

REFLEXOS DA DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA NAS CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

REFLECTIONS OF THE DECLARATION OF ECONOMIC FREEDOM RIGHTS ON COLLECTIVE LABOR CONVENTIONS

Tacianny Mayara Silva Machado*

RESUMO: O presente artigo busca analisar os impactos da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, conhecida como a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica nas relações do trabalho, notadamente no que se refere à utilização de mão de obra em feriados e domingos, sobretudo, seu alcance nas negociações coletivas de trabalho celebradas no âmbito do comércio, e sua compatibilidade com o art. 6º-A da Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2001.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade Econômica. Convenções Coletivas. Trabalho.

ABSTRACT: This article analyzes the impacts of Law no. 13,874 of September 20, 2019, known as the Declaration of the Rights of Economic Freedom on labor relations, notably with regard to the use of labor on holidays and Sundays, its scope in the collective bargaining negotiations concluded within the scope of commerce, and its compatibility with article 6-A of Law no. 10,101, of December 19, 2001.

KEYWORDS: Economic Freedom. Collective Conventions. Labor.

1 – O porquê da declaração de direitos de liberdade econômica?

Na passagem do século XX para o XXI presenciamos o estado capitalista buscando adquirir um perfil liberal, isso devido ao desmantelamento do modelo econômico do bloco soviético, que ocasionou a desarticulação do estado do bem-estar social nas economias centrais do bloco capitalista e dos seus incipientes nas economias periféricas deste bloco.

Sobre o tema explica Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 22) que “no final do século XX, o estado capitalista tenta reassumir feições liberais, que o haviam caracterizado, ideologicamente, na origem. Isto é, ele procura se livrar de algumas das funções de intervenção na economia, que, após a crise de 1929, lhe foram reservadas”.

* Advogada; assessora jurídica da Presidência da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de Minas Gerais – Fecomércio MG; professora universitária; mestra em Direito do Trabalho pela PUC Minas; membro da Comissão Nacional de Negociação Coletiva da Confederação Nacional do Comércio (CNC); coautora de livros, artigos jurídicos e palestrante.

DOCTRINA

Uma das consequências para o direito da reliberação¹ do Estado capitalista cinge-se na distinção entre direito público e privado, e consequentemente os limites entre as esferas do individual e do coletivo. No direito público defende-se a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, já para o regime de direito privado é enaltecida a autonomia privada e a igualdade entre particulares. Nesse ambiente privatista adverte o professor Fábio Ulhoa que o Estado é convidado a exercer a função de mínima intervenção no domínio econômico onde a autorregulação de interesses assume papel vanguardista.

“O princípio da autonomia da vontade significa que as pessoas podem dispor sobre os seus interesses, por meio de negociações com as outras pessoas envolvidas. Essas negociações, contudo, geram efeitos jurídicos vinculantes, se a ordem positiva assim o estabelecer. A autonomia da vontade, assim, é limitada pela lei.” (COELHO, 2012, p. 22)

No Brasil, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, pode-se afirmar que o direito já vinha adotando fundamentalmente a teoria da empresa vigente na Itália desde o Código Civil italiano de 1942 e, com a aprovação do Projeto de Código Civil Miguel Reale, foi concluído o processo de transição do sistema francês para o italiano, adotando expressamente no art. 966 do nosso Código a teoria da empresa em detrimento dos atos de comércio até então vigente no ordenamento jurídico pátrio.

O Código Civil de 2002 representou um marco para as relações comerciais, trazendo nítida evolução do direito comercial/empresarial que passou a ter como centro das discussões as amplas relações que giram em torno da empresa, e não mais as questões jurídicas pontuais que nascem do exercício do comércio. Assim, restou superada a ideia defendida por Cesare Vivante (1928) que o direito comercial era visto como um “complexo de normas, que regulam os atos jurídicos do tráfico comercial”.

Agora, esse direito passa a ter contornos amplos para abarcar a complexidade do atual modelo econômico vigente no mundo, consoante já defendia Giuseppe Ferri, para quem o “o direito comercial constitui um complexo de normas que regulam a organização e o exercício profissional de uma atividade intermediária dirigida à satisfação das necessidades do mercado em geral e consequentemente os atos singulares nos quais essa atividade se concretiza” (FERRI, 1976).

Esse também é o pensamento do professor Marlon Tomazette (2018):

1 Expressão utilizada pelo professor Fábio Ulhoa Coelho.

DOCTRINA

“É nessa linha que devem ser definidos os contornos do direito empresarial, a partir de um complexo de regras e princípios que disciplina a atividade econômica organizada dirigida à satisfação das necessidades do mercado, e todos os atos nos quais essa atividade se concretiza. À guisa de conclusão, podemos afirmar que o direito comercial é o direito que regula a atividade empresarial e todos os atos que normalmente são praticados no exercício dessa atividade.”

