se desse critério básico nos casos em que o legislador estabeleceu presunções, que supõem uma inversão do ônus da prova. Porém, com um maior conhecimento prático das realidades discutidas nos dissídios trabalhistas, começou a desenvolver-se, até se tornar predominante, a posição que estende a regra *in dubio, pro operario* inclusive a esse campo. Apesar da vigência do sistema inquisitório continua importante o problema do ônus da prova, entendendo-se que, na medida em que se aborda esse problema o trabalhador merece uma consideração especial. Não apenas pela desigualdade básica das partes, nem somente pelo estado de subordinação em que se encontra muitas vezes o trabalhador, mas também pela natural disponibilidade de meios de prova que tem o empregador e que contrasta com a dificuldade que possui o trabalhador.⁵⁸

De forma divergente, Manoel Teixeira Filho exclui a possibilidade de se utilizar a regra em matéria de prova:

Mesmo que afastemos a atuação do art. 333, do CPC, para preservar o império do art. 818, da CLT, não podemos deixar de reconhecer que, bem ou mal, o sistema do processo do trabalho possui regra sobre o ônus da prova. Sendo assim, ou o órgão jurisdicional decide a favor do trabalhador, porque este se desincumbiu do referido encargo, ou decide contra, porque ele deixou de provar os fatos alegados nas hipóteses em que esse ônus não se transferiu para o empregador. Há situações, contudo, em que ambas as partes provam os fatos narrados, caracterizando o que a doutrina e a jurisprudência têm denominado de “prova dividida”. E justamente nesse momento que se indaga se o juiz poderia decidir em prol do trabalhador, mediante a invocação do princípio *in dubio pro misero*. A nossa resposta, como já antecipamos, é negativa. Se a prova ficou “dividida”, o juiz, não podendo eximir-se de julgar (CFC, art. 126), deverá optar pela que for de melhor qualidade, decidindo em favor da parte que a produziu. Tratando-se, por exemplo, de prova testemunhal, o juiz verificará, para efeito de valorá-la adequadamente, se as testemunhas tinham conhecimento pessoal dos fatos; se manifestaram segurança ou insegurança nas respostas; se foram contraditórias, ou não etc. Se, após essa investigação, ficar convencido (pelos motivos que deverá demonstrar) de que a melhor prova foi produzida pelo trabalhador, decidirá em favor deste. Todavia, julgar em benefício do trabalhador apenas com fundamento no princípio *in dubio pro misero* será proferir sentença frágil,

⁵⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr. 2004.p.61.

inconsistente, sem fundamentação jurídica, e, como tal, incapaz de resistir a um ataque por meio de recurso.⁵⁹

Cabe mencionar ainda que tal princípio não deverá ser utilizado em matéria de prova pelos tribunais, conforme a explicação proferida pelo Tribunal Regional da 24ª Região:

O princípio do ‘in dubio pro operário’ é de natureza exclusivamente hermenêutica, quando o julgador, ao deparar-se com um dispositivo legal de sentido dúbio, adotará a interpretação que for mais benéfica ao trabalhador, considerando-se que as leis trabalhistas, por princípio, são protetivas do hipossuficiente. A interpretação de provas, entretanto, é de natureza processual e neste campo não existe proteção ao trabalhador, buscando-se, ao contrário, a igualdade entre os litigantes, motivo pelo qual a dubiedade ou inconclusão de provas levará o julgador a decidir contra a parte que detenha o ônus probatório, inimportando se este é o empregado ou o empregador.⁶⁰

2.2 Aplicação da norma mais favorável

A regra que prevê a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador segue o mesmo sentido geral do princípio da proteção no direito trabalhista. Sintetiza-se esta regra em: quando houver várias normas aplicáveis a um caso, independente do grau na hierarquia das normas jurídicas, o julgador deverá aplicar a que for mais favorável ao trabalhador.⁶¹

A respeito do papel da aplicação da norma mais favorável na hierarquia, segue o entendimento de Amauri Mascaro Nascimento:

Ao contrário do direito comum, em nosso direito entre várias normas sobre a mesma matéria, a pirâmide que entre elas se constitui terá no vértice, não a Constituição Federal, ou a lei federal, ou as convenções coletivas, ou o regulamento de empresa, de modo invariável e fixo. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador dentre as diferentes em vigor.⁶²

⁵⁹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de processo do trabalho: perguntas e respostas sobre assuntos polêmicos em opúsculos específicos: n. 6: Provas**: - São Paulo : LTr, 1997. p. 11.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. **Recurso Ordinário n. 4.310/93**. Relator Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior. DJ, 28 de março de 1994. Disponível em <www.trt24.gov.br>.

⁶¹ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 1997.p.134.

⁶² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1977. p. 235.

Alice Monteiro de Barros ensina que através desta regra fica “autorizada a aplicação da norma mais favorável, independente de sua hierarquia”.⁶³

Américo Plá Rodriguez tem o seguinte entendimento a respeito da regra em tela: “A regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas.”⁶⁴

Assim, a escolha da norma mais favorável a ser aplicada deve ser feita diante de um conjunto, de forma que não se crie uma nova, apenas se escolha a melhor. Apesar disso, a negociação coletiva acaba, muitas vezes, por flexibilizar, de acordo com o princípio da autodeterminação coletiva, visto que a própria Constituição Federal autoriza,⁶⁵ conforme será tratado em capítulo específico.

2.3 Condição mais benéfica

O estudo da condição mais benéfica é de extrema importância para a presente pesquisa, pois a partir das conclusões deste tópico serão formados os entendimentos finais a respeito da Súmula 277.

O princípio da condição mais benéfica traz em seu enunciado o próprio conceito, onde a condição mais benéfica ao trabalhador deve ser tratada como principal e respeitada como tal. Assim, ainda que seja, num primeiro momento, fácil inferir o conteúdo da norma, deve-se ressaltar a conceituação dada pelos principais doutrinadores e a estreita relação com o direito adquirido.

Para Mauricio Godinho Delgado, além de se revestir do caráter de direito adquirido, a condição mais benéfica deve prevalecer quando houver cláusulas contratuais que se divergem, bem como ratifica que não são normas, mas cláusulas de contrato, sejam elas tácitas ou expressas.⁶⁶

⁶³ BARROS, Alice Monteiro de, **Curso de direito do trabalho**; 5. ed. revista e ampliada, São Paulo: LTR, 2009. p.184.

⁶⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p.62.

⁶⁵ BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 1º de outubro de 2010.

⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 1350.

Mozart Victor Russomano entende que o princípio da condição mais benéfica sofreu incorporação pelo artigo 468 da CLT,⁶⁷ pois, explica que a “natureza bilateral do contrato decorre de uma consequência lógica: qualquer alteração no contrato só poderá ser feita desde que coincidam, nesse particular, as deliberações das duas partes”⁶⁸. E mesmo que exista:

[...] expressa manifestação das duas vontades na alteração do contrato em vigor; mesmo que o empregador não esteja agindo com má-fé, mesmo que o empregado, no primeiro momento, não sofra nenhum ônus com a retificação do contrato a alteração será nula, de pleno direito, uma vez que, direta ou indiretamente, dela resultem prejuízos para o trabalhador.⁶⁹

Arnaldo Sussekind conceitua o princípio da condição mais benéfica como sendo o:

[...] que determine a prevalência das condições mais vantajosas para o trabalhador, ajustadas no contrato de trabalho ou resultantes do regulamento da empresa, ainda que vigore ou sobrevenha norma jurídica imperativa prescrevendo menor nível de proteção e que com esta não sejam elas incompatíveis.⁷⁰

Alice Monteiro de Barros conclui que o princípio da condição mais benéfica visa “proteger situações pessoais mais vantajosas que se incorporaram ao patrimônio do empregado, por força do próprio contrato de forma expressa ou tácita”.⁷¹

⁶⁷ Art. 468 da CLT: Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

⁶⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. I. p. 482-483.

⁶⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. I. p. 482-483.

⁷⁰ MARANHÃO, Délio; SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima; VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 17. ed. atual. São Paulo: LTr, 1997.v.2. p. 129.

⁷¹ BARROS, Alice Monteiro de, **Curso de direito do trabalho**; 5. ed. revista e ampliada, São Paulo: LTR, 2009. p.82.

Américo Plá Rodríguez sustenta que para valer a regra da condição mais benéfica deve existir uma condição anterior concretamente reconhecida, de forma que ela deve ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador do que a norma aplicável.⁷²

Ressalte-se ainda que, a condição mais benéfica pode ser criada por lei, convenção ou acordo coletivo, sentença normativa, contrato individual de trabalho, ou ainda, regulamento próprio de empresa.

Em respeito ao princípio protetor do Direito do Trabalho da condição mais benéfica, aquelas normas que são produto do processo da negociação coletiva que trouxerem situações melhores aos trabalhadores não poderiam ser retiradas, já que a natureza jurídica é a mesma das condições firmadas em contrato de trabalho, conforme o artigo 468 da CLT. Nesse sentido explica Orlando Teixeira da Costa:

Em nosso País, a contratação laboral é, em princípio, livre, mas não pode contrariar as disposições de convenções coletivas de trabalho (art. 444 da CLT). Se contrariar, haverá nulidade da cláusula contratual, prevalecendo a norma convencional obstaculizada (artigo 619 da CLT). Finalmente, o contrato de trabalho só pode ser alterado consensualmente e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado (art. 468 da CLT). Ora, como as cláusulas normativas passam a integrar, ainda que momentaneamente, pela teoria da autonomia privada coletiva, os contratos individuais de trabalho, em termos de legislação ordinária brasileira, esta integração resulta, necessariamente, em inalterabilidade, sob pena de nulidade.⁷³

Não configura proibição da flexibilização, já que esta é permitida na constituição em relação à jornada de trabalho e salários.⁷⁴ E nestes casos, as condições poderão ser suprimidas, já que existe autorização. É este, portanto, o limite ao princípio da autodeterminação coletiva para Orlando Teixeira da Costa:

[...] as exceções, a nosso ver, registram alguns dos poucos casos de flexibilização no Direito do Trabalho no Brasil, por via constitucional, resultando na possibilidade de que algumas condições de trabalho convencionadas não venham a se incorporar, definitivamente, no contrato individual de trabalho. Trata-se, porém, das exceções expressas, que não

⁷² RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p.60.

⁷³ COSTA, Orlando Teixeira da. **Direito coletivo do trabalho e crise econômica**. São Paulo: LTr, 1991. p. 167.

⁷⁴ BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm> Acesso em 1 de outubro de 2010.

podem ser ampliadas ao talante do consenso das partes ou por via jurisprudencial.⁷⁵

A condição mais benéfica também é objeto de limitações. Sabe-se que uma cláusula contratual só pode se suprimida por outra mais favorável. No entanto a edição de norma posterior mais vantajosa do que a condição mais benéfica enseja principalmente no desaparecimento da última, pois não poderão se acumular.⁷⁶

Em suma, a regra da condição mais benéfica constitui mais uma parte do princípio da proteção ao trabalhador, e determina a prevalência das condições que tragam maiores vantagens para o empregado, podendo ser objeto de acordo no contrato de trabalho ou nos regulamentos da empresa empregadora, mesmo com o surgimento de nova norma jurídica que traga menos proteção e que haja incompatibilidade entre as duas.⁷⁷

Faz-se importante ressaltar a proximidade dos princípios com o direito adquirido. Odonel Urbano Gonçalves prevê que a condição mais benéfica nasceu do direito adquirido, garantia constitucionalmente prevista no art. 5º, inciso XXXVI e afirma que “nenhuma lei pode tirar condições e benefícios já adquiridos, exatamente por ser o trabalhador a parte mais fraca, hipossuficiente, da relação de trabalho.”⁷⁸

Enquanto Luiz de Pinho Pedreira da Silva mantém o entendimento de que tal regra resulta do direito adquirido,⁷⁹ Ana Virgínia Moreira Gomes apresenta o seguinte conceito contrário:

A regra da condição mais benéfica diferencia-se da teoria dos direitos adquiridos, porque seu âmbito de aplicação é distinto: naquela, o conflito no tempo ocorre entre duas normas convencionais; enquanto, nesta última, o conflito dá-se entre duas normas estatais.⁸⁰

Sobre a questão do direito adquirido, faz se necessário conceituar com a lição de Rubens Limongi França: “é a consequência de uma lei, por via direta ou por

⁷⁵ COSTA, Orlando Teixeira da. **Direito coletivo do trabalho e crise econômica**. São Paulo: LTr, 1991. p. 167.

⁷⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. Volume I. 3. ed. São Paulo: LTR, 1997. p. 183.

⁷⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 1997.p.134.

⁷⁸ GONÇALES, Odonel Urbano. **Direito do trabalho para concursos**. São Paulo: Atlas, 2000. p.29.

⁷⁹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 102.

