

4. Artigo

NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 277 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO A ULTRAEFICÁCIA DAS CLÁUSULAS NORMATIVAS: CRÍTICAS, QUESTIONAMENTOS E DESAFIOS

Francisco Rossal de Araujo*
Carolina Grieco Rodrigues Dias**
Paula Steil Machado***
Éverton Luiz Kircher de Moraes****

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ultraeficácia das cláusulas normativas dos instrumentos (acordos e convenções) coletivos. 1.1 Noções Gerais. 1.2 Conceito e teorias da ultraeficácia. 1.3 Ultraeficácia e princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. 1.4 Hierarquia das fontes formais no Direito do Trabalho. 1.5 Noções da ultraeficácia no Direito Comparado. 2. A ultraeficácia no Brasil. A Súmula nº 277 do TST e a alteração da posição do Tribunal em Setembro de 2012. 2.1 A Súmula nº 277 do TST: de 1988 até 2012. 2.2 Motivos da alteração do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho e críticas principais à nova redação da Súmula nº 277. 2.3 Consequências jurídicas e práticas da alteração da Súmula nº 277 pelo TST, consagrando a ultraeficácia das normas coletivas. Novos desafios e questionamentos. A questão da segurança jurídica. 2.4 Ultraeficácia e aplicabilidade nos processos de Dissídio Coletivo. Conclusão. Referências.

Introdução

A projeção da eficácia das normas coletivas no tempo é um tema debatido há décadas no Direito do Trabalho, constituindo um dos grandes debates do Direito Coletivo. Está relacionado a questões doutrinárias e políticas, pois influencia diretamente na manutenção, ou não, nos patamares alcançados pela negociação coletiva.

Os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho acordaram, por maioria, ajustar o texto da Súmula nº 277, que trata da vigência das condições de trabalho fixadas em instrumentos normativos¹.

Em sua redação anterior, a Súmula nº 277 do TST refletia a consagração do entendimento jurisprudencial pelo qual era expressamente vedada a integração definitiva das condições de trabalho alcançadas por meio de sentença normativa ou de normas (convenção ou acordo) coletivas aos contratos individuais de trabalho, de modo que as condições ajustadas vigoravam por prazo determinado, no prazo de vigência do respectivo instrumento.

* Desembargador do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região e professor da UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

** Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

*** Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

**** Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

¹ Semana jurídica de 10 a 14 de setembro de 2012.

A nova redação da Súmula nº 277 consigna entendimento em sentido oposto, à luz do princípio da ultra-atividade ou ultraeficácia das cláusulas normativas. Após a publicação da Resolução nº 185/2012, a Súmula nº 277 do TST passou a estabelecer que “cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificados ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”.

A mudança no entendimento do TST gerou e tem gerado grandes discussões no meio acadêmico e jurisdicional. Dúvidas quanto aos efeitos práticos da aplicação do novo texto sumular têm fomentado debates também entre os representantes das categorias profissionais e econômicas e entre trabalhadores e empregadores, gerando insegurança acerca da matéria.

O entendimento jurisdicional sobre a vigência das condições de trabalho fixadas em instrumentos normativos e sobre sua incorporação aos contratos de trabalho tem desdobramentos jurídicos e econômicos que evidenciam a importância do estudo do tema para melhor compreender as razões e os efeitos da mudança de entendimento do TST.

O presente levantamento abordará a interpretação, a aplicabilidade e as críticas à Súmula nº 277 do TST, em sua anterior e nova redação, bem como os motivos que levaram a corte superior trabalhista a alterar sua jurisprudência, objetivando contribuir com a construção das bases sob as quais esse novo modelo de eficácia das cláusulas normativas das normas coletivas se desenvolverá em nosso país.

Na primeira parte, tratará sobre o tema da ultraeficácia e nas implicações no Direito Comparado. Depois, analisará a questão sob o ponto de vista da legislação e doutrina brasileiras, remetendo aos possíveis efeitos da referida mudança de posicionamento. Por último, será abordada a aplicabilidade da Súmula nº 277 aos processos de Dissídio Coletivo.

1 A ultraeficácia das cláusulas normativas dos instrumentos (acordos e convenções) coletivos

Para maior compreensão da Súmula nº 277, inicia-se o estudo através da análise das teorias que envolvem a ultraeficácia, confrontando-se o tema com os princípios do Direito Trabalhista (individual e coletivo), bem como abordando a evolução da ultraeficácia no Direito Comparado e no Direito do Trabalho brasileiro.