Aliado ao arcabouço legislativo, notadamente o Código Civil de 2002, chamamos atenção para os princípios do direito comercial/empresarial que, na visão do professor Fábio Ulhoa, podem ser classificados em: constitucionais ou legais, gerais ou especiais e explícitos e implícitos. No presente estudo daremos maior ênfase ao princípio constitucional da liberdade de iniciativa elencado no *caput* do art. 170 da Constituição Federal de 1988.

Para abordarmos a liberdade de iniciativa é preciso fazer uma sucinta análise do contexto histórico em que ela surgiu, em especial, na mudança dos meios de produção que afetaram por completo a ordem econômica até a chegada do modelo capitalista.

A partir do surgimento da propriedade privada houve uma verdadeira revolução no modelo de produção que, em síntese, iniciou-se de forma escravagista seguindo para o feudalismo até chegar ao capitalismo. No escravismo, a classe detentora dos meios de produção também possuía posse da pessoa que trabalhava (escravos). Já no feudalismo, os servos eram considerados donos da sua força de trabalho cabendo-lhes cuidar de lavrar a terra do senhor feudal e cumprir as tarefas de segurança, e, em troca, recebiam abrigo e alimentação. Finalmente, no capitalismo os trabalhadores continuam donos de sua força de trabalho, mas não a trocam diretamente pelos bens ou comodidades básicas de que necessitam para viver, e sim, vendem-na aos detentores dos meios de produção, que além da agricultura passaram a abranger a indústria, o comércio e os serviços.

Esse período de substituição dos modelos de produção foi marcado por intensos e sangrentos confrontos, em especial na Europa continental moderna, em que podemos considerar como o ápice dessa transição a Revolução Francesa, em 1789, em que a luta pela substituição da servidão da ordem feudal marcou-se essencialmente pela defesa da liberdade.

A livre iniciativa exerce papel fundamental na sedimentação do modelo capitalista, notadamente na abertura de mercados, na formatação de novos modelos de negócios, no impulsionamento político visando à celebração de

DOCTRINA

tratados de livre comércio, enfim, ela atua como espinha dorsal na promoção do fortalecimento do capital. Tal fato pode ser comprovado com o baixo índice de crescimento do capitalismo em países cujos mercados são fechados e controlados pelo Estado, ou seja, em ambientes que menosprezam o livre exercício da atividade empresarial.

Sobre a importância da liberdade de iniciativa para o sistema capitalista defende o professor Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 66):

“A liberdade de iniciativa é o elemento essencial do capitalismo, quero dizer, do próprio modelo de produção e não somente de sua ideologia. Diferentemente da igualdade e da fraternidade, valores com os quais compôs o conhecido *slogan* revolucionário, a liberdade não é apenas uma palavra de ordem que poderia, depois da vitória sobre a ordem feudal, ser olvidada. O capitalismo depende, para funcionar com eficiência, de um ambiente econômico e institucional em que a liberdade de iniciativa seja assegurada. Nas épocas e nos lugares em que o Estado capitalista restringiu seriamente a liberdade econômica, em prol de medidas protecionistas de determinadas atividades, o resultado foi, em longo prazo, desastroso.”

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da ordem econômica e financeira em seu título VII, assegura no *caput* do art. 170 o princípio da liberdade de iniciativa, nos seguintes termos: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”.

Buscando equilíbrio de forças, o Constituinte trouxe dois vetores para o princípio da liberdade de iniciativa: de um lado, antepõe um freio à intervenção do Estado na economia; de outro, coíbe determinadas práticas empresariais ao prever que a livre iniciativa deve atentar-se aos ditames da justiça social e seus respectivos princípios, dentre os quais destacamos: a função social da propriedade, a livre concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente.

Discorrendo sobre esse aspecto, Paulo Salvador Frontini (1975) destaca que “a ordem constitucional brasileira, assim, consagra a liberdade de iniciativa como fundamental, mas mitiga seus efeitos, determinando, a rigor, o equilíbrio entre esta medida de eficiência exigida pelo modo de produção capitalista e a promoção da justiça social”.