⁸⁰ GOMES, Ana Virginia Moreira. **A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001. p. 151.

intermédio de fato idôneo; conseqüência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto”.⁸¹

Oscar Joseph de Plácido e Silva ensina que: “direito adquirido é o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua propriedade, já constitui um bem que deve ser juridicamente protegido contra qualquer ataque exterior, que ouse ofendê-lo ou turbá-lo”.⁸²

Em tempo, Afonso da Silva tem a seguinte explicação para direito adquirido:

Para compreendermos melhor o que seja direito adquirido, cumpre relembrar o que se disse acima sobre o direito subjetivo: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava [...]) Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para ser exercido quando lhe conviesse. A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo fato do titular não o ter exercido antes.⁸³

Francisco Amaral entende que “o ato jurídico perfeito é aquele que sob o regime de determinada lei tornou-se apto para dar nascimento aos seus efeitos desde que seja feita a devida verificação de todos os requisitos que lhe são indispensáveis.”⁸⁴

Celso Ribeiro Bastos conceitua o direito adquirido como:

Constitui-se num dos recursos de que se vale a constituição para limitar a retroatividade da lei. Com efeito, esta está em constante mutação; o Estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No entretanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra.⁸⁵

⁸¹ FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 216.

⁸² DE PLÁCIDO E SILVA. Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v.2, p.530.

⁸³ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 6. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 374.

⁸⁴ AMARAL, Francisco. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 19.

⁸⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 43.

Rubens Limongi França faz considerações sobre a posição do Brasil em defender o direito adquirido:

[...] nada existe de propriamente insólito no fato de ser a Constituição brasileira a única a erigir expressamente o direito adquirido como critério normativo. Com efeito, o Brasil é o país que desfruta do privilégio de, por maior tempo, haver mantido a unidade do pensamento jurídico em relação à matéria. Legatário das tradições jurídicas lusitanas que são, entre os Estados Modernos, as mais antigas do mundo, soube, sob certos aspectos, guardá-las melhor do que a própria Pátria-Mãe, de onde ser natural que, na matéria, o nosso direito esteja, pelo menos nas suas linhas fundamentais, mais evoluído do que nos outros países.⁸⁶

Percebe-se portanto, a pequena distância entre o respeito a condição mais benéfica e a teoria do direito adquirido.

Para entender melhor a importância da condição mais benéfica, se faz necessário tratar as questões referentes à hierarquia das normas jurídicas.

2.4 Hierarquia das normas e as soluções utilizadas nos conflitos

O Direito do Trabalho entende a hierarquia das normas jurídicas, sendo elas autônomas ou heterônomas, de forma distinta do Direito Comum, em que “a pirâmide normativa constrói-se de modo plástico e variável, elegendo em seu vértice dominante a norma que mais se aproxime do caráter teleológico do ramo justralhista.”⁸⁷

O princípio da norma mais favorável não combina com o modelo de hierarquia inflexível comum nos outros ramos jurídicos,⁸⁸ pois há possibilidade de, inclusive, escolher aplicar normas inferiores em detrimento da Constituição Federal.

Rafael da Silva Marques tem o seguinte entendimento:

No que tange às fontes formais autônomas, acordos coletivos, convenções coletivas, regulamento de empresa e contrato de emprego, a regra, conforme arts. 444 e 620 da CLT, é a aplicação da norma mais favorável, sendo esta o topo da pirâmide. Note-se que embora a Constituição seja também a fonte de validade das fontes formais autônomas, no caso de serem elas as mais favoráveis, aplicam-se ao caso concreto, por força do disposto no art. 7º,

⁸⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 216

⁸⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 178.

⁸⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 178.

cabeça, da Constituição Brasileira de 1988. Assim, mesmo que a norma constitucional contenha texto menos favorável, como por exemplo, adicional de 50% sobre as horas extras, em a norma coletiva prevendo adicional de 60%, aplicar-se-á esta à categoria respectiva, no caso concreto, o que cria uma espécie de inversão à pirâmide elaborada por Hans Kelsen.⁸⁹

Ainda sobre a hierarquia, Amauri Mascaro Nascimento apresenta teorias a serem utilizadas na escolha da norma a ser aplicada: acumulação e conglobamento.⁹⁰

Ao relatar a teoria da acumulação, o citado autor expõe uma possível incoerência da teoria: simplifica o princípio da norma mais favorável de forma que no caso concreto deve se extrair uma condição de todos os diplomas possíveis e, ao final obter a soma das vantagens aplicáveis.⁹¹ Não se pode negar que esta teoria aplica o enunciado da norma mais favorável de forma totalmente radical e extremista,⁹² mas não é de todo errada.

Arion Sayão Romita expõe seu entendimento sobre a teoria da soma:

Tal procedimento tornou-se conhecido na doutrina alemã como a **Rosinentheorie** (terias das passas): assim como não é recomendável catar as passas de uma torta, não é lícito escolher entre os convênios aplicáveis apenas aquelas normas que outorguem condições mais favoráveis. Convém lembrar que todo acordo coletivo é realizado de forma unitária: umas cláusulas são ajustadas em função das demais, todas entram em relação com o sentido unitário que assume o conteúdo global do convênio. O acordo coletivo é celebrado pelas partes de forma conjunta e unitária. [...]A legitimação da autonomia coletiva não deflui da obtenção de cláusulas mais favoráveis, mas sim da melhoria coletiva da categoria profissional interessada.⁹³

A teoria do conglobamento é justamente o oposto da teoria da acumulação, pois aquela busca a análise global, enquanto esta promove uma análise pontual.

Sobre a teoria do conglobamento, Amauri Mascaro Nascimento, entende ser a mais acertada:

⁸⁹ MARQUES, Rafael da Silva. **Conflitos entre normas coletivas de autocomposição – repensando a técnica do conglobamento**. Justiça do Trabalho, Porto Alegre: HS Editora, número 288, dezembro de 2007. p. 28.

⁹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 182.

⁹¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 182.

⁹² MARQUES, Rafael da Silva. **Conflitos entre normas coletivas de autocomposição – repensando a técnica do conglobamento**. Justiça do Trabalho, Porto Alegre: HS Editora, número 288, dezembro de 2007. p. 28.

⁹³ ROMITA, Arion Sayão. **Extinção de convênios coletivos: efeitos sobre os contratos de trabalho**. São Paulo: LTr, Revista LTr, n. 51., maio de 1987, p. 533-558.

Tal teoria propugna pela organização do instrumental normativo em função da matéria tratada (*ratione materiae*), para se extrair o instrumental mais favorável, encarado sob um ângulo unitário do conjunto. Está-se, portanto, diante de um critério sistemático, em que se respeita cada regime normativo em sua unidade inteira e global.⁹⁴

Não é possível tratar do tema sem as palavras de Alice Monteiro de Barros, que traz o seguinte conceito:

Pela teoria do conglobamento não se fracionam dispositivos ou conteúdos de normas distintas. Cada estatuto normativo é apreendido globalmente, no que concerne à mesma matéria e, nessa linha, comparado aos demais, também globalmente apreendidos, encaminhando-se, pelo cotejo, à definição do mais favorável.⁹⁵

Há ainda de se falar da teoria eclética que Carmem Camino sustenta comparar “conjunto da normatividade de cada instituto, isoladamente, no contexto de cada um dos conjuntos orgânicos de normas, prevalecendo o conjunto de normas mais favoráveis num e noutro para cada instituto”.⁹⁶

Ao lado de Carmem Carmino está Amauri Mascaro Nascimento, que também prefere a teoria do conglobamento, pois esta promove a avaliação de todos os normativos disponíveis e, por fim, decide pela mais favorável, sem alterar os diplomas, ou inová-los.⁹⁷

O posicionamento de Sérgio Pinto Martins também é favorável à teoria do conglobamento:

O mais correto é a aplicação da norma coletiva que, em sua globalidade, seja mais favorável ao empregado, pois é impossível que se fique pinçando cláusulas de várias normas coletivas ao mesmo tempo; daí por que se falar na aplicação da norma coletiva que for mais favorável em sua globalidade em relação a outra norma coletiva.⁹⁸

Já Rafael da Silva Marques sustenta que o melhor meio de solucionar o conflito entre normas é utilizando a teoria da acumulação, e sabe que não é essa a posição

⁹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Negociação coletiva trabalhista. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo, n. 107, p.90, julho/setembro. 2002.

⁹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. v I. 3. ed. São Paulo: LTR, 1997. p. 111.

⁹⁶ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 3. ed., Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 123.

⁹⁷ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 3. ed., Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 123.

⁹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 769.

majoritária da doutrina, pois afirma: “Assim, a técnica a ser utilizada para a solução dos conflitos entre as fontes formais autônomas do Direito do Trabalho é a do cúmulo ou soma. Registre-se, contudo, posicionamento da doutrina, como antes exposto em sentido contrário”.⁹⁹ No entanto justifica a sua escolha com uma análise do artigo 620 da CLT,¹⁰⁰ que entende ordenar a escolha:

A norma legal preceitua que as condições (palavra no plural), portanto as cláusulas normativas, estabelecidas em convenção (palavra no singular), portanto um corpo único, quando mais favoráveis (norma mais favorável), prevalecerão sobre as (palavra no plural, entendendo-se condições), portanto cláusulas normativas, estipuladas em acordo. Registre-se que quando menos favorável as condições preceituadas na convenção não prevalecerão. Não há como negar que a interpretação supra está correta. Não se pode exigir que o termo ‘as condições’ queria dizer o corpo completo na convenção coletiva, pois que assim o fosse, a redação do artigo legal seria diversa, versando ‘a condição estabelecida em convenção’, o que, pela simples leitura da norma conclui-se ser diversa.¹⁰¹

Desta forma, Rafael da Silva Marques informa que aderiu à teoria da soma por pura imposição do artigo 620 da CLT. No entanto, esta posição segue recebendo críticas de autores como Alice Monteiro de Barros:

A vertente conduz a uma postura atomista, consubstanciada na soma de vantagens extraídas de diferentes diplomas. Se resulta em um saldo mais favorável ao empregado, de um lado, de outro permite um seccionamento do sistema normativo encarado em seu universo global e sistemático, autorizando resultados casuísticos e inorgânicos, considerando o conjunto do sistema. Do ponto de vista científico, é criticável essa orientação teórica, dado que à Ciência repele enfocar-se em um caso concreto e específico sem a permanente visão e recurso à tonalidade fático-normativa em que ele se encontra inserido.¹⁰²

E, seguindo o mesmo raciocínio, Rafael da Silva Marques sustenta:

O segundo critério do conglobamento exige um estudo comparativo entre os diplomas em conflitos, prevalecendo, aquele que, no conjunto, for o mais favorável ao trabalhador, embora possa ter normas menos favoráveis. Ocorre

⁹⁹ MARQUES, Rafael da Silva. **Conflitos entre normas coletivas de autocomposição – repensando a técnica do conglobamento**. HS Editora. Justiça do Trabalho - Ano 24 número 288 - dezembro de 2007. p. 32.

¹⁰⁰ CLT, art. 620, As condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo.

¹⁰¹ MARQUES, Rafael da Silva. **Conflitos entre normas coletivas de autocomposição – repensando a técnica do conglobamento**. HS Editora. Justiça do Trabalho - Ano 24 número 288 - dezembro de 2007. p. 28/29.

¹⁰² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. Volume I. 3. ed. São Paulo: LTR, 1997. p. 110-111.

muito em casos de regulamentos de empresa, acordo coletivo e convenção coletiva.¹⁰³

Vários autores defendem a teoria da ultratividade das normas ou incorporação das cláusulas benéficas ao contrato de trabalho do signatário, dentre eles Roberto Pessoa¹⁰⁴ e José Augusto Rodrigues Pinto.¹⁰⁵

Para a presente pesquisa adotar-se-á a posição emanada da teoria da soma, pelos motivos explanados por Rafael da Silva Marques, que, em suma, parecem mais adequados ao princípio do não retrocesso social, e além de tudo respeita a condição mais benéfica ao trabalhador, bem como em último caso respeita o direito adquirido.

2.5 Princípio do não retrocesso social

Não se pode deixar de observar que a Constituição Federal registrou de forma clara o direito do trabalhador à constante melhora da sua condição social: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhora da sua condição social.” Nada demais do que se espera da chamada Constituição Cidadã, conforme Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] não há como negligenciar o fato de que a nossa Constituição consagra a idéia de que constituímos um Estado Social e Democrático de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no artigo 1º, incisos I a III, e artigo 3º, incisos I, III e IV. Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado da nossa Constituição. Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das ‘cláusulas pétreas’ – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional.¹⁰⁶

Nesse sentido, tem-se que os trabalhadores nunca deverão ver suas condições de trabalho pioradas, mas sempre melhoradas, já que existe proteção constitucional.

¹⁰³ MARQUES, Rafael da Silva. **Conflitos entre normas coletivas de autocomposição – repensando a técnica do conglobamento**. HS Editora. Justiça do Trabalho - Ano 24 número 288 - dezembro de 2007. p. 28/29.

¹⁰⁴ PESSOA, Roberto. **A ultra-atividade das normas coletivas**, in Direito do Trabalho, estudos em homenagem ao Prof. Pinho Pedreira. São Paulo: LTr, 1998.

¹⁰⁵ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito sindical e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 219.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição**. Caderno de Direito Administrativo n. 4 – Vol. I, Escola da Magistratura TRF 4ª Região, p. 83-85.

