

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS TRABALHADORES E A CONSTITUCIONALIDADE DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS COLETIVOS QUE SUPRIMEM OU REDUZEM O INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO E QUE REDUZEM O ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

Denise Cristina Brzezinski
Marco Antônio César Villatore

1. INTRODUÇÃO

A evolução da economia e o mundo globalizado não afastaram a condição de hipossuficiente do empregado em situações e posições de desigualdade de seus agentes, afrontando por vezes, a dignidade do trabalhador.

Com a valorização do princípio da dignidade humana houve um reconhecimento dos direitos dos trabalhadores como balizadores dos valores sociais e fundamento do próprio Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 separou os Direitos Individuais dos Direitos Sociais, reconhecendo os

movimentos sindicais e afastando a intervenção Estatal da vida sindical traduzindo-se em maior liberdade. Mas, trouxe no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Capítulo II Dos Direitos Sociais, as garantias mínimas de proteção ao trabalhador que especificamente, no Artigo 7º, inciso XXII, ordenou a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, de higiene e de segurança.

Essa Constituição consagrou as regras de flexibilização em matéria trabalhista, operacionalizando-a através de instrumentos coletivos. Contudo, também adotou como critério, a possibilidade mediante intervenção sindical de redução salarial e alteração da duração do trabalho prestigiando a autonomia



.....
Denise Cristina Brzezinski

Graduada em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1988), graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1990); Mestrado em Direito - Faculdades Integradas do Brasil (2011). Professora e Advogada.



Marco Antônio César Villatore

Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de Roma II, “Tor Vergata”, Doutor pela Universidade de Roma I, “La Sapienza”/UFSC e Mestre pela PUC/SP. Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), da Graduação do UNINTER, do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).

coletiva dos convenientes.

Com o reconhecimento dos instrumentos coletivos resultante da autonomia privada coletiva se observam alguns Acordos Coletivos de Trabalho que normatizam intervalo menor, outros com percentual de adicional de periculosidade inferior ao estabelecido na Consolidação das Leis do Trabalho, às vezes, com ambas as cláusulas.

Considerando que historicamente os sindicatos têm em sua origem a proteção de sua coletividade que é composta de empregados, e, portanto, entes sujeitos à proteção sindical, o objetivo desta pesquisa é buscar fundamentos teóricos para a inconstitucionalidade, ou não, de acordos de caráter normativo que reduzem o intervalo intrajornada e/ou o percentual do adicional de periculosidade.



As negociações coletivas são importantes para a pacificação social, sendo os Acordos e Convenções Coletivos de Trabalho instrumentos de representação democrática.

A extensão da aplicabilidade dos instrumentos coletivos envolve conflitos entre o legislado e o negociado, prevalecendo, por vezes, a vontade coletiva, e por outras, a norma constitucional disposta no Artigo 7º., incisos VI, XIII e XIV, expondo a posição da corrente da prevalência da vontade coletiva e a de

prevalência da norma constitucional ou legal. Essa última se refere à irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas por se tratar de norma de ordem pública e discorre a respeito da limitação de matérias suscetíveis à flexibilização.

Abordam-se também as matérias passíveis pelo Tribunal Superior do Trabalho de se sujeitar à flexibilização, como é o caso da sua Súmula 437, sobre invalidez de cláusula de documentos normativos coletivos de trabalho contemplando a supressão ou a redução do intervalo intrajornada. Entre essas, também será analisada a Súmula 364 dessa Corte, modificada recentemente, admite a aplicação desse instituto para adicionais de periculosidade.

Seria impossível a flexibilização do adicional por se referir à norma de ordem pública que diz respeito à saúde e à segurança do trabalhador? Por outro lado, seria admissível a flexibilização da periculosidade por não se relacionar à matéria de medicina e segurança do trabalho, portanto, não se referir a indisponibilidades absolutas?

É importante esclarecer que não se pretende esgotar os temas, nem tampouco tomar posição positiva ou negativa em relação à determinada teoria estudada.

2. AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA

O princípio da liberdade associativa e sindical concretiza-se no artigo 8º., inciso III na Constituição de 1988, ao se referir à gestão sindical e autorizar a atuação das entidades sindicais em questões judiciais e administrativas, na defesa dos interesses coletivos e individuais.

A independência econômica das entidades sindicais é assegurada pelo mesmo Artigo da Constituição, em seu inciso IV, onde preleciona as formas de custeio das atividades sindicais.

Por ser o sustentáculo das negociações coletivas, o Princípio da Autonomia Coletiva privada passa necessariamente pelas entidades sindicais sendo por vezes, tratado como complemento do princípio da liberdade sindical, ou sinônimo da autonomia sindical. Esse aspecto é de relevância para este estudo, ao cotejo inclusive, com a indisponibilidade, a irrenunciabilidade e o Princípio Protetor.

O monopólio da criação de normas, como já se notou, não é do Estado, denominando-se essa situação de pluralismo jurídico.

Cabe ao sindicato, então, por delegação e com seus instrumentos coletivos, a capacidade de criar normas jurídicas. Elas são representadas pelos instrumentos coletivos e, diferentemente das cláusulas contratuais que aderem ao contrato de emprego, necessitam de harmonização com a normatividade estatal trabalhista.

No entanto, a autonomia não se confunde com soberania que é monopólio estatal. Assim, autonomia coletiva compreende a autonomia organizativa que é o direito dos sindicatos para elaborarem seus estatutos; a autonomia negocial, por sua vez, permite ao sindicato promover a Convenção Coletiva de Trabalho; já a autonomia administrativa se traduz no direito do sindicato eleger sua diretoria e exercer sua própria administração e na autotutela, o sindicato deve ter meios de

luta, previstos na legislação para solução de conflitos trabalhistas.

Para Beltran, a autonomia coletiva privada compreende:

- a) autonomia institucional (auto-organização e auto-regulamentação interna);
- b) autonomia normativa (autonomia coletiva em sentido estrito, com amplo poder de negociação e de contratação);
- c) autonomia representativa (poder de representação dos interesses do grupo) e finalmente,
- d) autotutela coletiva (poder de defesa dos interesses do grupo por meio de ação direta, sendo a greve a mais poderosa forma de exteriorização conflitiva que visa ao atendimento de reivindicações econômico-profissionais)¹.

Maria Cristina de Sá conceitua a autonomia coletiva como “o resultado da iniciativa dos particulares; é tolerada pelo Estado, mas não elaborada por ele. Embora esses órgãos tenham autonomia, importante lembrar que ela é relativa, encontrando seus limites na própria lei”².

Seus sujeitos são os sindicatos de empregadores e de empregados; a finalidade é a busca do interesse do grupo profissional e prevalece o interesse coletivo, ao individual.

Para Nascimento, a autonomia coletiva

1 BELTRAN, Ari Possidonio. **Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2002, p. 47.

2 SÁ, Maria Cristina Haddad de. **Negociação coletiva de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2002, p. 36.

compreende:

[...] a autonomia organizativa, da qual resulta o direito dos sindicatos de elaborar os próprios estatutos; a autonomia negocial, que permite aos sindicatos fazer convenções coletivas de trabalho; a autonomia administrativa, da qual resulta o direito do sindicato de eleger a sua diretoria e exercer a própria administração; e a autotutela, que é o reconhecimento de que o sindicato deve ter meios de luta, previstos nos termos da lei, para a solução dos conflitos trabalhistas, dentre os quais a greve, o *lockout* e o direito a um arbitramento das suas disputas³.

Moreira Xavier, ao ponderar sobre o corporativismo concebe a autonomia privada como derivada da evolução das relações entre o Estado e o cidadão. O autor entende que a autonomia privada coletiva e o corporativismo se relacionam *Lato-Sensu* porque de início, toda associação tem o interesse direcionado à vontade coletiva⁴.

