

Helena Martins de Carvalho

COMPENSAÇÃO DE HORAS EM ATIVIDADE INSALUBRE

A proteção à saúde do trabalhador como vertente do princípio da dignidade da pessoa humana

Monografia apresentada ao UniCEUB como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Antonio Umberto

Brasília

2012

Dedico esta pesquisa à querida Cida, que me ensinou através do exemplo a importância do trabalho digno na concretização das potencialidades do ser humano.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Espiritualidade Maior que me permitiu estudar e, nos estudos, encontrar uma paixão: a busca pela dignidade da pessoa humana, em especial onde passa a maior parte de sua vida - no ambiente de trabalho.

Aos meus pais, pelo amor que dedicaram a mim desde o início, me acolhendo nessa existência, apesar de todas as dificuldades. Por tudo o que me ensinaram, e por toda a cumplicidade que temos.

À minha amã, minha “alma gêmea”, por toda a amizade.

Ao Vovô Joan, por todo o interesse que demonstra pelas minhas conquistas, e à querida Vovó Diva, por ser tão doce e carinhosa, cativando todos à sua volta.

À Vovó Mida, dona de casa exemplar e trabalhadora incansável, que eu muito admiro.

À Vovó Cecé, que tanto tem me ensinado através do exemplo.

À Vovó Nena, *in memoriam*, por ter nutrido por mim verdadeiro “amor de vó”.

Ao Paulo, meu melhor amigo, que sempre me ajuda, sempre me apoia, sempre me compreende.

Ao meu orientador, Professor Antonio Umberto, pela dedicação e paciência.

Ao Ministro Lelio Bentes, pelo incentivo na escolha do tema.

O homem não pode viver sem trabalho e sem condições legais e normais: degenera e converte-se numa fera.

Fiódor Dostoiévski

RESUMO

O escopo do presente trabalho é a análise do instituto da compensação de horas no âmbito das atividades insalubres. A pesquisa é delimitada pela antinomia entre o artigo 60 da CLT, que estabelece a necessidade de licença da autoridade competente em higiene do trabalho para que seja acordada a prorrogação de horas nas atividades insalubres, e o artigo 7º, XIII, da Constituição Federal, que determina que as compensações de jornada deverão ser acordadas mediante acordo ou convenção coletiva. Busca-se compreender quais são os reais requisitos que legitimam o acordo de compensação de horas quando se trata especificamente de atividades insalubres. Para tanto, são estudados separadamente os direitos a saúde e à negociação coletiva. Em seguida, se estudam o processo de uniformização de jurisprudência que deu origem à Súmula nº 349 do TST, bem como as soluções doutrinárias aplicáveis ao conflito, inclusive pelas ópticas de Norberto Bobbio e Robert Alexy.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Compensação de jornada. Atividade insalubre.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DIREITOS SOCIAIS	10
1.1 A 2ª geração de direitos fundamentais	11
1.1.1 Surgimento	11
1.1.2 Relação com os direitos fundamentais de 1ª geração	12
1.2 A constitucionalização dos direitos sociais	13
1.2.1 Programaticidade das normas disciplinadoras de direitos sociais.....	13
1.2.2 Eficácia horizontal dos direitos sociais	17
1.2.3 Colisão de direitos fundamentais	20
1.2.4 Cláusulas pétreas.....	22
1.2.5 Proibição do retrocesso	23
2. O DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR	25
2.1 Evolução Do Direito À Saúde Do Trabalhador	28
2.1.1 Etapa Da Medicina Do Trabalho.....	28
2.1.2 Etapa Da Saúde Ocupacional	28
2.1.3 Etapa Da Saúde Do Trabalhador.....	29
2.1.4 Etapa Da Qualidade De Vida Do Trabalhador.....	30
2.1.5 Perspectivas Para O Século XXI.....	31
2.2 Direito à saúde do trabalhador na Constituição Federal	31
2.2.1 A Dignidade Humana Do Trabalho E O Direito À Vida Saudável	32
2.2.2 Segurança e medicina do trabalho.....	34
2.3 Direito à saúde na legislação infraconstitucional	35
2.3.1 Lei nº 8.080/90	35
2.3.2 Convenções da OIT: 155 E 187	36
2.3.3 Capítulo V do Título II da CLT: Da segurança e da medicina do trabalho	37
2.3.3.1 <i>Atividades insalubres</i>	38
3. A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO CONTEXTO DA CF/88	45
3.1 Definição	45
3.2 Natureza jurídica	45
3.3 Breve histórico	46
3.4 Funções	47
3.5 Limites	49
3.5.1 Negociação e lei	49

3.5.2	Princípio da irrenunciabilidade	51
3.5.2.1	<i>Indisponibilidade</i>	51
3.5.2.2	<i>Imperatividade</i>	52
3.5.2.3	<i>Ordem pública</i>	53
3.5.2.4	<i>Limitação à autonomia da vontade</i>	54
3.5.2.5	<i>Vício de consentimento presumido</i>	54
3.5.2.6	<i>Alcance da irrenunciabilidade</i>	55
3.6	Interesse público versus interesse de classe	56
3.7	Flexibilização	58
4.	A COMPENSAÇÃO DE JORNADA EM ATIVIDADE INSALUBRE	60
4.1	O conflito entre o artigo 60 da CLT e o art. 7º, XIII, da Constituição	60
4.1.1	A compensação de horas mediante acordo individual	62
4.2	A cancelada Súmula 349/TST	64
4.3	Posicionamento atual do TST	67
4.4	Solução para o conflito entre normas	68
4.4.1	Regras clássicas de hermenêutica	68
4.4.1.1	<i>Critérios para solução de conflitos</i>	69
4.4.1.2	<i>Solução de conflitos entre critérios</i>	70
4.4.2	A ponderação de princípios.....	71
4.4.2.1	<i>Princípio Da Proteção</i>	72
CONCLUSÃO		75
REFERÊNCIAS		79

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, inovando no capítulo dos direitos sociais, elenca como tais, em seu artigo 6º, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. No artigo seguinte, trata ainda dos direitos específicos dos trabalhadores, consagrando, no *caput* do referido dispositivo, o princípio da proteção, norteador de todo o ordenamento jurídico trabalhista.

Antes da “Constituição Cidadã”, outro marco histórico em direitos dos trabalhadores foi a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1942, fruto da política populista de Getúlio Vargas. Era necessária uma legislação protetiva que compensasse na esfera jurídica as diferenças sociais e econômicas entre empregado e empregador.

Nesse âmbito surge o problema que a presente pesquisa se propõe a analisar. A CLT, em seu artigo 60, dispõe que, nas atividades insalubres, quaisquer prorrogações de jornada só podem ser acordadas mediante prévia licença da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho, que procederá à avaliação dos métodos e processos de trabalho. O objetivo dessa determinação é que, havendo prorrogação de jornada, a exposição prolongada aos agentes prejudiciais à saúde não ultrapasse os limites previstos nas normas editadas pelo MTE, causando danos ao empregado.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar especificamente da figura da compensação de jornada, espécie de prorrogação em que as horas trabalhadas a mais em um dia são deduzidas no outro, admite que seja ela negociada, desde que mediante acordo ou convenção coletiva.¹ Resta silente, entretanto, em relação a possíveis diferenças de tratamento jurídico caso a compensação se dê no âmbito de atividades insalubres. A norma encontra-se em consonância com a consagração constitucional da autonomia negocial coletiva, no artigo 7º, inciso XXVI, que prevê o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

¹ Artigo 7º, da Constituição Federal: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:”

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

Surge a dúvida quanto à revogação tácita do artigo 60 da CLT pela Constituição Federal. O Tribunal Superior do Trabalho, em 1996, editou a hoje cancelada Súmula 349, que assim dispunha:

A validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/1988; art. 60 da CLT).

O cancelamento da Súmula tornou ainda maior a incerteza jurídica acerca do assunto. Ainda que não vinculasse obrigatoriamente as demais esferas do Poder nem tampouco os outros graus de jurisdição, representava ao menos uma orientação ao aplicador e intérprete do direito.

O estudo do tema é de suma importância para o Direito Trabalhista. A própria OIT, ao abordar o assunto, afirma que um grande problema é o das

(...) longas jornadas de trabalho, aquelas em que há aumento de exposição a agentes insalubres, que podem ser controlados apenas à medida em que não exponham trabalhadores a risco ao longo de uma jornada “normal” de oito horas diárias. Uma série de agentes físicos e químicos cujos limites de exposição baseiam-se na tradicional “média ponderada de tempo” de oito horas se enquadram nessa categoria. Até a presente data, esse problema parece ter sido praticamente ignorado, ao menos em termos de investigação humana, mas certamente parece merecer consideração quando se avalia o risco global atribuível a padrões de jornada de trabalho.²

A partir da ideia de que a exposição do trabalhador a agentes insalubres acima dos limites legais lhe é claramente prejudicial, é necessário analisar a questão do ponto de vista jurídico, com base nos instrumentos que o ordenamento constitucional e trabalhista pátrios nos oferecem para resolver a antinomia entre as referidas normas.

Dessa forma, a metodologia de pesquisa do presente estudo consistirá na abordagem, principalmente do ponto de vista constitucional, dos direitos conflitantes: a integridade física do trabalhador e a autonomia negocial coletiva.

No primeiro capítulo, serão abordados os direitos sociais, gênero do qual são espécies, dentre outros, a saúde e a negociação coletiva. Estudar-se-ão a sua disciplina constitucional, os princípios que os regem e as possibilidades de solução de antinomias

² Disponível em:

http://intranet.oit.org.pe/WDMS/bib/virtual/coleccion_tem/condic_trab/working_time_wtwo_03_oit.pdf, tradução livre. Acesso em 08/05/2012

decorrentes bem como a aplicabilidade de tais direitos, do ponto de vista da programaticidade e da eficácia horizontal.

Em seguida, serão analisados os direitos à saúde e à negociação coletiva, especificamente. O direito à saúde será o tema do segundo capítulo. Será abordada a sua evolução histórica, bem como o tratamento a ele dispensado pela Carta Magna e pela legislação infraconstitucional. Nesse sentido, será esmiuçada a questão das atividades insalubres através do estudo da NR-15 do MTE, que as disciplina.

O terceiro capítulo tratará do instituto da negociação coletiva, suas funções e limites, a fim de se concluir pela legitimação ou não da entidade sindical para negociar aspectos que envolvam a saúde do trabalhador.

O quarto capítulo do presente trabalho detalhará o processo de uniformização de jurisprudência que deu origem à Súmula 349 do TST, elencando os fatores que levaram essa Corte ao entendimento pela não recepção do artigo 60 da CLT pela ordem constitucional atual, bem como as posições contrárias que surgiram no cerne desse mesmo processo. Em seguida, serão especificadas as proposições jurídicas de resolução do conflito normativo abordado, tendo-se por base os estudos de Robert Alexy, acerca do conflito entre regras e da colisão entre princípios, bem como de Norberto Bobbio, sobre a antinomia entre normas.

1. DIREITOS SOCIAIS

Direitos sociais são direitos fundamentais do ser humano, verdadeiras liberdades positivas de observância obrigatória no Estado Social de Direito, enunciadas em normas constitucionais. São consagrados como fundamentos do Estado Democrático no art. 1º, IV, da Constituição Federal.³ Caracterizam-se ainda como prestações proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, a fim de possibilitar a melhoria de condições de vida aos mais fracos, visando a realização da igualdade social.⁴

Em relação à localização dos direitos sociais na Carta Magna de 1988, preleciona José Afonso da Silva que o artigo 6º elenca direitos relativos a cada um dos objetos sociais cujos mecanismos e aspectos organizacionais são tratados no Título VIII (Da Ordem Social).⁵ Os direitos sociais são, para o autor, algo ínsito na ordem social (Título VIII da CF/88), não tendo o constituinte optado pela melhor técnica metodológica ao inclui-los no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Não obstante o entendimento do eminente autor, cumpre salientar que a disposição escolhida pelo constituinte deu-se em virtude da importância com a qual se pretendia prestigiar essa categoria direitos, de suma importância para a concretização da igualdade substancial. Nesse sentido, ressalta Alexandre de Moraes que:

A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no § 1º, do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, conseqüentemente, inviabilize seu exercício.⁶

Quanto aos direitos econômicos, seriam esses pressupostos de existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica voltada para a intervenção estatal na economia, não seria possível a concretização da tutela dos mais fracos e numerosos.⁷

Os direitos sociais encontram-se dentre os denominados direitos fundamentais de segunda geração, classificação estudada a seguir.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 193.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 286.

⁵ *Ibidem*, ob . loc. cit.

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 194.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.142.

1.1 A 2ª geração de direitos fundamentais

A doutrina classifica as gerações de direitos fundamentais de acordo com o contexto social e histórico em que foram positivados. No entanto, essa classificação é meramente didática e não significa que os direitos previstos num momento foram suplantados pelos do momento seguinte. Os direitos de diferentes gerações persistem válidos, ainda que sofram influências das novas concepções jurídicas e sociais. Os direitos de liberdade, por exemplo, tiveram seu conteúdo reformulado após o surgimento dos direitos sociais. Nesse sentido, alguns novos direitos não passam dos antigos adaptados às novas exigências do momento.⁸

Os direitos fundamentais de 1ª geração representam uma limitação do poder estatal e garantia das liberdades individuais, o que consistia, à época em que surgiram, numa prestação negativa por parte do Estado, no sentido de não interferir nas relações privadas, marcadas pelos direitos de liberdade e de igualdade.⁹

1.1.1 Surgimento

A postura absenteísta estatal, consequência do liberalismo característico dos direitos de 1ª geração, deu origem a um cenário de dominação por parte da burguesia, com concentração de renda e exclusão social. Percebeu-se que o Estado não era o único agente em posição privilegiada e que, nas relações privadas, também há detenção do poder social por uma das partes. Sem o controle estatal, tudo era lícito às camadas política e financeiramente superiores. Nesse contexto, surgiram movimentos trabalhistas e sociais como o Cartismo, na Inglaterra, cujo principal objetivo era a inclusão política das classes operárias, e a Comuna de Paris, primeiro governo operário da história. Era necessário compensar as diferenças sociais através da atuação estatal, a fim de que os direitos de liberdade e igualdade pudessem ser plenamente exercidos pelos hipossuficientes.¹⁰

A constitucionalização dos direitos sociais marcou o início do século XX, passando o Estado a ser responsável pela prestação do mínimo existencial, partindo de uma postura negativa para positiva, em que lhe cabia evitar os abusos e limitar o poder econômico,

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 234.

⁹ *Ibidem*, p. 233.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 309.

diminuindo as desigualdades sociais através de uma política de compensação ao hipossuficiente.¹¹

O primeiro documento a elencar os direitos sociais foi a Constituição do México de 1917, tendo eles aparecido na Constituição do Brasil de 1934, fortemente influenciada pela Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha.¹²

Cumprir destacar, para o presente estudo, também o ano de 1943, em que foi promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho. Não obstante tenha sido fruto do intervencionismo estatal e da política populista de Getúlio Vargas, representou importante avanço dos direitos sociais trabalhistas no que tange à existência de uma legislação própria e consolidada.

1.1.2 Relação com os direitos fundamentais de 1ª geração

Os direitos sociais têm seu surgimento ligado à constatação prática de que uma conduta meramente liberal e absenteísta por parte do Estado não é suficiente para garantir a dignidade dos indivíduos. A tendência é o gradativo aumento das diferenças sociais caso não haja o intervencionismo estatal nas relações particulares, conforme se constatou nas relações de trabalho. Para que sejam concretizados os ideais de liberdade e igualdade, consagrados nos direitos sociais de 1ª geração, é necessário primeiramente compreender um novo modelo de igualdade: não mais a igualdade rígida, formal, em que todos os particulares recebem exatamente o mesmo tratamento por parte do Estado. Ao contrário, a igualdade a ser tutelada deve ser a igualdade material, ou seja, os desiguais devem ser tratados com desigualdade na medida de suas diferenças, a fim de que essa situação de hipossuficiência seja compensada.¹³

Em suma, nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet, “os direitos sociais, como direitos a prestações, realizam e garantem os pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades.”¹⁴

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 564.

¹² MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 41.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 310.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 300.

1.2 A constitucionalização dos direitos sociais

Os direitos sociais foram constitucionalizados pela primeira vez no ordenamento pátrio através da Constituição de 1934, que representou um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo.¹⁵ As Constituições de 1946 e 1967 também fizeram menção a alguns direitos sociais, mas foi apenas a Carta Magna de 1988 que consagrou-lhes capítulo próprio.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, estabelece que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

Consoante previamente abordado, a inclusão do capítulo referente a direitos sociais dentro dos direitos e garantias fundamentais demonstra acertado privilégio concedido pelo legislador, que entendeu por bem garantir-lhes a “imediata aplicabilidade”¹⁶ e a proteção contra emendas constitucionais que visem a aboli-los.¹⁷

1.2.1 Programaticidade das normas disciplinadoras de direitos sociais

A eficácia de uma norma se refere à sua aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade.¹⁸

A CF/88 estabelece, no seu artigo 5º, § 1º, a aplicabilidade imediata das normas que disciplinam direitos fundamentais.

Nesse sentido, a classificação das normas constitucionais em auto-executáveis e não auto-executáveis é ultrapassada, pois nem produzem as primeiras todos os efeitos possíveis, já que são sempre passíveis de novos desenvolvimentos, nem são as segundas de eficácia nula, pois produzem efeitos jurídicos e são dotadas de eficácia, ainda que relativa e reduzida. Logo, as normas são sempre executáveis até onde sejam suscetíveis de execução. O problema está justamente na determinação desse limite. Quanto aos princípios constitucionais, de especial importância para o presente estudo, todos aqueles inseridos numa

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 82.