José Joaquim Gomes Canotilho enfatiza a garantia constitucional à constante melhoria nas condições sociais:

A idéia de proibição de retrocesso social também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reacionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais econômicos (ex: direitos dos trabalhadores, direitos à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. Desta forma, e independentemente do problema fáctico da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações econômicas difíceis, recessões econômicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtração à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos [...]. O reconhecimento desta proteção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constituiu um limite jurídico do legislador, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social [...]¹⁰⁷

No mesmo sentido Valdete Souto Severo critica as posições que justificam a diminuição de direitos ou condições dos trabalhadores pelas variáveis da economia:

Implica retrocesso injustificável permanecer a examinar os institutos jurídicos sob uma ótica individualista, em que a propriedade constitui valor fundamental, em detrimento até mesmo da função social que precisa exercer. Do mesmo modo, constitui retrocesso inaceitável examinar as normas trabalhistas sob o prisma dos direitos individuais e, principalmente, aceitar que as leis do mercado se sobreponham ao valor do trabalho humano.¹⁰⁸

Percebe-se que para Valdete Souto Severo a chamada flexibilização configura retrocesso social.

Observa-se que o que se protege, em suma, é o conteúdo da norma e não a letra rígida de lei, de modo que não existe proibição de qualquer nova produção legislativa que venha a melhorar a interpretação da norma. Para tanto, José Joaquim Gomes Canotilho ressalta:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido,

¹⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 338 -339.

¹⁰⁸ SEVERO, Valdete Souto. **A dimensão plural do trabalho humano e a inconstitucionalidade do banco de horas**. Revista Justiça do Trabalho, 274, out/2006, p. 49.

sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura a simples desse núcleo essencial. [...] A liberdade de conformação do legislador é inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.¹⁰⁹

E ainda, para Lênio Luiz Streck “a Constituição, além de apontar para o futuro, assegura as conquistas já estabelecidas”.¹¹⁰ Destaca-se que os direitos dos trabalhadores estão no rol dos direitos sociais, essenciais para a Constituição Cidadã. Desta observação Vicente de Paulo Barreto acrescenta:

O constituinte ao listar os valores supremos do estado democrático de direito, considerou os direitos sociais como categoria jurídica essencial do regime que pretenderam estabelecer através da Constituição, e, portanto, pertencentes à mesma categoria hierárquica dos direitos civis e políticos. A hipótese a ser desenvolvida neste trabalho é a de que o legislador constituinte, ao assim proceder, refletiu um novo paradigma, onde os direitos sociais tornaram-se, nos termos em que se encontram expressos na Constituição, direitos fundamentais que mantêm relações de igualdade com os direitos civis e políticos.¹¹¹

Clémerson Merlin Clève exemplifica a questão do retrocesso social com o Estatuto da Criança e do Adolescente em que qualquer revogação seria claro retrocesso social:

O retrocesso social, igualmente, não é aceitável no contexto de uma Constituição como a brasileira. Por isso, uma lei ordinária que, eventualmente, tenha tratado de um direito social, delimitando sua esfera de incidência ou o modo como as prestações estatais necessárias serão adimplidas, não poderá ser simplesmente revogada por outra lei (mesmo que idêntica ou superior hierarquia). É certo que, do ponto de vista da teoria do direito, as leis podem ser revogadas por outras residentes em idêntica ou superior posição hierárquica. Entretanto, quando há direito fundamental em jogo, especialmente direito social, há necessidade de certa dose de cautela. Por isso seria inaceitável, do ponto de vista constitucional, uma lei que pretendesse simplesmente revogar o Estatuto da Criança e do Adolescente, sem colocar nada no lugar.¹¹²

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 338-339.

¹¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense. 2. ed., 2004. p. 706.

¹¹¹ BARRETO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais**. In. Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 108.

¹¹² CLÈVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. In. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de direito constitucional e ciência política, São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 54, Ano 14, janeiro a março de 2006.

Nesse sentido, uma alteração que prejudique os trabalhadores, ferirá o princípio do não-retrocesso social, o que é inconstitucional, pois a condição do trabalhador está protegida no artigo 6º, que é um produto da evolução social pregada pela Constituição Cidadã.

De forma alguma poderia ser diferente, pois tomando como base a coerência, uma Constituição que tenha a presunção de erradicar a pobreza e as diferenças sociais, e a valorização do trabalho humano como fundamentação da sua ordem econômica, nunca poderá permitir norma que traga condição menos benéfica para os seus trabalhadores ou que revogue ou altere o núcleo central de anterior, já que forneceu proteção inquestionável.

Conclui-se então que o fato de cláusulas vantajosas no contrato de trabalho, que configurem evolução no campo social, restarem invalidadas por qualquer motivo, é retrocesso social, abominado pela Constituição Federal social democrática.

Uma forma de configuração do retrocesso social é a revogação de normas contidas nos instrumentos coletivos quando finalizada a sua vigência. A respeito do tema serão tratados os conceitos no próximo capítulo.

3 NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Utiliza-se a negociação coletiva para chegar a um objetivo: pôr fim a um conflito e satisfazer uma ou as duas partes interessadas ainda que, após tantas tentativas, as partes não encontrem o consenso.¹¹³

Para José Augusto Rodrigues Pinto:

A negociação coletiva deve ser entendida como o complexo de entendimentos entre representações de categorias de trabalhadores e empresas, ou suas representações, para estabelecer condições gerais de trabalho destinadas a regular as relações individuais entre seus integrantes ou solucionar outras questões que estejam perturbando a execução normal dos contratos.¹¹⁴

A negociação como todo o ato de conversação, parece ser a melhor forma de trabalhadores e empregadores chegarem a um acordo comum, tanto nas questões econômicas, quanto jurídicas. Acerca deste pensamento Amauri Mascaro Nascimento afirma: “A negociação coletiva é destinada à formação consensual de normas e condições de trabalho que serão aplicadas a um grupo de trabalhadores e empregadores”.¹¹⁵

Assim, pode-se entender que as partes empregador-empregado, reunidas para discutir seus respectivos contratos, estão formando um direito trabalhista próprio, de forma que a negociação coletiva vai lhe conduzir pelo caminho da normatização, através da convenção coletiva ou acordo coletivo.

Destaca-se então que além de solucionar o conflito, em seu final a negociação normatiza o que foi acordado. Sobre este aspecto Washington Luiz da Trindade leciona:

As épocas ou ciclos econômicos, que perduravam por séculos, passaram a simples conjunturas, cujos fatos a elas incorporados vão exigir certo grau de Justiça mais urgente que, em muitos casos, esgota a eficácia da norma editada pelo Estado. Os fatos e as circunstâncias que os cercam abandonam a tutela legal defasada enquanto o obreiro e suas classes buscam o reequilíbrio pelo contrato, pela convenção, pela negociação fora da proteção do Estado. Tem sido corrente dizer que o contrato, na singeleza de sua estrutura, é um

¹¹³ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. **Convenção coletiva no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1996. p. 92-93.

¹¹⁴ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito sindical e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 168.

¹¹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: LTr, 2002. p.560.

encontro de vontades para a consecução de fins opostos, de interesses divergentes que se harmonizam num texto. Dir-se-á que, institucionalmente, este *power of bargain* é a realização da Justiça procurada em determinada ordem social, ao acomodar seus conflitos mais urgentes através de concessões mútuas.¹¹⁶

Logo, pode se afirmar que, para o Direito do Trabalho, a negociação é uma fonte para produzir normas, pois estas não se exaurem nas leis estatais.

Há de se lembrar que a negociação terá o acordo coletivo ou a convenção coletiva como produto final. Dessa forma, conclui Amauri Mascaro Nascimento que “a negociação coletiva está na base de formação do direito do trabalho como uma das suas fontes de produção”.¹¹⁷

Não obstante, pode-se afirmar que a negociação coletiva se apresenta como um “processo cujo fim é, através de concessões recíprocas entre os representantes do capital e do trabalho, a celebração de acordos ou convenções coletivas de trabalho”.¹¹⁸

É, igualmente, uma forma de os empregados e os empregadores, chegarem a um denominador comum em relação a assuntos econômicos que irão reger suas relações durante a vigência.

Observa-se a diferença da negociação coletiva para a produção da lei trabalhista, onde para a lei não tem relevância o conflito entre as partes, e na negociação aquele é o norteador e o propulsor da busca pela melhor solução.¹¹⁹

Tão importante que se tornou, a negociação coletiva foi objeto de estudos de vários autores, que têm mantido claro apoio à sua utilização, como melhor forma de solução de conflitos, conforme será demonstrado a seguir.

Orlando Gomes enfatiza a importância do processo de negociação coletiva para os trabalhadores:

¹¹⁶ TRINDADE, Washington Luiz. **As cláusulas convencionais. Entre a anulação e a adaptação.** Revista Trabalho e Doutrina. São Paulo: Saraiva, n. 13, junho de 1997. p. 48.

¹¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho.** 28. ed. São Paulo: LTr, 2002. p.561.

¹¹⁸ HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 85.

¹¹⁹ HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 85.

A convenção coletiva de trabalho foi a instituição que, pela primeira vez, permitiu aos trabalhadores influir, real e positivamente, na determinação das condições de trabalho. Este simples fato avalisa o valor e a importância da instituição. Ter propiciado a intervenção dos trabalhadores é fato que, por si só, justificaria todo o interesse que a instituição tem despertado. Por intermédio das convenções coletivas, as estipulações sobre as condições de trabalho adquirem verdadeiramente carácter bilateral, porque ajustadas por partes equivalentes em força social. Tais estipulações perdem, em consequência, o carácter unilateral, que sempre tiveram, mesmo no regime da liberdade contratual.¹²⁰

Não se pode deixar de citar que o Direito do Trabalho tem forte ligação com os conflitos sociais e que as mobilizações sindicais nasceram da ilegalidade. Por isso, para Orlando Gomes:

A regulamentação por meio de convenção atende melhor aos interesses das partes, por isso que é produto da discussão e final acordo e tem duração determinada. Avanta-se, sob este prisma, a lei do Estado. Demais disso, a regulamentação convencional evita que este legisle excessivamente sobre a matéria. Admitindo, entretanto, que isso não acarretasse inconveniente algum, ainda assim ter-se-ia de reconhecer a vantagem da forma convencional. Porque, por mais pormenorizada que fosse a legislação oficial, não poderia cogitar de um sem número de condições peculiares, muitas vezes, a natureza de certas indústrias, e, não raro, a organização de certas empresas. Além do que, variando as condições de trabalho, no tempo e no espaço, uma lei não poderia atender a todas essas variações, por melhor e mais regulamentada que fosse.¹²¹

E ainda, Everaldo Gaspar Lopes de Andrade justifica o nascimento da negociação coletiva numa reflexão do Estado:

O Estado, reconhecendo a lentidão do processo legislativo, que não seria capaz de produzir normas eficazes e imediatas aplicáveis às relações individuais e coletivas de trabalho, deslocou esse poder às partes, as categorias envolvidas, no sentido de que elas, através dos contratos coletivos, pudessem disciplinar as suas relações produzindo as normas exigidas por aquele momento.¹²²

Assim, como outros fenômenos sociais, a negociação coletiva foi então objeto de estudos pelos doutrinadores e enfim absorvida pelo Direito do Trabalho. Consequentemente a doutrina se encarregou de estabelecer alguns parâmetros ao processo.

¹²⁰ GOMES, Orlando. **A convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: LTr, 1995. p.31.

¹²¹ GOMES, Orlando. **A convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: LTr, 1995. p. 46-47.

¹²² ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes. **Curso de direito sindical – Teoria e prática**. São Paulo: LTr, 1991. p. 128.

Não obstante, devem ser ressaltados os princípios norteadores da negociação coletiva, trazidos por Henrique Macedo Hinz, a saber: o que obriga o sindicato a atuar; o que orienta simetria entre os negociadores e o da lealdade e transparência.¹²³

Salienta-se que, conforme já citado, a Constituição atribuiu aos sindicatos a negociação e representação perante o sindicato oposto. A simetria proposta pela Carta Magna enaltece a autonomia do coletivo, uma vez que, sem a representação dos sindicatos o empregado tem o seu poder de barganha extremamente diminuído.¹²⁴

Sobre lealdade e transparência, o Henrique Macedo Hinz afirma o fato de não poder deflagrar greve fora do período da negociação, de forma a garantir a boa fé negocial.¹²⁵

Ultrapassadas as questões ligadas ao objeto da negociação, os participantes vão então firmar convenções e/ou acordos coletivos, em que convenção é o resultado de negociação entre sindicato de empresa e sindicato de empregado, e acordo é resultado de a negociação de empresa e sindicato dos empregados.¹²⁶

Ante ao exposto, pode-se extrair uma função da negociação coletiva: a criação de normas que serão aplicadas às relações individuais de trabalho desenvolvidas no âmbito da sua esfera de aplicação.¹²⁷

Pode-se ir além disso e dizer que, mais do que normas, são criadas obrigações que devem ser cumpridas pelas partes contratantes.

3.1 Natureza jurídica e os efeitos dos instrumentos coletivos

¹²³ HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 87.

¹²⁴ HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 88.

¹²⁵ HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 89.

¹²⁶ Conceito contido no artigo 611 *cáput* e seguintes da CLT:

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

§ 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho.

§ 2º As Federações e, na falta desta, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em Sindicatos, no âmbito de suas representações.

¹²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: LTr, 2002. p.560.