Dorothee Rudiger, ao tratar da crise paradigmática do Direito do Trabalho e da autonomia coletiva privada, rememora as mudanças sociais e políticas do Capitalismo após a crise de 1973, que altera a forma, mas persiste mais voraz, “fragmentário, efêmero, caótico e desconstrutivo”, quando a “universalidade do

mercado é apontada como única saída”.

A preocupação com o desemprego é uma das justificativas para a flexibilização, tema de reflexão na sequência.

3. FLEXIBILIZAÇÃO: NECESSIDADE OU DESREGULAMENTAÇÃO

Discursos inflamados ecoam pelos corredores das empresas em relação à necessidade de mudanças urgentes na legislação trabalhista retrógrada, caso contrário, argumentam que o emprego e a produção, desaparecerão.

A origem do discurso desse fenômeno se encontra na crise do petróleo de 1973, na Europa, quando o avanço da tecnologia e o desemprego ditaram regras para minimizar a rigidez protetiva do trabalhador. Criou-se a possibilidade de novas formas de contratação para propiciar a utilização da mão de obra desempregada.

O fenômeno da flexibilização está presente no ordenamento jurídico brasileiro há muito tempo, com destaque para a flexibilização, nominada por alguns doutrinadores de flexibilização para baixo. Relacionam-se como exemplos: a Lei nº. 5.017, de 13 de setembro de 1966, que substituiu a estabilidade decenal pelo sistema do FGTS; as terceirizações; a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho; o trabalho temporário (1974); o contrato de experiência e o banco de horas, entre outros.

O ressurgimento da fênix chamada flexibilização pela teoria Neoliberal, de mínima ou nenhuma intervenção estatal, e com presença maciça após o auge da crise 2009,

3 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1977, p. 1.032.

4 XAVIER, Carlos Alberto Moreira Do corporativismo para a autonomia privada coletiva. **Revista LTr - legislação do trabalho**, São Paulo, v. 59, n.3, p. 361-363, mar./1995,

fortifica-se sob a forma de desregulamentação.

São basicamente dois os fundamentos dos adeptos à flexibilização, enquanto desregulamentação: baratear o custo do trabalho tornando as empresas mais competitivas e aumentar as frentes de trabalho.

O Direito do Trabalho não tem culpa do desequilíbrio econômico e sua incapacidade de manter emprego, segundo o posicionamento de Oscar Ermida Uriarte:

[...] a incapacidade do sistema econômico de criar ou manter emprego tem levado seus cultores a culpar o Direito do Trabalho, que seria um dos obstáculos à sua ação: talvez se pudessem gerar (péssimos) empregos, se não houvesse (tantos) mínimos trabalhistas: eliminemo-los [...] o atual enfraquecimento sindical e o próprio desemprego, que supostamente deveria ser reduzido, aumentam o desequilíbrio de forças entre o capital e trabalho a favor do primeiro. Os postulados econômicos neoliberais são utilizáveis para fundamentar a desregulamentação⁵.

Pode-se mencionar no Brasil, a Emenda Constitucional nº. 45, de 31 de dezembro de 2004 no que tange aos prazos prescricionais das ações acidentárias, antes de 20 anos,

agora, sujeitando-se aos prazos prescricionais trabalhistas.

Essas classes de flexibilizações abertas são externadas em situações onde a jurisprudência modifica a orientação da norma, interpretando-a de forma favorável ao empregador, como esclarece Oscar Ermida Uriarte⁶.

Amauri Mascaro Nascimento alerta que a maioria dos doutrinadores se utilizam da palavra flexibilização tanto para o ramo individual como para o ramo coletivo do trabalho, quando deveriam fazê-lo apenas quando se tratar de Direito Individual do Trabalho, e o termo desregulamentação, quando o ramo indicado for o coletivo. Aqui não se utilizará este preciosismo técnico, pois se percebe que ao longo dos seus artigos, o autor o abandona⁷.

Evidentemente, esse fenômeno, dependendo do marco discursivo do doutrinador, pode levar a caminhos até antagônicos. Nessa conjuntura, alguns o veem como a solução para a crise econômica mundial e outros, como uma máscara do Neoliberalismo que pretende abolir as árduas conquistas dos trabalhadores ao longo da história.

Oscar Ermida Uriarte, em nítida preocupação com o fenômeno da flexibilização, aponta o momento de constitucionalização dos Direitos Trabalhistas na América Latina.

5 ERMIDA URIARTE, Oscar. Flexibilização do Direito do Trabalho na experiência latino-americana. **Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 135, set./2006.

6 ERMIDA URIARTE, Oscar. *Op. cit.*, p. 119-120.

7 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Flexibilização do Direito do Trabalho: dimensão e experiência brasileira. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 99, nº. 369, p.31, set./out. 2003.

Enumera então, Constituição Colombiana (1991), que adotou a linha protetora dos direitos trabalhistas; a Constituição Argentina (1994) que incorporou as Declarações e Convenções Internacionais mas, sem alterar as proteções trabalhistas já existentes; a Venezuelana (1999), que afirma “nenhuma lei poderá estabelecer disposições que alterem a intangibilidade e a progressividade dos direitos e benefícios trabalhistas” [...] “os direitos trabalhistas são irrenunciáveis”. Portanto, será pautado de nulo qualquer “acordo ou convenção que implique renúncia ou redução desses direitos”⁸.

Portanto, a forma de flexibilização, autorizada pela Constituição de 1988, não derroga a lei, apenas se sobrepõe a ela durante a vigência pontual do instrumento coletivo.

A flexibilização, sob o manto sindical, gera vantagens no sentido de que, em tese, haverá um condicionante proveito ao trabalhador, como forma de compensá-lo pela desregulamentação havida.

Mas, o ponto negativo é a inexistência de uma limitação clara do quanto disponível se pode ter dentro da regra da indisponibilidade, Irrenunciabilidade, do direito protetor e da ordem pública dos direitos trabalhistas.

Se em 1943, havia no Brasil uma legislação rígida primada pelo intervencionismo estatal nas relações coletivas, com a Constituição de 1988, rompeu-se em grande parte essa austeridade, como se abordou no trabalho ao discorrer sobre os Direitos Fundamentais Sociais.

A princípio, então, o problema estaria solucionado, afinal, a autorização legal constitucional que abarca esse fenômeno no território nacional estaria restrita a salário e jornada de trabalho, sempre sob o manto coletivo. No entanto, não é desta forma simplista que os fatos ocorrem.

A transformação ocorrida na legislação, flexibilizando diversos direitos, é discutida sistematicamente, por Nascimento, que cronologicamente aponta:

- 1988 - alterações do FGTS para todos os empregado automaticamente com a paga de multa pela demissão imotivada (relembre-se que antes o empregado era estável, e, agora mediocrementemente compensado com 40% do montante de FGTS depositado em sua conta vinculada). Ainda em 1988, a redução salarial e flexibilização de jornada contida na Constituição Federal, o contrato a prazo determinado (Lei 9.601/1988);
- 1989 - elimina proibição de trabalho noturno, perigoso e insalubre para mulher, em minas, subsolo e construção civil;
- 1994 – reajustes salariais desindexados e obrigação transferida para as negociações coletivas. Inexistência de vínculo de emprego para o cooperado e cooperativa, e entre cooperado e utilizador de serviços;
- 1998 - autorizou trabalho voluntário sem vínculo de emprego;
- 1999 - admitiu trabalho a tempo parcial;

8
ERMIDA URIARTE, Oscar. *Op. cit.*, p. 118.

- 2000 – Participação nos lucros e resultados desvinculados a salário. Estados membros por lei estadual podem legislar sobre pisos estaduais mínimos;
- 2001 - compensação anual de horas de trabalho no banco de horas, desvinculação de algumas modalidades de salário in natura da remuneração, suspensão temporária coletiva do contrato de trabalho no período de 2 a 5 meses por motivação econômica, reorganização ou crise empresarial, mantendo-se apenas direitos previdenciários, bolsa requalificação e ajustes voluntários do empregador por meio de acordo ou convenção coletiva⁹.