¹⁶ Artigo 5º, § 1º da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

¹⁷ Artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.66.

constituição rígida, como é o caso da Carta Magna de 1988, adquirem uma dimensão jurídica, ainda que em caráter ideológico – programático.¹⁹

Ingo Wolfgang Sarlet, tratando os direitos sociais como direitos prestacionais, afirma que esses sempre gerarão um mínimo de efeitos jurídicos, por menor que seja sua densidade normativa a nível constitucional. São, portanto, na medida de suas aptidões, diretamente aplicáveis, com base no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, e tendo-se em mente que inexistente norma constitucional desprovida de eficácia e aplicabilidade. Aduz ainda que a eficácia do direito prestacional depende da sua forma de positivação e peculiaridades do objeto.²⁰

Não obstante as inúmeras classificações propostas pela doutrina, adota-se no presente trabalho a trazida por José Afonso da Silva, para quem as normas constitucionais dividem-se em de eficácia plena, contida ou limitada, assim definidas:

pode-se dizer que as normas de eficácia plena sejam de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica, enquanto as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes, como melhor se esclarecerá depois. As normas de eficácia contida também são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.²¹

As normas de eficácia limitada subdividem-se didaticamente em a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; b) declaratórias de princípio programático. Interessam para o presente estudo apenas as programáticas, mas cumpre elucidar que as primeiras constituem normas que traçam o início ou esquema de determinados órgãos, entidades ou instituição, deixando a efetiva criação, estruturação ou formação para legislação infraconstitucional.²²

A princípio, os direitos sociais estão inseridos em normas eminentemente programáticas, ou seja, normas que, visando à concretização dos fins sociais do Estado,

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 76.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 297

²¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 83.

²² *Ibidem*, p. 119.

traçam princípios a serem cumpridos por todas os órgãos estatais (legislativos, executivos, jurisdicionais, administrativos), ao invés de regular diretamente determinados interesses.²³

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua normas programáticas como aquelas cuja característica comum é a baixa densidade normativa, ou seja, insuficiente para alcançarem plena eficácia, pois estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implantadas pelo Estado, ou imposições dirigidas ao legislador.²⁴

Alguns autores negam a juridicidade das normas programáticas, como se não fossem imperativas nem vinculativas. Gilmar Mendes, por exemplo, entende que a efetivação dos direitos sociais não depende da vontade dos juristas, mas de fatores de ordem material, como desenvolvimento econômico do país, disponibilidade de recursos e adoção de políticas públicas.²⁵

Já para José Afonso da Silva, tais normas “impõem limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, e ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados.”²⁶ Dessa forma, criam uma situação não de mera expectativa de direito, mas de vantagem efetiva, a partir da qual nasce um vínculo jurídico inquestionável. Ademais, alude o referido autor que os direitos à educação, saúde e assistência constituem direitos subjetivos, ainda que não implementadas as condições necessárias à sua fruição.²⁷

Apesar da aparente fragilidade da proteção aos direitos sociais, deve-se ter em mente que os direitos de 2ª geração (neles compreendidos os econômicos, sociais e culturais), a partir do momento em que são constitucionalmente positivados, representam um compromisso das constituições entre o Estado Liberal individualista, o Estado Social intervencionista e, mais recentemente, o Estado Democrático de Direito.²⁸

Portanto, a fim de se contornarem o caráter abstrato dos direitos sociais e sua dependência de iniciativas estatais, é necessário buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos.

²³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 138.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 309.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 714-715.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 139.

²⁷ *Ibidem*, p. 152.

²⁸ *Ibidem*, p. 140.

Gilmar Mendes, citando Jorge Miranda, aponta que a força jurídica das normas programáticas está nos seguintes fatores: a) as normas anteriores que disponham em sentido contrário têm sua vigência cessada, por inconstitucionalidade superveniente; b) embora essencialmente tenham sentido prescritivo, possuem ainda um sentido negativo complementar - o de proibir a emissão de normas legais contrárias, bem como a prática de atos tendentes a abolir as realidades jurídicas por elas impostas; c) fixam diretrizes para o legislador ordinário, a partir do que pode ocorrer inconstitucionalidade material ou por omissão; d) possuem eficácia integrativa de preceitos constitucionais.²⁹ José Afonso da Silva acrescenta, a esse rol, mais três hipóteses: a) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; b) condicionam, além da atividade legislativa, também a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; c) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.³⁰

Em relação à existência de situações jurídicas subjetivas, concorda Ingo Wolfgang Sarlet que os direitos sociais sempre geram algum tipo de posição jurídico-subjetiva em sentido amplo, não restrita ao direito subjetivo individual a determinada prestação estatal.³¹

No mesmo sentido, salienta Ana Cristina Costa Meireles que, apesar de exigirem um comportamento eminentemente positivo por parte do Estado, os direitos sociais nele não se esgotam, eis que compreendem também liberdades sociais e comportamentos positivos por parte dos particulares. Exemplifique-se com as normas trabalhistas, de observância na maioria das vezes por parte do empregador, e não do Estado. A autora aprofunda, aqui, o entendimento geralmente esposado pela doutrina, segundo a qual possuem os direitos sociais uma dupla vertente, em especial no que tange ao direito à saúde: a) natureza negativa: o Estado e terceiros devem abster-se de praticar atos que lesem tais direitos; b) natureza positiva: o Estado tem o dever de prestar, através de políticas públicas, a efetiva garantia aos direitos sociais.³²

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 29.

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 164.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 315.

³² MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 88.

A respeito desse tema, no âmbito das relações trabalhistas, alerta-se que é preciso atentar para a dicção da norma constitucional, observando-se a forma como o direito foi positivado. Isso porque daí concluem-se os limites da aplicabilidade imediata da norma, tendo-se em mente que, conforme o exposto acima, nenhuma norma constitucional é desprovida de aplicabilidade e eficácia, ainda que os direitos sociais estejam assegurados em normas programáticas. Se a norma esgota em si própria um mandamento dirigido ao empregador, sem necessidade de legislação subsequente, é dotada de eficácia relativamente maior, como por exemplo os incisos VIII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, do artigo 7º da Constituição Federal.³³ No entanto, há normas constitucionais que indicam princípios a serem concretizados nas relações trabalhistas através de lei posterior, gozando portanto de eficácia mais restringida, tendo-se como exemplo os incisos I, X, XX, XXII, do art. 7º/CF.³⁴

1.2.2 Eficácia horizontal dos direitos sociais

Não há dúvida quanto à aplicação dos preceitos fundamentais constitucionais nas relações entre o particular e o Poder Público. No entanto, importante questão a ser estudada é a da possibilidade de aplicação de tais preceitos nas relações entre particulares, a que se dá o nome de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.³⁵

Algumas normas constitucionais têm sua eficácia horizontal facilmente visualizada. Dentre essas incluem-se o direito à honra, à imagem, à vida, à liberdade, à

³³ Artigo 7º da Constituição Federal: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

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

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei”

³⁴ Artigo 7º da Constituição Federal: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”

³⁵ MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 369.

dignidade, e outros. Por outro lado, a aplicabilidade dos direitos sociais na esfera particular é tema mais complicado, devido à sua natureza eminentemente prestacional.³⁶

A doutrina aponta duas teorias no que tange a essa aplicação entre particulares: a) eficácia indireta ou mediata: os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa, voltada para o legislador, seja de maneira negativa, proibindo-lhe de criar lei que viole os direitos fundamentais, seja de maneira positiva, impondo-lhe a determinação de quais direitos são aplicáveis nas relações privadas. b) eficácia direta ou imediata: alguns direitos fundamentais têm eficácia horizontal sem necessidade de intermediação legislativa. Essa teoria vem crescendo, especialmente nas atividades privadas dotadas de caráter público, como as de consumo, de trabalho, e de ensino. Nesse âmbito, poderá o magistrado se deparar com eventual colisão de interesses, em especial a autonomia da vontade privada e a livre iniciativa (artigos. 1º, IV, e 170, *caput*, da Constituição Federal), de um lado, e a dignidade da pessoa humana e a máxima efetividade dos direitos fundamentais (artigo 1º, III da Constituição Federal), de outro.³⁷

Embasando a posição acerca da vinculação dos particulares aos direitos sociais, abordada no item anterior, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que diversos direitos sociais, de modo especial os trabalhistas, se dirigem diretamente a particulares.³⁸

Seria preciso distinguir dois tipos de relações jurídicas na esfera privada: as que se estabelecem entre os indivíduos e detentores do poder social (como por exemplo, as disciplinadas no Código de Defesa do Consumidor e na Consolidação das Leis do Trabalho) e aquelas entre particulares em geral, caracterizadas por virtual igualdade. Nas primeiras, a eficácia dos direitos sociais é imediata, pois são relações desiguais de poder, semelhantes às estabelecidas entre o particular e o poder público. Já nas relações em que há situação de igualdade, prevalece o princípio da liberdade, havendo a denominada eficácia irradiante - mediata e indireta.³⁹

Para Ana Cristina Costa Meireles, por outro lado, deve-se distinguir a dimensão defensiva dos direitos sociais, na qual a eficácia horizontal é imediata e direta, da

³⁶ MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 371.

³⁷ *Ibidem*, p. 372-374.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 402.

³⁹ *Ibidem*, p. 405.

dimensão prestacional, na qual a eficácia horizontal é diretamente vinculada à legislação infraconstitucional.⁴⁰

Como é possível perceber, trata-se de classificação delicada, não sendo possível fazer qualquer análise generalizante.

Há direitos sociais trabalhistas que, dirigindo-se ao legislador, impõem a edição de lei posterior, como é o exemplo do inciso II do art. 7º/CF, que prevê o direito ao seguro-desemprego. Ora, essa é uma norma programática e de eficácia horizontal indireta, pois o empregador só estará vinculado a quaisquer procedimentos imprescindíveis à consecução, por parte do empregado, do mencionado direito, a partir do momento em que norma regulamentadora for editada. Antes disso, não há nada que o empregador possa fazer no sentido de efetivar o previsto no dispositivo. O mesmo ocorre com a previsão do fundo de garantia de tempo de serviço (art. 7º, inciso III). Se não houver legislação especificando o funcionamento desse mecanismo social, não pode ser exigida nenhuma postura prestacionista por parte do empregador. Lembre-se, no entanto, que o fato de não se falar em eficácia horizontal direta não anula a aplicabilidade imediata desses direitos, pois como ressaltado anteriormente, nenhuma norma constitucional é desprovida de eficácia.⁴¹

Outrossim, há dispositivos constitucionais que, apesar de se dirigirem aparentemente ao legislador, conclamando-o à edição de lei posterior, têm forte conteúdo privatista, sendo dotados, portanto, de eficácia horizontal imediata nos limites de aplicabilidade impostos pelas suas próprias redações. Como exemplo, tome-se o previsto no inciso I do art. 7º/CF. Apesar de haver necessidade de posterior lei complementar, o empregador fica obrigado, desde a entrada em vigor da Carta Magna de buscar evitar a despedida arbitrária ou sem justa causa. Cumpre ressaltar, ademais, o disposto no inciso XIX do mesmo artigo, que se refere à licença-paternidade. Ainda que não houvesse especificação infraconstitucional do prazo dessa licença, não poderia o trabalhador deixar de gozá-la devido à omissão legislativa. Caberia ao empregador concedê-la desde a entrada em vigor da CF. O problema estaria na aferição do prazo a ser estabelecido, assunto que exige estudo mais detalhado. O mesmo pode ser dito do aviso prévio, previsto no inciso XXI. Não poderia restar o empregado prejudicado caso a lei a que se refere a Constituição não fosse editada.⁴²

⁴⁰ MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 374.

⁴¹ *Ibidem*, p. 372.

⁴² *Ibidem*, p. 373.

No mesmo sentido, o inciso XX fala em proteção ao mercado da mulher. Ainda que não tenham sido positivados os incentivos específicos a que o inciso se refere, o empregador fica imediatamente vinculado ao princípio previsto no artigo. Assim, ao lidar com o mercado de trabalho feminino, deverá ter em mente que esse exige maior proteção que o masculino. O mesmo pode-se dizer da redução dos riscos inerentes ao mercado de trabalho (inciso XXII), que também tem eminente força principiológica e deve ser imediatamente efetivada pelo empregador. Conclui-se que mesmo normas editadas com vista a uma atividade legislativa posterior que lhes amplie a eficácia podem, também, ter um conteúdo de aplicabilidade dirigido ao empregador, estando esse imediatamente vinculado ao que dispõe o preceito constitucional.

Interessa-nos, ainda, um terceiro tipo de normas trabalhistas: aquelas dirigidas especificamente ao empregador, sem mencionar qualquer atividade legislativa subsequente. Como exemplo, a irredutibilidade de salário, o décimo terceiro salário, a jornada de trabalho não superior a 8 horas, facultada a compensação, dentre outras. Aqui, a aplicabilidade da norma é quase plena. Não o é devido à possibilidade de posterior regulamentação mais aprofundada pelo legislador.⁴³

É necessário, portanto, analisar pontualmente o conteúdo da norma e a quem ela se dirige, pois daí depreende-se a eficácia horizontal dos direitos trabalhistas. Só assim é possível obter-se uma classificação segura, sem generalismos infundados. Deve-se ter em mente, no entanto, que tais direitos possuem sempre juridicidade e aplicabilidade imediata, respeitadas suas limitações, gerando situações subjetivas de vantagem para o trabalhador.

1.2.3 Colisão de direitos fundamentais

Para resolver a questão do conflito de direitos, mister distinguir a regra do princípio. As regras são imperativos categóricos que expressamente exigem, permitem ou proíbem algo. Já os princípios são determinações gerais e abstratas para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior amplitude possível.⁴⁴

⁴³ MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 372

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 282.

Robert Alexy, aprofundando essa técnica, reúne princípios e regras sob o conceito de norma, pois ambos determinam o “dever-ser”, através de expressões de proibição, permissão e obrigação. A diferença entre as duas espécies de norma estaria na generalidade, na forma de surgimento (se criadas ou desenvolvidas), dentre outros critérios.⁴⁵

Tal autor defende que entre o princípio e a regra existe não apenas uma diferença gradual, mas principalmente uma diferença qualitativa, e é essa que deve ser observada na efetiva distinção entre ambos. Nesse sentido, aduz o eminente jurista germânico que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”, ou seja, são mandados de otimização, cujas possibilidades jurídicas limitadoras são determinadas pelos princípios e regras colidentes. Já as regras não podem ser mais ou menos satisfeitas. Deve ser feito exatamente aquilo que ela exige. O conflito entre elas deve ser resolvido através da introdução de uma cláusula de exceção ou no campo da validade, excluindo-se uma das regras do ordenamento jurídico, pois esse não aceita duas normas jurídicas contraditórias.⁴⁶

Outrossim, o princípio pode ser aplicado em diferentes graus, a depender do caso concreto. A solução para a colisão de princípios, logo, não poderá ser igual à para o conflito entre regras. Nesse, privilegia-se uma regra em detrimento da outra, que é invalidada, ou insere-se uma cláusula de exceção. Naquela, busca-se a conciliação entre os princípios, equilibrando-se seus limites de aplicação, sem que nenhum seja excluído do ordenamento jurídico. Deve-se, nesse caso, considerar as circunstâncias da situação concreta.⁴⁷

Medida salutar ao reconhecimento de qual princípio deve preponderar no caso concreto é a análise dos “pesos abstratos” constitucionalmente conferidos aos princípios em colisão, ou seja, qual dos princípios, apesar de abstratamente estar no mesmo nível que o outro, tem o maior peso no caso concreto.⁴⁸

Além das circunstâncias fáticas a serem analisadas, bem como os “pesos abstratos”, têm-se ainda algumas regras que devem ser observadas na solução da colisão entre princípios: a) o sacrifício de um direito é útil para a solução do problema; b) não há outro

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 90 - 91.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 284

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 95.

meio menos danoso para atingir o resultado desejado; c) o ônus imposto não sobreleva o benefício pretendido com a solução.⁴⁹

Esse juízo de ponderação pode ser exercido tanto pelo juiz, no caso concreto, como pelo legislador, ao criar uma lei aplicável a determinadas situações fáticas.⁵⁰

No âmbito dos direitos fundamentais, as normas costumam expressar princípios e não, regras.⁵¹

1.2.4 Cláusulas pétreas

Vale abordar ainda a questão da inclusão dos direitos sociais nas denominadas “cláusulas pétreas.”

O art. 60, § 4º, da Constituição Federal determina que:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

Apesar de, gramaticalmente, restringir-se o disposto no inciso IV aos direitos previstos no art. 5º, a moderna doutrina entende que outros dispositivos, além desses, são objeto dessa proteção. Em primeiro lugar, porque os direitos individuais não se resumem ao elencado no referido artigo. A previsão do ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, I, da CF) seria um exemplo de direito individual disposto em outro título da CF. Além disso, já se manifestou o STF (Adin nº 939-07/DF) no sentido de que a proteção concedida pelo art. 60, § 4º/CF, estende-se aos direitos sociais.⁵²

Ingo Wolfgang Sarlet explica que a função das denominadas cláusulas pétreas é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, velando pela identidade da ordem constitucional. Excluir os direitos sociais da proteção das “cláusulas pétreas” seria uma contradição com a sua finalidade, de acordo com uma interpretação

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 285.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 286.

⁵¹ *Ibidem*, p. 284.

⁵² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 663.

sistemática da Constituição. Isso porque a Carta Magna traz, em seu preâmbulo, a previsão de garantia dos direitos sociais como objetivo de nosso Estado. Ademais, o Brasil é um Estado Social e Democrático de Direito, conforme se depreende dos princípios e objetivos constitucionalmente previstos nos artigos 1º e 3º.⁵³

1.2.5 Proibição do retrocesso

O princípio da vedação do retrocesso em direitos fundamentais é uma das vertentes da segurança jurídica, conceito inseparável do Estado de Direito, não apenas no sentido de respeitar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, mas também de respeito às conquistas sociais como forma de implementação do Estado Democrático de Direito Social. Nesse sentido, os direitos fundamentais não podem retroagir, apenas avançar.⁵⁴

A proteção dos direitos sociais, no que tange ao seu conteúdo de dignidade da pessoa humana, só será possível se houver segurança jurídica. A dignidade deve ser protegida não apenas em face de medidas retroativas, mas também de medidas retrocessivas.⁵⁵

O próprio artigo 7º, caput, da CF/88, expressa o princípio da vedação do retrocesso, bem como da norma mais favorável, a ser abordada em item próprio: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (sem grifo no original).

A CF/88 estabelece, portanto, um mínimo de direitos trabalhistas, que poderão ser elasticados por emenda à Constituição, tratados ou legislação infraconstitucional, que devem observar a exigência de melhorar a condição social do trabalhador, sob pena de inconstitucionalidade.⁵⁶

O princípio da vedação no retrocesso, no entanto, não tem sua aplicação restrita aos direitos trabalhistas. Ana Cristina Costa Meireles defende que o referido princípio “pode, sem dúvida, ser subsumido do nosso sistema constitucional que, enfaticamente acolheu o modelo de Estado do Bem-estar Social e tem como um dos princípios gerais de direito a contaminarem todas as suas normas, o da segurança, o qual pode ser buscado, de forma

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 432.