Como toda pesquisa se baseia em conceitos, será tratada em seguida a natureza jurídica dos instrumentos coletivos encontrada na lei e na doutrina, de forma que servirá de suporte para as conclusões finais.

A CLT define em seu artigo 611 instrumento coletivo de trabalho como uma forma de acordo, que venha a gerar normas. Nela atuam dois ou mais sindicatos, caso da Convenção Coletiva de Trabalho, ou sindicato e uma ou mais empresas, caso do Acordo Coletivo de Trabalho.

A vigência de no máximo dois anos é trazida pelo artigo 613, I, da CLT, e da mesma forma, o § 3 do artigo 614¹²⁸ não possibilita que seja ultrapassada. Ressalte-se ainda, que os instrumentos coletivos só entram em vigor três dias após o depósito de uma via no Ministério do Trabalho, conforme o artigo 614 da CLT.

A respeito da validade, é exigida pelo artigo 614 da CLT¹²⁹ a publicidade, através de afixação de cópias dos instrumentos coletivos nas sedes dos sindicatos, durante cinco dias após o depósito. Tal depósito deverá ocorrer em até oito dias no Departamento Nacional do Trabalho, quando acordo nacional e nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho, nos outros casos.

O art. 612 da CLT traz o *quorum* exigido para os Sindicatos celebrarem convenções coletivas: 2/3 dos associados quando primeira convocação da Assembleia específica e 1/3 em segunda.

Amauri Mascaro Nascimento informa o conceito adotado pela Organização Internacional do Trabalho, na Recomendação de número 91:

Todo acordo escrito relativo às condições de trabalho e de emprego, celebrado entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou várias organizações de empregadores, por um lado, e, por outro, uma ou várias organizações representativas de trabalhadores ou, em sua falta,

¹²⁸ BRASIL. **Consolidação das leis trabalhistas**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/de15452.htm> Acesso em 6 de novembro de 2010.

¹²⁹ BRASIL. **Consolidação das leis trabalhistas**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/de15452.htm> Acesso em 6 de novembro de 2010.

representantes dos trabalhadores interessados, devidamente eleitos e autorizados por este último, de acordo com a legislação nacional.¹³⁰

Para Octavio Bueno Magano, o instrumento coletivo é um negócio jurídico pelo qual os sindicatos, ou aquele que tiver a legitimidade, delimitam condições de trabalho.¹³¹

É importante ressaltar a visão de Octávio Bueno Magano, pois, entendido então o instrumento coletivo como negócio jurídico, implicitamente aceita-se que a sua produção decorre do poder autônomo das partes. Exclui-se, portanto, que a convenção nasça de poder derivado do Estado.¹³²

Manuel Alonso Olea diz que o instrumento coletivo é uma norma jurídica e não deixa de ser uma fonte de Direito, além de expor um poder de normatizar.¹³³

No mesmo sentido, encontra-se o entendimento de Amauri Mascaro Nascimento, quando afirma que:

Pode-se mesmo dizer que as convenções coletivas, em sua origem, aproximam-se dos contratos, mas em seus efeitos, pendem mais para o lado da lei, porque, da mesma maneira que esta tem eficácia geral no âmbito do grupo para o qual se destinam.¹³⁴

Para Sérgio Pinto Martins os instrumentos coletivos podem ser divididos pelo teor de suas cláusulas:

As cláusulas das normas coletivas podem ser divididas em: (a) obrigacionais; (b) normativas. O conteúdo obrigacional é constituído das cláusulas que tratam de matérias que envolvem os sindicatos pactuantes. Versa o conteúdo normativo sobre matéria que atinge os representados, pelos sindicatos e que irá ter reflexos em seus contratos de trabalho.¹³⁵

¹³⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 857.

¹³¹ MAGANO, Octávio Bueno. **Convenção coletiva do trabalho. Curso de direito do trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano**. Coordenação Octávio Bueno Magano. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 495.

¹³² MAGANO, Octávio Bueno. **Convenção coletiva do trabalho. Curso de direito do trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano**. Coordenação Octávio Bueno Magano. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 496.

¹³³ OLEA, Manoel Alonso. **Introdução ao direito do trabalho**. Curitiba: Genesis, 1997. p. 36.

¹³⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 575.

¹³⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 770.

Octávio Bueno Magano define as cláusulas obrigacionais como sendo aquelas que:

[...] que geram direitos e obrigações entre as partes convenientes, e dividem-se em cláusulas típicas e atípicas. As primeiras correspondem aos deveres de paz e de influência; as últimas dizem respeito aos mecanismos de administração da convenção coletiva, como a instituição de comissão encarregada de dirimir controvérsias dela emergentes. As cláusulas atípicas podem ser instrumentais, como na hipótese acima figurada, ou não instrumentais, quando se referem não à satisfação de interesses dos trabalhadores ou empregadores, mas aos interesses dos próprios sindicatos convenientes.¹³⁶

Para Mozart Victor Russomano as cláusulas normativas são a alma do instrumento coletivo de forma que constitui a parte mais importante para o direito sindical.¹³⁷

Luiz Pinho Pedreira complementa o entendimento:

Cláusulas obrigacionais são as que criam deveres para as próprias partes (p. e. os sindicatos, na convenção), como as sanções por seu inadimplemento, a criação de comissões paritárias para dirimirem divergências quanto à sua interpretação, as que impõem o dever de paz ou de influência junto aos membros da categoria no sentido da observância das obrigações que lhes imponha o acordo ou a sentença, a instituição de processos de recurso e de mecanismos de conciliação e arbitragem a criação de obras sociais, como colônias de férias e creches. É indubitável que as cláusulas dessa natureza não gozam de ultratividade. A sua vigência cessa com a do instrumento normativo que as encerre. Muito diferente é o que se passa com as cláusulas normativas, aquelas que predeterminam o conteúdo dos contratos individuais de trabalho, salvo quando estes estipulam condições mais favoráveis do que as nelas consignadas¹³⁸

Ainda a respeito das espécies de cláusulas, Segadas Viana informa:

Todas as leis sobre convenções coletivas contêm duas séries de regulamentações, que diferem por sua natureza, alcance e fim: a) uma regulamentação dos direitos e obrigações das partes na convenção coletiva, sejam sindicatos profissionais, comitês paritários, organizações corporativas ou grupos de trabalhadores partícipes das instâncias de conciliação; b) uma

¹³⁶ MAGANO, Otávio Bueno. **Convenção coletiva de trabalho, curso de direito do trabalho em homenagem a Mozar Victor Russomano**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 503.

¹³⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 77.

¹³⁸ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 134.

regulamentação das condições de trabalho em favor das pessoas representadas pelas partes nas convenções coletivas.¹³⁹

Desta forma então, sabe-se que os instrumentos coletivos terão cláusulas normativas em essência que se referem ao contrato de trabalho e, cláusulas obrigacionais ou sindicais que se referem aos órgãos negociantes: sindicatos.

A respeito da natureza jurídica das normas coletivas, Mauricio Godinho Delgado faz menção a três teorias genitoras da atual teoria mista: civilista, de transição e jurídico - social.¹⁴⁰

Assim, a teoria civilista, que remete ao contrato, entende que aquilo que foi acordado pelas partes, nada mais seria do que um contrato civil, de forma que resta consignada a vontade dos negociadores. Ressalte-se por oportuno, que a vontade pode ser alterada.¹⁴¹

Já as teorias de transição, no plural por haverem exemplos afins (do pacto social, da solidariedade necessária, do uso ou costume industrial, etc.), tentaram a toda forma se desvencilhar do conceito civilista, e encaixaram a negociação em outras matérias, como a Sociologia.¹⁴²

A teoria jurídico – social ou teoria normativista, retirou do conceito a questão da vontade, e ateu-se ao caráter normativo, de forma que os personagens da negociação não tivessem nenhuma importância.¹⁴³

Então, Mauricio Godinho Delgado apresenta a teoria por ele considerada mais correta. A negociação coletiva e seu produto são contratos sociais que criam normas jurídicas.¹⁴⁴

¹³⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 1997.p.1179.

¹⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 1402.

¹⁴¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005. p.1403.

¹⁴² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005. p.1404.

¹⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005. p.1405.

¹⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 1406.

No mesmo sentido, Orlando Teixeira da Costa ensina que as normas coletivas possuem tanto cláusulas obrigacionais quanto normativas.¹⁴⁵ Em suma, o autor aderiu à teoria mista.¹⁴⁶

Para Sérgio Pinto Martins, o instrumento tem natureza contratual, pois para a sua elaboração existe um acordo de vontades, que se caracteriza como elemento típico de contrato. No entanto, teria efeito de norma, pois não vale somente aos associados e sim para todos os trabalhadores da categoria,¹⁴⁷ ou seja, tem efeito *erga omnes*.

No mesmo sentido, ressalta Amauri Mascaro Nascimento: “As normas convencionais ou as decorrentes de texto de dissídio coletivo da categoria preponderante devem ser aplicadas para todos os empregados da empresa, menos para aqueles de categorias diferentes.”¹⁴⁸

Assim, os instrumentos coletivos, em relação às cláusulas normativas, incidirão sobre os contratos individuais de trabalho, e as partes deste contrato devem obedecer. “E isso significa dizer que a convenção coletiva pressupõe uma relação jurídica preexistente ou que virá a existir, que é a relação de emprego resultante do contrato individual”.¹⁴⁹

¹⁴⁵ COSTA, Orlando Teixeira da. **Direito coletivo do trabalho e crise econômica**. São Paulo: LTr, 1991. p. 169.

¹⁴⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 871.

¹⁴⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 768.

¹⁴⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 575.

¹⁴⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. 2. ed. (ampliada e atualizada) – Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 153.

3.2 Princípio da autonomia privada coletiva

Se faz oportuno abarcar neste capítulo a questão da autonomia privada, pois verificou-se que esta faz oposição aos princípios protetores do Direito do Trabalho, analisados anteriormente.

Tem-se que a autonomia privada coletiva está autorizada no artigo 7º, XXXVI¹⁵⁰ e incentivada pela Convenção 98, que teve sua vigência garantida no Brasil por força de ratificação em 1952. Não resta, portanto dúvida a respeito da autorização para utilização do instituto.

Pedro Paulo Teixeira Manus apresenta o seguinte conceito para o princípio “[...] o poder das entidades sindicais de auto-organização e auto-regulamentação dos conflitos coletivos de trabalho”.¹⁵¹

A autonomia privada permite às partes a possibilidade de uma negociação sem intervenção do Estado, de modo que, para Américo Plá Rodriguez, valoriza-se a negociação coletiva e possibilita-se a estipulação de regras auto aplicáveis as partes.¹⁵²

Inferre-se então que a autonomia privada coletiva é a permissão dada pelo Direito do Trabalho para que as partes criem para si contra-obrigações para que não dependam mais do Estado.

Com o fim de diferenciar a autonomia privada da negociação coletiva em si, João de Lima Teixeira Filho esclarece que, aquela é um poder social emanado da Constituição, artigos 7º e 8º, a partir da formação de um poder que não advém do Estado, mas este o reconhece.¹⁵³

Amauri Mascaro Nascimento relata que a autonomia coletiva privada pode ser tratada de três formas em relação à lei. São elas a de concorrência, onde a lei e a

¹⁵⁰ Constituição federal, art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

¹⁵¹ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.p. 233.

¹⁵² RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. GIGLIO, Wagner D (Trad.). 3. ed., atual. São Paulo: LTr, 2004.p. 50.

¹⁵³ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. In: SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. v.1.p. 1164.

autonomia poderão tratar do mesmo assunto; a de complementariedade, quando ao instrumento coletivo couber um complemento necessário e previsto na lei; e por último a forma de suplementação, onde a lei trará o mínimo garantido, e o instrumento deverá conceder condição melhor.¹⁵⁴ Neste último caso, a teoria da suplementação nos traz à tona o compromisso que a autonomia coletiva privada deve ter com o princípio do não retrocesso social.

Octávio Brito Lopes entende que, no Brasil, vigora a última forma, uma vez que:

A autonomia privada coletiva não possui densidade suficiente, por exemplo, para legitimar a discriminação de uma parcela de trabalhadores (art. 5º, "caput" e inciso I e art. 7º, incisos XXX, XXXI, XXXII e XXXIV, da CF); para permitir a contratação de trabalhadores menores de 16 anos como empregados (art. 7º, inciso XXXIII); para impor obrigações pecuniárias aos trabalhadores não associados da entidade sindical, como forma de interferir na liberdade de sindicalização (art. 8º, inciso V); para impor obrigações a terceiros alheios aos limites da negociação e à representação das entidades convenentes; para abolir as garantias de emprego da gestantes e membros da CIPA (art. 10, II, "a" e "b" do ADCT); para limitar o acesso de trabalhadores e empregadores ao judiciário (art. 5º, inciso XXXV); para atingir o piso constitucional dos direitos sociais, salvo na hipótese de flexibilização (art. 7º, "caput" e inciso VI); para restringir o direito à vida, à saúde, à liberdade, inclusive a sindical, à segurança, ao exercício profissional e a outras garantias e direitos fundamentais. Estão nesta mesma situação as normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador (meio ambiente do trabalho), pois tutelam em última análise a vida e a saúde do cidadão-trabalhador, logo, são inalienáveis e não podem ser objeto de flexibilização.¹⁵⁵

Observa-se que ao estipular norma que vá de encontro ao mínimo legal estabelecido toca-se no ponto divergente do negociado sobre o legislado. Neste caso, não haveria problemas, se o negociado resultasse em melhoria ao trabalhador. No entanto, na corrente de flexibilização tem se diminuído as garantias por uma suposta proteção ao emprego. Deve-se constatar que qualquer priorização das leis do mercado sobre o Direito ensejará em retrocesso social, o qual é impedido por força de princípio.