As flexibilizações acima descritas correspondem às chamadas “para baixo” de Ermida Uriarte.

Algumas flexibilizações para cima, protetoras e ampliativas também existiram:

- 1989 – proteção e inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho com a garantia de cotas nas empresas;
- 1999 – proteção à mulher grávida e regras atentatórias a descriminalização da mulher no acesso ao mercado de trabalho;
- 2000 – sonegação previdenciária é crime;
- 2001 – criminalização do assédio sexual.

Reafirma-se que, o viés que fomenta a flexibilização tem duas vertentes: baratear o custo do trabalho tornando as empresas mais competitivas e aumentar as frentes de trabalho.

Rudiger justifica a necessidade de flexibilização devido às transformações de mercado, às mudanças da economia mundial, à revolução tecnológica, à reorganização da produção e ao desemprego. Aborda o ciclo das novas tecnologias que provocaram desemprego, exigindo um novo perfil de empregado. Assim, surgiram trabalhos temporários e de tempo parcial, em detrimento a uma economia baseada no regime fordista, como a autora entende ser o brasileiro. Para ela, a flexibilização é iminente e urgente. Avalia que o Artigo 7º, da Constituição de 1988 não é o limite da flexibilização, mas sim, a ponta do *iceberg* desse fenômeno¹⁰.

Há quem fundamenta que na flexibilização do Direito do Trabalho, estariam o combate ao desemprego, o aumento de vagas, a competitividade e a produtividade. Essa visão ganhou mais adeptos com a política Neoliberal, adotada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso:

[...] a partir dos anos noventa ganharam importância as teses favoráveis à desregulamentação dos direitos sociais e à flexibilização da relação de trabalho, defendidas pelas principais entidades empresariais do país em nome da redução do custo do trabalho e da elevação dos níveis de produtividade e competitividade, face às políticas

9 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. Cit.* p. 35-39.

10 RUDIGER, Dorothée Susanne. *Op. cit.*, p.147-153.

adotadas pelo governo FHC e ao contexto de baixo dinamismo econômico do país.¹¹

É certo que o Direito do Trabalho tem que fornecer respostas à sociedade frente a esses momentos de crise, mas, precisa manter a tutela Estatal, talvez assim, se possa minimizar a pretendida desregulamentação da legislação protetiva ao hipossuficiente.

De igual sorte, também os defensores desse instituto, optam pela interpretação ampliativa dos limites postos no Art. 7º., da Carta Constitucional, ao argumento de que se até mesmo o salário foi flexibilizado por ordem Constitucional, qualquer outra matéria pode se sujeitar à flexibilização.

A discordância a respeito desse raciocínio ampliativo fundamenta-se na interpretação exatamente oposta. Argumenta-se que se a Constituição de 1988 ordenou mediante ingerência sindical apenas duas hipóteses para a flexibilização, que são salário e jornada, nenhuma outra matéria pode estar sujeita à flexibilização, posto que se assim for, estar-se-á diante de desregulamentação do Direito do Trabalho, portanto, da inconstitucionalidade do instituto.

Contrapondo-se à ideia de flexibilização, de desregulamentação e de afastamento da interferência Estatal, mesmo sob a justificativa da autonomia coletiva privada nas relações

coletivas, esta seria a completa exclusão do Princípio Protetor e da indisponibilidade de determinados direitos.

Francisco Meton Marques de Lima chama a atenção para a verdadeira intenção do discurso Neoliberal atrás da máscara da flexibilização e da libertação, pois, nas relações de trabalho, a flexibilização consistiria em afastar os “princípios rígidos que limitam a liberdade de negociação. Para não afirmar que não se pretende jogar tudo fora no lixo, os paladinos dessa abertura sugerem que se reduza a proteção à meia dúzia de postulados”. Acrescenta que essa pretensa flexibilização, por meio de organizações sindicais, “é utópico, coisa para inglês ver, porque inviável nas regiões menos desenvolvidas do rincão brasileiro”¹².

Dallegrave Neto preleciona que “a flexibilização é um primeiro passo da trajetória que visa a total desregulamentação do Direito do Trabalho. O fenômeno que já se inicia faz parte do receituário neoliberal que propugna pela diminuição do custo operacional e pela destruição dos direitos sociais”¹³.

Não se está afirmando, contudo, que a legislação Trabalhista não necessite de readequações, contudo, flexibilizar não é sinônimo de desregulamentação, como explica Sússekind:

[...] o objetivo primordial da flexibilização

11 KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Marco Antonio de. **Mudanças institucionais e relações do trabalho**: as iniciativas do governo FHC no período 1995-1998. In: Anais do VI Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos do Trabalho, Belo Horizonte, outubro de 1999. p. 10.

12 LIMA, Francisco Meton Marques de. *Op. cit.*, p. 623-624.

13 DALLEGRAVE NETO, Jose Affonso. (Coord.), **Direito do Trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003, p.127.

nas relações de trabalho foi o de propiciar a implementação de nova tecnologia ou novos métodos de trabalho, e, bem assim, o de evitar a extinção de empresas, com evidentes reflexos nas taxas de desemprego e agravamento das condições socioeconômicas... A desregulamentação 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 advindas da relação de emprego. Já a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, ainda que básica, com normas gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade¹⁴.

Como paradoxo da proeminência dos princípios, observa-se na flexibilização, uma mitigação do Princípio Protetor, de acordo com Carli.

A flexibilização das normas trabalhistas está fazendo com que o Direito do Trabalho passe a adotar um modelo jurídico mais próximo da vida das empresas, para regular a relação de emprego, sob pena de desproteger o empregado, ao invés de protegê-lo, ao provocar o aumento do desemprego, compreendendo assim também ao Direito do Trabalho, a proteção do trabalhador desempregado¹⁵.

Na verdade, o problema da geração de empregos ou da competitividade está mais relacionado ao sistema econômico do que ao Direito do Trabalho. Um empregado não é custoso ao orçamento de uma empresa na medida em que seu salário é pago na proporção de seu trabalho. Desregulamentar as proteções mínimas do Direito do Trabalho não gerará mais empregos, pois, o empregador jamais contratará empregado que não precisa, assim como não deixará de contratar mais, se assim precisar.

É certo não olvidar que a flexibilização é um fenômeno que, bom ou mau, não pode ser ignorado. Também é certo que as novas tecnologias e a globalização forçam a tolerar esse fenômeno, por vezes até necessária com novas formas de organização do trabalho.

A dificuldade está em se pautar um equilíbrio ou limite para atender às necessidades de mercado, às novas tecnologias e à globalização, sem desproteger o trabalhador.

Ricardo Carvalho propõe um olhar cauteloso sobre o fenômeno da flexibilização, não o negando, porém, indicando a garantia da humanização já conquistada¹⁶.

A princípio, os instrumentos sindicais, como Acordos e Convenções Coletivos de Trabalho, são instrumentos democráticos, em paralelo à definição de Democracia Representativa e não, de Democracia Direta.

contratos de Trabalho. Campinas, SP: ME, 2005, p. 35.

14 SÜSSEKIND, A. *Op. cit.*, p. 206-207.

15 CARLI, Vilma Maria Inocêncio. A Flexibilização dos

16 FRAGA, Roberto Carvalho. Humanização inflexível. **Genesis - Revista de Direito do Trabalho**, Curitiba, v. 6, nº. 36 (dez. 1995), p. 698.

Canotilho afirma que, a representação democrática, constitucionalmente conformada, não se reduz a uma simples delegação de vontade do povo. A força do órgão representativo assenta também no conteúdo dos seus atos, pois só quando os cidadãos (povo), para além das suas diferenças e concepções políticas, se podem reencontrar nos atos dos representantes em virtude do conteúdo justo destes atos, é possível afirmar a existência e a realização de uma representação democrática material¹⁷.