⁵⁴ MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 43.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 444.

⁵⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 349.

explícita, no preâmbulo da Constituição e no *caput* do art. 5º, além de outros dispositivos constitucionais específicos que o desenvolvem.”⁵⁷

Tal princípio não tem, no entanto, caráter absoluto, pois isso inviabilizaria o desenvolvimento do Direito Constitucional e resta insustentável falar em redução da atividade legislativa à execução pura e simples da Constituição. O princípio da vedação do retrocesso, frente a medidas retrocessivas, deve ser ponderado de forma a optar-se sempre pela solução que importe na maior aplicação possível do princípio da dignidade da pessoa humana.⁵⁸

⁵⁷ MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 48.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 466.

2. O DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR

Dentre os direitos sociais, interessa especificamente a esta pesquisa o direito à saúde, em especial do homem enquanto trabalhador. Alguns conceitos e observações tecidos no capítulo anterior serão utilizados, e por vezes referir-se-á à “saúde”, outras à “saúde do trabalhador”. No entanto essa diferença terminológica não tem grande influência sobre o presente trabalho, vez que ele se restringe à análise da saúde no âmbito trabalhista, fugindo-lhe o estudo da seguridade social.

É necessário, antes de adentrar no tema, analisar o que se entende por “saúde”. Por muito tempo, utilizou-se o sentido negativo do termo, na acepção de “ausência de doença”, concepção que ainda encontra eco na prática médica atual, pois essa muitas vezes prefere o trato da doença à sua prevenção.⁵⁹

A Constituição da Organização Mundial da Saúde, de 1946, estabelece os seguintes princípios para a felicidade, relações harmoniosas e segurança dos povos:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.

Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos.

O desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum.

O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento.

A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde.

Uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos.

⁵⁹ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008, p. 82.

Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.⁶⁰

Relembre-se aqui a posição adotada por José Afonso da Silva e Ingo Wolfgang Sarlet, expostas no capítulo anterior. Para ambos os autores, os direitos sociais são normas imediatamente aplicáveis, gerando direito subjetivo para seu titular. Nesse mesmo sentido, José Antônio Ribeiro de Oliveira, em seu trabalho acadêmico sobre a saúde do trabalhador, defende que

As prestações ou atividades a que o Estado está obrigado para satisfazer os direitos sociais são apenas o objeto destes, porém, há nos direitos sociais também um dimensão subjetiva, ou seja, algo que faz deles direitos fundamentais, direitos subjetivos públicos, a qual não se confunde com sua dimensão objetiva, que consiste na correspondente obrigação estatal.⁶¹

Concorda Sebastião Oliveira, para quem a interpretação sistemática do art. 6º evidencia a natureza do direito à saúde como direito subjetivo público, exigível do Estado. Ressalte-se que, do rol de direitos sociais do art. 6º, apenas dois foram destacados pela própria Carta Magna como dever do Estado e direito de todos: saúde e educação. Explica ainda que, nessas duas hipóteses, restam devidamente determinados o sujeito ativo, o objeto e o sujeito passivo, elementos para a formação do vínculo juridicamente exigível.⁶²

O autor salienta ainda que, para identificar as prestações mínimas às quais o Estado (e, no caso de normas trabalhistas, o empregador) se obriga de imediato, é preciso conhecer o conteúdo essencial, que define como “a promoção e prevenção (da saúde), e, caso haja doença, seu diagnóstico, tratamento e recuperação”. Classifica ainda o direito à saúde como uma espécie de direito humano, dada sua interdependência com direitos essenciais à vida humana digna, tema que será oportunamente abordado.⁶³

⁶⁰ Estados Unidos. Constituição da Organização Mundial da Saúde. Nova Iorque, 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswwho.html>. Acesso em 26.04.12.

⁶¹ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008, p. 92.

⁶² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 110

⁶³ *Ibidem*, p. 89 e 98.

Conclui-se ainda que o conteúdo essencial do direito à saúde do trabalhador abrange dois aspectos: o direito à abstenção e o direito de prevenção.⁶⁴

O direito à abstenção pode ser exercido contra o Estado, que não deve interferir no exercício do direito, ou contra o empregador quanto a dois fatores: a) tempo de trabalho, no sentido de abster-se o empregador de exigir trabalho em horas extras habituais, da mulher em licença-maternidade, do menor de 18 anos em período noturno, dentre outros; b) saúde mental, no sentido de abster-se o empregador de dispensar tratamento rigoroso, ou exigir produtividade superior à capacidade física do trabalhador.⁶⁵

O direito à prevenção também pode ser exercido em face do Estado, a quem cabe prestar os serviços atribuídos ao SUS, editar e fiscalizar o cumprimento de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, dentre outros; e em face do empregador, que tem a obrigação de cumprir tais normas, além de zelar pela segurança, saúde e higiene do trabalho.⁶⁶

Mister ressaltar que as normas a serem observadas pelo empregador abrangem todas as prescrições normativas sobre o tema, estejam elas na Constituição, nas leis infraconstitucionais, nas regulamentações, nas chamadas normas “coletivas”, ou nas disposições de caráter internacional, como os tratados, convenções e recomendações.

José Antônio Ribeiro de Oliveira classifica o direito à saúde como um direito humano, portanto inalienável, imprescritível e irrenunciável, natural, pois é algo inerente ao trabalhador, intrínseco à conformação de sua personalidade e de seu desenvolvimento enquanto pessoa.⁶⁷

O direito à saúde é, ainda, um direito subjetivo imediatamente exigível devido à sua íntima vinculação com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana.⁶⁸

⁶⁴ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008, p. 139.

⁶⁵ *Ibidem*, ob. loc. cit.

⁶⁶ *Ibidem*, ob. loc. cit.

⁶⁷ STERN, Maria de Fátima Coelho Borges; MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de (org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica 20 anos depois*. São Paulo: LTr, 2008, p. 177.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 350.

2.1 Evolução Do Direito À Saúde Do Trabalhador

Cumprir estudar a evolução histórica do tratamento dispensado à saúde do trabalhador, culminando nos entendimentos modernos acerca do tema. A doutrina aponta quatro etapas complementares, e não excludentes, mas que foram ou estão sendo implementadas em momentos diferentes, de acordo com o desenvolvimento histórico e social de cada país.⁶⁹

2.1.1 Etapa Da Medicina Do Trabalho

A etapa da medicina do trabalho remonta a meados do século XVIII e primeira metade do século XIX. A busca por produtividade, com implementação dos métodos do Taylorismo e do Fordismo, necessitava do operário sadio. A providência tomada foi o deslocamento do médico para as dependências da própria empresa, a fim de que o trabalhador obtivesse pronto atendimento e retornasse de imediato à linha de montagem.⁷⁰

Nessa fase, a atuação do profissional da saúde resumia-se ao tratamento dos efeitos dos agentes danosos, sem análise nem interferência no ambiente de trabalho, a fim de erradicar as fontes de agressões.⁷¹

2.1.2 Etapa Da Saúde Ocupacional

A mentalidade humanitária decorrente das barbáries cometidas na Segunda Guerra Mundial deu origem à criação de órgãos como a ONU (1945) e a OMS (1946).⁷²

Ademais, a reconstrução do pós-guerra exigiu dos trabalhadores grandes cargas de serviço, o que repercutiu no número de doenças e acidentes. Tal fato, aliado à onda humanitária, deu ensejo ao surgimento do que se denomina etapa da saúde ocupacional. Percebeu-se que o descaso com agentes danosos era prejudicial tanto para o trabalhador, vítima, como para o empregador, onerado direta e indiretamente pelos danos causados à saúde

⁶⁹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 51.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 52.

⁷¹ *Ibidem*, p. 60.

⁷² *Ibidem*, p. 53.

de seus empregados. Era necessário prevenir as causas de acidentes e doenças, contando com a presença de outros profissionais além do médico.⁷³

Passou-se a dispensar ao tema um enfoque multidisciplinar, com a presença de profissionais de diferentes ramos que estudassem a melhoria do ambiente de trabalho, a fixação dos limites de tolerância e a utilização de equipamentos de proteção.⁷⁴

Foi desenvolvido o termo higiene ocupacional, que cuida da transformação do ambiente ou atividade de forma que se tornem salubres, bem como o termo ergonomia, na Inglaterra, cujo objetivo era adaptar o trabalho ao homem, e não vice-versa, como vinha sendo o costume.⁷⁵

O marco dessa etapa ocorreu em 1957, com a definição, por um comitê misto da OIT/OMS que se reuniu em Genebra, dos objetivos da saúde ocupacional:

A Saúde Ocupacional tem como finalidade incentivar e manter o mais elevado nível de bem-estar físico, mental e social dos trabalhadores em todas as profissões; prevenir todo o prejuízo causado à saúde destes pelas condições de seu trabalho; protegê-los em seu serviço contra os riscos resultantes da presença de agentes nocivos à sua saúde; colocar e manter o trabalhador em um emprego que convenha às suas aptidões fisiológicas e psicológicas e, em resumo, adaptar o trabalho ao homem e cada homem ao seu trabalho.⁷⁶

2.1.3 Etapa Da Saúde Do Trabalhador

A etapa da saúde ocupacional, não obstante represente importante avanço, não atingiu todos os seus objetivos em virtude da deficiente e prematura formação sobre o assunto e da falta de unidade nas proposições dos diferentes profissionais.⁷⁷

Até então, o trabalhador, que era o maior interessado, assistia passivamente ao desenrolar dos acontecimentos. A partir da década de 70, no entanto, devido ao contexto político e às transformações sociais, os trabalhadores, encorajados pela mentalidade de questionamentos, protestos e reivindicações, passaram a exigir melhores condições, participando ativamente do “tratamento” do ambiente de trabalho. Surgiu a etapa da saúde do

⁷³ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008, p. 121.

⁷⁴ *Ibidem*, ob. loc. cit.

⁷⁵ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 55.

⁷⁶ *Ibidem*, ob. loc. cit.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 56.

trabalhador, marcada por um despertar da consciência do movimento sindical para a organização na conquista da saúde do trabalhador.⁷⁸

Em 1970 a OIT aprovou a instituição do Programa Internacional para o Melhoramento das Condições e do Meio Ambiente do Trabalho, (PIACT), que atua hoje em seis áreas: a) segurança, higiene e meio ambiente de trabalho; b) duração do trabalho; c) organização e conteúdo do trabalho; d) condições de trabalho e escolha de tecnologia; e) ergonomia e relações entre o trabalho; f) o meio ambiente de vida.⁷⁹

2.1.4 Etapa Da Qualidade De Vida Do Trabalhador

Em sintonia com a definição de saúde ocupacional pelo comitê misto da OIT/OMS, desde a década de 70 vem se falando em qualidade de vida do trabalhador, numa perspectiva mais ampla do que a saúde do trabalhador.⁸⁰

Nessa fase busca-se ultrapassar a concepção de saúde do trabalhador, integrando-o com o ser humano dignificado e satisfeito com a sua atividade, que tem vida dentro e fora do ambiente de trabalho, que pretende, enfim, qualidade de vida no sentido amplo.⁸¹

O direito à saúde passa, então, a ser intimamente relacionado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme se verá adiante. Segundo Sebastião Oliveira, o trabalhador não é apenas uma máquina composta de músculos, nervos e células, mas um ser dotado de inteligência, sentimentos, aptidões e aspirações. Portanto, é necessário um enfoque global de todos os fatores que interferem no bem-estar do empregado, não se resumindo tais fatores ao ambiente físico do trabalho, mas a tudo o que está em volta desse, inclusive o complexo de relações humanas dentro da empresa, a forma de organização do trabalho, sua duração, os ritmos, os turnos, os critérios de remuneração, as possibilidades de progresso e a satisfação dos trabalhadores.⁸²

⁷⁸ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 60.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 58.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 70.

⁸¹ *Ibidem*, p. 63.

⁸² *Ibidem*, p. 64.

2.1.5 Perspectivas Para O Século XXI

Apesar do enorme progresso no que tange ao estudo da saúde do trabalhador, a questão no século XXI continua preocupante. Diante das alarmantes estatísticas, a OIT e a OMS têm buscado tomar providências efetivas. Merece destaque o Plano de ação global sobre a saúde dos trabalhadores 2008-2017, aprovado pela OMS, cujos objetivos são os seguintes: a) Elaborar e aplicar instrumentos normativos sobre a saúde dos trabalhadores; b) Proteger e promover a saúde no local de trabalho; c) Melhorar o funcionamento dos serviços de saúde ocupacional e o acesso a eles; d) Proporcionar dados probatórios para fundamentar as medidas e as práticas; e) Integrar a saúde dos trabalhadores em outras políticas.⁸³

No Brasil, as diferentes etapas mencionadas avançam em ritmos diferentes de acordo com a região, o nível da empresa e a força sindical. Sebastião Oliveira preleciona que

a análise do avanço jurídico-institucional pode deixar uma ideia de expressivo progresso quanto ao tema da saúde do trabalhador, mas, na vida real, o avanço ainda é discreto, pois continua tendo mais um sentido de promessa normativa do que de efetivo direito, ou de uma lei que aguarda aplicação.⁸⁴

2.2 Direito à saúde do trabalhador na Constituição Federal

Nas Constituições anteriores, não havia positivação do direito à saúde como um direito humano fundamental, mas tão-somente como norma de organização administrativa.⁸⁵

A atual Constituição, no entanto, inovando em direitos fundamentais após um longo período de crises políticas e sociais, eleva a saúde a direito social, dentre os direitos fundamentais, protegido pela impossibilidade de supressão por emenda e pela imediata aplicabilidade.

Sebastião Oliveira lembra-nos que

⁸³ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 67.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 68.

⁸⁵ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008, p. 93.

A Constituição da República de 1988, pela primeira vez, estabeleceu, categoricamente, no art. 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Além de ser um direito social, como previsto no art. 6º, é um direito de todos, e, portanto, de cada um, de acesso universal e igualitário. As normas relativas à saúde são de ordem pública, porquanto regulam um serviço público essencial, tanto que o art. 197 da Constituição enfatiza que ‘são de relevância pública as ações e serviços de saúde.’⁸⁶

Além do disposto no *caput* do art. 6º, a saúde é protegida também no âmbito trabalhista ao longo de todo o artigo 7º, do qual destaca-se o disposto no inciso XXII, que determina não apenas ao legislador ou ao Estado, mas também ao empregador a adoção de medidas que visem a redução dos riscos inerentes ao trabalho.

2.2.1 A Dignidade Humana Do Trabalho E O Direito À Vida Saudável

O ordenamento jurídico reflete o senso moral médio da sociedade e evolui de acordo com as mudanças dos valores sociais. Nesse sentido, a partir do século XX o trabalho vem sendo valorizado, passando a ser tido não mais como atividade indigna, de escravos e servos, mas como uma atividade dignificante.⁸⁷

Os valores máximos de uma sociedade são expressos pela Constituição, verdadeira essência de todo o sistema, e devem impregnar todas as categorias jurídicas infraconstitucionais. No seu art. 1º, a CF/88 estabelece como fundamentos da República, dentre outros, o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana. Logo, qualquer análise a respeito das normas de proteção à vida e à saúde dos trabalhadores deve ter como fundamento maior tais princípios fundamentais. José Antônio Ribeiro de Oliveira ensina que:

O princípio da dignidade significa que a pessoa é dotada de direitos essenciais sem cuja realização não terá forças suficientes para a conformação de sua personalidade e o seu pleno desenvolvimento enquanto pessoa. Vale dizer, não será respeitada como pessoa, enquanto tal. Há direitos inatos, indissociáveis da condição de pessoa humana, pessoa que merece o maior respeito possível, simplesmente por ser, por existir. Esses direitos consubstanciam o que se tem convencionado chamar mínimo existencial.⁸⁸

⁸⁶ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 108.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 116.

⁸⁸ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008, p. 70.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a assistência concedida aos destinatários dos direitos sociais não tem como objetivo o estabelecimento da dignidade em si, mas a prestação, por parte do Estado, e, no caso dos empregadores, de condições mínimas para uma existência com dignidade. Não podem se resumir “ao mínimo existencial”, pois uma existência digna abrange mais do que a mera sobrevivência física. Citando Neumann, o autor afirma que uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana e que a vida não pode ser reduzida à mera existência. Alerta, ainda, que a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada quando a existência permitir ao indivíduo a plena fruição dos direitos fundamentais, sendo-lhe possível o livre desenvolvimento da personalidade.⁸⁹

No mesmo sentido, José Antônio Ribeiro concorda que a garantia do mínimo existencial não pode se restringir à subsistência material, exigindo-se também acesso aos serviços sociais e à inserção social do indivíduo através do desempenho de responsabilidades, seja através do trabalho, seja através de quaisquer atividades socialmente úteis, ainda que fora do mercado de trabalho. As necessidades básicas do ser humano não se reduzem a comer, vestir, dispor de um teto, mas, além de fazê-los dentro dos parâmetros mínimos de dignidade, dispor também de segurança, auto-estima, cultura, dentre outros. Conclui que o caminho mais seguro para a concretude do mínimo existencial é a satisfação efetiva, e não meramente retórica, dos direitos sociais.⁹⁰

Deduz-se que o direito à saúde está intimamente vinculado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque o direito à vida não se resume à mera subsistência, mas a uma existência minimamente digna para a qual é indispensável a integridade física e psicológica do indivíduo. Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que

na base dos quatro direitos sociais expressamente consagrados pelo nosso Constituinte, se encontra a necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo (aspecto que assume especial relevância no caso do direito à saúde), mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade. Não devemos esquecer que a dignidade da pessoa humana, além de constituir um dos princípios fundamentais da nossa ordem constitucional (art. 1º, inc. III, da CF) foi guindada à condição de finalidade precípua da ordem econômica (art. 170, *caput*, da CF)⁹¹

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 341.

⁹⁰ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008, p. 77.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 330.