Conclui-se, então, que a condição básica a qualquer trabalhador é garantida, bem como os princípios que regerão o contrato de trabalho, não se justificando, portanto,

¹⁵⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **O debate sobre a negociação coletiva**. São Paulo: LTr, v. 64, n. 9, 2000. p.1.115.

¹⁵⁵ LOPES, Otávio Brito. **Limites constitucionais à negociação coletiva**. Revista jurídica virtual. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_09/neg_coletiva_Otavio.htm> Acesso em 6 de abril de 2011.

estabelecer que o negociado de forma pior para o trabalhador deva prevalecer sobre os princípios protetores, em especial a condição mais benéfica.

4 ULTRATIVIDADE E A SÚMULA 277 DO TST

O Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 277 que versa de forma proibitiva sobre a integração de qualquer condição estipulada por instrumento ou sentença coletiva. Trata-se de posição totalmente contrária à teoria da aderência e ultratividade.

Para Roberto Pessoa e Rodolfo Pamplona Filho, a idéia da ultratividade parece ser revolucionária em função do caráter temporal, que vai de encontro à idéia de vigência, mas é reconhecida pelo TST. Não fosse, inexistiria a necessidade de tratá-la em súmula. E segue trazendo o conceito do termo:

A idéia básica da ultra-atividade (*sic*) das normas coletivas trabalhistas consiste no reconhecimento de situações em que, esgotado o prazo previsto de vigência da norma, esta deve continuar a produzir efeitos, até que outra posterior determine a sua cessação.¹⁵⁶

Já Liliam Gonçalves conceitua rapidamente ultratividade da seguinte forma:

[...] a eficácia das cláusulas coletivas de conteúdo normativo sobre os contratos individuais de trabalho por período superior à sua vigência, ou seja, é a aderência definitiva de cláusulas normativas aos contratos individuais de trabalho independentemente da supressão dos benefícios ou da extinção da norma convencional instituidora.¹⁵⁷

Percebe-se então que, para o primeiro autor, a ultratividade é o efeito das normas de forma estendida em face da não edição de norma posterior, enquanto para a segunda há de permanecer, inclusive na possibilidade de exclusão pela norma posterior.

Entende-se que o colendo TST editou a súmula em consonância com o artigo 614 da CLT que não permite estipular duração de instrumento coletivo superior a dois anos, sem se manifestar em caso de falta de diploma posterior.

Pode-se dizer, ainda, que a posição do TST segue a ausência de determinação legal sobre a ultratividade das normas. No entanto, em um momento da história, houve disposição legal que punha fim em toda a discussão a respeito do assunto.

¹⁵⁶ PESSOA, Roberto Freitas; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **A nova velha questão da ultra-atividade das normas coletivas e a súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 76, n. 2, abr./jun. 2010. p. 43-55

¹⁵⁷ GONÇALVES, Lilian. **Ultra-atividade das cláusulas normativas**. São Paulo: LTr, 2008. p.97.

A Lei n. 7.788/89,¹⁵⁸ revogada pelo Plano Collor,¹⁵⁹ no seu parágrafo único, do artigo 1º, tinha a seguinte redação: “as vantagens salariais asseguradas aos trabalhadores nas convenções ou acordos coletivos só poderão ser reduzidas ou suprimidas por convenções ou acordos posteriores”. O artigo em questão trazia a recomendação legal a respeito da falta de instrumento coletivo posterior, ou seja, ainda que o primeiro instrumento se configurasse ‘vencido’, suas vantagens perdurariam até o próximo, podendo, no entanto, serem diminuídas.

Já a Lei 8.222/91,¹⁶⁰ no parágrafo único do artigo 1º que trazia a validade temporal das cláusulas, foi vetada¹⁶¹ pelo Presidente da República. De forma que ainda faltava qualquer disposição legal a respeito do assunto.

Sobreveio então nova tentativa, na Lei 8.542/92,¹⁶² artigo 1º, parágrafos 1º e 2º¹⁶³, com clara intenção de integrar cláusulas de negociação coletiva a contratos de trabalho, artigo esse que foi revogado pela Lei 10.192/2001.¹⁶⁴

Ressalte-se que, enquanto a Lei 8.542/92 estava vigente, não existiam argumentos contra a imposição legal da aderência e aqueles partidários da proibição, por falta de previsão viram-se obrigados a seguir a lei.

Observa-se que existe controvérsia sobre a exclusão daquele artigo da Lei

¹⁵⁸ BRASIL. **Lei 7.789/89**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7788.htm> Acesso em 11 de novembro de 2010.

¹⁵⁹ BRASIL. **Lei 8.030/90**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8030.htm> Acesso em 11 de novembro de 2010.

¹⁶⁰ BRASIL. **Lei 8.222/91**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8222.htm> Acesso em 11 de novembro de 2010.

¹⁶¹ Lei 8.222 – Art. 1º A política nacional de salários, respeitado o princípio da irredutibilidade, tem por fundamento a livre negociação coletiva e reger-se-á pelas normas estabelecidas nesta lei.

Parágrafo único – As vantagens asseguradas aos trabalhadores nos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho.

¹⁶² BRASIL. **Lei 8.542/92**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8542.htm> Acesso em 11 de novembro de 2010.

¹⁶³ Lei 8.542/92 - Art. 1º A política nacional de salários, respeitado o princípio da irredutibilidade, tem por fundamento a livre negociação coletiva e reger-se-á pelas normas estabelecidas nesta lei.

§ 1º As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho.

§ 2º As condições de trabalho, bem como as cláusulas salariais, inclusive os aumentos reais, ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho, serão fixados em contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, laudo arbitral ou sentença normativa, observadas dentre outros fatores, a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa.

¹⁶⁴ BRASIL. **Lei 10.192**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10192.htm> Acesso em 11 de novembro de 2010.

8.542/92 do mundo jurídico, pois se encontrou, na doutrina de Roberto Pessoa, citação ao Acórdão do Juíz Nylson Sepúlveda, da 5ª Região:

Como adverte Coqueijo Costa, com supedâneo no princípio receptício a que se reporta Saredo, quando uma lei se refere, para sua sanção, a outra lei, se esta é ab-rogada, ficam, todavia, em vigor as suas disposições a que a lei vigente se referiu, porque se consideram como parte integrante da lei em vigor.[...] Havendo a Lei n. 8.880 94 se referido a artigos da Lei n. 8.542 92, passaram estes a fazer parte integrante dela, como se estivessem literalmente transcritos no seu contexto. Logo, se lei subsequente os revoga expressamente, mas não estende a derrogação à outra lei que os integrou, esta evidentemente subsiste incólume.¹⁶⁵

Em seguida, Roberto Pessoa conclui:

Desse modo, afigura-se lícito concluir que a revogação pela Medida Provisória n. 1.053 95, dos §§ 1º e 2º, do art. 1º da Lei n. 8.542 92 não afetou, de modo algum, o direito dos empregados à ultra-atividade (*sic*) das cláusulas dos acordos coletivos, que até então tinham sido firmados, porque o direito deles estava amparado no art. 26 da Lei n. 8.880 94, que não foi derogado.¹⁶⁶

Atente-se que houve considerável esforço legislativo para formar o entendimento sobre o tema e, por outro lado, esforço maior do executivo para impedir a possibilidade das condições prevalecerem após o encerramento da vigência dos instrumentos coletivos.

Roberto Pessoa e Rodolfo Pamplona Filho reiteram que a Emenda Constitucional 45 foi utilizada como oportunidade para acrescer ao poder normativo da Justiça do Trabalho uma interessante observação:

Contudo, a EC 45 deu nova conformação aos Dissídios Coletivos, enfatizando, porém, que a atuação do Poder Judiciário Trabalhista, na espécie, deverá respeitar “as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, **bem como as convencionadas anteriormente**” (Grifo do autor). A inserção procedida pelo reformador constituinte é de uma contundência que não pode ser desprezada. O Poder Judicial-Normativo não pode reduzir as cláusulas de natureza econômica, estejam ou não em vigor, as disposições convencionais que as contêm. **Assim, se o que for decidido pelo Poder Judiciário, no exercício do seu poder normativo, terá sempre eficácia temporal limitada, o mesmo não deve ser dito das normas pactuadas no**

¹⁶⁵ PESSOA, Roberto. **A ultra-atividade das normas coletivas, Direito do Trabalho, estudos em homenagem ao Prof. Pinho Pedreira.** São Paulo: LTr, 1998. p.478-479.

¹⁶⁶ PESSOA, Roberto. **A ultra-atividade das normas coletivas, Direito do Trabalho, estudos em homenagem ao Prof. Pinho Pedreira.** São Paulo: LTr, 1998. p.478-479.

exercício da autonomia coletiva da vontade. (Grifo nosso) E é assim porque há, efetivamente, a ultra-atividade dessas cláusulas enquanto não sobrevier negociação coletiva que resulte em sua supressão.¹⁶⁷

Diante de todo o mencionado ainda existe um questionamento do ponto de vista social, conforme citam Roberto Pessoa e Rodolfo Pamplona Filho:

Será razoável que, a cada negociação coletiva, se tenha que “reinventar a roda”, com a negociação partindo do zero, de cada ponto que a categoria tradicionalmente já tinha de diferenciado em relação aos demais trabalhadores?¹⁶⁸

Neste ponto, tem-se que a estipulação de prazos para o instrumento seria no sentido de orientar a renovação da negociação temporariamente, para que as duas classes não se acomodem em relação às suas necessidades.

Em tempo, caso o empregador continue fornecendo os benefícios acordados em instrumentos coletivos, mesmo após a vigência do diploma, sua retirada ensejará em alteração do contrato de trabalho, considerando o disposto no art. 468 da CLT,¹⁶⁹ uma vez que, ao menos temporariamente, integrou o contrato de trabalho do empregado. Há de se ressaltar que, se estiver consignada estipulação que confirme a incorporação definitiva, nenhuma discussão deverá ser levantada. Mas e se não existir nenhuma cláusula a respeito?

¹⁶⁷ PESSOA, Roberto. **A ultra-atividade das normas coletivas, Direito do Trabalho, estudos em homenagem ao Prof. Pinho Pedreira.** São Paulo: LTr, 1998. p.478-479.

¹⁶⁸ PESSOA, Roberto Freitas; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **A nova velha questão da ultra-atividade das normas coletivas e a súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho.** Brasília: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 76, n. 2, abr./jun. 2010. p. 43-55

¹⁶⁹ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. 2ª Turma. **RO N. 774.** Ementa: NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Se, em face da postulação do adicional de insalubridade, fora realizada prova pericial, em obediência ao artigo 195, do CPC, e se essa afigurou-se suficiente e fundamentada ao julgador, destinatário da prova, segundo o princípio da livre persuasão racional, insculpido no artigo 131, do CPC, e, mais, se a parte interessada concordou com os fundamentos técnicos lançados no laudo, inexistente motivo para nova perícia. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. O juiz não está adstrito às conclusões do laudo pericial, muito embora lhe caiba a obrigação de analisar esse elemento de convicção e decidir, como lhe aprouver, diante dos elementos fáticos trazidos aos autos e com todo o arcabouço de normas norteadoras da matéria. No entanto, se a prova pericial não for devidamente valorada, o pleito torna-se antecipadamente enfraquecido e desacreditado pelo próprio julgador. PAGAMENTO DE VANTAGENS APÓS EXPIRADO O PRAZO DE VIGÊNCIA DO ACORDO COLETIVO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. O cumprimento pela reclamada de vantagens previstas em acordo coletivo de trabalho, mesmo após o término da vigência do instrumento normativo, configura alteração tácita das condições laborais, que, por mais benéfica ao empregado, integra-se ao contrato de trabalho, restando protegida da modificação prejudicial, nos termos do artigo 468 consolidado. Recursos conhecidos e parcialmente provido o do reclamante e negado o da reclamada. Relator Desembargador Mário Macedo Fernandes Caron. Brasília, DF, 2 out. 2002. DJ de 22.11.2002. Disponível em <http://www.trt10.jus.br/servicos/consultasap/acordao.php?nProcTrt=01009&tipo_trt=RO&aProcTrt=2002&dt_julgamento_trt=22/11/2002&%20np=00774-2001-020-10-00-0&nj=M%C3%93MACEDO%20FERNANDES%20CARON&npvoto=11410&tp=RO> Acesso em 2 de abril de 2011.