Assim, precisa-se atentar para que instrumentos convencionais, como o banco de horas, os que reduzem duração de trabalho e salários ou adicional de periculosidade, que são mecanismos de luta de classes, transformem-se em organismos de dominação.

Nesse sentido, Paranho se manifesta,

Na impossibilidade de extinguir as lutas de classes, o Estado cuidou de fazer dela um poderoso auxiliar das estratégias de dominação que tinham por finalidade a subordinação política das classes trabalhadoras em nome da ‘colaboração de classes’. Só assim se instauraria o ‘clima de paz e trabalho’, condição necessária para assegurar o processo ‘normal’ de acumulação capitalista nos centros urbano-industriais¹⁸.

Somente quando os instrumentos coletivos se constituírem em representação da vontade coletiva, na moldura da garantia de direitos sociais mínimos de proteção e, quando se perseguir a proeminência dos princípios fundamentais, é que se terá o cumprimento

O reducionismo de proteção mínima assegurada avilta mais ainda se dela decorrer perigo indissociável da segurança do trabalhador.

global da Constituição, e então, estar-se-á diante da efetiva representação democrática material e formal.

É imperiosa uma maior ingerência estatal para estabelecer limites na relação individual e coletiva do trabalho, como sugere Aldacy Coutinho, necessitando de uma numa reconstrução da proteção do empregado com olhar voltado ao que chama de “novas bases constitucionais: a justiça social”¹⁹.

Para essa reconstrução, não se poderá dissociar trabalhador e força de trabalho. Proteger o trabalhador é proteger a dignidade da pessoa humana, os Direitos Fundamentais e permitir o exercício de direito à vida.

Contudo, o que se observa é um descaso estatal e uma verdadeira desregulamentação do Direito do Trabalho.

17 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 282- 283.

18 PARANHO, Adalberto. **O roubo da fala**. São Paulo:

Boitempo Editorial, 1999, p. 35.

19 COUTINHO, Aldacy R. *Op. cit.*, p. 3.

É necessária cautela para não permitir mais um desrespeito ao direito do trabalhador²⁰ como ocorreu em 1943, de acordo com Paranho. Nesse evento, a concessão de alguns direitos sociais trouxe um amortecimento da luta de classes, com a “reafirmação da incapacidade política das classes trabalhadoras”.

Se de um lado, a flexibilização é inevitável até por conta da globalização e da crise econômica que assola o mundo, por outro, não se pode admitir a ingerência nos direitos mínimos do trabalhador, ainda mais nas questões que envolvem normas de higiene e segurança no trabalho, mesmo que por meio da participação sindical, como explica Carli.

[...] flexibilização não poderá ser feita sobre direitos mínimos assegurados constitucionalmente ao trabalhador, salvo quando a própria Lei Maior permitir (...) não sendo possível a flexibilização das normas de higiene e segurança no trabalho, pois estas são fundamentais a saúde e bem estar do trabalhador, além da importância de se observar o direito adquirido e ato jurídico perfeito, constante do artigo 5º., XXXVI da Constituição Federal²¹.

O conflito que se antevê, quando o assunto é flexibilização das normas trabalhistas tem como núcleo a contextualização de Direitos

Disponíveis, Indisponíveis e do Direito Protetor à luz do atual ordenamento vigente,

aspectos debatidos neste trabalho.

4. O LEGISLADO E O NEGOCIADO

O associacionismo sob o manto sindical, como medida de proteção contra o Capitalismo, também transitou evolutivamente pelas Constituições da República, por vezes limitando, por outras, ampliando as interferências das entidades sindicais, num paradoxo de reconhecimento dos instrumentos emergidos dos sindicatos e as flexibilizações de Direitos, como já se discorreu anteriormente.

Faz-se necessária a retomada do papel protetivo dos mecanismos sindicais afastando a submissão do empregado ou a situação fática prejudicialmente diversa da positivada. Para a democratização dos instrumentos de negociação coletiva é fundamental a observância da indisponibilidade de Direitos e o princípio protetivo que é o núcleo central das relações de natureza trabalhista.

Tepedino, ponderando sobre a crise de separação entre o público e o privado na Revolução Industrial, alude que o dirigismo contratual “de um lado e a formulação de novos meios – processuais e substanciais – de controle e participação social corroboram este fenômeno de superposição entre público e privado”, propondo o autor a imperiosa necessidade de ‘redefinição de limites’²².

Ives Gandra Martins Filho escreve sobre a prevalência, ou não, do legislado sobre o convencionalizado e explica a existência de duas

20 PARANHO, Adalberto. *Op. cit.*, p. 36.

21 CARLI, Vilma Maria Inocência. *Op. cit.*, p. 65.

22 TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 153.

correntes, a de prevalência da vontade coletiva e a de prevalência da norma constitucional ou legal²³.

A primeira, fundada na prevalência da vontade coletiva, no amparo legal proposto pelo Art. 7º, inciso XXVI da Constituição de 1988, reconhece a validade dos acordos e convenções coletivos de trabalho e também garante a sua prevalência hierárquica aos direitos derogados na negociação.

A segunda corrente prima pela prevalência da norma constitucional ou legal, amparada pelo Art. 7º, incisos XIII e XIV, da Constituição de 1988. Por esse ponto de vista, a flexibilização é viável apenas nos limites taxativos e não no texto constitucional. Assim, a interpretação é restritiva, ou seja, inadmissível em outras hipóteses à flexibilização, o que estabelece, para a teoria, o limite entre o negociado e o legislado.

Todavia, a escolha de decisões de particulares em espaços privados pode não significar uma redefinição de limites, mas, simplesmente, uma superposição de espaço público e privado, daí, mais uma vez, a importância do Princípio Protetor para balizar a limitação.

A inexistência de limites e a não valia dos princípios protetivos se externa na esfera privada através de instrumentos coletivos com a redução de conteúdos mínimos legais positivados ao quais escapam ao controle do

Poder Judiciário, o que incrementa, de acordo com Tepedino, a “exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana”.

Com efeito, as conquistas seculares do Direito Público, que produziram sucessivas gerações de Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão perante o Estado, tornar-se-iam inoperantes para as transformações sociais pretendidas, não fosse incidência da norma constitucional nas relações privadas²⁴.

Resta para Tepedino “procurar soluções interpretativas que ampliem a proteção da pessoa humana, atribuindo a máxima efetividade social aos princípios constitucionais e aos tratados internacionais que ampliam o leque de garantias fundamentais da pessoa humana”. O autor aduz ainda que “o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais e dos preceitos internacionalmente recebidos pelo estado brasileiro torna-se método indispensável para a abertura do horizonte de proteção dos direitos humanos, especialmente nas relações jurídicas de direito privado, em cujo domínio seria impossível ao legislador disciplinar todas as situações em que a pessoa humana demanda proteção específica na sociedade tecnológica”²⁵.

Na hipótese de uma discussão sobre a necessidade de proteção da pessoa na atividade econômica e insuficiência da técnica legislativa regulamentar, Tepedino apresenta como solução obrigatória do magistrado socorrer-se dos princípios “onde o centro da solução deve

23 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Op. cit.*, 2007, p. 205.

24 TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 153.

25 *Ibidem*, p. 156.

pautar-se na dignidade da pessoa humana, o valor maior”.

Para Tepedino, as pressões da economia tentam violar a dignidade da pessoa humana, mas, a

[...] escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza, da marginalização, e da redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do parágrafo 2º do art. 5º, no sentido da não-exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo do ordenamento²⁶.

Ao eleger a dignidade da pessoa humana no plano hermenêutico, a Constituição de 1988 condicionou o ordenamento infraconstitucional a essa limitação.