O autor alerta-nos, ainda, que é no âmbito do direito à saúde que se observa a maior vinculação do objeto com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. Salienta que, apesar de certas hipóteses em que a dignidade da pessoa humana produz efeitos *post mortem*, tal princípio é, em sua essência, característico da pessoa viva, expressão e condição da própria humanidade da pessoa:

A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito desta perspectiva a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, precondição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano⁹²

Em última análise, Amauri Mascaro Nascimento elenca como mais importante princípio trabalhista do ordenamento jurídico brasileiro o da valorização da dignidade do trabalhador. Afirma que esse princípio transforma a mera tutela econômica do trabalhador em tutela também moral, posto que o ser humano não pode ser um meio para a consecução do fim. Pelo contrário, é um fim em si mesmo. Finalmente, conceitua a valorização da dignidade com base em seu campo de atuação, que deve ser o dos direitos de personalidade e tutela contra danos morais.⁹³

2.2.2 Segurança e medicina do trabalho

Dentre o disposto no art. 7º da CF/88, destacam-se os incisos XXII, XXIII, XXVI, XXVIII e XXXIII, no que tange à proteção à saúde e segurança do trabalhador.⁹⁴

O inciso XXII prevê a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. O inciso XXIII determina o pagamento de “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”. O inciso XXVII menciona a “proteção em face da automação, na forma da lei”, o que pode ser entendido não só como proteção dos postos de trabalho contra as inovações tecnológicas, mas também como proteção da pessoa do trabalhador contra novas tecnologias nocivas à saúde. O inciso XXVIII trata do “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 344.

⁹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 462.

⁹⁴ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado, vol. 3: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009, p. 56-59.

empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”. Por último, o inciso XXXIII remete a medidas de combate à insalubridade, prevendo a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) e de qualquer trabalho a menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos.”

Além do art. 7º e referidos incisos, a CF/88 se refere ainda ao ambiente laboral em outros dispositivos, como o art. 129, III (funções institucionais do Ministério Público); art. 170, VI (princípios gerais da atividade econômica e da justiça social); art. 200, VIII (competência do sistema único de saúde) e art. 225, § 3º (meio ambiente e responsabilidade objetiva).

2.3 Direito à saúde na legislação infraconstitucional

2.3.1 Lei nº 8.080/90

Cumpre abordar previamente o conteúdo da Lei nº 8.080/90, que regulamenta o Sistema Único de Saúde (SUS). Seu conteúdo, embora fuja ao objeto do presente estudo, que se concentra na saúde sob o aspecto trabalhista, afigura-se de suma importância no que se refere ao disposto em seu art. 3º:

A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

A definição adotada harmoniza-se com a preconizada pela OMS, deixando explícito que, para os padrões brasileiros, a saúde é o mais completo bem-estar físico, mental e social.⁹⁵

⁹⁵ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008, p. 97.

2.3.2 Convenções da OIT: 155 E 187

Embora existam outras convenções da OIT acerca da segurança, higiene e saúde no trabalho, interessam especialmente para o presente estudo as de nº 155 e 187.

A Convenção nº 155, adotada em 1981, mas somente promulgada no Brasil em 1994, estabelece normas e princípios acerca da segurança e saúde do trabalhador e do meio ambiente de trabalho.⁹⁶ Adota conceito de saúde mais objetivo que o “completo bem-estar” adotado pela OMS: “A saúde, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene do trabalho” (art. 3º, “e”).

A Convenção, em seu artigo 4º, determina aos países signatários que instituem uma política nacional coerente em matéria de segurança, saúde e higiene do trabalho, que deve ser efetivamente colocada em prática e reavaliada periodicamente.⁹⁷

Ademais, em sintonia com a tendência atual, adota posicionamento de considerar os múltiplos fatores que afetam a saúde do trabalhador, combatendo-os em todas as frentes possíveis, a fim de preservar o ser humano tanto no seu aspecto físico como mental. Logo, deve-se adaptar o trabalho ao homem - reflexo da ergonomia inglesa - e não o contrário, ajustando-se equipamentos, duração do trabalho, formas de organização, processo produtivo, dentre outros, às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores.⁹⁸

Foi adotada também a concepção dos efeitos combinados dos agentes agressivos, segundo a qual a presença de vários agentes agressivos, ao invés de somar, multiplica os malefícios. A exposição simultânea a vários agentes agressivos, portanto, deve deslocar os limites de tolerância para patamar inferior.⁹⁹

A Convenção nº 187, de 2006, ainda não ratificada pelo Brasil, tem o propósito de representar o “marco promocional da segurança e saúde no trabalho”. Para isso, estabelece três linhas básicas de atuação: a) Elaboração de uma política nacional sobre segurança e saúde no trabalho e no meio ambiente do trabalho (art. 3º); b) Estabelecimento, manutenção e desenvolvimento de forma progressiva, com reexame periódico, de um sistema

⁹⁶ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 79-81.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 92.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 93.

⁹⁹ *Ibidem*, *ob. loc. cit.*

nacional de segurança e saúde no trabalho (art. 4º); e c) Elaboração, aplicação, controle e reexame periódico de um programa nacional de segurança e saúde no trabalho.¹⁰⁰

2.3.3 Capítulo V do Título II da CLT: Da segurança e da medicina do trabalho

A segurança do trabalho é o conjunto de medidas que visam proteger o trabalhador contra os riscos inerentes à prática da atividade profissional. A medicina abrange a higiene, cujo fim é a conservação da saúde, através de medidas preventivas que visam eliminar os agentes nocivos do meio ambiente de trabalho. Já a medicina propriamente dita abrange as medidas curativas.¹⁰¹

Amauri Mascaro, referindo-se a Simonin, aponta os seguintes objetos tanto da segurança como da medicina aplicadas as trabalho:

a) complexo homem-máquina, em face das modificações constantes desta última, acarretando toda sorte de estrago nos que a manejavam, impondo-se um corretivo de ordem fisiológica, biológica, psicológica e técnica; b) complexo trabalhador-ambiente, tendo em conta que o local de trabalho é fonte de riscos e perigos diversos, que devem ser evitados, tanto no que tange à edificação do estabelecimento, em seu aspecto material, como em relação à implantação de meios técnicos sanitários, a cargo de engenheiros, químicos e toxicólogos; c) equipe obreiro-médica, que abrange a proteção sanitária em toda a plenitude; d) equipe obreiro-patronal, compreendendo fatores psicológicos de produtividade, pertinentes à esfera das relações humanas na empresa e a consideração do trabalhador como ser dotado de necessidades e ao mesmo tempo sujeito a fatores de ordem ética, moral e espiritual; e) complexo obreiro-comunidade, que entra no campo da previdência social, dada a necessidade de suprimir ou diminuir no trabalhador a incerteza quanto a determinadas contingências que o afetam sobre o futuro e os riscos do trabalho.¹⁰²

Observa-se que a aplicação da segurança e da medicina ao trabalho deve levar em conta um enfoque amplo do termo “saúde”, no sentido do que vêm conceituando a OMS e a OIT, conforme anteriormente abordado.

Na CLT, a questão da segurança e medicina trabalhistas está regulada no Capítulo V do Título II, que abrange os artigos 154 a 201.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 86-88.

¹⁰¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 847.

¹⁰² *Ibidem*, ob. loc. cit.

2.3.3.1 Atividades insalubres

Não cabe explorar todo o conteúdo do referido capítulo. Restringir-se-á à análise, especificamente, das atividades insalubres, regulamentadas especialmente nos artigos 189 a 191 da CLT.

O artigo 189 estabelece que

serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Saliente-se que os efeitos prejudiciais dos agentes nocivos normalmente são percebidos a longo prazo. As resistências do organismo vão sendo minadas paulatinamente em razão da exposição continuada, especialmente quando essa exposição for a níveis superiores ao limite de tolerância.¹⁰³

Os poucos dispositivos da Consolidação acerca do tema remetem-nos às normas editadas pelo Poder Executivo, delegando ao Ministério do Trabalho a competência para regulamentar as atividades insalubres. O art. 190 atribui ao Ministério do Trabalho (MTE) a competência para aprovação do quadro de atividades insalubres, a adoção de normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, os meios de proteção e o tempo máximo de exposição a esses agentes.

Apesar de ser o MTE o órgão mais adequado para estudar e desenvolver o tema, sua competência quase que exclusiva acaba por impossibilitar qualquer discussão na esfera do Legislativo, bem como a possibilidade de o Judiciário contornar certas incoerências impostas pelo Executivo.¹⁰⁴

Em consonância com o disposto no art. 190/CLT, a regulamentação do assunto pelo Executivo é feita através de Normas Regulamentadoras. A NR 15, responsável por estabelecer os limites de tolerância a agentes nocivos, divide-se em quatorze anexos, e em sua introdução classifica os agentes insalubres em duas classes: os de caráter objetivo,

¹⁰³ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 166.

¹⁰⁴ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*, vol. 3: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009, p. 61.

estipulados com base apenas na intensidade de exposição, e os de “caráter polissêmico ou multifacetado”, em que analisa-se tanto a intensidade como a qualificação dos agentes.¹⁰⁵

O Ministério do Trabalho e Emprego utiliza-se de concepção ultrapassada de saúde, conquanto limita-se aos possíveis danos ao corpo físico do trabalhador, quando já se viu que a saúde abrange o completo “bem-estar físico, mental e social”.¹⁰⁶

2.3.3.1.1 Limites de exposição

A fim de prover uma compreensão geral acerca das atividades insalubres, faz-se necessária a análise dos anexos da NR 15, que trata dos limites de exposição aos agentes danosos.¹⁰⁷

O Anexo 1 cuida dos limites de tolerância para ruídos contínuos ou intermitentes. Nesses casos, o adicional de insalubridade devido é de grau médio, independentemente da extrapolação do limite de 85 decibéis (dB), para jornadas de 8 horas; 86, para jornadas de 7 horas; e 87, para as de 6 horas.

Ocorre que tais patamares se baseiam em estudos da década de 1960, sendo superiores aos internacionalmente recomendados hoje em dia. Ademais, o nível de 85 dB foi estipulado antes da CF/88, quando a jornada era de 8 horas e o módulo semanal de 48 horas. Com a redução desse para 44 horas, poder-se-ia cogitar da possibilidade de submissão do trabalhador a níveis maiores, o que não procede, pois os patamares estabelecidos baseiam-se na jornada diária e não na semanal.¹⁰⁸

Saliente-se que caso o trabalhador seja exposto a ruídos de intensidades inconstantes, deve ser averiguado o direito ao adicional através da média de tais intensidades.¹⁰⁹

O Anexo 2 trata dos limites de tolerância para ruídos de impactos, aqueles com intervalos superiores a um segundo e picos inferiores a um segundo, sendo devido

¹⁰⁵ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*, vol. 3: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009, p. 63.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 168.

¹⁰⁷ Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/legislacao/norma-regulamentadora-n-15-1.htm>. Acesso em 02/01/2012.

¹⁰⁸ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*, vol. 3: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009, p. 64.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 65.

também o adicional de grau médio. Os limites são de 120dB ou 130 dB, a depender do método de medição utilizado.

O Anexo 3 refere-se aos limites de tolerância para exposição ao calor, distinguindo regimes com intervalo intrajornada no próprio local de prestação do serviço e regimes em que aquele é fora desse, além de trabalhos leves, moderados e pesados. Os limites são, respectivamente, de 30° C, 26° C e 25° C, e o adicional será sempre de grau médio.

O Anexo 4 falava do iluminamento, mas foi revogado pela Portaria nº 3.751/1990.

O Anexo 5 regulamenta os limites de exposição a radiações ionizantes, aquelas que causam aumento na probabilidade de câncer, embora as mutações por elas promovidas não evoluam necessariamente para essa anomalia. É o único caso em que se trata um dos dispositivos da NR 15 como adicional de periculosidade, e não de insalubridade, devido à Orientação Jurisprudencial nº 345 da SDI-1/TST, de 22/06/2005, que prevê que “A exposição do empregado à radiação ionizante ou à substância radioativa enseja a percepção do adicional de periculosidade”. De qualquer forma, o adicional de insalubridade devido era o de grau máximo.

As radiações não ionizantes, menos agressivas que as ionizantes, são objeto de regulamentação do Anexo 7. O adicional será de grau médio.

O Anexo 6 tem como tema o trabalho sob condições hiperbáricas, quer no ar comprimido, quer em atividades submersas. O adicional é sempre de grau máximo.

O Anexo 8 prevê o adicional de insalubridade para trabalho sob vibrações em alguma parte do corpo ou no corpo inteiro, sendo necessariamente de grau médio.

O assunto do Anexo 9 é o trabalho em ambiente frio, que gera sempre adicional de grau médio. Trata-se, na verdade, apenas da hipótese de permanência em câmaras frigoríficas.

Homero Batista da Silva discorda do tratamento dispensado à questão, pois a norma é omissa quanto aos limites de temperatura e roupas térmicas, o que deve ser analisado em laudo de inspeção, seja ele judicial em sede de processo trabalhista ou preventivo em sede de negociação coletiva ou vistoria da DRT.¹¹⁰ Ademais, à primeira vista a norma exclui do direito ao adicional de insalubridade o trabalhador que ingresse

¹¹⁰ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*, vol. 3: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009, p. 71.

eventualmente no ambiente insalubre. Segundo o mesmo autor, é preciso utilizar-se do princípio da razoabilidade e da interpretação teleológica, utilizando-se nesse caso do mesmo raciocínio da Súmula 364,I/TST. Dessa forma, é devido o adicional sempre que o empregado expõe-se permanentemente ou de forma intermitente ao frio, sujeitando-se à condição de risco. Se o ingresso nas câmaras for fortuito ou por tempo extremamente reduzido, o adicional é indevido.¹¹¹

O Anexo 10 volta-se para a umidade, que gera adicional em grau médio. Apesar de falar apenas em ambiente encharcado ou alagado, tem-se entendido a expressão “ambiente úmido” como aquele em que haja contato suficiente com água para gerar danos à saúde, seja pela via cutânea, seja pela respiratória.¹¹²

O Anexo 11 aborda os agentes químicos por limite de tolerância, dividindo-os naqueles absorvíveis pela via cutânea e naqueles absorvíveis pela via respiratória.

O autor supramencionado entende estar tal anexo desatualizado. Primeiramente, por ter sido editado de acordo com o entendimento científico de quatro décadas atrás. Em segundo lugar, por ter observado a jornada semanal de 48 horas, reduzida a 44 horas pela CF/88, o que gera incorretas interpretações no sentido de ser preciso estabelecer uma nova proporcionalidade. Defende o autor que “a defasagem científica certamente supera esses aparentes 10% de oscilação de jornada.”¹¹³

O Anexo 12 remete ao estudo do amianto, cujo limite de tolerância é de duas fibras respiráveis por centímetro cúbico. Em vários países o amianto já foi banido, mas no Brasil, em face de interesses políticos e econômicos, o máximo que se fez foi reduzir o limite anterior, de quatro fibras.¹¹⁴

O Anexo 13 divide produtos químicos por atividades nas quais servem de matéria-prima, excetuando-se aquelas previstas nos Anexos 11 e 12. Para cada atividade, há um adicional de insalubridade de acordo com sua forma de execução.

Em 1995 foi acrescentado a Anexo 13-A, sobre o benzeno, que é igualmente cancerígeno, às substâncias dos Anexos 11 e 12.

¹¹¹ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*, vol. 3: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009, p. 71-72.

¹¹² *Ibidem*, p. 72.

¹¹³ *Ibidem*, p. 73-74.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 75.

O Anexo 14 cuida de agentes biológicos, descrevendo a situação exata que gera direito ao adicional: o contato com pacientes em área de isolamento, para adicional de grau máximo, ou em hospitais, enfermarias ou estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana, para adicional em grau médio.

Homero Batista da Silva critica tal norma, pois há hipóteses em que se configura a insalubridade no sentido usual da palavra, mas não no sentido jurídico adotado pelo anexo. Como exemplo, têm-se “a recepcionista de consultório médico, o carcereiro de centros de detenção ou o atendente do plano de saúde”.¹¹⁵

Ademais, prevê o referido anexo o adicional para contato com animais portadores de doenças contagiosas bem como para limpeza de esgotos e coleta de lixo urbano e ainda para exumação de corpos, trabalho em estábulos e trato de resíduos de animais deteriorados.

Em suma, a NR 15 pode ser dividida da seguinte forma: agentes físicos, químicos e biológicos e adicional de insalubridade sempre no grau médio, sempre no grau máximo, grau médio ou máximo, e grau mínimo, médio ou máximo.

2.3.3.1.2 Monetização do prejuízo

Nota-se, no ordenamento jurídico brasileiro, uma triste tendência a se discutirem as bases de cálculo do adicional de insalubridade e a ampliação da lista de atividades insalubres, em evidente contrassenso que demonstra a indiferença com o problema central, que é o direito à saúde do trabalhador e não ao adicional.

Diante dos agentes agressivos, pode o legislador adotar três estratégias: aumentar a remuneração para compensar o desgaste do trabalhador, proibir o trabalho ou reduzir a duração da jornada.¹¹⁶

A primeira alternativa foi adotada pelo Brasil desde 1940. O fundamento está na falsa ideia de que, por um lado, esse pagamento aumentaria o salário dos trabalhadores, permitindo-lhes uma alimentação balanceada que compensasse os agravos do

¹¹⁵ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*, vol. 3: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 80-81.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 129.

trabalho, e, por outro lado, seria um ônus para o empregador, que iria preferir melhorar as condições de trabalho a arcar com o adicional.¹¹⁷

Não foi isso, no entanto, que se observou na prática. A alimentação, ainda que balanceada, tem influência quase nula na luta do organismo contra os agentes da doença profissional.¹¹⁸ Observe-se que o ambiente de trabalho é o local onde o trabalhador passa a maior parte de sua vida. Logo, até mesmo os agentes mais imperceptíveis podem, a longo prazo, causar prejuízos irreparáveis à saúde do trabalhador. Em segundo lugar, o pagamento de adicional é medida cômoda ao empregador, pois a modificação das condições de trabalho, na maioria das vezes, implica em despesas vultuosas.