Ainda sobre o tema, adverte o professor Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 68):

“A liberdade de iniciativa, malgrado sua essencialidade para a eficiência do sistema capitalista, causa anarquia na produção e injustiças na sociedade. Para atenuar seus efeitos, o Estado contemporâneo intervém, em alguma medida, na economia. A exata dimensão dessa intervenção, contudo, não é definível científica ou ideologicamente. O Estado capitalista deve ser maior ou menor, conforme as necessidades ditadas pelas crises periódicas ou pelas injustiças permanentes. Se necessário, para prevenir ou resolver crises, ou para impedir que injustiças ponham em risco a ordem, o Estado capitalista aumenta sua presença na economia; uma vez, contudo, superadas estas demandas, não há por que sustentar-se um aparato estatal avantajado e, então, ele é paulatinamente reduzido. Na complexa sociedade contemporânea, a liberdade de iniciativa não pode ser absoluta.”

Percebe-se que não pode ser linear a intensidade da atuação e intervenção do Estado na economia; ao contrário, ela deve ser cíclica e adequar-se as necessidades que surgem a todo o momento na sociedade atual. Como exemplo, podemos citar a regulamentação pelo Estado do trabalho exercido em plataformas digitais, fenômeno tratado por alguns estudiosos como plataformação do trabalho e por outros como uberização. É incontestável que muitos dos nossos setores sociais, seja transporte, saúde, educação ou informação de forma geral, têm se tornado em pouco tempo quase inteiramente dependentes das infraestruturas digitais dirigidas por determinadas empresas; em contraponto, o Estado não tem apresentado reposta em tempo hábil para disciplinar os impactos causados pela plataformação do trabalho e da economia.

Em que pese a importância do papel regulamentador do Estado, a preocupação sempre se cinge na dosagem e intensidade dessa intervenção. A imposição de limites ao intervencionismo do Estado em relação às atividades econômicas já foi objeto de inúmeros julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), cujo entendimento vem se consolidando no sentido de que “a intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica”. Nesse sentido, já se manifestou o ministro Carlos Velloso ao julgar o Recurso Extraordinário 422.941.

“CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA. REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS. NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, ARTS. 1º, IV; 170; 37, § 6º. I – A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação

DOCTRINA

de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II – Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. III – Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do Poder Público. CF, art. 37, § 6º. IV – Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V – RE conhecido e provido.” (RE 422.941, Rel. e. Min. Carlos Velloso, DJ 24.03.06)

Buscando limitar o poder de regulação do Estado e reduzir a morosidade e a burocracia no país, o Governo Federal sancionou a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, conhecida como a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. A nova legislação dispõe sobre a proteção à livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica, além de regulamentar a atuação do Estado enquanto agente normativo e regulador.

A lei vai ao encontro dos princípios e fundamentos da Ordem Econômica fixados no art. 170 da Constituição Federal de 1988, e enaltece a liberdade como garantia no exercício da atividade privada, a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de tal atividade, a boa-fé do particular diante do Poder Público e o reconhecimento da sua vulnerabilidade perante o Estado.

Dentre as justificativas utilizadas pela Presidência da República para a edição da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, que originou a atual legislação, foi ressaltado que existe a percepção de que no Brasil ainda prevalece o pressuposto de que as atividades econômicas devam ser exercidas somente se presente expressa permissão do Estado. Como resultado, o Brasil figura na 150ª posição no *ranking* de Liberdade Econômica da Heritage Foundation/Wall Street Journal, 144ª posição no *ranking* de Liberdade Econômica do Fraser Institute, e 123ª posição no *ranking* de Liberdade Econômica e Pessoal do Cato Institute (BRASIL, 2019).

Nesse contexto, em que pese todo o arcabouço legislativo e jurisprudencial já existente, nota-se que a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica busca demonstrar a disposição do Brasil em fortalecer a atividade privada e o empreendedorismo. Trata-se de mais um instrumento legislativo adotado pelo

país para buscar, gradualmente, melhorar o ambiente de negócios por meio de um ordenamento jurídico mais claro, objetivo e seguro.

2 – Reflexos nas relações do trabalho

No âmbito das relações do trabalho, as alterações fundamentaram-se na necessidade de simplificação e desburocratização de determinados institutos, dentre eles, o e-Social, que será substituído por um sistema mais simples a ser implantado posteriormente pelo Governo Federal. A Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) será emitida, preferencialmente, em meio eletrônico, seguindo as regras da Portaria nº 1.065, de 24 de setembro de 2019, da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho vinculada ao Ministério da Economia, tendo o empregador o prazo de 5 (cinco dias) úteis para proceder com o registro do empregado.