1.1 Noções Gerais

A nova redação da Súmula nº 277 do TST estabelece a possibilidade de as cláusulas normativas previstas em instrumentos coletivos permanecerem eficazes mesmo após o término da vigência desses instrumentos, correspondendo, assim, a uma regra de ultraeficácia.

A ultraeficácia, ou ultra-atividade, é relativa às cláusulas normativas, ou seja, à parte de conteúdo dos instrumentos coletivos.

Numa perspectiva sob o ponto de vista da cogência, pode-se distinguir, nas normas coletivas (cláusulas e acordos), dois grandes grupos de cláusulas: as de natureza obrigatória e as de natureza facultativa. As obrigatórias, via de regra, são estabelecidas por lei. No Brasil, pode-se elencar a cláusula que delimita a vigência do instrumento. As cláusulas facultativas decorrem livremente da vontade das partes².

² RUSSOMANO, Mozart Víctor. Princípios gerais de direito sindical. Rio de Janeiro: Forense, 1995. pp. 179-180.

Outra classificação relevante é a que distingue as cláusulas coletivas em três grupos: as cláusulas normativas, as cláusulas obrigacionais e as cláusulas instrumentais. Cláusulas normativas são aquelas destinadas a reger as relações de trabalho, e cujo conteúdo deve ser respeitado quando da celebração dos contratos individuais. Cláusulas obrigacionais dizem respeito às obrigações assumidas pelos próprios sindicatos que negociam, não obrigando a categoria que eles representam (também são chamadas de cláusulas contratuais, pois seu conteúdo é semelhante às disposições dos contratos civis, comerciais, inclusive às dos próprios contratos de trabalho). Cláusulas instrumentais destinam-se a reger o instrumento (por exemplo, prazo de validade)³.

A Súmula nº 277 do TST, em sua redação alterada em 2012, é expressa em estabelecer que a ultraeficácia refere-se às cláusulas de natureza normativa, ou seja, aquelas que disciplinam as relações individuais de trabalho.

Antes da análise propriamente das controvérsias surgidas com a nova edição da Súmula nº 277 do TST, importante conhecer o conceito de ultraeficácia (ou ultra-atividade), bem como as teorias construídas acerca de tal instituto, com seus modelos de aplicação respectivos.

1.2 Conceito e teorias da ultraeficácia

A ultraeficácia das normas coletivas pode ser compreendida como a possibilidade de as cláusulas normativas ajustadas, mesmo decorrido seu prazo de vigência, permanecerem produzindo efeitos nos contratos individuais de trabalho. Tendo as categorias econômica e profissional definido determinada condição de trabalho aplicável aos trabalhadores integrantes da categoria profissional respectiva, mesmo após expirado o prazo de vigência da norma coletiva na qual foi estabelecida essa condição, ela não será suprimida, ou seja, não terá sua eficácia condicionada à vigência da norma (sujeita a prazo), mas sim integrar-se-á aos contratos daqueles trabalhadores. Essa, em síntese, é a ideia central da ultraeficácia.

No fundo, o que se discute é o grau de coercibilidade das normas oriundas de um instrumento normativo coletivo de trabalho, ou seja, se ele pode ser equiparado à lei, cujo texto coercitivo afeta a todos os contratos independentemente da vigência, como regra, ou se as normas coletivas teriam uma eficácia menor, limitada a um determinado período de tempo⁴.

Três modelos, basicamente, foram construídos pela doutrina acerca do instituto ora tratado, relacionando as disposições constantes de acordos ou convenções coletivas e os contratos individuais de trabalho: a aderência irrestrita, ou ultraeficácia plena; a aderência limitada pelo prazo, ou sem ultraeficácia; e a aderência limitada pela revogação, ou ultraeficácia relativa⁵. Há, ainda, alguns autores (Amauri Mascaro Nascimento e Renato Rua de Almeida) que defendem que, muito embora a vigência das normas seja limitada ao prazo, são admitidas exceções, correspondentes às cláusulas que estabelecem vantagens que não são passíveis de supressão após implementados os requisitos exigidos no instrumento coletivo, como, por exemplo, um adicional por tempo de serviço⁶.