Essa postura acabou instigando o trabalhador, ignorante dos riscos a que se expõe, à cultura imediatista de buscar por trabalho em locais insalubres, em primeiro lugar por conta do salário maior e em segundo devido ao reduzido tempo de serviço para fins de aposentadoria. Para a denominada aposentadoria especial, são necessários 15, 20 ou 25 anos de serviço.¹¹⁹

O adicional representa, na realidade, a venda da própria saúde ou de parte da própria vida, o que não se justifica por preço algum.¹²⁰

Por outro lado, a proibição das atividades insalubres é posição extremamente radical, utópica na realidade social atual. Muitas atividades, ainda que insalubres, são imprescindíveis, como é o caso do atendimento ao paciente portador de doença contagiosa e da coleta de lixo.¹²¹ A restrição, portanto, se dá em casos específicos, como na vedação de trabalho insalubre ao menor.

Logo, a saída mais razoável é a redução da jornada, que busca reparar em repouso, e não em dinheiro, a perda da saúde. A menor exposição diária, aliada a maior período de descanso, permite ao corpo sua recomposição. Essa alternativa se coaduna com as disposições constitucionais de valorização do trabalho, colocando a pessoa do trabalhador acima dos interesses econômicos.¹²²

¹¹⁷ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 129.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 130.

¹¹⁹ *Ibidem*, *ob. loc. cit.*

¹²⁰ *Ibidem*, p. 131-132.

¹²¹ *Ibidem*, p. 131.

¹²² *Ibidem*, p. 132.

Tal opção certamente tiraria os trabalhadores do estado de ignorância em que se encontram, substituindo o pensamento imediatista por uma posição pró-ativa, de luta por melhores condições de trabalho. Ademais, o empregador seria forçado a investir no ambiente de trabalho a fim de não ser forçado a pagar o salário integral a quem não cumpre a jornada diária de 8 horas.¹²³

¹²³ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 132.

3. A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO CONTEXTO DA CF/88

3.1 Definição

A negociação coletiva, segundo uma visão pluralista, é uma das fontes de produção do Direito do Trabalho, posto que esse não se limita às normas jurídicas estatais, abrangendo também normas não-estatais como as fontes consuetudinárias e a própria negociação coletiva.¹²⁴ É o contrato realizado entre um grupo de trabalhadores e empregadores a fim de se chegar a um consenso quanto a normas e condições de trabalho.¹²⁵

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 7º, o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (inciso XXVI); e no art. 8º, que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas” (inciso III) e que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho” (inciso VI).

A CLT fala tanto em convenção como em acordo e em negociação coletiva.¹²⁶ São, no entanto, espécies diferentes. A negociação tem sentido mais amplo, abrangendo as outras duas figuras jurídicas. A convenção tem necessariamente em seu pólos subjetivos entidades sindicais de categoria profissional e de categoria econômica. Já o acordo coletivo é celebrado por sindicato de trabalhadores, de um lado, e de outro não necessariamente por sindicato representativo do empregador, mas sim pelas próprias empresas, individualmente ou em grupo.¹²⁷

3.2 Natureza jurídica

Foge do escopo do presente trabalho discriminar os posicionamentos doutrinários sobre a natureza jurídica da negociação coletiva.

¹²⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 35ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 483.

¹²⁵ *Ibidem*, *ob. loc. cit.*

¹²⁶ Artigo 58-A, § 2º: “Para os atuais empregados, a adoção do regime de tempo parcial será feita mediante opção manifestada perante a empresa, na forma prevista em instrumento decorrente de negociação coletiva”; Artigo 616: “Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva”; Artigo 625-C: “A Comissão instituída no âmbito do sindicato terá sua constituição e normas de funcionamento definidas em convenção ou acordo coletivo”.

¹²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p.1320.

Cuidar-se-á apenas da posição predominante na doutrina, e que parece a mais acertada, segundo a qual a negociação coletiva tem força contratual, ao mesmo tempo em que cria normas jurídicas.¹²⁸

A atuação do sindicato e demais grupos econômico-profissionais através da negociação coletiva muito se assemelha aos negócios jurídicos celebrados entre particulares na esfera do Direito Civil. Nesse sentido, a negociação coletiva é tida como um contrato social normativo. Contrato, pois tem caráter obrigacional decorrente da autonomia privada coletiva. Normativo, pois é uma norma jurídica não-estatal, expressão do pluralismo jurídico.¹²⁹

A negociação coletiva é, ainda, um método de solução de conflitos. Esse divide-se em autotutela, heterocomposição e autocomposição, enquadrando-se a negociação coletiva nessa última modalidade.¹³⁰

3.3 Breve histórico

Cumprir abordar a evolução da autonomia da vontade, de modo a traçar adiante os limites à autonomia negocial no âmbito coletivo, especificamente.

Na Era Medieval, o panorama era de forte centralização do poder político, sem nenhuma liberdade de contratar. A burguesia crescente, ávida por oportunidades comerciais tolhidas pelo regime absolutista, passou a disseminar ideias de cunho liberalista e individualista, consistindo a Revolução Francesa no ápice desse movimento. Essa evolução do pensamento liberal-burguês culminou na restrição da ação estatal à aplicação da Justiça e ao exercício do poder de polícia e da defesa nacional. Ocorre que, conforme explanado no primeiro capítulo do presente trabalho, a noção de igualdade formal, defendida pela burguesia a fim de legitimar sua plena autonomia, serviu também de anteparo para um processo de institucionalização da exploração do trabalhador, realçando as desigualdades sociais. A partir dessa constatação, o Estado gradualmente começa a intervir nas relações privadas e no domínio econômico, com sensível relativização da autonomia da vontade. Com o surgimento

¹²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 1333.

¹²⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 35ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 496.

¹³⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p.1301.

do Estado Social, passam a ser protegidos não os interesses individuais isoladamente considerados, mas as relações entre agente sociais em posição de desigualdade.¹³¹

As limitações da autonomia da vontade surgem, portanto, porque a atuação livre e ampla do interesse particular nunca será capaz de conduzir à ordem social plena.¹³²

Otávio Brito Lopes elenca três “ondas” de posicionamento estatal ante a negociação no âmbito trabalhista, seja ela individual ou coletiva. A primeira onda é marcada por uma fantasiosa idéia de autonomia da vontade dos indivíduos. A segunda, pelo intervencionismo estatal para frear a selvageria do mercado e a exploração do homem pelo seu semelhante. A terceira, pela atuação da livre vontade dos agentes sociais, acentuada pelo fortalecimento dos sindicatos e alargamento das formas autônomas de solução de conflitos, resultando na diminuição da elaboração de normas protetivas por parte do Estado.¹³³

Hodiernamente, no entanto, há uma tendência defendida por alguns “oportunistas de plantão”¹³⁴ de retorno às idéias liberais de não-intervencionismo estatal na autonomia privada, “verdadeiro renascimento do liberalismo econômico, com a nova roupagem de neoliberalismo”.¹³⁵ Ocorre que essa vertente de pensamento não merece prosperar, pois a limitação da autonomia da vontade individual, seja no âmbito particular, seja no âmbito coletivo, representa a prevalência do interesse público sobre o privado, princípio presente em todos os ordenamentos jurídicos.¹³⁶

3.4 Funções

A negociação coletiva no atual contexto histórico acumula as funções de obter melhores condições de trabalho, cobrir os espaços que a lei deixa em branco e administrar crises na empresa.¹³⁷

¹³¹ CORDEIRO, Wolney de Macedo. Limitações estruturais para o exercício da autonomia privada coletiva como suporte da negociação sindical. In: *Revista de direito do trabalho*, v. 32, n. 121, p. 259-279, jan./mar. 2006.

¹³² *Ibidem*, p. 270.

¹³³ LOPES, Otávio Brito. Limites constitucionais à negociação coletiva. In: *Revista LTr : legislação do trabalho*, v. 64, n. 6, p. 715, jun. 2000.

¹³⁴ *Ibidem*, *ob. loc. cit.*

¹³⁵ CORDEIRO, Wolney de Macedo. Limitações estruturais para o exercício da autonomia privada coletiva como suporte da negociação sindical. In: *Revista de direito do trabalho*, v. 32, n. 121, p. 266, jan./mar. 2006.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 267.

¹³⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Limites da negociação coletiva na perspectiva do projeto de flexibilização da CLT. In: *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 65, n. 12, p. 1420, dez 2001.

Importante e controversa é a questão da negociação coletiva em sede de crise empresarial. Defende-se que apenas nessa hipótese podem ser acordadas condições *in pejus* ao trabalhador. Todavia, quais os limites aplicáveis nesse caso?

A CF/88 prevê, em seu artigo 7º, a “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo” (inciso VI); a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho” (inciso XIII); e a “jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva” (inciso XIV).

Depreende-se daí que apenas ajustes em relação a salário e jornada de trabalho podem ser realizados. Outros direitos legalmente previstos não podem ser renunciados pelo trabalhador, ainda que com vistas à manutenção do emprego. A lógica desse sistema, segundo Otávio Brito Lopes, está no fato de que “o emprego é o bem jurídico mais importante da relação empregatícia, e deve ser tutelado, ainda que para tanto seja necessário reduzir o salário”.¹³⁸

Sabe-se que a dinâmica de preservação e criação de empregos ultrapassa a esfera da análise jurídica, envolvendo estudos nas áreas de Economia, Administração de Pessoal, Políticas Públicas, Sociologia, dentre muitas outras.¹³⁹ No entanto, resta incontestado que tais direitos foram elencados pelo legislador como passíveis de flexibilização justamente por possuírem densidade suficiente para se alcançar o objetivo pretendido: reduzir os custos da empresa e proteger o emprego, o que não ocorre com direitos de cunho não-patrimonial.¹⁴⁰

O Direito do Trabalho deve ser interpretado de maneira sistemática, de forma que tais possibilidades de redução de direitos não sejam utilizadas indiscriminadamente fora de um cenário em que se fazem absolutamente necessárias à manutenção dos empregos. Ademais, ainda que cabíveis, tais negociações devem observar o patamar intransponível do salário mínimo.¹⁴¹

¹³⁸ LOPES, Otávio Brito. Limites constitucionais à negociação coletiva. In: *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 64, n. 6, p. 717, jun. 2000.

¹³⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Limites da negociação coletiva na perspectiva do projeto de flexibilização da CLT. In: *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 65, n. 12, p. 1419, dez 2001.

¹⁴⁰ LOPES, Otávio Brito. Limites constitucionais à negociação coletiva. In: *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 64, n. 6, p. 718, jun. 2000.

¹⁴¹ *Ibidem*, ob. loc. cit.

3.5 Limites

Limitações à autonomia privada coletiva sempre existirão, sendo o grau de liberalismo estatal determinado justamente pela a intensidade de atuação do Estado no domínio econômico.¹⁴²

Não obstante exista um sistema de normas de Direito Civil sem características limitadoras da autonomia, no Direito Trabalhista a limitação é intrínseca, pois se essa não existisse, também não existiria esse ramo do direito, sendo as relações entre trabalho e capital tidas como mero capítulo do Direito Civil.¹⁴³

Serão estudados a seguir aspectos limitadores da autonomia negocial coletiva.

3.5.1 Negociação e lei

Segundo Amauri Mascaro do Nascimento, a lei distingue-se da convenção coletiva nos seguintes aspectos:

a) pelo processo de formação, pois as leis, no sentido estrito, emanam do órgão estatal e as convenções coletivas resultam de negociações produzidas pelo grupo social interessado; b) pela esfera de aplicação, na lei abrangendo toda a sociedade política, na convenção limitando-se ao âmbito econômico-profissional; c) pelo conteúdo, na lei mais geral e diversificado, na convenção coletiva mais particular e restrito às condições de trabalho; d) pela supremacia das leis de ordem pública, porque nesse caso a convenção coletiva não poderá derogar a lei, como ensinam Despax, Mario de la Cueva, Carnelutti e Barassi. A submissão, nesse caso, é um imperativo de intangibilidade das estruturas institucionais e uma decorrência normal do princípio da graduação da positividade jurídica. Pode, no entanto, a convenção coletiva mencionar disposições mais favoráveis que aquelas das leis e regulamentos em vigor não revestidos do caráter de norma de ordem pública; e) pela fonte de poder, pois a lei é imposta e a convenção coletiva é uma regra consentida.¹⁴⁴

O autor salienta que a questão de maior divergência é a da hierarquia entre negociação coletiva e lei, havendo três posições doutrinárias acerca do tema.

¹⁴² CORDEIRO, Wolney de Macedo. Limitações estruturais para o exercício da autonomia privada coletiva como suporte da negociação sindical. In: *Revista de direito do trabalho*, v. 32, n. 121, p. 272, jan./mar. 2006.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 273.

¹⁴⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1393.

Para a primeira corrente, a lei está sempre em patamar de prioridade, pois reflete a vontade geral, que é superior à vontade de classe. A segunda corrente sustenta que a negociação coletiva, por se tratar de norma específica, sobrepõe-se à lei, que é geral. E a terceira defende que, apesar de prevalecer a lei, pode ela autorizar estipulações derogatórias através de instrumento coletivo, ainda que maléficas ao trabalhador, em casos que também expressem a vontade geral. Essa última é a posição adotada pela CF/88, que permite que, coletivamente, sejam reduzidos salários e ampliadas jornadas de trabalho.¹⁴⁵

Dentro dessa perspectiva, há ainda três tipos de relação entre convenção (em sentido amplo) e lei. Ocorre relação de exclusividade quando, através de reserva, a lei define um campo que lhe é próprio. A concorrência se dá quando a lei e a convenção atuam conjuntamente, por vezes com predominância de uma, por vezes com prevalência de outra. Por fim, há ainda relação de complementariedade quando a lei faz remissão à convenção, incumbindo-lhe de regular determinada matéria.¹⁴⁶

A dificuldade está em saber quais os limites e proibições impostos pela lei, pois esses nem sempre são claros e literais. Muitas vezes, a proibição é implícita.¹⁴⁷ É o caso das normas de ordem pública, analisadas no tópico seguinte.

A legislação é, portanto, concretizadora do princípio da proteção. Os direitos fundamentais do trabalhador devem ser assegurados pela lei e os direitos humanos sociais têm como fundamento a necessidade de estabelecer garantias mínimas e inderrogáveis que a negociação coletiva nem sempre pode assegurar.¹⁴⁸

Nesse sentido, a negociação coletiva é balizada pelos princípios da proteção e da irrenunciabilidade. Pode majorar direitos legalmente previstos, mas só pode minorá-los quando a lei expressamente o autorizar, como é o caso do artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV da Constituição Federal. Fora dessas hipóteses, não pode haver a transação de qualquer outro direito trabalhista constitucionalmente previsto, nem mesmo por instrumento coletivo.¹⁴⁹

¹⁴⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1393.

¹⁴⁶ *Idem*. *Iniciação ao direito do trabalho*. 35ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 492.

¹⁴⁷ *Idem*. *Compêndio de direito sindical*. 4ª ed. São Paulo : LTr, 2009, p. 311.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 308.

¹⁴⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho* 5ª ed. São Paulo : LTr, 2011, p. 203.

3.5.2 Princípio da irrenunciabilidade

O princípio da irrenunciabilidade consiste na impossibilidade do trabalhador privar-se, voluntariamente, de qualquer vantagem a ele concedida pelo ordenamento trabalhista.¹⁵⁰

Em geral, direitos que versam sobre interesses privados são renunciáveis, com exceção, na área cível, daqueles de ordem pública como os de família ou os que visam proteger os economicamente fracos (Código de Defesa do Consumidor)¹⁵¹

No âmbito trabalhista, entretanto, a renúncia é limitada. Isso porque o legislador abandonou a idéia da igualdade de direito e aderiu à igualdade de fato, inclinándose a compensar a desigualdade social e econômica entre empregado e empregador através da proteção jurídica ao trabalhador.¹⁵²

A doutrina baseia esse princípio em quatro fundamentos diversos: a idéia de indisponibilidade; o caráter imperativo das normas trabalhistas; a noção de ordem pública e a limitação da autonomia da vontade.¹⁵³ Todos possuem grande afinidade entre si, a ponto de nem sempre ser fácil distingui-los, pois suas características não são excludentes nem antagônicas, mas complementares.¹⁵⁴

3.5.2.1 Indisponibilidade

Quanto à indisponibilidade, trata-se de princípio mais amplo que a irrenunciabilidade, e significa que as normas trabalhistas não podem ser renunciadas, tampouco transacionadas. A lei proibiria não apenas os sacrifícios sem correspondente concessão pela parte beneficiada, mas também os sacrifícios eventuais decorrentes da transação.¹⁵⁵

A lógica desse princípio está no risco de incoerência do ordenamento jurídico tutelar o empregado, que é social e economicamente frágil, e em seguida deixar os

¹⁵⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradutor: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 142

¹⁵¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 5ª ed. São Paulo : LTr, 2011, p. 197.

¹⁵² *Ibidem*, p. 198.

¹⁵³ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradutor: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 144.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 160.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 146.

direitos a ele concedidos em suas próprias mãos.¹⁵⁶ É uma consequência da própria *ratio legis* já que as mesmas razões que justificam a existência da norma trabalhista justificam também sua indisponibilidade.¹⁵⁷

Nem todos os direitos trabalhistas são absolutamente indisponíveis. O são, por exemplo, os relativos à segurança e medicina do trabalho. São relativamente indisponíveis aqueles que não causem prejuízos ao empregado, ou quando houver expressa autorização constitucional ou legal.¹⁵⁸

Délio Maranhão, aprofundando esse entendimento, expõe que a indisponibilidade é absoluta quando a tutela legal do trabalho envolve, predominantemente, interesse público ou interesse abstrato de categoria. É relativa quando, por ser o direito em princípio disponível, tutelando predominantemente interesse individual, cabe ao seu titular a iniciativa de defendê-lo.¹⁵⁹ Sobre o tema, ver-se-á adiante a diferença entre interesse público e interesse de classe.

3.5.2.2 Imperatividade

A imperatividade das normas trabalhistas deve ser compreendida através da distinção entre normas imperativas e normas dispositivas, devendo as primeiras ser cumpridas independentemente da vontade das partes e devendo as segundas ser aplicadas somente quando não tenham as partes estabelecido de forma diversa.¹⁶⁰ Isso porque as normas jurídicas em geral são sempre imperativas, numa concepção ampla do termo, à medida em que contêm um mandamento ou ordem. Se assim não fosse, não seriam normas, apenas conselhos.¹⁶¹

Pode-se dizer que todas ou quase todas as normas trabalhistas são imperativas, pois se baseiam no interesse e na necessidade de organizar a economia, de preservar a pessoa do empregado e de proteger os economicamente débeis. Impõem

¹⁵⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradutor: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 145.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 168.