Sabe-se, no entanto, que são as cláusulas normativas que levantam tal dúvida, pois as obrigacionais não teriam porque vigerem em prazo posterior.¹⁷⁰

Amauri Mascaro Nascimento relata as três posições existentes a respeito do tema:

Para a primeira posição, terminado o prazo da convenção coletiva de trabalho cessam, automaticamente, todos os efeitos das cláusulas, de modo que aquelas que não forem renegociadas e não constarem do instrumento normativo subsequente desaparecerão [...]. De acordo com a segunda, as cláusulas estabelecidas numa convenção coletiva permanecem, ainda que não renovadas, uma vez que se inserem, automaticamente, nos contratos de trabalho e estes passam a ser fonte do direito, e não mais a convenção coletiva (...). Segundo a terceira posição doutrinária, há cláusulas que se incorporam e há outras que não. É necessário distinguir entre cláusulas obrigacionais e cláusulas normativas. Aquelas não se incorporam pela sua natureza e estas sim. Obrigacionais são as cláusulas que como o nome indica, fixam obrigações diretamente entre as entidades estipulantes, os sindicatos e as empresas. (...). Normativas são as cláusulas sobre normas e condições de trabalho.¹⁷¹

Orlando Teixeira da Costa admite existir duas teorias:

Pela primeira, capitaneada por Michel Despax, as convenções geram efeitos imperativos e automáticos, que importam na incorporação de suas cláusulas ou normas ao conteúdo dos contratos individuais. Essa tendência é chamada, por Süssekind, corrente do direito contratual adquirido, pensamento este que é compartilhado no Brasil pelo próprio Süssekind, por Délio Maranhão, Otávio Bueno Magano, José Martins Catharino e Mozart Victor Russomano. [...] concebendo em sua obra tese antagônica, Gino Giugni diz não “poder entender que as normas da convenção coletiva, penetrando no contrato individual, gerem um direito adquirido à conservação do tratamento por parte dos indivíduos, mesmo no confronto com a autonomia coletiva...” (sic), corrente esta da qual participam Jean-Claude Javallier, na França e o brasileiro Orlando Gomes, que pode ser denominada, segundo Süssekind, por corrente da autonomia privada coletiva.¹⁷²

¹⁷⁰ Conforme cita Luiz Pinho Pedreira: “Cláusulas obrigacionais são as que criam deveres para as próprias partes (p. e. os sindicatos, na convenção), como as sanções por seu inadimplemento, a criação de comissões paritárias para dirimirem divergências quanto à sua interpretação, as que impõem o dever de paz ou de influência junto aos membros da categoria no sentido da observância das obrigações que lhes imponha o acordo ou a sentença, a instituição de processos de recurso e de mecanismos de conciliação e arbitragem a criação de obras sociais, como colônias de férias e creches. É indubitável que as cláusulas dessa natureza não gozam de ultratividade. A sua vigência cessa com a do instrumento normativo que as encerre. Muito diferente é o que se passa com as cláusulas normativas, aquelas que predeterminam o conteúdo dos contratos individuais de trabalho, salvo quando estes estipulam condições mais favoráveis do que as nelas consignadas”.

¹⁷¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2002. p. 576.

¹⁷² COSTA, Orlando Teixeira. **Direito coletivo do trabalho e a crise econômica**, São Paulo: LTr, 1991, p. 165.

Orlando Teixeira da Costa faz parte da teoria que privilegia a condição mais benéfica:

[...] via de regra, uma convenção ou acordo coletivo posterior substitui uma cláusula normativa por outra mais favorável da mesma natureza, em face dos princípios da tutela e da norma mais benéfica, a condição desaparece, dando lugar a conseqüente. Se o contrário ocorrer, isto é, se a norma posterior for menos favorável que a antecedente, está sobreviverá para os empregados admitidos até a sua substituição, aplicando-se a nova cláusula somente aos empregados contratados após o último convênio.¹⁷³

O entendimento do citado autor é corretíssimo do ponto de vista dos princípios protetores do Direito do Trabalho, principalmente em relação à contratação de funcionários fora da abrangência do instrumento coletivo paradigma. Pois, se o contrato de trabalho foi iniciado após o encerramento de uma cláusula, inexistente, nesse caso uma condição mais benéfica a ser protegida. Nada impede, portanto, que a nova classe de empregados invoque a isonomia para reivindicar os mesmos direitos.

Emílio Gonçalves defende que as normas temporárias seriam as únicas a impedir a aderência dos instrumentos coletivos ao contrato de trabalho devido a sua natureza:

[...] as cláusulas das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho que assegurem vantagens e benefícios aos empregados continuarão a ter vigência, mesmo após o término do prazo da convenção ou acordo coletivo, em relação aos empregados admitidos durante o prazo de vigência dos mesmos, desde que mais benéficas do que as estabelecidas na nova convenção ou acordo coletivo, salvo se tratando de cláusulas que, por disposição expressa, ou por sua própria natureza, se destinem a ter vigência temporária.¹⁷⁴

Washington da Trindade expõe claramente seu entendimento sobre a diferença das cláusulas e a sua projeção no contrato de trabalho:

É preciso distinguir, todavia, entre duração de Acordo e projeção de suas normas. As obrigações para as partes signatárias e que constituem conteúdo obrigacional de acordo, extinguir-se-ão com o término de sua vigência. Já as disposições que são estabelecidas para as relações individuais de trabalho e que constituem o conteúdo normativo do Acordo não desaparecem com o término da duração; projetam-se sobre os contratos de trabalho em curso, neles se inserem, passam a ser, daí por diante, normas de cada um em dois

¹⁷³ COSTA, Orlando Teixeira. **Direito coletivo do trabalho e a crise econômica**, São Paulo: LTr, 1991, p. 169.

¹⁷⁴ GONÇALVES, Emílio. **Vigência ultra temporal das cláusulas normativas de Convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: Revista de Direito do Trabalho. Numero 68. p. 76 -80.

contratos individuais, neles encontrando o fundamento de sua perdurabilidade, mesmo após o termo final do Acordo Coletivo.¹⁷⁵

Délio Maranhão afirma que as normas coletivas cujas vigências encontram-se encerradas seguirão regendo os contratos e trabalho, e não poderão ser modificadas, em razão do artigo 468 da CLT:

Extinta a convenção coletiva, claro que suas cláusulas contratuais, obrigando, diretamente, as partes convenientes, se extinguem, também. Quanto às cláusulas normativas, que estabelecem condições de trabalho, às quais terão que se subordinar os contratos individuais, perde, evidentemente a sua eficácia em relação aos novos contratos que se irão celebrar, individualmente, depois de extinta a convenção. No que se refere aos contratos por ela modificados, automaticamente, ou celebrados durante o período de vigência da norma, não nos parece que, em nosso direito positivo do trabalho, possa haver outra solução: continuam regidos pelas normas da convenção extinta. É que elas se incorporam nos contratos individuais e as condições de trabalho nestes incorporados não podem sofrer alterações, nos termos expressos no artigo 468 da CLT.¹⁷⁶

A defesa da ultratividade é para alguns autores baseada no artigo 468 da CLT tomando-se como premissa a aderência das cláusulas normativas aos contratos individuais de trabalho, ou seja, passando do campo coletivo para o campo individual, a princípio temporariamente e por último enquanto for condição mais benéfica.

Octávio Bueno Magano sustenta que o artigo 468 da CLT é relativo, tratando assim a norma de aplicação da condição mais benéfica de forma relativa também e concluindo existir a possibilidade de uma norma pior revogar a melhor ao trabalhador:

Caso merecedor de atenção especial é o do art. 7º, VI, da Constituição, em que se prevê a possibilidade de redução salarial, mediante convenção ou acordo coletivo. Ora, se isso é possível em relação a salário, que, pela sua natureza alimentar, constitui o mais importante benefício do trabalhador, a mesma solução há de prevalecer concernentemente a outras condições de trabalho. E daí se tira a conclusão de haver ficado relativizada a regra do art. 468, da CLT, proibitiva e alterações contratuais *in pejus*. Se a alteração provier de convenção ou acordo coletivo, a cláusula convencional respectiva não poderá considerar-se nula, devendo, ao contrário, prevalecer.¹⁷⁷

¹⁷⁵ TRINDADE, Washington da. **O superdireito nas relações de trabalho**. Salvador: Distribuidora de Livros de Salvador, 1982. p. 87.

¹⁷⁶ MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. Carvalho. **Direito do trabalho**. Revista atualizada de acordo com a constituição de 1988 e legislação posterior. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1993. p. 328.

¹⁷⁷ MAGANO, Octávio Bueno. **Anulação de cláusulas convencionais**. Revista Trabalho e Doutrina. São Paulo: Saraiva, n. 13, junho de 1997. p. 40

Em outra obra, Octávio Bueno Magano apresenta a seguinte explanação:

Não prorrogada a convenção, novos contratos individuais, que se façam, não terão que se pautar pela convenção finda. Esta continuará, contudo, regendo os contratos individuais em curso, já que suas cláusulas passaram a integrá-los. A supressão das últimas não seria possível à luz do artigo 168 da CLT, que veda qualquer alteração contratual ou prejuízo ao empregado. As cláusulas que perduram serão as já integradas nos contratos individuais. Nessa conformidade, se a convenção finda previa, por exemplo, férias de 30 dias e o empregado já fruía desse benefício, não poderia perdê-lo, com a extinção da convenção.¹⁷⁸

O autor demonstrou ser partidário da ultratividade caso não sobrevenha instrumento coletivo posterior, não concordando, porém, no caso de o instrumento estipular condição que configure retrocesso nas conquistas do diploma anterior.

No mesmo sentido, Renato Rua de Almeida demonstra-se contrário à posição de aplicação do artigo 468 da CLT, afirmando que:

A convenção coletiva e o contrato individual de trabalho são fontes de natureza jurídicas diferentes. A convenção coletiva é um acordo normativo (Recomendação 91 da OIT), compreendido dentro de um processo de negociação coletiva (Convenção 154 da OIT) sempre aberta às adaptações circunstanciais pela autonomia privada coletiva. Já o contrato individual é um negócio exclusivamente bilateral, de interesses individuais, constituindo obrigações garantidas por lei, que só deixam de existir em caso de extinção contratual. Daí porque não se pode invocar o princípio legal da imodificabilidade das condições contratuais de trabalho previstos no art. 468 da CLT, próprio do contrato individual de trabalho, para analisar a natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho.¹⁷⁹

Washington Trindade reitera sua posição favorável à incorporação, quando cita a função do contrato de trabalho de receber aquilo que no instrumento coletivo foi registrado e tornar-se norma impossível de modificar-se *in pejus*:

Há uma função receptícia do contrato individual e uma função outorgante do Acordo Coletivo, acasalando-se para a transposição do direito que sai da esfera do Acordo Coletivo para penetrar no âmbito do contrato individual como norma que por si se manterá não necessitando mais do Acordo Coletivo para se fundamentar. É esse o efeito ultratemporal dos Acordos

¹⁷⁸ MAGANO, Octávio Bueno. **Convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: LTr, 1972. p. 95.

¹⁷⁹ ALMEIDA, Renato Rua de. **Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito, eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho**. São Paulo: LTr, 1996. p.57.

Coletivos, não expressos em nossas leis, mas consubstanciando uma fórmula aceita como própria do instituto.¹⁸⁰

Mozart Victor Russomano traz a seguinte lição a respeito do tema:

O princípio medular da inalterabilidade do contrato de trabalho, somado a defesa que a ciência jurídica empresta aos direitos adquiridos, pode impedir que a simples extinção do convênio faça com que desapareçam as prerrogativas que, por força dela, passaram a figurar no contrato individual.

Se o empregador, por exemplo, em virtude de convenção coletiva, estava obrigado a fornecer transporte e uniformes, a conceder férias de quarenta dias aos seus trabalhadores, etc., a extinção do convênio não o libertará dessas obrigações.

Poderá, no futuro, contratar outros trabalhadores – fora da incidência temporal do convênio extinto – sem aquelas condições, mas os que forem contratados na vigência da convenção coletiva, por força de seus contratos individuais, têm direitos adquiridos, que não podem ser modificados. Caso contrário, a regra da inalterabilidade do contrato individual de trabalho será inútil em todos os casos em que as condições contratadas tenham decorrido da convenção coletiva posteriormente extinta.

O processo lógico de ressalva das situações anteriores, jurídica, *ad futurum*, a partir da extinção, produz efeitos, indiretamente através dos contratos individuais de trabalhos celebrados na época de sua vigência, que continuarão a vigorar na plenitude jurídica do seu conteúdo originário.¹⁸¹

Em suma, a defesa da ultratividade passa antes pela inclusão das normas coletivas no contrato de trabalho, registrando-se e misturando-se ao resto do contrato, não podendo mais dali ser retirada, em face da condição mais benéfica, do direito pessoal adquirido e, para alguns autores, por força do artigo 468 da CLT.

Percebe-se então que, a incorporação das cláusulas normativas ao contrato individual de trabalho teve grande aceitação pela doutrina, em detrimento do Tribunal Superior do Trabalho que, justamente de forma contrária, editou a Súmula n. 277, em que proíbe a ultratividade das cláusulas objeto de acordo, convenção ou sentença: “As condições de trabalho, alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos

¹⁸⁰ TRINDADE, Washington da. **O superdireito nas relações de trabalho**. Salvador: Distribuidora de Livros de Salvador, 1982. p. 87.