³ RUSSOMANO, Mozart Víctor. Princípios gerais de direito sindical. Rio de Janeiro: Forense, 1995. pp. 179-180.

⁴ A regra é que os direitos assegurados pela legislação trabalhista incorporem-se em definitivo a todos os contratos de trabalho (arts. 468 e 419 da CLT). Nos primeiros tempos do Plano Real, o artigo 29 da Medida Provisória nº 434/94, de caráter transitório, determinava multa de 50% para o caso de despedida no período. A própria norma, neste caso, limitava sua eficácia temporal. No caso dos acordos e convenções coletivas, a limitação da eficácia era a regra, e não a exceção, por força do disposto no art. 614, §3º, da CLT.

⁵ DELGADO, Maurício José Godinho. Direito coletivo do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011. pp 172-175.

⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 6. Ed. – Niterói: Impetus, 2012, p. 1332

A teoria da aderência irrestrita (também denominada de ultraeficácia plena, absoluta ou incondicionada⁷) baseia-se na ideia de que, estabelecido o direito através de negociação coletiva, ele ingressa no patrimônio jurídico do trabalhador, não podendo ser suprimido de seu contrato de trabalho, na forma como define o artigo 468 da CLT. A doutrina tradicional adotava tal teoria, compartilhando a posição de que o contrato individual de trabalho sofria alteração quando surgida norma coletiva que assegurava ao trabalhador novos direitos, e tais alterações contratuais, ao contrário da convenção ou acordo, não estavam sujeitas a termo, incorporando-se definitivamente no patrimônio do trabalhador⁸.

Critica-se tal concepção sob o fundamento de que, embora efetivamente possuam eficácia normativa, sendo fonte de direito, as normas coletivas possuem natureza transitória e genérica, pois regulam situações aplicáveis a toda uma coletividade, e não somente a um trabalhador, sendo que, por tais razões, não seriam de inserção imperativa e automática aos contratos de trabalho. Acrescenta-se a tal argumento o fato da Consolidação das Leis do Trabalho possuir regramento específico determinando que as condições ajustadas serão aplicáveis enquanto forem vigentes, nos termos do artigo 613, inciso IV, da CLT⁹.

A aderência limitada pelo prazo compreende a noção de que as disposições de acordos e convenções coletivas somente tem eficácia enquanto persistir o prazo de vigência estabelecido no ajuste, não sendo capazes de aderir aos contratos individuais de trabalho¹⁰. Tal corrente nega a ultra-atividade, com ressalvas a questões atinentes à remuneração (com especial atenção a reajustes e pisos salariais), em face do princípio da irredutibilidade salarial definido no artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal¹¹. Tal posição foi adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho na antiga redação da Súmula nº 277, bem como na Orientação Jurisprudencial nº 322 da SDI-1¹² (ainda vigente) e, até certo ponto, no Precedente Normativo nº 120/2011¹³.

A interpretação literal do art. 868, § único, bem como do art. 614, § 3º, ambos da CLT, os quais definem prazos máximos para vigência, respectivamente, de sentenças normativas e acordos e convenções coletivos, é argumento utilizado por aqueles que se filiam a essa corrente doutrinária. Os críticos de tal teoria questionam a correção da utilização de tal critério de interpretação, que não leva em conta o fim social a buscado pelo legislador, defendendo, em contrapartida, a necessidade de se realizar uma interpretação teleológica¹⁴.

⁷ CARVALHO, Augusto César Leite de; ARRUDA, Kátia Magalhães; DELGADO, Maurício José Godinho. A súmula nº 277 e a defesa da constituição. Disponível em http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/28036/2012_sumula_277_aclc_kma_mgd.pdf?sequence=1 Acesso em 10/08/2013.

⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes; MARANHÃO, Délio; SEGADAS VIANA José. Instituições de direito do trabalho. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p 1099.

⁹ GONÇALVES, Lilian. Ultratividade das cláusulas normativas. São Paulo: LTr, 2008. 166 p. 104.