¹⁵⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 63.

¹⁵⁹ MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Direito do trabalho*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1993, p. 40.

¹⁶⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradutor: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 168.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 148.

condições mínimas do que o Estado considera apropriado às exigências da personalidade do trabalhador.¹⁶² Raros são os exemplos de regras dispositivas na CLT, como o art. 472, § 2º.¹⁶³

No entanto, não é possível afirmar-se que o caráter imperativo das normas trabalhistas redunde na mais completa eliminação da vontade privada. Ora, se o Direito do Trabalho busca proteger justamente a personalidade humana, lhe é impossível suprimir a manifestação de um dos aspectos dessa personalidade: a vontade.¹⁶⁴ As normas imperativas do Direito Trabalhista não excluem a vontade privada, mas a cercam de garantias que lhe assegurem a livre formação e manifestação.¹⁶⁵

O caráter imperativo e indisponível dos direitos trabalhista encontra-se delineado nos artigos 9º, 444 e 468 da CLT,¹⁶⁶ que assim dispõem:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468 - 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

3.5.2.3 *Ordem pública*

Além de imperativos e indisponíveis, os direitos trabalhistas emanam de normas de ordem pública, que são aquelas em que um Estado estabelece os princípios indispensáveis à organização da sociedade, ao bem comum, ao interesse geral, não podendo ser alteradas pela vontade dos indivíduos.¹⁶⁷

Essa defesa da ordem pública trabalhista é exercida até mesmo frente à vontade do empregado porque o que se protege não é a vontade mais ou menos viciada, às

¹⁶² RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradutor: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 150.

¹⁶³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 195.

¹⁶⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradutor: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 151.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 151.

¹⁶⁶ MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. *A intangibilidade dos direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2009, p. 85.

¹⁶⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradutor: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 153.

vezes absolutamente convencida de que a renúncia lhe convém, mas a incolumidade do ordenamento jurídico trabalhista como um todo, indiretamente lesada pela renúncia.¹⁶⁸

3.5.2.4 *Limitação à autonomia da vontade*

A liberdade dos indivíduos diante das normas impositivas trabalhistas se restringe à decisão de entrar ou não em relação com essas normas (celebrando ou não o contrato de trabalho, fazendo ou não horas extras, por exemplo).¹⁶⁹

Américo Plá, se referindo a Alcione Corrêa, cita que é

na limitação da autonomia da vontade que se constroem os pilares mais poderosos da garantia de liberdade para todos os que vivem em mútuas relações de dependência na vida social. É na limitação da autonomia individual que o Estado encontra o maior remédio para proteger o trabalho e, em consequência, a liberdade e a dignidade do seu prestador.¹⁷⁰

Alice Monteiro de Barros afirma que “o limite à autonomia da vontade torna o Direito do Trabalho mais social e mais humano”.¹⁷¹

3.5.2.5 *Vício de consentimento presumido*

Essa fundamentação difere das anteriores, por não se basear na natureza das normas nem na sua importância social, mas no plano psicológico das partes que manifestam sua vontade.¹⁷²

Entende-se que, em virtude de sua posição de subordinação e hipossuficiência, o trabalhador que renuncia o faz por ignorância ou erro que vicia o ato. Presume-se que o trabalhador, ao renunciar aos benefícios legais, assim age por falta de liberdade, forçado a isso pela situação proeminente que ocupa o empregador na vida social.¹⁷³

¹⁶⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradutor: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 157.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 158.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 159.

¹⁷¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho* 5ª ed. São Paulo : LTr, 2011, p. 198.

¹⁷² RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradutor: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 160.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 161.

3.5.2.6 Alcance da irrenunciabilidade

Não há uma fórmula estática para determinar o alcance desse princípio no âmbito de cada direito trabalhista, mas deve-se ter em mente que o objetivo do Direito do Trabalho, ao limitar a autonomia da vontade, é tutelar a pessoa humana contra os riscos que corre sua integridade física e moral no exercício de sua força de trabalho, bem como contra a exploração de sua inferioridade econômica.¹⁷⁴ Nesse sentido, apesar de serem as leis trabalhistas imperativas em sentido genérico, em alguns casos o são mais que em outros, sendo importante ter-se em conta o fim colimado.¹⁷⁵ A irrenunciabilidade depende, portanto, caso a caso da índole de cada disposição e do modo como ela está formulada.¹⁷⁶

De qualquer maneira, decorre do conteúdo da norma, de forma explícita ou implícita, ou de sua finalidade objetiva. De forma explícita, quando a lei expressamente proíbe a renúncia naquele caso. De forma implícita, quando a lei traça ao direito um limite que não pode ser ultrapassado. E pode resultar ainda da própria finalidade da norma, que é justamente proteger o trabalhador de sua condição de inferioridade econômica.¹⁷⁷

Quanto ao momento da renúncia, a doutrina é unânime ao afirmar que é impossível a renúncia de direitos futuros. Ao longo do contrato, é permitida apenas quando houver previsão legal. Na ruptura do contrato, vem sendo admitida, desde que o direito seja disponível.¹⁷⁸

Américo Plá ensina que a validade da renúncia efetuada por meio de convenção coletiva é entendida de duas formas pela doutrina. Para os que fundamentam a irrenunciabilidade no vício de consentimento, havendo o desaparecimento da presunção de falta de liberdade com a união sindical, desaparece também a proibição à renúncia. Já para os que baseiam a irrenunciabilidade em quaisquer das outras razões, a norma continua sendo irrenunciável, quer se trate de trabalhador individual ou ente coletivo.¹⁷⁹

¹⁷⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradutor: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 165.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 166.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 171.

¹⁷⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5ª ed. São Paulo : LTr, 2011, p. 198.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 201.

¹⁷⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradutor: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 188.

A CF/88 flexibilizou o princípio da irrenunciabilidade apenas no art. 7º, incisos VI, XIII e XIV, que não comportam interpretação extensiva. Logo, apenas em relação a esses casos pode ocorrer negociação coletiva.¹⁸⁰

Quanto aos direitos provenientes de legislação infraconstitucional, só podem ser negociados coletivamente caso sejam relativamente disponíveis, o que é raro no Direito Trabalhista.¹⁸¹

Dessa forma, as situações previstas em lei que admitem modificação para pior podem ser agrupadas em seis temas: a) diminuição de salário; b) aumento da jornada; c) compensação da jornada; d) aumento ou diminuição do intervalo intrajornada; e) mudança do regime contratual (tempo parcial); e f) suspensão contratual. Os quatro primeiros encontram-se na Constituição Federal, e os dois últimos na CLT.¹⁸²

Por último, cumpre ressaltar que, nos dizeres de Américo Plá, “dada a índole das normas declaradas irrenunciáveis, as renúncias que se fizerem contra as mesmas carecem de todos efeito: são absolutamente ineficazes, ou seja, insanavelmente nulas.”¹⁸³

3.6 Interesse público *versus* interesse de classe

Esse tópico relaciona-se intimamente com o referente aos direitos de ordem pública, anteriormente estudados. A diferença está na abordagem de tal característica dos direitos trabalhistas em contraposição aos interesses classistas.

Aos sindicatos cabe defender os interesses coletivos e individuais da categoria. É importante ressaltar que o Direito Coletivo se situa entre o interesse público e o individual, com eles não se confundindo.¹⁸⁴

Wolney de Macedo Cordeiro, visando estabelecer uma relação de hierarquia entre interesse público e classista, explica-nos que

A coletividade dos interesses da categoria não coincide necessariamente com os interesses gerais da sociedade. O instrumento regulador das relações de

¹⁸⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5ª ed. São Paulo : LTr, 2011, p. 205.

¹⁸¹ MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. *A intangibilidade dos direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2009, p. 104

¹⁸² *Ibidem*, p. 107.

¹⁸³ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradutor: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 190.

¹⁸⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito coletivo do trabalho na constituição brasileira. In: *Direito do trabalho: estudos em homenagem ao prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva*. São Paulo : Ltr, 1998. p. 39.

trabalho pode ser desejável para a categoria, na medida em que atende os seus interesses particularizados, todavia pode ser socialmente indesejável por contrariar o interesse público. A sociedade não é formada de compartimentos estanques; todas as decisões tomadas interagem e repercutem no todo social.¹⁸⁵

E prossegue

O que pode ser vantajoso para as categorias envolvidas, e mesmo para o trabalhador individualmente considerado, pode não ser socialmente aceitável. Os interesses que devem ser tutelados não podem se contrapor ao bem comum e ao interesse público. O nosso ordenamento jurídico é pautado em função de princípios e garantias inalienáveis que não podem ser objeto de livre estipulação. Direitos que muitas vezes apresentam um caráter eminentemente patrimonial apresentam uma significação global bem mais ampla por força do próprio enfraquecimento do sistema protetivo.

A própria CLT estabelece, em seu art. 8º, que as autoridades competentes decidirão “sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

Alice Monteiro de Barros afirma, no mesmo sentido, que

na negociação coletiva, nenhum interesse de classe deverá prevalecer sobre o interesse público, não podendo, entretanto, ser transacionados preceitos que resguardam a saúde do obreiro, como os relativos à higiene e segurança do trabalho, e também os que se referem à integridade moral, situando-se aqui o direito à honra, à intimidade, à boa fama, à privacidade.¹⁸⁶

Por fim, Amauri Mascaro Nascimento leciona que existem direitos trabalhistas que não podem ser entregues à liberdade convencional. Não se situam no âmbito próprio da autonomia coletiva dos particulares. Interessam a toda a sociedade, como direitos de ordem pública: o direito à proteção da integridade física, da saúde, do descanso, a liberdade de trabalho, de consciência, de convicção política, são garantidos pela legislação.¹⁸⁷

As normas que regulam interesses públicos, em outras palavras, são aquelas que dispõem acerca de condições fundamentais à vida social, que afetam o âmago da organização da comunidade.¹⁸⁸

¹⁸⁵ CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Limitações estruturais para o exercício da autonomia privada coletiva como suporte da negociação sindical*. In: Revista de direito do trabalho, v. 32, n. 121, p. 277-278, jan./mar. 2006.

¹⁸⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4ª ed. São Paulo : LTr, 2011.

¹⁸⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 6ª ed. São Paulo : LTr, 2009, p. 448.

¹⁸⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradutor: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 153.

3.7 Flexibilização

Referiu-se previamente à abordagem histórica da autonomia negocial. Cumpre ressaltar o surgimento de uma nova tendência: a de ressuscitar a noção de intangibilidade da autonomia da vontade, com a justificativa de se impor a segurança jurídica.¹⁸⁹

A perspectiva de que as ideias expostas no constitucionalismo social são inexecutáveis,¹⁹⁰ aliada a uma legislação trabalhista ampla, rígida e distanciada da realidade social¹⁹¹, serviram de fundamento para a defesa de uma desregulamentação do Direito do Trabalho. O Estado Social perde gradualmente sua força devido à atenuação do seu poder interventivo.¹⁹²

Ocorre que a necessidade de revisão e compatibilização da legislação trabalhista à época atual e aos interesses dos trabalhadores e empregadores não justifica a sua revogação. A flexibilização das condições de trabalho não pode ser confundida com a desregulamentação, pois, conforme salienta Otávio Brito Lopes, citando Arnaldo Süssekind, esta “retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindos da relação de emprego”.¹⁹³

Wolney de Macedo Cordeiro reconhece ser

possível conceber um sistema de proteção das relações de trabalho pautado exclusivamente na atuação estatal. Muito embora tal modelo definitivamente não seja o mais adequado para as regulações do trabalho humano, revelou-se ele exequível, principalmente se tomarmos como o base o sistema regulador brasileiro de origem corporativista. O que não se concebe é um sistema regulador de relações de trabalho sem a interferência do Estado.¹⁹⁴

Conforme já aduzido, a atuação do interesse privado pura e simplesmente não conduz à ordem social plena, o que já foi historicamente comprovado pela decadência das

¹⁸⁹ CORDEIRO, Wolney de Macedo. Limitações estruturais para o exercício da autonomia privada coletiva como suporte da negociação sindical. In: *Revista de direito do trabalho*, v. 32, n. 121, p. 266, jan./mar. 2006.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 268.

¹⁹¹ LOPES, Otávio Brito. Limites constitucionais à negociação coletiva. In: *Revista LTr : legislação do trabalho*, v. 64, n. 6, p. 715, jun. 2000.

¹⁹² CORDEIRO, Wolney de Macedo. Limitações estruturais para o exercício da autonomia privada coletiva como suporte da negociação sindical. In: *Revista de direito do trabalho*, v. 32, n. 121, p. 268, jan./mar. 2006.

¹⁹³ LOPES, Otávio Brito. Limites constitucionais à negociação coletiva. In: *Revista LTr : legislação do trabalho*, v. 64, n. 6, p. 716-717, jun. 2000.

¹⁹⁴ CORDEIRO, Wolney de Macedo. Limitações estruturais para o exercício da autonomia privada coletiva como suporte da negociação sindical. In: *Revista de direito do trabalho*, v. 32, n. 121, p. 277, jan./mar. 2006.

teorias liberais burguesas. Ademais, a desregulamentação do Direito do Trabalho vai de encontro ao princípio da proteção extraído do art. 7º, previamente abordado, no sentido de que a legislação traduz um rol mínimo de direitos trabalhistas a serem ampliados na esfera particular do contrato individual ou coletivo.

Em consonância com o que já foi abordado no presente trabalho, tem-se que a própria CF/88 trouxe hipóteses de flexibilização dos direitos trabalhistas: em relação ao salário (art. 7º, inciso VI) e à jornada de trabalho (art. 7º, incisos XIII e XIV). Fora dessas hipóteses, a flexibilização não pode ser aplicada, especialmente se esbarrar em direitos irrenunciáveis, em interesses públicos ou em patamares mínimos de condições de trabalho legalmente estabelecidos.

4. A COMPENSAÇÃO DE JORNADA EM ATIVIDADE INSALUBRE

Abordados os diferentes aspectos nos quais se desdobra o conflito normativo em análise, passa-se ao caso concreto da possibilidade de compensação de horas no âmbito das atividades insalubres.

4.1 O conflito entre o artigo 60 da CLT e o art. 7º, XIII, da Constituição

O art. 60 da CLT, editado em 1943, determina que, nos casos de atividades insalubres, quaisquer prorrogações de jornada só podem ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho. O dispositivo tem caráter eminentemente protetivo, atribuindo à autoridade do Ministério do Trabalho competência para autorizar a prorrogação de jornada, por possuir ela o conhecimento técnico-científico necessário à análise dos danos à saúde do trabalhador provenientes dessa compensação. O trabalho prorrogado em atividade insalubre é mais nocivo ao empregado, atentando contra sua saúde, diminuindo sua atenção e favorecendo a ocorrência de acidentes, em virtude do seu cansaço. Daí porque a necessidade de autorização prévia da autoridade do Ministério do Trabalho para o prolongamento do horário de trabalho nessas atividades.¹⁹⁵

O escopo do dispositivo é proteger a saúde do trabalhador, pois os limites de exposição a agentes insalubres foram determinados com base na jornada de 8 horas. Decorrência lógica da prorrogação de horas é a exposição prolongada do trabalhador a tais agentes. Dessa forma, é necessário novo cálculo dos limites aceitáveis, dentro nos quais não haveria prejuízo à saúde do trabalhador. A autoridade poderia recomendar a execução do trabalho parcialmente em ambiente insalubre e parcialmente em ambiente normal ou que o empregador adotasse providências que minorassem a intensidade dos agentes insalubres.¹⁹⁶

A própria OIT, em uma de suas publicações, afirmou que

Limites de exposição laboral a riscos químicos e padrões similares para alguns riscos físicos como ruídos tendem a ser baseados em um “padrão” de oito horas diárias. Isso sempre foi uma dificuldade potencial em relação ao trabalho extraordinário, mas o problema foi trazido a foco mais nítido nos últimos anos pela popularidade crescente de turnos de 12 horas. Além disso, o aumento do risco de problemas musculoesqueléticos resultantes de longos períodos de trabalho ainda não foi totalmente resolvido. Essa é uma área

¹⁹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 97.

¹⁹⁶ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*, vol. 3: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 74.

complexa, particularmente em relação aos efeitos da exposição a produtos químicos, em que dados obtidos em animais, dos quais muitos limites derivam, foram coletados com o limite de 8 horas em mente. Essa não é uma questão que pode ser negligenciada indefinidamente, no entanto.¹⁹⁷

No mesmo estudo, é reconhecido que, apesar de ser a jornada extraordinária tratada pelos pesquisadores da área como um potencial dano à saúde, não há nenhuma evidência científica de que o trabalho em si seja prejudicial ao ser humano. Pelo contrário, vários estudos mostram que os empregados são física e psicologicamente mais saudáveis que os desempregados. No entanto, situação diversa se daria quanto às atividades insalubres. Aconselha-se que a compensação de jornada não seja realizada em locais que envolvam exposição a agentes insalubres, pois o trabalho extraordinário não pode colocar o trabalhador em risco em razão de uma exposição prolongada a tais agentes.¹⁹⁸

Em 1988, promulgada a Constituição Federal, passou a ser requisito para a compensação de jornada a celebração de negociação coletiva. O seu art. 7º, inciso XIII, estabelece que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

Da leitura do referido dispositivo surge a possibilidade de interpretação segundo a qual a Constituição Federal não teria recepcionado o artigo 60 da CLT. Isso porque aquela estipula apenas um requisito à compensação coletiva: que ela tenha sido acordada mediante instrumento coletivo. Não se referindo expressamente à licença do MTE nos casos de atividade insalubre, teria a Carta Magna excluído essa formalidade, restando o art. 60 da CLT não recepcionado pelo novo ordenamento jurídico constitucional.

Cumprir distinguir compensação de prorrogação, pois essa é gênero do qual aquela é espécie. A prorrogação ocorre sempre que a jornada normal de trabalho é excedida. Já a compensação é uma forma de prorrogação em que as horas excedentes das normais prestadas num dia são deduzidas em outros dias ou as horas não trabalhadas são futuramente repostas.¹⁹⁹

¹⁹⁷ SPURGEON, Anne. *Working time: its impact on safety and health*. Disponível em : http://intranet.oit.org.pe/WDMS/bib/virtual/coleccion_tem/condic_trab/working_time_wtwo_03_oit.pdf. Acesso em: 26.04.12, tradução livre. Acesso em: 10/04/2012.