Para que não se renegue no plano privado a dignidade da pessoa humana, Tepedino propõe “um vigilante controle da autonomia privada que, como já ressaltado, há de ser protegida na medida em que realiza os valores sociais e existenciais assegurados, de forma privilegiada, pela hierarquia axiológica do ordenamento constitucional”.

Portanto, segundo Tepedino, dessa ordem pública de “tutela e promoção da pessoa humana” não estão excluídas as relações jurídicas privadas, e as ‘relações contratuais tornam-se estruturas jurídicas funcionalizadas à realização da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo central da Constituição de 1988’²⁷.

Todavia, como já se argumentou, muitos defendem por jurisprudência, outros, por um apontamento legal, uma delimitação clara dos limites do quanto disponível se pode ter dentro da regra da indisponibilidade, de quando de renunciável é possível na regra da irrenunciabilidade e do quanto o não protegido é viável no cerne do Direito do Trabalho, que é a proteção.

Essa falta de delimitação clara do possível, traz à baila três correntes passíveis de flexibilização: a) a primeira prega a flexibilização de todo Direito do Trabalho sem limitações; b) outra, amplia tipos de contrato individual para fomentar empregos, e c) a terceira corrente apregoa flexibilizar internamente o contrato individual de emprego, a contratação, a jornada, o salário e as modalidades de ruptura dessa contratação, com redução de custos das dispensas.

Beltran ao refletir sobre a flexibilização no Direito do Trabalho, afirma que deve haver uma adaptação às normas e às variáveis que são observadas na crise econômica, como a globalização, o desenvolvimento tecnológico,

26 TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 174.

27 *Ibidem*, p. 172-173.

modernizando esse ramo do Direito. Defende a predominância do convencionalizado sobre o legislado voltando-se o menos possível à interferência estatal e à imperatividade legal, que

Simboliza, ainda, a troca do genérico pelo individualizado; do ávido pelo eficaz; do fantasioso pelo real. Significa, finalmente, a predominância da convenção coletiva sobre a lei; da autonomia dos grupos profissionais sobre o paternalismo estatal (...). A flexibilização do Direito do Trabalho é o processo de adaptação das normas trabalhistas à realidade cambiante. Trata-se de processo porque se traduz em sucessão de estados de mudanças²⁸.

Rozita de Nazaré admite que na competência material da Justiça do Trabalho se insere a apreciação e punição anti-sindicais, principalmente, as vinculadas à acidente e segurança do trabalho. As matérias, portanto, que envolvam saúde, acidente e segurança do trabalho são o limite legal que impedem a sobreposição do negociado ao legislado²⁹.

Para Delgado, devem-se respeitar dois critérios:

a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão oriundo da legislação heterônoma aplicável;

b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade relativa (e não de indisponibilidade absoluta)³⁰.

No caso 'A' as normas convencionais elevam o patamar já existente, não afrontado o princípio da indisponibilidade.

No caso 'B', embora afrente o princípio de indisponibilidade, considera a indisponibilidade relativa, e então, se refere à existência, ou não, de permissivo legal, como são os casos do Art. 7º., incisos VI (irredutibilidade salarial), XIII (compensação de duração do trabalho) e XIV (jornada de 6 horas para turnos ininterruptos), da Constituição de 1988.

Fundamentando a incidência do manto da indisponibilidade a determinados direitos, Delgado justifica a sobreposição do legislado quando se trata de indisponibilidade absoluta, pois, "são imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho"³¹.

Para o autor, essas parcelas indisponíveis absolutamente, são "anotação em CTPS, o pagamento do salário mínimo e as normas de medicina e segurança do trabalho".

28 BELTRAN, Ari Possidonio. *Op. cit.*, p. 150.

29 NASSAR, Rosita de Nazare Sidrim. *Op. cit.*, p.587-588.

30 DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 95.

31 DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 96.

Quando Cassar introduz o dirigismo contratual, discorre que os direitos trabalhistas “fundamentais”, impostos ao cidadão “em suas relações interpessoais e interprivadas”, constituem limites à autonomia da vontade de negociar³².

Francisco Lavor defende o aprimoramento das relações coletivas de trabalho, exigido pelo mundo globalizado e clama por uma “supremacia das negociações coletivas”, mas, explica a supremacia quando efetivamente, ela se encarrega de ampliar as garantias mínimas “asseguradas em uma legislação mínima de proteção ao trabalho”³³.

Genésio Sobrinho, com clara preocupação da sobreposição ilimitada do negociado sobre o legislado, entende que não é um dilema fácil de superar. Entretanto, reforça que o Estado deve atuar de forma supletiva para não atrelar os envolvidos à lógica perversa do capitalismo, e da mesma forma, não sucumbirem ao efeito que chama de colateral, que é congelar o mínimo ou transformá-lo, na prática, em teto³⁴.

Afiança-se novamente que o poder conferido aos sindicatos pelo Art. 7º, inciso XXVI e pela CLT no Art. 444, está longe de ser absoluto

e o limite é a própria Lei e a Constituição de 1988. As leis infraconstitucionais devem ser respeitadas.

4. SÚMULAS SOBRE INTERVALO INTRAJORNADA E SOBRE ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

Defender os interesses da categoria econômica, de início, significa perpetuar direitos já reconhecidos, ampliá-los ou flexibilizá-los nos limites impostos pela Constituição de 1988, sob pena até de eventual inconstitucionalidade da norma.

Especificamente, quanto a direitos reconhecidos e positivados relevantes à saúde do trabalhador, estão o adicional de periculosidade e de insalubridade.

A preocupação com as condições perigosas a que está sujeito o empregado surgiu em 1955, com a Lei nº. 2.573, de 13 de agosto.

O Título II (“Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho”), Capítulo V (“Da Segurança e da Medicina do Trabalho”), Seção XIII (“Das Atividades Insalubres ou Perigosas”), Artigos 192 - 193 da CLT dispõem:

Art. 192. O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

32 CASSAR, Vólia Bomfim. Princípio da Irrenunciabilidade e da intransacionabilidade diante da flexibilização dos direitos trabalhistas. Revista LTr, São Paulo, v. 70, nº. 04, p. 408, abril/ 2006.

33 LAVOR, Francisco Osani de. Perspectiva das relações individuais e coletivas de trabalho na sociedade globalizada. LTr - Suplemento Trabalhista, São Paulo, v. 34, nº. 2, p.10, 1998.

34 SOLANO SOBRINHO, Genésio Vivanço. Direito constitucional e a flexibilização do Direito do Trabalho. Ciência Jurídica do Trabalho, Belo Horizonte, MG, v. 6, nº. 41, p. 41, set./ out.2003.

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou método de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

§ 1º. O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

§ 2º. O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.

Já em dezembro de 2012 foi publicada a Lei 12.740, no seguinte teor:

LEI Nº 12.740, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2012.

Altera o art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a fim de redefinir os critérios para caracterização das atividades ou operações perigosas, e revoga a Lei nº 7.369, de 20 de setembro de 1985.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo

Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

.....
.....

§ 3º Serão descontados ou compensados do adicional outros da mesma natureza eventualmente já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo.”
(NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Fica revogada a Lei nº 7.369, de 20 de setembro de 1985.

Brasília, 8 de dezembro de 2012; 191º da Independência e 124º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Carlos Daudt Brizola

Este texto não substitui o publicado no DOU de 10.12.2012

Contrariando o disposto no Artigo supracitado, o que se observa é um descaso estatal e uma verdadeira desregulamentação do Direito do Trabalho, ao que chamam de flexibilização. Todavia, ela se concretiza muito além da restritiva previsão esculpida no Art. 7º da Constituição de 1988.

A previsão legal dessas flexibilizações, além do que dispõe o Art. 7º da Constituição de 1988, ou mesmo, com expressa autorização sumulada pelo Tribunal Superior do Trabalho, não autoriza, ao menos no viés do Art. 8º da mesma Carta Constitucional, a admissão desses instrumentos como efetivamente, democráticos.