¹⁸¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Direito sindical – Princípios gerais**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975. p. 216.

vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho”.¹⁸²

Não obstante, o próprio TST divulgou em 30 de setembro de 2002, notícia que dizia respeito à estabilidade de um trabalhador adquirida após a vigência do instrumento coletivo, considerando ter cumprido os requisitos trazidos pelo diploma exaurido:

Vigência limitada de acordo coletivo não impede estabilidade: O término da vigência de um acordo ou convenção coletiva que prevê a concessão de estabilidade ao empregado não extingue o direito adquirido pelo trabalhador à época em que a norma estava em vigor. O posicionamento foi firmado, por unanimidade, pela Segunda Turma do TST durante exame de recurso de revista proposto pela Companhia Municipal de Limpeza Urbana do Rio de Janeiro – Comlurb, interessada em afastar a reintegração de um servidor tornado estável por meio de acordo coletivo. Desta forma, a súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho, que não reconhece a possibilidade de norma coletiva já esgotada produzir efeitos futuros, não pode ser aplicada a situações em que o acordo estabelece vantagem contratual como a aquisição da estabilidade aos dez anos de serviço. “A súmula 277 não admite efeitos futuros de norma coletiva, cuja vigência já tenha sido esgotada. Situação diversa, porém, é a de vantagem contratual criada por acordo ou convenção coletiva, que, por exemplo, no período de sua vigência, reconhece estabilidade decenal, desde que preenchidos determinados pressupostos”, afirmou o relator da questão no TST, o juiz convocado José Pedro de Camargo. A empresa de limpeza urbana ingressou no TST a fim de reformar a decisão tomada pela 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro. O órgão do TRT-RJ determinou, por unanimidade, a reintegração de um gari admitido pela Comlurb em 30 de outubro de 1978 e demitido sem justa causa em junho de 1994. O retorno do trabalhador foi garantido pelo TRT-RJ uma vez que, durante o curso de seu contrato de trabalho, a empresa e o Sindicato dos Empregados de Empresas de Asseio e Conservação do Município do Rio de Janeiro firmaram acordo coletivo em que uma das cláusulas previu a concessão de estabilidade aos empregados que tivessem ou viessem a completar dez anos de relação empregatícia com a Comlurb. O acerto foi firmado em março de 1988 e, com isso, a partir de 30 de outubro do mesmo ano, o gari tornou-se estável. Mesmo assim, cinco acordos coletivos subsequentes firmados repetiram a mesma garantia. Diante do inconformismo manifestado pela empresa de limpeza urbana, a Justiça do Trabalho fez questão de estabelecer a distinção jurídica presente ao caso. “Não que ser confundida vigência com eficácia das normas coletivas, pois em que pese a vigência temporal das normas coletivas, sua eficácia se projeta em razão do princípio da condição mais benéfica, princípio do Direito do Trabalho que se funda

¹⁸² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 277**. Disponível em <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html> Acesso em 7 de novembro de 2010.

exatamente na existência do direito adquirido”, afirmou o TRT fluminense. O entendimento foi reconhecido pelo TST, para quem a estabilidade estendida ao empregado é válida uma vez preenchidos os pressupostos estabelecidos pelo acordo coletivo. “Se cumpridos estes (pressupostos), essa condição contratual representa situação jurídica perfeita e acabada, inalterada para aquele ou aqueles trabalhadores, e, portanto, com efeitos futuros derivados da natureza do direito consagrado (adquirido) e, não, do período de vigência da norma”, concluiu o juiz José Pedro de Camargo ao demonstrar a inexistência de contrariedade da decisão do TRT-RJ à súmula 277 e aos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho. (RR 477208/98)

Cabe ressaltar que a redação anterior da Súmula 277 fazia referência apenas às sentenças normativas.

Sérgio Pinto Martins aderiu à corrente contrária à incorporação de qualquer cláusula normativa ao contrato de trabalho, e tem o seguinte posicionamento a respeito da utilização do artigo 468 da CLT como argumento para a ultratividade:

O art. 468 da CLT não serve como argumento sobre a inalterabilidade das disposições previstas na norma coletiva finda, pois tal artigo está no capítulo da CLT que versa sobre Direito Individual do Trabalho e não no concernente ao Direito Coletivo do Trabalho. Este não possui mandamento semelhante ao art. 468 da CLT. A aplicação analógica do Enunciado 51 do TST também não é válida para a hipótese vertente, visto que o regulamento, ao contrário da norma coletiva, normalmente não tem prazo de validade. Não se poderia falar em direito adquirido em face da vigência temporária da norma coletiva. Alinhando um último argumento, o de que as propostas para a celebração das normas coletivas são feitas em assembléia sindical (art. 612 da CLT), na qual os interessados devem comparecer para a discussão de seus interesses. Lá não comparecendo, não terão como debatê-los, nada impedindo que em outra convenção coletiva sejam declaradas novas e melhores condições de trabalho ao empregado.¹⁸³

Importante ressaltar que a própria CLT, conforme já visto anteriormente, garante a plena ultratividade das cláusulas mais benéficas no contrato de trabalho: artigos 444, 468, 611 e 619 da CLT. Tais dispositivos corroboram que a autonomia da vontade de forma alguma trará prejuízo ao trabalhador, quando encarada de forma suplementar à lei. Assim, são trazidas as palavras de Orlando Gomes e Élon Gottschalk:

O contrato gera direitos e obrigações. A convenção coletiva traça normas a que devem estar condicionados esses direitos e deveres. Nessas condições, o

¹⁸³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 772.

conteúdo da relação de emprego encontra na convenção coletiva de trabalho uma das mais abundantes fontes imperativas.¹⁸⁴

Valentin Carrion enfatiza que existem oposições à sobrevida de normas convencionadas, ao afirmar que Octavio Bueno Magano e Arion Sayão Romita são contrários à incorporação das cláusulas aos contratos de trabalho.¹⁸⁵

O entendimento de Wilson de Sousa Campos Batalha é de que :

[...] se de um lado, observa-se que as cláusulas que se integram ao contrato de trabalho são inalteráveis *in peius*, de outro lado, se pondera que o destino das convenções coletivas é terem certa duração, e, finda esta, impossível é pretender sua continuidade *ad aeternitatem* nas alterações laborais em curso ao tempo de sua vigência.¹⁸⁶

No mesmo sentido, Sérgio Pinto Martins se alia à posição de Wilson de Souza Campos Batalha e Antônio Álvares da Silva e leciona que “que as normas coletivas de trabalho têm prazo certo de vigência, sendo que as condições ajustadas valem para o respectivo prazo de vigência”.¹⁸⁷

Observa-se então, que os partidários contrários à ultratividade se sustentam no entendimento de que o artigo 468 estaria no capítulo dos direitos individuais e por isso não valeria para convenções ou acordos coletivos de trabalho. A respeito dessa direção cabe ressaltar que as normas devem ser lidas com o auxílio do princípio, de forma que se some o artigo 468 ao princípio da condição mais benéfica e lembre-se da proteção constitucional do direito adquirido. E ainda, a função da negociação coletiva é no sentido de melhorar as condições básicas asseguradas na letra da lei.

Por oportuno é necessário enfatizar a posição do TST a respeito dos regulamentos internos, na Súmula 51, “As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a

¹⁸⁴ GOMES, Orlando; Gottschalk, Élon. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 47.

¹⁸⁵ CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho – 25ª ed. atual. e ampl.* – São Paulo: Saraiva, 2000. p. 614-615.

¹⁸⁶ BATALHA, Wilson de Sousa Campos. **Tratado de direito judiciário do trabalho**. São Paulo: LTr, 1977. p. 720-721.

¹⁸⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 16. ed. atual. – São Paulo: Atlas, 2002. p.772.

revogação ou alteração do regulamento.”¹⁸⁸ No caso em tela, portanto, aqueles trabalhadores que iniciarem a função depois que um regulamento foi encerrado, não poderiam receber nenhum benefício que dele originasse, em detrimento dos empregados que fossem contratados antes do término do regulamento, pois as regras estariam definitivamente incorporadas em seus contratos de trabalho.¹⁸⁹

Na leitura das súmulas infere-se que, sendo as vantagens (condição mais benéfica) atribuídas por regulamento de empresa (unilateral), estas sim, aderem-se ao contrato individual de trabalho e incorporam ao patrimônio do trabalhador. Para a corrente contrária, a súmula acerta porque regulamento não tem prazo de validade. No entanto, regulamento e convenção são objetos de Direito do Trabalho e devem ser acolhidos de forma extensiva. Neste ponto, percebe-se então que para o TST aquilo que foi imposto pelo empregador teria maior importância jurídica do que o acordado entre os sindicatos.

Não obstante o posicionamento do TST, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, sobre a Súmula 277, afirma: "Mas esse enunciado não é vinculativo, nem merecedor de observância, porque, como dito acima, vale a tese da incorporação definitiva para as sentenças normativas."¹⁹⁰

Note-se que Arion Sayão Romita observa acerca da divergência das teorias:

O fato é que tais questões já preocupavam a doutrina e os tribunais. Vários estudos têm sido publicados sobre elas além dos julgados que começam a encher as páginas dos repertórios de jurisprudência. Os pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais como sói acontecer, mostram-se contraditórios ante a ausência de texto expresso de lei sobre o assunto. Impõe-se a intervenção do legislador. Já não se justifica a inércia legislativa sobre questões de tamanha relevância. [...] Verifica-se que a divergência é praticamente inconciliável, inexistindo meio termo ou possível solução eclética que possa harmonizar opiniões extremas. A argumentação de ambas as correntes inviabiliza a oposição de argumentos, pois tanto uma como a outra aceitam como pressupostos exatamente os fundamentos que lhes caberia demonstrar. A primeira corrente se baseia na incorporação das normas coletivas aos contratos individuais, mas o faz como se se tratasse de um postulado. Ora, fica ainda por explicar o fundamento da incorporação... A segunda corrente se louva no efeito destruidor da expiração do prazo de

¹⁸⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 51**. Disponível em <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html> Acesso em 7 de novembro de 2010.

¹⁸⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 772.

¹⁹⁰ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Princípios do direito do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 114.

vigência, mas cai no círculo vicioso de justificar a inexistência do direito adquirido pela própria expiração do prazo de vigência. Ora, o reconhecimento do direito adquirido pressupõe exatamente a defesa do benefício incorporado ao patrimônio do empregado contra a incidência de nova regulação surgida após o termo final do convênio.¹⁹¹

Observou-se na jurisprudência nacional, a posição adotada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª região, favorável à ultratividade, no Enunciado número 2, a saber:

Nº 002 - ULTRATIVIDADE DE NORMAS COLETIVAS.

"As cláusulas normativas, ou seja, aquelas relativas às condições de trabalho, constantes dos instrumentos decorrentes da autocomposição (Acordo Coletivo de Trabalho e Convenção Coletiva de Trabalho) gozam do efeito ultra-ativo, em face do quanto dispõe o art. 114, § 2º, da Constituição Federal de 1988, incorporando-se aos contratos individuais de trabalho, até que venham a ser modificadas ou excluídas por outro instrumento da mesma natureza." (Resolução Administrativa nº 19/202 - Publicada no Diário Oficial do TRT da 5ª Região, edições de 03, 04 e 05/6/2002).¹⁹²

O mesmo Tribunal Regional da 5ª Região julgou em 2005 e 2009, Recurso Ordinário de forma contrária à Súmula 277, com as seguintes ementas:

CONVENÇÃO COLETIVA. ULTRATIVIDADE. DENÚNCIA UNILATERAL INVÁLIDA. As condições de trabalho e normas fixadas em convenções ou acordos coletivos de trabalho somente podem ser alteradas ou suprimidas por outra norma de igual hierarquia. A ausência de deliberação sobre a cláusula não equivale à sua supressão. Ao contrário, somente poderá deixar de ser aplicada diante de avença expressa.¹⁹³

NORMA COLETIVA. ULTRATIVIDADE. No tocante à vigência do instrumento normativo, ou seja, à ultratividade da norma coletiva, o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência é de que os

¹⁹¹ ROMITA, Arion Sayão. **As cláusulas normativas da convenção coletiva integram os contratos individuais de trabalho?** São Paulo: Revista de Direito do Trabalho -103, p. 13-19.

¹⁹² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª região. **Súmula 2.** Disponível em <<http://www.trt5.jus.br/nucleo/download.asp?noticia=2758&arquivo=6993>>. Acesso em 30 de março de 2011.