¹⁹⁸ *Ob. loc. cit.*

¹⁹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 35ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 298.

A análise da questão envolve hermenêutica mais aprofundada, baseada não apenas na interpretação literal do dispositivo constitucional, mas também na sistemática e teleológica.

4.1.1 A compensação de horas mediante acordo individual

A análise da Súmula nº 85, I, do TST, é necessária à compreensão global do tema, ainda que não influencie o presente trabalho, conforme será demonstrado. O dispositivo reconhece a validade de compensação de jornada ajustada por acordo individual, apesar da Constituição Federal autorizar, literalmente, a prorrogação horária mediante compensação com base em “acordo ou convenção coletiva”.²⁰⁰

A CLT determina, em seu artigo 59, que tal ajuste pode se dar “mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho”. Depreende-se que o TST partiu da premissa de que o texto da Constituição Federal estaria em consonância com o da Consolidação das Leis do Trabalho, apenas sob uma redação sintetizada. Ademais, parece ter o Tribunal entendido que o termo “coletiva”, por concordar em gênero com “convenção”, referia-se apenas a essa, em detrimento de “acordo”.

Ocorre que apesar de ser o primeiro passo na interpretação de um texto, a mera literalidade da norma é insuficiente porque não considera a unidade que constitui o ordenamento jurídico e sua adequação à realidade social. É preciso buscar outros aspectos como a finalidade da lei, a realidade histórico-social em que foi editada e o sistema jurídico em que se insere.²⁰¹

Na realidade, de acordo com as normas gramaticais pátrias, quando um adjetivo refere-se a mais de um substantivo e encontra-se posposto a eles, pode tanto concordar com o substantivo mais próximo como ir para o plural.²⁰² Logo, mesmo pela interpretação literal, tem-se que o acordo a que se referiu o constituinte no artigo 7º, XIII, da

²⁰⁰ Art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal: “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”

²⁰¹ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*, 26ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 433 - 434.

²⁰² FARACO, Carlos Emílio; MOURA, Francisco Marto. *Gramática*, 19ª ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 552.

CF, pode ser o coletivo. Afora isso, cumpre afirmar que a interpretação da lei deve ser pautada não apenas por sua “letra”, mas também por seu “espírito”.²⁰³

Nesse sentido, quando a Constituição pretende restringir a interpretação à negociação coletiva reporta-se a “convenção ou acordo coletivo”, como ocorre no art. 7º, XXVI, da CF, ou a “negociação coletiva”, no inciso XIV do mesmo artigo. Logo, a intenção do legislador teria sido propositadamente conferir dubiedade à palavra. Como a compensação de jornada tende a ser predominantemente favorável ao trabalhador, permitindo-lhe a disponibilidade pessoal dos seus dias, e os instrumentos coletivos são raríssimos no contexto dos pequenos empreendimentos, em que se concentram as relações de emprego do país, surge a necessidade de acordos individuais de compensação sem a mediação da entidade de classe. Segundo Maurício Godinho, o direito é uma “fórmula de lógica e sensatez socialmente ajustada”, motivo pelo qual a Constituição não impôs formalismos que desrespeitassem o próprio espírito e objetivos maiores do Direito do Trabalho.²⁰⁴

A possibilidade de compensação mediante acordo individual nas atividades em geral, além de viável, é necessária. No entanto, quando se refere a atividades insalubres, a questão assume outra vertente, pois nesses casos a aplicação da Súmula 85, I, do TST mostra-se incabível. Tal conclusão é ainda mais evidente caso se entenda, no bojo do conflito normativo ora estudado, pela validade do artigo 60 da CLT, ou seja, que há a necessidade de licença da autoridade competente para compensações de jornada nas atividades insalubres.

A situação do empregado que labora em ambiente insalubre assemelha-se à do trabalhador menor de 18 anos. A CLT criou em favor desse tutela especial e mais rigorosa, ao exigir que a figura da compensação seja ajustada exclusivamente em instrumentos coletivos. Para esse fim, referiu-se em seu artigo 413, I, a “convenção ou acordo coletivo”.²⁰⁵

Discute-se no presente trabalho se essa proteção deve ser estendida aos trabalhadores expostos a agentes insalubres. A mesma fragilidade presumida quanto ao trabalhador menor o deve ser quanto ao exposto a agentes danosos à saúde. Logo, por se tratar de espécie de trabalho delicada, em que a hipossuficiência inerente à figura do trabalhador encontra-se ainda mais acentuada, faz-se necessária a intervenção do sindicato. Ademais, conforme previamente afirmado, caso se entenda pela aplicação do artigo 60 da CLT, é inviável que cada empregador isoladamente, a cada acordo individual de trabalho em que

²⁰³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 106.

²⁰⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 828 - 830.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 840.

ajustar compensação de jornada, dependa da autorização do Ministério do Trabalho. Tal interpretação não apenas sobrecarregaria a Administração Pública como também exporia o trabalhador a riscos que ele próprio não tem capacidade de dimensionar.

Da mesma forma, a dependência da licença da autoridade competente pode prejudicar o andamento normal das atividades empresariais, pois a compensação não pode ser realizada até que haja autorização. Por outro lado, caso se estimule essa pactuação por meio de instrumento coletivo, ao empregador bastaria seguir as instruções da autoridade que procedeu ao exame do ambiente, métodos e processos de trabalho, no processo de negociação coletiva.

Com base nos argumentos expostos, não se levará em conta a redação da Súmula nº 85, I, do TST quando se falar em atividades insalubres.

4.2 A cancelada Súmula 349/TST

Em 1996 foi editada sobre o tema a Súmula nº 349/TST, cuja validade estendeu-se até 2011. Eis o seu teor:

ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO EM ATIVIDADE INSALUBRE, CELEBRADO POR ACORDO COLETIVO. VALIDADE. A validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/1988; art. 60 da CLT).

No processo em que foi suscitado o Incidente de Uniformização de Jurisprudência que culminou na referida Súmula, a reclamada pretendia, em sede de recurso de revista, a modificação da sentença de primeiro grau, mantida pelo TRT da 4ª Região, que declarou a nulidade da compensação de jornada em atividade insalubre sem licença prévia do Ministério do Trabalho e condenou a Reclamada a responder pelas horas trabalhadas além da jornada normal diária. Alegou-se que o artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988 revogou o art. 60 da CLT.

A 5ª Turma do TST manteve o entendimento do Regional, sob a afirmação de que:

O artigo 7º, inciso XIII da Constituição Federal de 1988 não revogou o artigo 60 da CLT.

Quando o constituinte dispôs que a compensação de horários e a redução da jornada devem ocorrer mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, nada mais fez senão alçar nível constitucional à norma contida no artigo 59 da CLT e que há muito fazia parte do Direito Laboral Pátrio.

Entender que tal disposição constitucional teve o condão de “estabelecer como único critério para a compensação de jornada em todo e qualquer caso, apenas a convenção ou acordo coletivo” é conferir-lhe interpretação por demais extensiva.

O contido no artigo 7º, inciso XIII, é nada mais que um requisito mínimo e geral para uma Empresa que deseje compensar a jornada de trabalho de seus funcionários. Caso as condições do trabalho ocorram em situações especiais, como é o caso do labor em local insalubre, e a lei estabeleça exigências mais específicas para a concessão de regime compensatório, tais ditames devem ser cumpridos regiamente.

Desta forma, o artigo 60 da CLT, tendo o escopo de proteger a saúde dos trabalhadores, continua válido e em plena consonância com a Constituição Federal e o ordenamento jurídico brasileiro. E a Empresa que “adota” compensação horária, tendo trabalhadores laborando em condições insalubres, sem pedir a homologação do acordo pelo Ministério do Trabalho, incorre em nulidade do ato praticado e deve responder pelas horas trabalhadas além da jornada normal diária. [sem grifo no original]²⁰⁶

Irresignada, a reclamada apresentou embargos à SDI, tendo o relator entendido que

A tese no mérito é a revogação do artigo 60 da CLT pelo art. 7º, XIII, da Constituição Federal.

Não vislumbro qualquer incompatibilidade entre o artigo 60 da CLT e o inciso XIII do art. 7º da Carta Magna.

O texto constitucional cuida das situações normais de prorrogação da jornada de trabalho mediante compensação, e o inciso XXII recomenda a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

O artigo 60 da CLT, ao proibir qualquer prorrogação da jornada em local insalubre, ainda que por acordo, salvo licença prévia das autoridades competentes em matéria de medicina do trabalho, está em harmonia com o inciso XXII do artigo 7º da Carta Magna.

A razão é simples.

O Estado tem o dever de garantir os direitos sociais à saúde e à previdência social.

O trabalho normal em local insalubre é prejudicial à saúde do trabalhador, mas precisa ser feito com os riscos a ele inerentes.

O trabalho suplementar em atividade insalubre expõe ainda mais o trabalhador e, ainda que seja feito para compensar a diminuição da jornada em outro dia, é indispensável que as autoridades competentes o aprovelem para que fique claramente constatado que o dano à saúde do trabalhador permanece o mesmo e é suportável no período de prorrogação.

Algumas atividades insalubres ainda comportam a prorrogação da jornada, outras seguramente não, por isso só a autoridade competente e especializada em medicina do trabalho é que poderá dizer se a prorrogação da jornada, em

²⁰⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho/5ª Turma. RR nº 78.708/93.6. Curtume Mattes S/A e Ivete Maria Roth. Relator Min. Armando de Brito, 18/11/1993. Acervo do TST. Recurso improvido por unanimidade.

regime de compensação ou não, causará dano maior à saúde do trabalhador. Certamente que essa autoridade especializada não é a assembleia geral do sindicato dos trabalhadores.

Ante o exposto, e considerando que o artigo 60 da CLT está em harmonia como inciso XXII do artigo 7º da Constituição Federal, nego provimento. [sem grifo no original]²⁰⁷

O processo, no entanto, foi suspenso e remetido ao Órgão Especial para apreciação do conflito de teses, face ao Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado pelo Ministro Francisco Fausto. No Órgão Especial, concluiu-se pela adoção do já exposto enunciado, em contraposição ao entendimento esposado em todas as outras instâncias, “tendo em vista a liberdade assegurada pela Constituição. Do ponto de vista prático, há a convicção de que numa negociação coletiva, os sindicatos interessados exercerão uma fiscalização eficiente”.²⁰⁸

Tendo-se em mente a pobreza de fundamentos jurídicos a ampararem esse posicionamento, o que provavelmente motivou o TST a editar a Súmula foi o clamor social das empresas ante a dificuldade de conseguir junto ao Ministério do Trabalho a validação da compensação de jornada. Há empresas em que a atividade não pode parar e a compensação é necessária naquela semana ou naquele mês. Logo, a mora na concessão da licença acabaria emperrando as atividades empresariais.

A tendência à flexibilização das normas trabalhistas, buscando-se adaptá-las à realidade social, não cabe quando se trata de norma de ordem pública. O interesse empresarial não deve nem pode sobrepor-se aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados ao trabalhador, dentre eles a vida, a saúde e a dignidade do trabalho. A empresa deve ser a primeira a se interessar pela saúde do empregado, pois sem ele não há atividade produtiva.

Ademais, essa prioridade concedida ao interesse empresarial vai de encontro ao princípio da proteção, eis que a verdadeira intenção da Súmula é mascarada pelo discurso de proteção aos instrumentos coletivos, conquistas históricas dos trabalhadores, reconhecidas inclusive pela Constituição de 1988.

²⁰⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho/SDI-1. E-RR nº 78.708/93.6. Curtume Mattes S/A e Ivete Maria Roth. Relator Juiz Euclides Alcides Rocha, 05/12/1995. Acervo do TST. Julgamento suspenso e remetido ao Órgão Especial.

²⁰⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho/Órgão Especial. IUJ-E-RR nº 78.708/93.6. Curtume Mattes S/A e Ivete Maria Roth. Relator Min. Galba Veloso, 01/06/1996. Acervo do TST. Adoção da tese ventilada na S. 349, vencidos os Ministros Valdir Riguette, Francisco Fausto, Rider de Brito e José Luciano de Castilho.

Não se pretende, aqui, desmerecer tais institutos, que sem dúvida alguma são direitos de suma importância na medida em que permitem uma negociação menos desigual entre o domínio econômico e a massa trabalhadora. No entanto, não é difícil visualizar que, podendo optar entre o direito à negociação coletiva e a proteção à sua saúde, o “homem médio” escolheria essa última.

Outrossim, não há lógica em ser o trabalhador tolhido em seus direitos fundamentais devido ao funcionamento precário da Administração Pública que infelizmente não atende aos princípios da celeridade e da eficiência. Desse modo, a Súmula 349 do TST consagrou a pressão empresarial por maiores facilidades na compensação de jornada, em detrimento da previsão constitucional de “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (artigo 7º, XXII), incorrendo em flagrante inobservância ao princípio da proteção.

Cumprido esclarecer que o âmbito de aplicação da referida orientação era restrito às prorrogações por compensação de jornada e pactuada por instrumento coletivo. Na simples prorrogação de jornada mediante pagamento de horas extras deveria ser aplicado o art. 60 da CLT, ainda que ela tivesse sido coletivamente pactuada.²⁰⁹

4.3 Posicionamento atual do TST

Entre os dias 16 e 20 de maio de 2011, o TST promoveu a Semana do TST, em que as sessões ordinárias de julgamento foram suspensas e os Ministros participaram de uma série de reuniões e debates acerca da jurisprudência da Corte. Na semana seguinte, o Tribunal Pleno analisou as propostas e decidiu pela criação de duas súmulas, alteração de duas Orientações Jurisprudenciais e nove Súmulas e cancelamento de cinco Orientações Jurisprudenciais e uma Súmula, a 349.²¹⁰

Não obstante tenha o Tribunal acertado em cancelar o entendimento jurisprudencial esposado na Súmula 349, o problema persiste. Se a referida Súmula norteava a aplicação do direito, agora há um campo de subjetividade do juiz, que ainda poderá continuar decidindo em consonância com o que aquela dispunha.

²⁰⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 863.

²¹⁰ Disponível em:

http://www.tst.gov.br/web/guest/noticias?p_p_auth=dixnLO10&p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=375553&_15_version=1.3. Acesso em: 10/04/2012.

Nesse sentido, o mais correto seria que o TST procedesse a estudo aprofundado do tema a fim de, em breve, editar Súmula em sentido contrário ao que dispunha a cancelada 349. Entende-se ainda que não era razoável exigir do Tribunal, à época do cancelamento dessa, que imediatamente mudasse formalmente seu entendimento acerca do assunto. Tendo a Súmula subsistido por cerca de 15 anos, uma mudança abrupta de entendimento poderia gerar insegurança jurídica. No entanto, tal constatação não afasta a necessidade de se nortear a jurisprudência no sentido da aplicação do art. 60 da CLT.

4.4 Solução para o conflito entre normas

Com base nos estudos de Alexy acerca dos direitos fundamentais, abordados no primeiro capítulo da presente pesquisa, é possível depreender que, no caso concreto em análise, ocorrem dois tipos de antinomia:

A. Conflito entre as regras do artigo 60 da CLT e do art. 7º, XIII, da CF.

B. Colisão entre os princípios dos incisos XXII e XXVI, ambos do artigo 7º da CF.

Isso posto, proceder-se-á à análise da problemática de acordo com a classificação proposta, tendo-se em mente que a resolução de antinomias não se pode dar simplesmente optando-se pela norma que parecer, subjetivamente ao intérprete, mais favorável ao trabalhador. Ela deve observar critérios objetivos e científicos de hermenêutica.

4.4.1 Regras clássicas de hermenêutica

Quanto ao conflito entre regras, observem-se as lições de Norberto Bobbio, que define antinomias como situações nas quais há incompatibilidade entre normas jurídicas pertencentes ao mesmo ordenamento e que possuam mesmo âmbito de validade.²¹¹ Em relação a esse último, distingue as antinomias da seguinte forma:

a) Mesmo âmbito de validade: em nenhum caso a norma pode ser aplicada sem colidir com a outra.

²¹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 81.

b) Âmbito de validade parcialmente igual: o conflito não existe no âmbito de validade diferente.

c) Âmbito de validade igual, porém um mais amplo que o outro: o conflito existe parcialmente em relação à norma mais ampla e totalmente em relação à norma mais restrita.²¹²

Para esta pesquisa, interessa a última classificação, pois a norma constitucional aplica-se a toda e qualquer hipótese de compensação de jornada, que só pode ser acordada mediante instrumento coletivo. Já a norma consolidada tem sua aplicação restrita às hipóteses de labor em ambiente insalubre. Nesses casos, além do requisito geral previsto na Carta Magna, é necessário também o requisito específico de autorização da autoridade competente cujo objetivo é proteger a saúde do empregado. O art. 60 da CLT, portanto, seria a norma de âmbito de validade mais restrito, enquanto o art. 7º, XIII, seria a norma de âmbito mais amplo.

Logo, conclui-se que o conflito existe apenas em relação ao caso específico de compensação de horas em atividade insalubre. Nessa hipótese, aplica-se somente o requisito geral previsto na Constituição Federal ou também o requisito específico da CLT? Teria sido a intenção do Constituinte, ao silenciar sobre o assunto, afastar a aplicação da norma consolidada? Tais conclusões serão expostas posteriormente.

4.4.1.1 *Crterios para soluo de conflitos*

Ainda segundo Norberto Bobbio, haveria trs critrios para a soluo de conflitos: a) cronolgico; b) hierárquico; c) de especialidade, podendo ocorrer antinomia entre normas contemporneas, de mesmo nvel, ou ambas gerais, e em tais casos surgem trs possibilidades: eliminar uma das normas, eliminar ambas ou conservar as duas.²¹³

A conservao de ambas as normas é a soluo mais comumente adotada pelo intérprete através da demonstrao de que a incompatibilidade é meramente aparente, derivada de uma má interpretao. Segundo o autor, o sistema jurdico deve ser mantido com

²¹² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurdico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 86-91.

²¹³ *Ibidem*, p. 92.

a menor desordem possível, tentando-se de todas as formas dar sentido à norma jurídica antes de ab-rojá-la.²¹⁴

É possível e preferível, portanto, manter duas normas jurídicas, harmonizando-as, ao invés de optar por apenas uma delas.