Júlio Bernardo de Carmo, ao se posicionar a respeito dos direitos sociais mínimos sob o manto da flexibilização, diz que o fenômeno se limita ao chamado “mínimo ético social”, nas normas de proteção à saúde, à higiene, à segurança do trabalhador e aos direitos da personalidade. Dita que a flexibilização deve se revestir de moralidade e momento pontual histórico que justifique a retirada do direito do trabalhador³⁵.

Ora, a flexibilização necessita se pautar por essa conjuntura histórica, capacitadora de uma recuperação econômica, e é inadmissível que sirva de afago ao Capitalismo selvagem

em detrimento da dignidade preservada ao trabalhador.

Carmo, além de observância do mínimo ético social, das normas pontuadas acima, a concretização da flexibilização ocorre “se e quando demonstrasse que atravessa momento de crise, precisando minimizar direitos trabalhistas como forma de adequar sua planilha de encargos sociais e vencer a adversidade” e, ainda, não se perder de vista que, de regra, vigora no Direito do Trabalho, o princípio da irrenunciabilidade.

O autor, contrário à edição da Súmula 364 do TST, ao que chama de brecha odiosa, enfatiza: “a conclusão que se poderia tirar desta brecha odiosa porque a ser assim a flexibilização não teria peias nem limites porque poderia alcançar toda e qualquer condição de trabalho, sem barreiras constitucionais ou infraconstitucionais”³⁶.

O mesmo autor alerta que a brecha aberta pela Súmula 364 do TST “é deveras perigoso porque praticamente não estabelece barreiras para a negociação coletiva”.

O que se verifica é uma valorização exacerbada da política Neoliberal e do Capitalismo, em detrimento das árduas conquistas dos trabalhadores ao longo de décadas, num verdadeiro desmanche dos direitos fundamentais e sociais mínimos garantidos ao trabalhador, num descuido desrespeitoso do Princípio Protetor e da supremacia, pouco importando a quem custe a

35 CARMO, Júlio Bernardo do. Negociação coletiva e o respeito aos direitos sociais mínimos. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região, Belo Horizonte, MG, v. 43, nº. 73, p.40, jan./jun.2006.

36 Ibidem, p. 41.

primazia do negociado sobre o legislado.

Da mesma forma se analisará a Súmula 437 do TST, que estabelece uniformização da jurisprudência sobre intervalo intrajornada.

Portanto, acima de tudo, os atos emanados dos sindicatos representativos das classes profissionais, devem respeitar os limites de flexibilização propostos pela Constituição de 1988 e proteger o hipossuficiente, zelando pela indisponibilidade das normas de ordem pública e efetivamente, ser o viés condutor da representação democrática material e formal.

Não se trata de tergiversar e sim, de concluir que se cabe ao sindicato a defesa de direitos da categoria, não lhe é dado o poder de negociação em prejuízo dos que representa.

Na medida em que os instrumentos sindicais, pelos seus resultados, não protegem ou garantem a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, não são instrumentos democráticos materiais efetivamente, e tão somente formais.



A Súmula 364 do Tribunal Superior do Trabalho alega, data vênica, o efeito da desregulamentação das normas mínimas fundamentais de proteção à saúde e à segurança do trabalhador, autorizando sem qualquer

intervenção estatal e com total autonomia das partes, prejuízo aos direitos sociais mínimos de proteção do empregado.

Não se está, contudo, defendendo o fim das organizações sindicais, ao contrário, precisa-se de movimentos e organizações sindicais efetivamente fortes para que se possa ter uma sociedade composta de trabalhadores livres para a negociação coletiva, livres do medo do desemprego, da fome e da miséria. Só se pode conceber a flexibilização do Art. 7º quando se cumprir o Artigo 6º, na íntegra e para todo o povo brasileiro³⁷.

Far-se-á neste estudo, também, a análise de dois embates jurídicos em tramitação na 9ª Região, que discutem a diminuição de intervalo intrajornada e/ou do adicional de periculosidade por Acordos Coletivos de Trabalho. Após, a pesquisa de campo se volta ao Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região e ao Tribunal Superior do Trabalho referente ao posicionamento de suas Turmas na discussão a respeito da aplicabilidade de adicional de periculosidade em percentual inferior ao determinado pelo Parágrafo 1º do Artigo 193, da CLT.

Constará ainda a informação de realização ou não de perícia técnica, na medida em que o Artigo 195 da Consolidação das Leis do Trabalho obriga, a princípio, a realização dessa prova técnica para caracterização e classificação da insalubridade e da periculosidade.

Nulidade de cláusula sobre precarização ou diminuição de direitos dos trabalhadores

37 Art. 6º - 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, na forma desta Constituição.

são os assuntos que serão analisados, com base na jurisprudência dos nossos Tribunais, na sequência deste trabalho.

6. ENTENDIMENTOS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Aspecto importante da jurisprudência é a análise da Súmula 437 do TST, que teve como precursora a Orientação Jurisprudencial 342 da mesma Corte, que assim estabelecia:

Orientação Jurisprudencial 342 do TST. INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. EXCEÇÃO AOS CONDUTORES DE VEÍCULOS RODOVIÁRIOS, EMPREGADOS EM EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO (cancelada. Convertido o item I no item II da Súmula nº 437) - Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

I - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inenunciável à negociação coletiva.

II - Antea natureza do serviço e em virtude das condições especiais de trabalho a que são submetidos estritamente os condutores e cobradores de veículos rodoviários, empregados em empresas de transporte público coletivo urbano, é válida cláusula de acordo ou convenção

coletiva de trabalho contemplando a redução do intervalo intrajornada, desde que garantida a redução da jornada para, no mínimo, sete horas diárias ou quarenta e duas semanais, não prorrogada, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada.

Súmula nº. 437 do TST

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inenunciável à

negociação coletiva.

III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

IV - Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, *caput* e § 4º da CLT.

Em 2014 já houve pronunciamento sobre tal assunto, da seguinte maneira:

RECURSO ORDINÁRIO. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. AÇÃO ANULATÓRIA. TRABALHO AOS DOMINGOS. DISPENSA DE AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE. VIOLAÇÃO AO ART. 68 DA CLT. O art. 68 da CLT é categórico ao vincular o trabalho aos domingos à autorização prévia da autoridade competente em matéria de trabalho. Já a cláusula impugnada faz letra morta desse preceito legal, razão por que deve ser excluída do instrumento coletivo. Recurso Ordinário provido. (...). JORNADA DE TRABALHO. REGIME 12X36. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DO SIN-

DICATO PROFISSIONAL CONVENIENTE. EQUIPARAÇÃO DO HORÁRIO NOTURNO COM O HORÁRIO DIURNO SEM COMPENSAÇÃO FINANCEIRA. PAGAMENTO NORMAL DOS DIAS TRABALHADOS EM FERIADOS. PREVISÃO DE HORA EXTRA COM ADICIONAL DE 60%. NULIDADE DA CLÁUSULA. Devem ser excluídos do acordo coletivo de trabalho os dispositivos convencionais em que se fixou a jornada de trabalho 12X36, em virtude da ausência de representatividade do Sindicato profissional conveniente com relação à categoria diferenciada dos vigilantes; da inobservância da diferença entre o horário noturno e o diurno, sem que houvesse previsão de majoração do adicional noturno e de pagamento em dobro dos trabalhados em feriados e, por fim, em razão da previsão de horas extras para a extasiante jornada de 12X36, com pagamento do adicional de 60%. Recurso a que se dá provimento. (RO - 40200-36.2012.5.17.0000, Relato-ra Ministra: Maria de Assis Calsing. Data de Julgamento: 17/03/2014, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 21/03/2014).