O art. 74 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) também sofreu alteração. Agora, somente empresas que possuem acima de 20 (vinte) funcionários deverão adotar o registro de ponto. Entre outras mudanças, a Lei nº 13.874/2019 extinguiu a obrigatoriedade da afixação do quadro de horários, permitindo apenas a anotação no registro de empregados. Outrossim, autorizou o registro de ponto por exceção, quando houver trabalho fora da jornada normal. Nesse caso, deve-se celebrar acordo individual escrito entre empregado e empregador, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

Em relação ao registro de ponto por exceção chamamos a atenção para o recente julgamento realizado pela Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, onde foi dado provimento por unanimidade ao recurso aviado sob o nº RR-2016-02.2011.5.03.0011, julgando válida a norma coletiva que autoriza a marcação apenas das horas extras realizadas pelo empregado. Na decisão, de relatoria do Ministro Caputo Bastos, foi destacado que “a Constituição da República reconhece a validade e a eficácia dos instrumentos de negociação coletiva, desde que respeitados os direitos indisponíveis dos trabalhadores”.

Consta, ainda, no acórdão:

“(…) A teor do preceito insculpido no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, é dever desta Justiça Especializada incentivar e garantir o cumprimento das decisões tomadas a partir da autocomposição coletiva, desde que formalizadas nos limites da lei. A negociação coletiva, nessa perspectiva, é um instrumento valioso que nosso ordenamento jurídico coloca à disposição dos sujeitos trabalhistas para regulamentar as respectivas relações de trabalho, atendendo às particularidades e es-

peculiaridades de cada caso. É inequívoco que, no âmbito da negociação coletiva, os entes coletivos atuam em igualdade de condições, o que torna legítimas as condições de trabalho por eles ajustadas, na medida em que afasta a hipossuficiência insita ao trabalhador nos acordos individuais de trabalho. Assim, as normas autônomas oriundas de negociação coletiva, desde que resguardados os direitos indisponíveis, devem prevalecer sobre o padrão heterônomo justralhista, já que a transação realizada em autocomposição privada resulta de uma ampla discussão havida em um ambiente paritário, no qual as perdas e ganhos recíprocos têm presunção de comutatividade.” (RR-2016-02.2011.5.03.0011, 4ª Turma, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 11.10.2018)

Vale ainda asseverar que com a nova redação do texto celetista que autoriza o registro por exceção, acreditamos que haverá impacto na atual redação da Súmula nº 338 do Tribunal Superior do Trabalho, transferindo para o empregado e, não para o empregador como é atualmente, o ônus da prova em relação à jornada de trabalho.

A Lei nº 13.874/2019, ainda, promoveu alterações no Código Civil de 2002, para reafirmar no art. 49-A a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, esclarecendo que esta não se confunde com o patrimônio dos sócios, associados, instituidores ou administradores. Com isso, foi realçado o princípio da preservação da empresa e da excepcionalidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Tanto que, nos termos da legislação, ela somente será autorizada em caso de abuso dessa personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

O desvio de finalidade ocorrerá quando houver a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. Já a confusão patrimonial restará caracterizada diante da ausência de separação de fato entre os patrimônios da pessoa jurídica e física, em especial quando ocorrer o cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa, a transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante além de outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

Finalmente, em relação à regulamentação do horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais e da utilização de mão de obra em feriados e domingos, no âmbito do comércio, apesar das discussões acentuadas no âmbito da Câmara dos Deputados e Senado Federal, não ocorreram alterações substanciais.

3 – Convenções coletivas de trabalho e o trabalho em feriados

A Constituição Federal de 1988 enalteceu o direito à celebração de convenção e de acordo coletivo de trabalho nos incisos VI, XXIII e XXVI do art. 7^o e inciso VI do art. 8^o. No âmbito internacional, o art. 2^o da Convenção n^o 154 da OIT, ratificada em 10 de julho de 1992 e promulgada pelo Decreto n^o 1.256, de 29 de setembro de 1994, define a negociação de forma ampla abrangendo também o acordo coletivo. No que tange à convenção coletiva, podemos afirmar que ela atua como instrumento de diálogo entre os sindicatos com representação patronal e laboral com objetivo de pactuar cláusulas econômicas e sociais voltadas à melhoria e aperfeiçoamento das condições de trabalho. É inexorável que a convenção representa uma valerosa ferramenta de pacificação social com reconhecimento constitucional à disposição das entidades sindicais, cujos efeitos são extensivos a todos os membros da categoria representada.

Sobre o tema, salienta Amauri Mascaro Nascimento (2001, p. 539):

“Sua presença é incontestável, tanto no tempo, desde os primórdios da formação juslaboral, como no espaço, independentemente da estrutura política ou ideológica em que se desenvolve. O que muda é apenas o grau de desenvolvimento da negociação coletiva, mais evoluída nos sistemas políticos liberais e menos praticada nos sistemas jurídico-políticos centralizados pelo Estado, nos quais maior é a regulamentação estatal das condições de trabalho.”