4.4.1.2 Solução de conflitos entre critérios

No caso do conflito ora estudado é possível aplicar, a princípio, qualquer um dos referidos critérios. Bobbio, no entanto, ensina-nos que os critérios hierárquico e de especialidade prevalecem sobre o cronológico e que, dentre aqueles dois:

a gravidade do conflito deriva do fato de que estão em jogo dois valores fundamentais de todo ordenamento jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia e, portanto, do critério da superioridade, e o da justiça, que exige a adaptação gradual do Direito às necessidades sociais e, portanto, respeito do critério da especialidade. Teoricamente, deveria prevalecer o critério hierárquico: se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pode derogar os princípios constitucionais, que são normas generalíssimas, os princípios fundamentais de um ordenamento jurídico seriam destinados a se esvaziar rapidamente de qualquer conteúdo. Mas, na prática, a exigência de adaptar os princípios gerais de uma Constituição às sempre novas situações leva frequentemente a fazer triunfar a lei especial, mesmo que ordinária, sobre a constitucional.²¹⁵

Pelo critério da especialidade, portanto, tem-se que a compensação de jornada, no âmbito específico das atividades insalubres, deve ser regida pelo art. 60 da CLT e pelo art. 7º, XIII, da CF, e nas demais atividades, pelo art. 7º, XIII, da CF.

Chega-se à mesma conclusão a partir da teoria de Alexy. Segundo esse autor, o conflito deve ser solucionado através da cláusula de exceção ou, se assim não for possível, no campo da validade, sendo uma das normas antagônicas extirpada do ordenamento jurídico. No caso em análise, é possível inserir a referida cláusula de exceção: para que haja compensação de jornada, é necessário que ela seja pactuada por instrumento coletivo, com exceção da compensação de jornada em atividades insalubres, em que há mais um requisito – a autorização do MTE, constatando que não haverá dano ao trabalhador.²¹⁶

²¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 105.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 109.

²¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

Pelo critério hierárquico, sabe-se que a Carta Magna é superior à CLT que foi, na época de sua elaboração, editada sob a forma de Decreto-Lei, tendo sido recepcionada pela CF/88 como lei ordinária, pois não há mais previsão daquela espécie normativa em nosso ordenamento jurídico.

Não obstante tal elucidação, tem-se que na pirâmide normativa da hierarquia das normas jurídicas trabalhistas o vértice aponta para a norma que assegurar a melhor condição para o trabalhador, segundo uma dinâmica que não coincide com a distribuição estática de leis em graus de hierarquia, do direito comum.²¹⁷ Isso ocorre devido ao princípio da proteção, estudado a seguir.

Logo, se, por um lado, o requisito do art. 60 da CLT restringe o âmbito da autonomia negocial coletiva, amplia o da proteção à saúde do trabalhador. Sendo a saúde um direito de ordem pública, de interesse da sociedade como um todo, deve prevalecer sobre a negociação coletiva. Nesse sentido dispõe o artigo 8º da CLT:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (sem grifo no original)

4.4.2 A ponderação de princípios

O conflito entre as referidas regras redonda ainda na colisão entre os princípios do reconhecimento das convenções e acordos coletivos e da redução dos riscos inerentes ao trabalho, previstos respectivamente no artigo 7º, incisos XXVI e XXII, da Constituição Federal. Observe-se que esse último princípio relaciona-se diretamente com o direito à saúde e à própria vida ao incitar o ordenamento jurídico à adoção de medidas na área de segurança e medicina do trabalho, visando à proteção do trabalhador.

Retomando o que foi estudado no primeiro capítulo acerca da colisão de princípios, tem-se que ela deve ser solucionada não através de uma cláusula de exceção ou declarando-se a invalidade de um deles, como ocorre com a regra, mas sim através do sopesamento, ou seja, da análise dos pesos dos princípios em colisão no caso concreto,

²¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 349.

decidindo-se qual peso tem a maior precedência. Essa precedência de um princípio em face do outro não é absoluta, podendo ocorrer de, em outro caso concreto, a colisão ser resolvida de forma oposta.²¹⁸

O critério de ponderação, no caso em exame, pode ser encontrado na própria Constituição Federal, sob a forma do princípio a seguir estudado.

4.4.2.1 *Princípio Da Proteção*

O princípio da proteção é, segundo a doutrina, o mais importante do Direito do Trabalho, por influir em toda a sua estrutura e lhe conferir características próprias. Segundo ele, todo o ordenamento jurídico trabalhista (com suas regras, institutos e princípios) deve visar a proteção do trabalhador, parte hipossuficiente na relação de emprego, buscando atenuar no campo jurídico o desequilíbrio do plano fático do contrato de trabalho.²¹⁹ O dispositivo, em seu *caput*, erige a nível constitucional o princípio trabalhista da proteção ao dispor que: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.” (sem grifo no original).

Conclui-se que a Constituição estabelece as diretrizes fundamentais dos direitos dos trabalhadores como garantias mínimas. Outras podem ser obtidas por meio de instrumento coletivo ou legislação infraconstitucional.²²⁰ Através desses, os direitos constitucionalmente previstos podem ser majorados, desde que preenchido o requisito da melhora da condição social do trabalhador, sem o que haveria inconstitucionalidade material.

Apesar de se tratar de princípio constitucionalmente enunciado, Américo Plá Rodriguez alerta que tal não se faz necessário, pois a própria natureza do princípio o situa acima do direito positivado. Salienta ainda que ele resulta da orientação de todo o conjunto de normas, do propósito que as inspira, da interpretação coerente com a *ratio legis*. Se o próprio escopo do direito trabalhista é o estabelecimento de um sistema jurídico de proteção ao trabalhador, não pode o intérprete se furtar a essa orientação.²²¹ Segundo Maurício Godinho

²¹⁸ ²¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

²¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 192.

²²⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 343.

²²¹ *Ibidem*, p. 103.

Delgado, “pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente”.²²²

Seguindo a linha do citado autor, ressalta-se que o princípio da proteção possui três formas de aplicação, referindo-se a CF/88 especificamente a uma delas. Vale a pena abordar, ainda que superficialmente, as outras duas, para, em seguida, aprofundar-se o estudo em relação à linha constitucionalmente prevista.²²³

A primeira regra é a do *in dubio, pro operario*, critério que deve utilizar o juiz ou intérprete para escolher, entre os vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador.²²⁴

A regra da condição mais benéfica é o critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para piorar as condições em que se encontrava um trabalhador.²²⁵

Adotando-se a classificação proposta por Américo Plá Rodriguez, conclui-se que o *caput* do art. 7º da Carta Magna, ao possibilitar a criação de outros direitos que visem à melhoria da condição social do trabalhador, refere-se especificamente à regra da norma mais favorável, admitindo que, mesmo através de legislação infraconstitucional ou instrumento coletivo, os direitos trabalhistas mínimos constitucionalmente assegurados sejam ampliados.

O referido autor explica-nos que 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 ao trabalhador, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hermenêutica.²²⁶

Citando Alonso Garcia, Plá Rodriguez menciona uma subdivisão da regra da norma mais favorável em dois sentidos: a) impróprio: não se trata da existência de várias normas aplicáveis a uma única relação jurídica, mas de uma só norma suscetível de vários significados. Esse sentido confunde-se com a regra do *in dubio pro operario*, sendo essa última denominação preferida pelo autor; b) próprio: existem várias regras aplicáveis à situação concreta. Segundo o autor, apenas nesse caso, surge verdadeiramente a regra da

²²² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 192.

²²³ *Ibidem*, p. 107.

²²⁴ *Ibidem*, *ob. loc. cit.*

²²⁵ *Ibidem*, p.131.

²²⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradutor: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 123-124.

norma mais favorável.²²⁷ Não se aplicará, portanto, a norma “superior” dentro de uma escala hierárquica predeterminada, mas a que for mais favorável ao trabalhador.

Finalmente, conclui-se que os princípios da vedação ao retrocesso em direitos sociais²²⁸ e da proteção ao trabalhador²²⁹ são intimamente vinculados. Ambos têm por base a incorporação, pelo ordenamento jurídico, de valores que visam à melhoria da condição social dos destinatários dos direitos em xeque. A positivação de tais valores, na medida em que reflete a evolução da sociedade, é absoluta, não sendo possível atividade legislativa ou interpretação de normas jurídicas tendente a suprimir tais direitos.

Logo, a interpretação que melhor se coaduna com o a *ratio legis* do Direito Trabalhista é aquele que confere maior “peso” à proteção à saúde do trabalhador que ao reconhecimento das negociações coletivas. Isso porque o direito à saúde apresenta, conforme resta demonstrado neste estudo, conteúdo normativo intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que se dá de forma muito menos direta quando se trata de instrumentos coletivos.

No mesmo sentido, consoante a dicção do art. 8º da CLT, o Direito do Trabalho deve ser interpretado de forma que o interesse público prevaleça sobre o interesse coletivo, o que confirma a posição ora defendida.

O art. 60 da CLT é uma das normas que efetiva o previsto no art. 7º, XXII, da CF. A proteção à saúde, higiene e segurança do trabalhador visa à sublimação de um direito maior: o da dignidade da pessoa humana, especificamente no âmbito de sua atividade laboral.

²²⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradutor: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 123.

²²⁸ MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 46-49.

²²⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradutor: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 83-140.

CONCLUSÃO

O tema da compensação de horas em atividade insalubre é de suma importância para o direito do trabalho, por envolver análise de conceitos basilares desse ramo jurídico. Os dois direitos conflitantes no tema proposto fazem parte de um gênero mais amplo, o dos direitos sociais, estudado no primeiro capítulo.

O caráter programático dos direitos sociais, apesar de lhes impor uma baixa densidade normativa, não resulta na sua inaplicabilidade, ineficácia ou inexigibilidade. Outrossim, os direitos sociais dão origem a situações jurídicas subjetivas em que compreendem-se tanto as liberdades sociais como as prestações positivas por parte do Estado e de particulares (como no caso dos direitos trabalhistas). Nesse sentido, pode-se dizer ainda que os direitos sociais são aplicáveis entre particulares na sua dimensão prestacional quando se estiver falando de relações “de poder”: aquelas em que o ordenamento jurídico presume hipossuficiência de uma das partes em relação à outra. É o caso das relações de consumo e de trabalho.

Importante salientar também que os direitos sociais fazem parte dos direitos fundamentais, sendo classificados como de 2ª geração. Decorre daí que eles são imediatamente aplicáveis, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, e são ainda impassíveis de abolição, ainda que por meio de emenda constitucional. Essa última decorrência encontra-se em consonância ainda com o princípio da vedação do retrocesso, norteador dos direitos sociais, segundo o qual as conquistas sociais devem ser respeitadas a fim de que se atinja o Estado Democrático de Direito Social.

No estudo do direito à saúde, percebeu-se que sua análise tem evoluído no sentido de relacioná-lo não apenas à integridade física do trabalhador, mas com diversos outros fatores que influenciam o seu bem-estar - como o ambiente de trabalho, a forma pela qual o trabalho é executado, a jornada e as relações entre empregados e empregadores, dentre outros.

Foi dado relevante enfoque à vinculação do direito à saúde com o princípio da dignidade da pessoa humana, à medida em que a proteção ao bem-estar do trabalhador lhe permite seu pleno desenvolvimento enquanto pessoa.

A proteção à saúde do trabalhador é disciplinada não apenas pela Constituição Federal, mas também pela legislação infraconstitucional através da CLT, outras leis e as convenções da OIT. Dentre as normas consolidadas, destaca-se o artigo 189 que

conceitua as atividades insalubres como aquelas em que há exposição a agentes nocivos à saúde acima dos limites de tolerância. Nesse sentido, cumpre lembrar que o Ministério do Trabalho, através da NR-15, disciplina quais são esses limites. Frise-se, ademais, que tais limites de exposição foram calculados com base na jornada de 8 horas diárias e 48 semanais, hoje reduzida pela CF/88 para 44 horas semanais.

Em seguida, foi abordada a questão da autonomia negocial coletiva e seus limites, sob três prismas: a negociação coletiva e a lei, o princípio da irrenunciabilidade e o interesse público *versus* o interesse de classe. Concluiu-se que os instrumentos coletivos só podem dispor *in pejus* quando a lei assim o permitir e que fora dessas hipóteses os direitos trabalhistas são indisponíveis, ou seja, não podem ser renunciados nem tampouco transacionados. Deve-se observar, ademais, o interesse público que não pode restar preterido em face do interesse da categoria.

Por último, foi feita a análise da antinomia em si, tomando-se por base os debates acerca do tema no TST que resultaram na edição da Súmula 349, hoje cancelada.

A presente pesquisa concluiu pela validade do artigo 60 da CLT, justamente por ser um dispositivo que concretiza a determinação constitucional de “redução dos riscos inerentes ao trabalho, através da adoção de medidas de higiene e segurança” bem como o direito à saúde, previsto dentre os direitos sociais.

A questão desdobra-se em duas problemáticas: em primeiro lugar, trata-se de um conflito entre os requisitos elencados pelo artigo 60 da CLT e pelo artigo 7º, XIII, da Constituição Federal. Em segundo lugar, há ainda uma antinomia que transcende a análise desses dispositivos legais: a colisão entre os princípios constitucionais da proteção à saúde do trabalhador e do reconhecimento dos acordos e convenções coletivos. Com isso em mente, é necessário solucionar as duas vertentes do problema.

Com base na doutrina de Norberto Bobbio, têm-se três critérios para solucionar o conflito: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade, prevalecendo os dois últimos sobre o primeiro. É possível afirmar que o artigo 60, ao estabelecer um requisito a mais apenas para aquelas atividades realizadas em ambiente insalubre, atua como norma de natureza especial. Já a Carta Magna, nessa comparação, seria a norma de natureza geral, à medida em que estabelece um único requisito para as compensações de jornada em geral, qualquer que seja o ambiente da prestação de serviço: que sejam acordadas mediante instrumento coletivo.

Em relação ao critério hierárquico, foi defendido no presente estudo que a hierarquia de normas trabalhistas deve ser pautada não apenas pela sua fonte legisladora, mas pelo seu conteúdo de proteção jurídica à fragilidade do trabalhador. Em outras palavras, deve-se observar o princípio da norma mais favorável, positivado no art. 7º, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual prevalece a norma mais benéfica ao empregado. No caso em análise, mais benéfico é que não se permita a exposição prolongada do empregado a agentes insalubres.

Ao mesmo entendimento chega-se a partir das elucidações de Alexy acerca dos conflitos entre regras. A solução seria, no caso, a inserção de uma cláusula de exceção: o requisito para a compensação de horas é que seja acordada mediante instrumento coletivo; exceto nas atividades insalubres, em que há mais um requisito – a licença da autoridade competente em higiene do trabalho.

O objetivo dessa licença é o ponto de partida para a análise da colisão entre princípios. Ela visa garantir que a exposição prolongada a agentes insalubres não exceda aos limites legais. Para isso, é necessário que se faça um novo cálculo, pois os limites de exposição a tais agentes foram estabelecidos com base na jornada de 8 horas. Se o empregado se expõe por tempo prolongado, ainda que compense no dia seguinte, certamente o limite terá que ser minorado ou o modo de prestação do serviço deverá ser repensado, a critério da autoridade competente buscando-se a solução mais interessante à preservação da integridade física do trabalhador. Sob essa premissa, é possível proceder à análise dos princípios colidentes.

Os direitos fundamentais em geral traduzem princípios a serem observados por todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, tanto a saúde como a autonomia negocial coletiva do trabalhador devem ser respeitadas pelo Estado e pelos particulares e concretizadas no ordenamento jurídico.

Foi estudado que nem sempre o mesmo princípio irá prevalecer na colisão com outro, pois o sopesamento de ambos depende das circunstâncias do caso concreto. No entanto, no caso em tela, é preciso ter em mente que a *ratio legis* do ordenamento jurídico trabalhista é a proteção à figura do trabalhador, traduzida por um princípio constitucionalmente reconhecido: o da proteção, na sua espécie “norma mais favorável”. Nesse sentido, é necessário determinar qual princípio tem a maior carga de proteção à figura do trabalhador no caso em análise: o do reconhecimento dos instrumentos coletivos, ao permitir que o sindicato negocie a compensação de horas, ou o da redução dos riscos inerentes

ao trabalho, combinado com o da saúde, ao se proibir que o sindicato negocie a prorrogação de horas em atividades insalubres sem que haja prévia licença do MTE. Parece que o princípio com maior “peso”, inclusive por sua maior vinculação com a dignidade da pessoa humana, é o da proteção à saúde do trabalhador.

Ora, sem saúde não há trabalho. Sem trabalho, não há sindicato e sem sindicato, não há negociação coletiva.

Ademais, a par do que foi até agora afirmado, o próprio artigo 8º da CLT estabelece que, na interpretação e aplicação das leis trabalhistas, os interesses de classe ou individuais não prevalecerão sobre o interesse público. Ora, a saúde é claramente de interesse público devido à sua íntima vinculação com a dignidade da pessoa humana. É ainda um direito fundamental para a ordem social. Se não por isso porque em última análise quem custeia o SUS, que receberá o trabalhador doente, é a própria sociedade.

REFERÊNCIAS

MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: JusPODIVM, 2008

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

STERN, Maria de Fátima Coelho Borges; MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica 20 anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradutor: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000.

FILHO, Agassiz Alemida Filho; MELGARÉ, Plínio (Org.). *Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*, vol. 3: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho* 4ª ed.. São Paulo : LTr, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4ª ed. São Paulo : LTr, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Limites da negociação coletiva na perspectiva do projeto de flexibilização da CLT. In: *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 65, n. 12, dez 2001, p. 1419-1431.

LOPES, Otávio Brito. Limites constitucionais à negociação coletiva. In: *Revista LTr : legislação do trabalho*, v. 64, n. 6, jun. 2000, p. 715-721.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. Limitações estruturais para o exercício da autonomia privada coletiva como suporte da negociação sindical. In: *Revista de direito do trabalho*, v. 32, n. 121, jan./mar. 2006, p. 259-279.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 97.

MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. *A intangibilidade dos direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2009

LONGHI, Dânia Fiorin. *Teoria do conglobamento: conflito de normas no contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*, 26ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 433 - 434.

FARACO, Carlos Emílio; MOURA, Francisco Marto. *Gramática*, 19^a ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 552.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 16^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 106