¹⁹³ TRIBUNAL REGIONAL DA 5ª REGIÃO. 2ª Turma. **RO N. 10.102.** Ementa: **CONVENÇÃO COLETIVA. ULTRATIVIDADE. DENÚNCIA UNILATERAL INVÁLIDA.** As condições de trabalho e normas fixadas em convenções ou acordos coletivos de trabalho somente podem ser alteradas ou suprimidas por outra norma de igual hierarquia. A ausência de deliberação sobre a cláusula não equivale à sua supressão. Ao contrário, somente poderá deixar de ser aplicada diante de avença expressa. Relator Juiz Cláudio Brandão. Salvador, BA, 4 mai. 2005. DJ. 04.05.2006. Disponível em <http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=59671&texto=CONVEN%C7%C3O%20and%20COLETIVA.%20and%20ULTRATIVIDADE.%20and%20DEN%DANCIA%20and%20UNILATERAL%20and%20INV%CILIDA> Acesso em 2 de abril de 2011.

benefícios concedidos em acordo ou convenção coletivo incorporam-se ao contrato individual até que outra norma venha a eliminá-los.¹⁹⁴

Há de se entender que a crítica trazida na presente pesquisa acerca da Súmula 277 mantém seu pilar nos princípios do Direito do Trabalho, sem adentrar nas questões extraordinárias. Para os momentos difíceis, já existe a previsão da flexibilização, em que se “retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo a autonomia privada, individual ou coletiva regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindos da relação de emprego.”¹⁹⁵ Ressalte-se ainda que a flexibilização “está delimitada na própria Constituição (artigos 7º, incisos VI, XIII e XIV) abrangendo o salário [...] e a jornada de trabalho, para permitir a compensação e a majoração, nos turnos ininterruptos de revezamento”¹⁹⁶, enquanto a súmula estudada pode atingir quaisquer condições de trabalho.

Em que pese os argumentos fundados na teoria da ultratividade, é importante ressaltar que uma condição anteriormente reconhecida no contrato de trabalho, ainda que tácita e momentaneamente pela teoria da autonomia privada coletiva, que venha a se configurar mais vantajosa do que a aplicável, deve ser respeitada, em consonância com aquilo que ordena o princípio da condição mais benéfica.

Ao se seguir a linha de que aquela condição, respeitada por ser mais benéfica, restou incorporada ao patrimônio jurídico do trabalhador, evoca-se em último caso o direito adquirido.

Partindo-se da característica social democrática da Constituição Federal que trouxe no rol dos direitos sociais o princípio do não retrocesso social, é possível concluir que aos trabalhadores, uma vez atingido certo patamar de conquista, são garantidos a manutenção do grau de evolução e ao mesmo tempo torna-se um direito próprio.

¹⁹⁴ TRIBUNAL REGIONAL DA 5ª REGIÃO. 5ª Turma. **RO N. 27000**. Ementa: NORMA COLETIVA.ULTRATIVIDADE. No tocante à vigência do instrumento normativo, ou seja, à ultratividade da norma coletiva, o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência é de que os benefícios concedidos em acordo ou convenção coletivo incorporam-se ao contrato individual até que outra norma venha a eliminá-los. Relator Desembargador Norberto Frerichs. Salvador, BA, 5 out. 2010. DJ. 13/10/2010. Disponível em http://www.trt5.jus.br/consultaprocessos/modelo/consulta_documento_blob.asp?v_id=AAAMuvAA1AAA4dRAAE > Acesso em 2 de abril de 2011.

¹⁹⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 205.

¹⁹⁶ LOPES, Otávio Brito. **Limites constitucionais à negociação coletiva**. Revista jurídica virtual. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_09/neg_coletiva_Otavio.htm > Acesso em 29 de março de 2011.

Ainda que sobrevenha questionamento sobre a diminuição da vantagem de negociar com a classe oposta, é importante enaltecer que a relação entre empregado e empregador, assim como qualquer outra, para manter-se na normalidade é preciso ser isenta de conflitos sociais. Quando inexistente conflito entre as classes torna-se mais facilmente aceita a permanência das condições político-sociais. E ainda, ao ajustar a relação, o empregador visa solucionar questões gerais que podem vir a perturbar a execução do contrato de trabalho, entre elas a motivação pessoal e a auto capacitação do empregado.

O ato de negociar visa a pacificação dos conflitos mais urgentes, que de modo algum poderiam aguardar a produção de lei, ou não encontraram nela uma harmonia. Bem como é notório que a massa trabalhadora sempre verá nos resultados do empregador a realização do seu próprio empenho e exigirá o reconhecimento através de melhorias no campo das condições de trabalho.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto na presente pesquisa, resta como consignada a posição anunciada pelos autores que defendem a permanência das cláusulas que se caracterizarem mais benéficas, pela técnica da soma, após o encerramento da vigência do instrumento coletivo, quando observados e respeitados os princípios do não retrocesso social, da condição mais benéfica e do direito adquirido do trabalhador.

Verifica-se o equívoco das decisões dos tribunais ao se sustentarem na Súmula 277 do TST, pois estão desconsiderando preceitos fundamentais do Direito do Trabalho e, conseqüentemente, prejudicando o trabalhador e seu patrimônio jurídico.

Entende-se por acertado o posicionamento adotado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que orienta seus julgamentos a compreender a ultratividade da eficácia das normas adquiridas em instrumento coletivo, quando emanarem melhores condições ao trabalhador.

Respeita-se ainda mais a posição contrária à Súmula quando se observa a consonância com o preceito trazido no artigo 114 da Constituição Federal, que ordena respeitar as normas objetos de negociação anterior.

Não prospera ainda, a teoria de que o negociado prevaleça sobre o legislado quando incidirem em *reformatio in pejus*, uma vez que a posição dos instrumentos coletivos é suplementar a lei, devendo sempre acrescentar e não reduzir, respeitando assim, o princípio do não retrocesso social.

Menos crédito ainda deve ter a posição que defende a utilização do instrumento coletivo como justificativa para superar crises econômicas e ao mesmo tempo proteger o emprego, pois, agindo assim, direciona sobre o empregado o sustento de toda uma economia. Pensar que reduzir direitos trabalhistas irá aliviar economicamente a classe empresarial é injusta e falsa, pois longe dos trabalhadores imaginar que sejam obstáculos ao crescimento da economia. É justamente o contrário. Quando se incentiva tal pensamento, os

críticos nada fazem além de criar um ambiente propício à aceitação de assédios. Deve se incentivar o emprego com o mínimo constitucionalmente garantido. Tanto é que em estudo realizado pelo Ministério do Trabalho, concluiu-se que:

Proporcionar a milhões de brasileiros trabalhar com dignidade é promover as condições de vida da população brasileira e de sua participação nos frutos do progresso material e humano. **É condição necessária para o desenvolvimento humano e sustentável, em que o crescimento econômico e o progresso social são aspectos interdependentes e indissociáveis** (Grifo nosso) de um projeto de construção de uma sociedade próspera, mais solidária e eqüitativa.¹⁹⁷

Tal entendimento se alinha ao de Jorge Luiz Souto Maior

[...] menos direitos trabalhistas não significam mais emprego, por uma razão muito simples: o sucesso econômico não implica desenvolvimento social. [...] pois a tendência, em longa escala (talvez nem tão longa assim), é a de que os trabalhadores que ocupam os empregos precários que se criam são os mesmos que antes ocupavam os empregos efetivos. Pode - se dizer que pelo menos não passaram a ser desempregados, mas esse argumento do mal menor despreza a dignidade humana[...].¹⁹⁸

Portanto, as cláusulas mais benéficas, que decorrerem de negociação coletiva, devem aderir ao contrato de trabalho e a ele se integrar, de forma que a validade permaneça em face do encerramento da vigência do instrumento coletivo, e que somente quem não participou da negociação, porque à época não era empregado, não receba os benefícios oriundos daquela.

Atenta-se ainda o fato de as condições mais benéficas prevalecerem sobre quaisquer outras ser uma norma que deve ser cumprida e não apenas orientadora.

Com efeito, o reconhecimento da ultratividade das normas coletivas do trabalho é medida justa e confere o caráter de direito adquirido às conquistas dos trabalhadores, possibilitando um maior equilíbrio em futuros processos de negociação entre trabalhadores e empregadores, bem como respeita os princípios do não retrocesso social e da condição mais benéfica ao trabalhador, a letra do artigo 114 da Constituição Federal, o caráter

¹⁹⁷ BRASIL. **Reflexões sobre o desenvolvimento centrado na geração de emprego, trabalho e renda**. Brasília: MTE. Disponível em < <http://www.mte.gov.br/observatorio/geracaodeemprego1.pdf>>. Acesso em 6 de abril de 2011.

¹⁹⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000. p. 29-30.

suplementar da autonomia privada coletiva, e a prevalência dos direitos fundamentais em detrimento das regras de mercado e concorrência.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua de. **Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito, eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho.** São Paulo: LTr, 1996.

AMARAL, Francisco. **Introdução ao direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes. **Curso de direito sindical – Teoria e prática.** São Paulo: LTr, 1991.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais.** In. Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de, **Curso de direito do trabalho;** 5. ed. revista e ampliada, São Paulo: LTR, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1994.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Sindicatos, Sindicalismo.** 2. ed. São Paulo: LTr, 1994.

BRASIL. **Consolidação das leis trabalhistas.** Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento Jurídico.** Traduzido por Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho.** 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 25. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. In. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de direito constitucional e ciência política, São Paulo- SP: Editora Revista dos Tribunais. Número 54, Ano 14, Janeiro a março de 2006.

COSTA, Orlando Teixeira da. **Direito coletivo do trabalho e crise econômica**. São Paulo: LTr, 1991.

COSTA, Orlando Teixeira da. **Direito coletivo do trabalho e crise econômica**. São Paulo: LTr, 1991.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v.2.

DELGADO, Maurício Godinho Delgado. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Negociação coletiva trabalhista**. São Paulo: Revista de direito do trabalho, n. 107, p.90, julho/setembro. 2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GOMES, Ana Virginia Moreira. **A aplicação do princípio protetor no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

GOMES, Orlando. **A convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

GOMES, Orlando; Gottschalk, Élson. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GONÇALES, Odonel Urbano. **Direito do trabalho para concursos**. São Paulo: Atlas, 2000.

GONÇALVES, Emílio. **Vigência ultra temporal das cláusulas normativas de Convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: Revista de Direito do Trabalho. Numero 68.

HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 85.

LOPES, Otávio Brito. **Limites constitucionais à negociação coletiva**. Revista jurídica virtual. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_09/neg_coletiva_Otavio.htm> Acesso em 29 de março de 2011.

MAGANO, Octávio Bueno. **Anulação de cláusulas convencionais**, Revista Trabalho e Doutrina. São Paulo: Saraiva, n. 13, junho de 1997.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. Carvalho. **Direito do trabalho**. Revista atualizada de acordo com a constituição de 1988 e legislação posterior. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

MARQUES, Rafael da Silva. **Conflitos entre normas coletivas de autocomposição – repensando a técnica do conglobamento**. HS Editora. Justiça do Trabalho - Ano 24 número 288 - dezembro de 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. **O pluralismo do direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias, **Estabilidade no emprego de dirigentes e representantes sindicais**, in *Relações Coletivas de Trabalho*. São Paulo: LTr, 1989.

MORALES, Cláudio Rodrigues. **Manual prático do sindicalismo**. São Paulo: LTr, 1999.

MOURA, José Barros. **A Convenção colectiva entre as fontes de direito do trabalho**. Coimbra: Livraria Almedina, 1984.

NASCIMENTO, A. M. **Iniciação ao direito do trabalho**. 28. ed. rev. e atual. – São Paulo: LTr, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito sindical**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: LTr, 2002.

OLEA, Manoel Alonso. **Introdução ao direito do trabalho**. Curitiba: Genesis, 1997.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. **Convenção coletiva no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1996.

PESSOA, Roberto Freitas; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **A nova velha questão da ultra-atividade das normas coletivas e a súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 76, n. 2, p. 43-55, abr./jun. 2010.

PESSOA, Roberto. **A ultra-atividade das normas coletivas. Direito do Trabalho, estudos em homenagem ao Prof. Pinho Pedreira**. São Paulo: LTr, 1998.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito sindical e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. v. I. 7.ed., São Paulo: Saraiva, 1975.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.

ROMITA, Arion Sayão. **As cláusulas normativas da convenção coletiva integram os contratos individuais de trabalho?** São Paulo: Revista de Direito do Trabalho, n. 103.

ROMITA, Arion Sayão. **Extinção de convênios coletivos: efeitos sobre os contratos de trabalho**. São Paulo: LTr, maio de 1987, n. 51.

ROMITA, Arion Sayão. **Os direitos sociais na constituição e outros estudos**. São Paulo: LTr, 1991.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1990.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SAKO, Emília Simeão Albino. **A atuação dinâmica e eficiente dos sindicatos como garantia de realização dos direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores**. São Paulo: Revista de Direito do Trabalho, n. 126, abr/jun. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição**. Escola da Magistratura TRF 4^a Região: Caderno de Direito Administrativo n. 4 – Vol. I, 2003.

SEVERO, Valdete Souto. **A dimensão plural do trabalho humano e a inconstitucionalidade do banco de horas**. Revista Justiça do Trabalho, 274, out/2006.

SILVA, Antônio Álvares da. **Flexibilização das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 6. ed. São Paulo: RT, 1990.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica– uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2. ed. 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 1997.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. In: SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 20. ed. São Paulo: LTr, v.1. 2002

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de processo do trabalho: perguntas e respostas sobre assuntos polêmicos em opúsculos específicos: n. 6: Provas: -** São Paulo: Ltr, 1997.

TRINDADE, Washington da. **O superdireito nas relações de trabalho**. Salvador: Distribuidora de Livros de Salvador, 1982.

TRINDADE, Washington Luiz. **As cláusulas convencionais. Entre a anulação e a adaptação**. Revista Trabalho e Doutrina. São Paulo: Saraiva, n. 13, junho de 1997.