Dentre as várias funções que as convenções coletivas de trabalho desempenham, chamamos a atenção para a jurídica, a política e a econômica. No âmbito jurídico atua como fonte de elaboração de normas pelas partes convenientes, buscando equilibrar as demandas do capital e do trabalho, tendo como resultado a pacificação de conflitos. Já no plano político, atua como ferramenta de facilitação do diálogo visando à composição dos interesses divergentes

- 2 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; (...) XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (...) XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.”
- 3 “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.”
- 4 “Art. 2º Para efeito da presente Convenção, a expressão ‘negociação coletiva’ compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.”

DOCTRINA

oriundos das relações do trabalho e, por existir no âmbito negocial a paridade de armas entre as partes pactuantes, é inerente ao processo negocial a elevação do poder de convencimento e argumentação de ambos os lados.

Finalmente, mas não menos importante, o aspecto econômico é crucial para não apenas produzir distribuição de riquezas e gerar melhoria social, mas, também, como forma de assegurar equilíbrio nas relações entre particulares, evitar concorrência desleal, monopólio e concentração de mercado.

Nas palavras da professora Vólia Bomfim Cassar (2018, p. 1.256):

“A negociação coletiva tem efeito equilibrador, por isso, é elástica e flexível, ora pode tender para a proteção do direito dos trabalhadores, ora para a proteção da saúde da empresa. Enquanto a lei engessa por ser rígida e inflexível, a negociação coletiva prima pela adequação de interesses, sempre levando em conta o momento que se está apresentando a problemática, a localidade, as bases e diretrizes, assim como a condição econômica dos partícipes dessa barganha.”

O Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário (RE 590.415), enalteceu a importância das convenções e acordos coletivos de trabalho previstos na Constituição, segundo o voto do Relator Ministro Luís Roberto Barroso:

“A transição do modelo corporativo-autoritário, essencialmente heterônomo, para um modelo justralhista mais democrático e autônomo tem por marco a Carta de 1988. A Constituição reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas; tornou explícita a possibilidade de utilização desses instrumentos, inclusive para a redução de direitos trabalhistas; atribuiu ao sindicato a representação da categoria; impôs a participação dos sindicatos nas negociações coletivas; e assegurou, em alguma medida, a liberdade sindical, vedando a prévia autorização do Estado para a fundação do sindicato, proibindo a intervenção do Poder Público em tal agremiação, estabelecendo a liberdade de filiação e vedando a dispensa do diretor, do representante sindical ou do candidato a tais cargos. Nota-se, assim, que a Constituição prestigiou a negociação coletiva, bem como a autocomposição dos conflitos trabalhistas, através dos sindicatos. (...) O novo modelo justralhista proposto pela Constituição acompanha a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção nº 98/1949

DOCTRINA

e na Convenção nº 154/81 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), às quais o Brasil aderiu.” (BRASIL, 2015)

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como Lei de Modernização das Relações do Trabalho, prestigiou sobremaneira as convenções e acordos coletivos de trabalho, deixando expresso no art. 611-A sua prevalência sobre a lei desde que compatíveis com os arts. 611-A e 611-B da Consolidação das Leis do Trabalho. Percebe-se, portanto, que a convenção coletiva de trabalho é um dos instrumentos mais relevantes do Direito do Trabalho. Prestigia empresas e trabalhadores, representados por seus sindicatos, com a responsabilidade de ajustar interesses e encontrar soluções negociadas compatíveis com a realidade em que se insere determinada atividade empresarial.

A declaração de direitos da liberdade econômica prevê em seu art. 3º, inciso II, como direito de toda pessoa, natural ou jurídica, desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, sem que para isso esteja sujeita a cobranças ou encargos adicionais, desde que observadas as normas de proteção ambiental, trabalhista e restrições advindas de contrato, condomínios e direito de vizinhança. Já o § 1º do art. 1º da Lei em análise estabelece que suas disposições incidirão sobre o exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

Está clara que a intenção do legislador foi assegurar o funcionamento ininterrupto das atividades econômicas; todavia, em que pese o interesse em impulsionar a livre iniciativa, não é possível ignorar o arcabouço jurídico vigente, em especial, as normas que disciplinam o horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais e o trabalho em domingos e feriados.