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Direito Coletivo do Trabalho. pp 174

¹¹ HAZAN, Bruno Ferraz. A Aderência Contratual das normas coletivas. pp 57-58

¹² ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. CLÁUSULA DE TERMO ADITIVO PRORROGANDO O ACORDO PARA PRAZO INDETERMINADO. INVÁLIDA (DJ 09.12.2003) Nos termos do art. 614, § 3º, da CLT, é de 2 anos o prazo máximo de vigência dos acordos e das convenções coletivas. Assim sendo, é inválida, naquilo que ultrapassa o prazo total de 2 anos, a cláusula de termo aditivo que prorroga a vigência do instrumento coletivo originário por prazo indeterminado.

¹³ SENTENÇA NORMATIVA. DURAÇÃO. POSSIBILIDADE E LIMITES - (Res. 176/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011) A sentença normativa vigora, desde seu termo inicial até que sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho superveniente produza sua revogação, expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo máximo legal de quatro anos de vigência.

¹⁴ HAZAN, Bruno Ferraz. A Aderência Contratual das normas coletivas. pp 59-62.

A teoria da aderência limitada por revogação, também chamada de ultra-atividade relativa, ou, ainda, ultra-atividade condicionada, defende que as cláusulas coletivas devem ter sua eficácia relacionada a edição de acordo ou convenção que trate de regular a matéria de forma diversa. Aplica-se a mesma noção do confronto de leis no tempo, quando a superveniência de novo conjunto de regras revoga, de forma expressa ou tácita, o diploma anterior¹⁵.

Essa última teoria foi prestigiada pelo Tribunal Superior do Trabalho com a modificação na redação da Súmula nº 277 do TST. Não é a primeira vez, contudo, que a ultraeficácia limitada por revogação vigora no direito pátrio, tendo sido essa corrente prestigiada na edição da Lei nº 8.542/92, em seu artigo 1º, § 1º¹⁶, que instituiu a política nacional de salários, e as posteriores alterações acerca do tema (que resultou na adição de um segundo inciso à antiga Súmula nº 277), tema que será objeto de análise no decorrer do trabalho.

1.3 Ultraeficácia e princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho

As teorias tradicionalmente existentes acerca da eficácia das normas coletivas valem-se ora de princípios próprios ao Direito Individual do Trabalho, ora de princípios afetos ao Direito Coletivo. Talvez justamente por isso, muitas vezes, estabeleçam conclusões significativamente diferentes, porquanto esses ramos do Direito do Trabalho partem de pressupostos diversos, discutindo-se mesmo a existência de ponto de intersecção entre eles, ou seja, de princípios comuns, e da aplicação dos princípios gerais do Direito Individual do Trabalho às relações de Direito Coletivo do Trabalho.

Mozart Russomano, defensor da concepção unitarista do Direito do Trabalho, afirmou que, embora haja divisão interna de tal ramo do direito em dois hemisférios (o das relações individuais e o das relações coletivas), existe um “núcleo essencial” que os une, qual seja, o trabalho desenvolvido pelo homem e a necessidade de defesa de seus direitos¹⁷.

Américo Plá Rodriguez é defensor da possibilidade de aplicação de tais princípios, por entender que o direito coletivo é parte do Direito do Trabalho, estando substancialmente ligada a ele, e, também, por compreender que o caráter individual ou coletivo constituem meras modalidades que não afetam a essência do fenômeno¹⁸.

Para João Régis Teixeira Júnior, no Direito Coletivo, as partes convenientes encontram-se em igual situação, não havendo hipossuficiência a justificar uma interpretação protetiva em prol do trabalhador, ressaltando que, em certas oportunidades, “o menos favorecido é o pequeno empresário diante do poder econômico e organizacional de muitas organizações sindicais”¹⁹.

De qualquer sorte, embora existente controvérsia acerca da sua aplicabilidade, como acima visto, tem-se que alguns princípios de direito individual podem justificar a adesão de direitos assegurados por normas coletivas aos contratos de trabalho, entre eles o princípio da proteção.

¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Direito Coletivo do Trabalho. pp 173-175

¹⁶ Art. 1º A política nacional de salários, respeitado o princípio da irredutibilidade, tem por fundamento a livre negociação coletiva e reger-se-á pelas normas estabelecidas nesta lei. § 1º As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho.

¹⁷ RUSSOMANO, Mozart Víctor. Direito coletivo do trabalho. Revista de Direito do Trabalho: São Paulo. São Paulo, n.82, jun. 1993. p. 65.