Convém lembrar que o parágrafo terceiro do artigo 71 da CLT estabelece a possibilidade de autorização do Ministério do Trabalho e Emprego para diminuir o intervalo intrajornada, desde que verificada a existência de refeitórios no interior da empresa. Outro requisito necessário é a impossibilidade de se praticar horas extras, sob pena de descaracterização de tal autorização e, com isso, o pagamento de horas extras com base no parágrafo quarto

do mesmo artigo supracitado, inclusive na integralidade, conforme a supracitada Súmula do TST.

Já no assunto da Periculosidade, relevante esclarecer que a Súmula 364 do TST foi precedida pela Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, Seção de Dissídios Individuais (Subseção I) nº. 258, inserida em 19.10.2000, que prelecionava:

258. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ACORDO COLETIVO OU CONVENÇÃO COLETIVA. PREVALÊNCIA (cancelada em decorrência da sua conversão na Súmula nº 364) - DJ 20.04.2005

A fixação do **adicional de periculosidade**, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo **de** exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em **acordos** ou convenções **coletivos de** trabalho (art. 7º, Inciso XXVI, da CF/1988).

Posteriormente, cancelando a Orientação Jurisprudencial nº. 258, em 27.09.2002, foi editada a Súmula nº. 364 do TST, que dispunha o seguinte:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 5, 258 e 280 da SBDI-1)- Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I-Faz jus ao **adicional de periculosidade** o empregado exposto permanentemente

ou que, **de** forma intermitente, sujeita-se a condições **de** risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se **de** forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-Ojs da SBDI-1 nºs 05 - inserida em 14.03.1994 - e 280 - DJ 11.08.2003)

II - A fixação do **adicional de periculosidade**, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo **de** exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em **acordos** ou convenções **coletivos**. (ex-OJ nº 258 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002).

Por fim, houve modificação ao inciso I e cancelamento do inciso II da supracitada Súmula, restando da seguinte forma:

Súmula nº 364 do TST

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE (cancelado o item II e dada nova redação ao item I) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-Ojs da SBDI-1 nºs 05 - inserida em 14.03.1994 - e 280 - DJ 11.08.2003)

Da mesma forma, cita-se decisão em

2014 sobre tal assunto, no seguinte teor:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. CABISTAS. FUNÇÕES DESEMPENHADAS EM CONTATO COM ENERGIA ELÉTRICA. O Regional entendeu que o reclamante fazia jus ao recebimento do adicional de periculosidade por desempenhar suas atividades como cabista, submetido ao risco com energia elétrica. O Tribunal a quo, ao adotar a citada tese, decidiu em consonância com o disposto nas Orientações Jurisprudenciais nºs 324 e 347 da SBDI-1, o que impossibilita a demonstração de divergência jurisprudencial, nos termos do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333 do TST. Recurso de revista não conhecido.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO EMPERCENTUAL INFERIOR AO PREVISTO EM LEI, AJUSTADO EM NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INVALIDADE. CANCELAMENTO DO ITEM II DA SÚMULA Nº 364 DO TST. As condições de trabalho podem ser negociadas coletivamente pelos sindicatos representativos das categorias profissional e econômica, devendo ser dado amplo reconhecimento às convenções e aos acordos coletivos de trabalho decorrentes, por força de mandamento constitucional contido no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988. No entanto, as negociações coletivas encontram limites nas garantias, direitos e princípios instituídos pela mesma Carta Magna e que são intangíveis à autonomia coletiva, tais

como as normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador, que tutelam a vida e a saúde do empregado. Ou seja, se a Constituição da República assegura a todos os trabalhadores, no inciso XXII do mesmo artigo 7º, a existência de normas de saúde, higiene e segurança no trabalho capazes de reduzir os riscos inerentes à atividade laboral, as normas coletivas de trabalho decorrentes de negociação coletiva não podem, pura e simplesmente, eliminar ou reduzir os direitos previstos em lei ligados a essas matérias. Esta, aliás, foi a ratio decidendi dos vários precedentes que levaram à edição da Orientação Jurisprudencial nº 342, item I, da SBDI-I desta Corte, in verbis: - INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. (...) I - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), in fensa à negociação coletiva.- Neste contexto, considerando que o adicional de periculosidade também constitui direito vinculado à saúde e à segurança do trabalho, assegurado por norma de ordem pública, nos termos dos artigos 193, § 1º, da CLT e 7º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal, o direito ao seu pagamento integral (isto é, pelo percentual de 30% do valor mensal da

base de cálculo salarial devida) não pode ser objeto de nenhuma redução ou limitação por negociação coletiva, diante do seu caráter indisponível. Exatamente por isso, os Ministros componentes do Tribunal Pleno desta Corte, em decorrência dos debates realizados na denominada - Semana do TST-, no período de 16 a 20/05/2011, decidiram, em sessão realizada no dia 24/05/2011 e por meio da Resolução nº 174, da mesma data (DJe de 27/05/2011, p. 17 e 18), cancelar o item II da Súmula nº 364, que permitia a possibilidade de fixação do adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos. Desse modo, sendo incontroverso, nos autos, que o reclamante laborava em atividade de risco e estava exposto a condições perigosas, faz ele jus ao pagamento do correspondente adicional, nos exatos termos da lei, ou seja, à razão do percentual de 30% do valor salarial mensal legalmente fixado como sua base de cálculo, já que o contato intermitente, e não só o contato permanente com as condições de risco, também gera o direito ao adicional, nos termos do item I da mesma súmula, cujo teor foi, em sua essência, mantido na citada Resolução. Recurso de revista não conhecido. (RR - 403900-36.2007.5.09.0411, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta. Data de Julgamento: 26/03/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/04/2014).

Por fim, não se pode falar em unanimidade, mas sim, de prevalência da aplicação da Súmula 364 do TST.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito do Trabalho busca novos rumos para minimizar a distância entre a realidade e a legislação, todavia, há preocupação em relação ao encaminhamento da questão.

Talvez, as primeiras e efetivas preocupações com as relações de trabalho no Brasil surgiram no desenvolvimento industrial e na República, mas o ápice se deu com a Constituição de 1988 que trouxe o princípio da dignidade como fundamento da República Federativa do Brasil e a valorização do trabalho. (Art. 1º, I e II da Constituição de 1988).

A Constituição de 1988, ao que se pode entender, de forma proposital introduziu a ordem de apresentação das matérias de embate considerando também, o grau de importância que deu ao texto.

Depreende-se, deste modo, que a Constituição prioriza o valor do trabalho à iniciativa privada, a redução de riscos à saúde do trabalhador ao reconhecimento dos instrumentos coletivos e ainda, ordena que é de responsabilidade dos sindicatos defender os interesses individuais e coletivos da classe representada.

O Direito do Trabalho se apropria do Princípio Protetor, norteador pela Constituição de 1988, para alcançar os Direitos Sociais, também chamados de Direitos Humanos dos trabalhadores e para a valorização do trabalho,

considerando o desequilíbrio dos pólos da relação de emprego e a priorização da dignidade do trabalhador.

Com a globalização, o Princípio Protetor merece atenção especial na medida em que, além de compensar o desequilíbrio entre empregado e empregador, promove um conteúdo mínimo e irrenunciável ao contrato de trabalho.

A irrenunciabilidade é a regra do Direito do Trabalho, as indisponibilidades são relativas ou absolutas, situando-se na sua esfera as matérias relativas à vida, à saúde, à segurança e Medicina do Trabalho, que são exemplos de indisponibilidade absoluta.

As indisponibilidades relativas comportam as alterações que não causam prejuízo ao empregado ou que têm autorização constitucional expressa. Cita-se como exemplo, a redução salarial ou o banco de horas, matérias passíveis de flexibilização consoante autorização expressa da Constituição de 1988 e ainda assim, somente com a intervenção sindical, conferindo

a importância aos sindicatos.