Quanto à permissão de funcionamento das atividades econômicas em qualquer horário, chamamos a atenção para o art. 30, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que prevê como competência dos municípios legislar sobre assuntos de interesse local. Aliado a isso, a Súmula Vinculante nº 38 do Supremo Tribunal Federal, estabelece que compete ao município disciplinar o horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais. Logo, não é de competência federal a regulamentação do horário de funcionamento, mas, sim, dos municípios.

No que tange ao trabalho em feriados, entendemos que não houve nenhuma modificação, ele continua sendo tratado pela legislação trabalhista em

um sistema de exceção, nos termos dos arts. 67⁵, 68⁶ e 70⁷ da Consolidação das Leis do Trabalho, cabendo aos empresários atenção às especificidades das respectivas atividades econômicas. Também continua a cargo da Lei Federal nº 605, de 5 de janeiro de 1949, regulamentada pelo Decreto nº 27.048/1949, que abrange tanto os trabalhadores urbanos como os rurais, fixar alguns feriados, determinar a forma de remuneração, bem como prever o direito ao repouso remunerado nos dias de feriados civis e religiosos.

Já os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.093/95⁸ estabeleceram os feriados civis e religiosos, além de revogar o art. 11 da Lei Federal nº 605/1949; outrossim, deixou claro o limite máximo de quatro feriados municipais de origem local já incluída a Sexta-Feira da Paixão.

Importante ressaltar que, quando da edição da Lei nº 605/49, diploma legal regulamentado pelo Decreto nº 27.048, de 12 de agosto de 1949, o repouso remunerado em feriados civis e religiosos estava diretamente fundado no inciso VI do art. 157 da Constituição da República de 1946, que dizia:

“Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

(...)

VI – repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local.”

-
- 5 “Art. 67. Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte. Parágrafo único. Nos serviços que exijam trabalho aos domingos, com exceção quanto aos elencos teatrais, será estabelecida escala de revezamento, mensalmente organizada e constando de quadro sujeito à fiscalização.”
- 6 “Art. 68. O trabalho em domingo, seja total ou parcial, na forma do art. 67, será sempre subordinado à permissão prévia da autoridade competente em matéria de trabalho. Parágrafo único. A permissão será concedida a título permanente nas atividades que, por sua natureza ou pela conveniência pública, devem ser exercidas aos domingos, cabendo ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, expedir instruções em que sejam especificadas tais atividades. Nos demais casos, ela será dada sob forma transitória, com discriminação do período autorizado, o qual, de cada vez, não excederá de 60 (sessenta) dias.”
- 7 “Art. 70. Salvo o disposto nos artigos 68 e 69, é vedado o trabalho em dias feriados nacionais e feriados religiosos, nos termos da legislação própria.”
- 8 “Art. 1º São feriados civis: I – os declarados em lei federal; II – a data magna do Estado fixada em lei estadual. III – os dias do início e do término do ano do centenário de fundação do Município, fixados em lei municipal. Art. 2º São feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão.”

DOCTRINA

Note-se que a excepcionalidade ao direito constitucionalmente assegurado aos trabalhadores de repouso remunerado dos feriados civis e religiosos era, exclusivamente, a exigência técnica das empresas que demandassem a utilização de mão de obra de forma permanente.

Dispondo sobre este direito constitucional, a Lei nº 605/1949 conceituou o que seria a exigência técnica a que se referia o inciso VI do art. 157 da Constituição de 1946, dizendo no parágrafo único do seu art. 5º que:

“Art. 5º Esta lei não se aplica às seguintes pessoas:

(...)

Parágrafo único. São exigências técnicas, para os efeitos desta lei, as que, pelas condições de peculiares às atividades da empresa, ou em razão do interesse público, tornem indispensável a continuidade do serviço.”

Buscando ampliar o alcance do Decreto nº 27.048/1949, foi alterado seu anexo pelo Decreto nº 9.127, de 16 de agosto de 2017, para incluir no rol das atividades autorizadas a funcionar permanentemente as atividades do comércio varejista de supermercados e de hipermercados, cuja atividade preponderante seja a venda de alimentos. No entanto, a inclusão do comércio varejista de supermercados e de hipermercados dentre as atividades com permissão em caráter permanente para o trabalho nos dias de repouso não observou a condição fixada na lei, ou seja, a existência de exigências técnicas, de forma que o Decreto nº 9.172/2017 ampliou de forma ilegal a hipótese de exceção para aplicação dos direitos assegurados pela Lei nº 605/1949, causando enorme insegurança jurídica.