Esta importância é merecida após mais de uma década de fragilidade dos movimentos sindicais, consagrando em 1988 o reconhecimento da luta por melhor condição de vida, minimizando a intervenção estatal nas relações de emprego e conferindo legalidade a livre estipulação de regras entre as representações profissionais e econômicas.

A pacificação social por meio das negociações coletivas é prerrogativa sindical na busca da defesa dos interesses de seus representados.

Esta ampliação de atuação e valorização das negociações sindicais na Constituição de 1988 demonstra o reconhecimento da representação democrática dos acordos e convenções coletivas.

A representação democrática participativa se faz possível pela autonomia coletiva e liberdade sindical e mesmo assim não desautoriza um olhar Estatal.



A negociação coletiva é um mecanismo de contrapoder pacificador capaz de equacionar conflitos.

Portanto, conclui-se que a representação democrática participativa está atrelada à função teleológica do sindicato que se volta à “defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria” (Art. 8º, inciso III, da Constituição de 1988), com seu elevado número de cidadãos na tomada de decisões que com suas regras são requisitados para garantir direitos e liberdades.

Para essas garantias os atos convencionais devem estar em perfeita sintonia e coordenação com as regras e princípios constitucionais, sob pena de se tornarem inconstitucionais.

Esse grande palco da democracia, como já se disse, está ligado também à observância do direito protetivo, alicerce do Direito do Trabalho que não pode ser aniquilado pelos princípios próprios do Direito Coletivo.

A fonte de validade da autonomia privada está nas normas estatais, que especificam e limitam o espaço de sua atuação de tal forma que o Estado avoca certas matérias reservadas para sua própria atividade normativa.

As limitações referenciadas estão dispostas nas autorizações possíveis de flexibilização por meio dos Acordos Coletivos, como dispõe o Artigo 7º da Constituição de 1988, em seus incisos VI, XIII e XIV já comentados no corpo deste artigo.

Evidentemente, não se pretende negar a existência do fenômeno da flexibilização como uma necessidade para tentar minimizar

ou reduzir a distância entre a realidade e a legislação. Somente não se opta pela possibilidade da flexibilização por além dos limites constitucionais de salário e jornada e em prejuízo ao Princípio Protetor, que é o vetor do Direito do Trabalho.

A proposta da presente pesquisa foi verificar a probabilidade de se enfrentar a constitucionalidade, ou não, dos instrumentos coletivos que reduzem adicional de periculosidade. Conclui-se, após estudo realizado, que há um limite possível de composição nesses instrumentos coletivos, inobstante a irrenunciabilidade resultante de normas imperativas e de ordem pública serem a regra para do Direito do Trabalho.

Esses limites estão explícitos na Constituição de 1988 que enaltece o valor do trabalho, prioriza a redução de riscos a saúde do trabalhador antes do reconhecimento dos instrumentos coletivos. Legitima aos sindicatos a defesa dos interesses individuais e coletivos da sua classe representada. O limite se encontra na priorização da dignidade do trabalhador e na promoção dos direitos sociais.

A aplicação imperativa e de ordem pública do Princípio Vetor do Direito do Trabalho, que é a proteção, deve se materializar nas duas segmentações meramente formais do Direito, a Individual e a Coletiva.

O conteúdo mínimo e irrenunciável, traduzido na indisponibilidade absoluta para matérias que tratam da vida, saúde, segurança e medicina do trabalho, é mais uma limitação.

O limite se localiza ainda, na função teleológica do sindicato enquanto promotor

da defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria e no conteúdo justo dos atos propagados pelo instrumento coletivo, que o validam como representação democrática material.

Embora se conclua que os limites da flexibilização estão claramente externados na Constituição de 1988, a preocupação que ainda resta funda-se nos novos rumos possíveis para minimizar a distância entre a realidade e a legislação como se observa no conteúdo das Súmulas 364 e 437, ambas do TST.

REFERÊNCIAS

BELTRAN, Ari Possidonio. **Direito do Trabalho e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2002.

BRASIL. **Constituição da República do Brasil**. Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: [s.n.], 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARLI, Vilma Maria Inocêncio. **A flexibilização dos contratos de trabalho**. Campinas. SP: ME, 2005.

CARMO, Júlio Bernardo do. Negociação coletiva e o respeito aos direitos sociais mínimos. Belo Horizonte, MG, **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região** v. 43, nº. 73, jan./jun.2006.

COUTINHO, Aldacy R. O princípio da proteção

revisitado. Curitiba, **Revista Bonijuris**, v. 13, n. 452, 2001.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.) **Direito do Trabalho: estudos**. São Paulo: LTr, 1997

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Direito do Trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direito Coletivo do trabalho e seus princípios informadores. São Paulo, **Trabalho & Doutrina**. nº 27, dez./2002.

DONATO, Messias Pereira. Princípios do Direito Coletivo do trabalho. São Paulo, **Revista LTr - Legislação do Trabalho**, v. 71, nº. 12, dez./2007.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Flexibilização do Direito do Trabalho na experiência latino-americana. São Paulo, **Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, v.1, n.1, set./2006.

LAVOR, Francisco Osani de. Perspectiva das relações individuais e coletivas de trabalho na sociedade globalizada. São Paulo, **LTr - Suplemento Trabalhista**, v. 34, nº.2, 1998.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Princípios de Direito do Trabalho na lei e jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1994.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Direito e processo do trabalho em transformação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Processo coletivo do trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Valorização da negociação coletiva e flexibilização das normas legais trabalhistas. Curitiba, PR, **SDI: Jurisprudência uniformizada do TST**, v.11, nº.119, out/2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1977.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Flexibilização do Direito do Trabalho: dimensão e experiência brasileira. Rio de Janeiro, **Revista Forense**, v. 99, nº. 369, set./out. 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

PARANHO, Adalberto. **O roubo da fala**. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.

RUDIGER, Dorothee Susanne. Autonomia privada coletiva e crise paradigmática do Direito do Trabalho, Curitiba, **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região**, v. 29, nº. 53, jul./dez.2004.

SÁ, Maria Cristina Haddad de. **Negociação coletiva de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO Délio. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22ª ed. atual. Atualizado por Segadas Viana e João de Lima Teixeira Filho. Vol. I. São Paulo: LTr, 2005

TEPEDINO, Gustavo. **A Incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas?** Porto Alegre. Núria Fabris, 2008.

TST - RR - 403900-36.2007.5.09.0411, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data

de Julgamento: 26/03/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/04/2014. Disponível no site <http://www.tst.jus.br>, acesso em 11 de abril de 2014.

TST - RR - 40200-36.2012.5.17.0000, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing. Data de Julgamento: 17/03/2014, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 21/03/2014. Disponível no site <http://www.tst.jus.br>, acesso em 11 de abril de 2014.

VIDIGAL, Flávio Salem. Limites à flexibilização na convenção coletiva e nos acordos coletivos no ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte, **Revista do TRT- 3ª REGIÃO**, 25 (54): 5-6, jul.94/Jun.95.

XAVIER, Carlos Alberto Moreira. Do corporativismo para a autonomia privada coletiva. São Paulo, **Revista LTr - legislação do trabalho**, v. 59, n. 3, mar. 1995.

WALDRAFF, Cristiane Budel. Princípio protetivo *versus* flexibilização. In: WALDRAFF, Célio Horst (1964 – coord.). **Temas de Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis, 2004.

A base do referido estudo foi a Dissertação de Mestrado da Autora Denise Cristina Brzezinski, defendida no Programa de Mestrado em Direito das FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL, sob orientação do Prof. Dr. Célio Horst Waldraff, em 2011, sob o título “Direitos Sociais Fundamentais do Trabalhador: a redução do adicional de periculosidade frente ao direito positivado. Tergiversação ou inconstitucionalidade da norma?”.