Isso porque, a lei que dá fundamento de validade ao Decreto nº 9.172/2017 é expressa em condicionar a autorização para as empresas trabalharem nos dias de feriados civis e religiosos, às exigências técnicas, e não a simples conveniência da atividade econômica. Nota-se que o parágrafo único do art. 5º, que se refere ao interesse público, e o *caput* do art. 10, que cita a ordem econômica, são claros em dizer que estes aspectos serão considerados para identificar as exigências técnicas de funcionamento da atividade, mas em momento algum elegem estes elementos de forma isolada como suficiente para assegurar o funcionamento de estabelecimentos comerciais nos feriados civis e religiosos, de forma que o determinante, para tanto, é a existência de exigências técnicas que imponham o funcionamento da atividade econômica de forma contínua.

A análise conjunta das disposições da Constituição de 1946 e da Lei nº 605/1949 revela que o interesse público e a ordem econômica, que tornam

indispensável o funcionamento das empresas ligadas ao comércio de bens, serviços e turismo, é caracterizada pela natureza da atividade em si, como é o caso dos estabelecimentos hoteleiros e dos restaurantes, onde impor a interrupção de suas atividades nos feriados atentaria contra a razoabilidade, ou pela finalidade, que no caso do comércio de varejista, é o atendimento das necessidades básicas ou emergenciais da população que não deve ficar sem a possibilidade de ter alguma exigência suprida nos dias de feriados.

Portanto, ao nosso sentir, o funcionamento do comércio varejista de supermercados e de hipermercados em feriados, continua sendo regulamentado de forma geral pela Lei Federal nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, cujas particularidades trataremos a seguir. Igualmente, não nos parece cauteloso afirmar que a Lei de Declaração de Direitos da Liberdade Econômica trouxe segurança jurídica aos estabelecimentos comerciais para funcionarem em qualquer horário sem observância da respectiva lei municipal, bem como em feriados, independentemente de autorização em convenção coletiva de trabalho.

4 – Regulamentação do trabalho aos domingos e feriados no comércio

No comércio o trabalho aos domingos é autorizado, independentemente de previsão em acordos ou convenções coletivas, desde 9 de novembro de 1997, por iniciativa da Medida Provisória nº 1.539-34, de 7 de agosto de 1997, cujas modificações posteriores culminaram com a edição do art. 6º da Lei Federal nº 10.101/00. A única condicionante prevista na legislação refere-se à regulamentação do horário de funcionamento, que poderá ser realizada pelo Município nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Outrossim, há obrigatoriedade que o repouso semanal remunerado coincida, pelo menos, uma vez no período máximo de quatro semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras previstas em acordos ou convenções coletivas.

Já a utilização de mão de obra dos empregados desse setor em dias de feriados, sejam federais, estaduais ou municipais, é autorizada única e exclusivamente por meio de convenção coletiva de trabalho (CCT), nos termos do art. 6º-A¹⁰ da Lei Federal nº 10.101/00, com redação alterada pela Lei Federal

9 “Art. 6º Fica autorizado o trabalho aos domingos nas atividades do comércio em geral, observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição. Parágrafo único. O repouso semanal remunerado deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de três semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras a serem estipuladas em negociação coletiva.”

10 “Art. 6º-A. É permitido o trabalho em feriados nas atividades do comércio em geral, desde que autorizado em convenção coletiva de trabalho e observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição.”

DOCTRINA

nº 11.603, de 5 de dezembro de 2007. Ou seja, a competência é privativa das convenções coletivas não tendo o acordo coletivo a prerrogativa para tratar do tema.

Nesse sentido foi o voto da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, ao julgar o Recurso Ordinário 144-68.2016.5.08.0000, na sessão especializada em dissídios coletivos, cujo trecho transcrevemos:

“(…) A restrição legal expressa (art. 6º-A) dos trabalhos em feriados à autorização em termo pactuado por sindicatos indica que o acordo coletivo não é instrumento apto para tanto. Tratando-se de regra excepcional, o art. 6º-A da Lei nº 10.101/00 não pode ser objeto de interpretação extensiva que amplie sua aplicação aos casos em que o trabalho no comércio em feriados é permitido por acordo coletivo. Como o dispositivo legal determina a autorização em convenção coletiva de trabalho, a interpretação literal é suficiente para entender que apenas este instrumento torna válido o trabalho em feriados. Qualquer conclusão pela possibilidade de permissão por acordo coletivo violaria o significado mínimo do texto objeto da interpretação, que é o ponto de partida do intérprete.” (TST, RO 144-68.2016.5.08.0000, SDC, Relª Minª Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 05.05.2017)

De igual maneira, procedeu a primeira turma do Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar o Recurso Ordinário 429-61.2016.5.08.0000, de Relatoria do Ministro Ives Gandra Martins Filho, que lembrou em seu voto que para a jurisprudência pacificada da sessão de dissídios coletivos “o trabalho em feriados no comércio em geral só pode ser instituído por convenção coletiva, em face da necessidade de garantir a isonomia nas categorias econômica e profissional”.

De acordo com a decisão:

“RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO ANULATÓRIA INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CLÁUSULA RELATIVA AO LABOR EM DIAS DE FERIADO FIRMADA EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE CONVENÇÃO COLETIVA. PROVIMENTO.

1. A jurisprudência pacificada da SDC desta Corte segue no sentido de que ‘o trabalho em feriados no comércio em geral só pode ser instituído por convenção coletiva, nos termos da literalidade do art. 6º-A da Lei nº 10.101/00, sendo inválida a permissão em acordo coletivo, em face da necessidade de garantir a isonomia nas categorias econômica

e profissional' (cfr. TST, RO-144-68.2016.5.08.0000, SDC, Rel^a Min^a Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 05.05.2017).

2. O 8º Regional julgou improcedente o pedido de anulação da cláusula 37ª, §§ 3º, 4º e 5º, do Acordo Coletivo de Trabalho de 2016/2017, por entender que, em que pese o art. 6º-A da Lei nº 10.101/00 estabelecer que é permitido o labor em feriados nas atividades do comércio em geral, desde que autorizado por meio de convenção coletiva de trabalho, o art. 1º, *a*, da Portaria nº 945 do MTE, de 08.07.2015, também prevê a possibilidade de autorização transitória para trabalho aos domingos e feriados civis e religiosos, a que se refere o art. 68, parágrafo único, da CLT, por meio de acordo coletivo de trabalho.

3. Assim, assiste razão ao recorrente, pois a decisão recorrida foi proferida em contrariedade à referida Lei e à jurisprudência uníssona desta Corte, uma vez que a cláusula alusiva ao labor em dias de feriado foi firmada em acordo coletivo de trabalho, e não em convenção coletiva, o que impõe a sua anulação. Recurso ordinário provido." (TST, RO-429-61.2016.5.08.0000, 1ª Turma, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DEJT 18.06.2018)

Dessa feita, em que pese a liberdade de desenvolver atividade econômica em qualquer dia e horário, incluindo os feriados, prevista no inciso II do art. 3º da Lei nº 13.874/2019, temos que ela não é absoluta e deve ser conjugada à luz das legislações vigentes, mormente das leis especiais que disciplinam determinados seguimentos econômicos. Lado outro, há que se observar que não houve qualquer revogação dos arts. 67, 68 e 70 da CLT que permanecem vigentes disciplinando o trabalho em feriados como exceção.

5 – Considerações finais

Compreendemos que o Estado, enquanto agente regulador, deve garantir e propiciar instrumentos capazes de assegurar a liberdade de iniciativa de forma a promover o equilíbrio entre as demandas do capital sem abrir mão do bem-estar social. Sua atuação, ao mesmo tempo em que é crucial para tutelar direitos difusos e homogêneos, não pode servir como instrumento para impedir a atuação da livre iniciativa e do desenvolvimento econômico.

É incontestável que a Lei de Declaração de Direitos de Liberdade Econômica demonstra tanto a disposição do Brasil em fortalecer a atividade privada e a liberdade de iniciativa à luz da Constituição Federal de 1988, como a de assegurar que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa se consolidem

DOCTRINA

cada vez mais como fundamentos da nossa República. Todavia, sua inserção no mundo jurídico, por si só, não é capaz de anular e revogar todo o arcabouço legislativo e constitucional já existente.

No que tange à categoria econômica do comércio não há óbice legal para tolher seu funcionamento aos domingos, bem como independe de previsão em convenção coletiva de trabalho; todavia, deve ser observada a regulamentação no âmbito municipal referente à afiação de horário, além das regras envolvendo o descanso semanal remunerado.

Em relação à utilização de mão de obra em feriados no comércio vimos que ela não é irrestrita e somente poderá ocorrer nos termos do art. 6º-A da Lei nº 10.101/00, mediante autorização em convenção coletiva celebrada pelo sindicato laboral e patronal, não possuindo o art. 3º da Lei nº 13.874/2019, por si só, o condão de promover o livre e irrestrito funcionamento das atividades comerciais.

Referências bibliográficas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. *Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7946806&ts=1570126153081&disposition=inline>>. Acesso em: 10 out. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: UTET, 1976.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 27. ed. São Paulo: LTr, 2001.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

VIVANTE, Cesare. *Instituições do direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Livraria C. Teixeira, 1928.

Recebido em: 14/10/2019

Aprovado em: 07/11/2019