¹⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho. São Paulo: Ltr, 1978. pp. 24-25.

¹⁹ TEIXEIRA JÚNIOR, João Régis. Convenção coletiva de trabalho: não incorporação aos contratos individuais de trabalho. São Paulo: LTr, 1994. p 74

Americo Plá Rodriguez, entendendo que o princípio protetor tem incidência em ambos os ramos do direito laboral, pondera que, no direito individual, tal princípio refere-se à seleção, aplicação e interpretação de normas, enquanto que, no direito coletivo, "criam-se instrumentos cuja eficácia resulta do número, da disciplina, da organização técnica e administrativa, do poder material de cada uma das partes"²⁰.

Ainda, sobre o princípio da proteção, Alfredo Ruprecht afirma que esse tem como objetivo a criação de normas mais favoráveis ao trabalhador, como forma de compensar a sua situação hipossuficiente em face do empregador. O autor diz que o parâmetro da condição mais favorável (uma das três formas de aplicação do princípio em questão, além do *in dubio pro operario* e do critério da norma mais benéfica) teria aplicação em caso de denúncia, expiração ou substituição de convenção coletiva. Ou seja, quando uma nova convenção possuir disposição prevendo que as cláusulas mais vantajosas antes estabelecidas serão mantidas para os trabalhadores em função, será correto entender que tais direitos, efetivamente, devem permanecer (como defende Plá Rodriguez) incorporados aos contratos individuais. Contudo, considerando-se que a convenção de trabalho é resultado da comunhão de vontades das associações profissionais participantes, e, tendo em vista que o que foi estabelecido de comum acordo pode ser tornado sem efeito também pelo comum acordo, caso não haja interesse na manutenção de direitos antes convençionados, não haverá ofensa aos trabalhadores antes beneficiados²¹.

De acordo com o entendimento do autor argentino, a manutenção de direitos assegurados em instrumentos coletivos não se daria de forma imediata, dependendo, na realidade, do interesse das partes convenientes em estabelecer tal manutenção, ou não.

Existe, ainda, corrente doutrinária que defende a incorporação dos direitos assegurados por cláusulas coletivas por essas caracterizarem verdadeiro direito adquirido dos trabalhadores. Assim, expirado o prazo de validade da convenção ou acordo, os direitos neles estabelecidos fariam parte do patrimônio jurídico dos trabalhadores, até que a categoria (por eles composta), consinta na modificação, ou seja, com nova negociação²². Tal entendimento, em verdade, reflete a teoria da ultraeficácia relativa.

Opõe-se a tal posicionamento a opinião de que, em sede de direito coletivo, o instituto do direito adquirido refere-se aos grupos contratantes, não às pessoas físicas (embora possa haver reflexo direto e imediato nos contratos individuais de trabalho), razão porque o titular do direito seria a categoria econômica a que pertence o trabalhador. Ademais, sendo o direito adquirido uma garantia a alterações lesivas, não poderia ser suscitado quando as alterações advém de negociação coletiva²³. Essa crítica, contudo, volta-se para aqueles que defendem que, mesmo negociado novo instrumento coletivo, haveria direito dos trabalhadores de preservarem direitos antes estabelecidos em outras negociações já não vigentes (algo semelhante à tese da ultraeficácia irrestrita), o que não corresponde ao ponto de vista de Ruprecht, pois, como visto acima, esse ressalva a possibilidade das partes consentirem em estabelecer novas condições.

Acrescente-se, também, a crítica formulada por Lilian Gonçalves, que ressalta que o direito adquirido seria instituto natural às situações jurídicas de natureza definitiva, que podem ser plenamente exercidas a qualquer momento, sem ser atingidas por nova regra que regule de forma

²⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho. São Paulo: Ltr, 1978. p. 26.

²¹ RUPRECHT, Alfredo J. Os princípios do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1995. pp 26-8.

²² RUPRECHT, Alfredo J. Relações Coletivas de Trabalho. São Paulo: LTr, 1995. 1013 p. 464.

²³ TEIXEIRA JÚNIOR, João Régis. Convenção coletiva de trabalho: não incorporação aos contratos individuais de trabalho. São Paulo: LTr, 1994. p 73

diversa a questão. As cláusulas normativas, uma vez que possuem caráter transitório e provisório, pois vigentes por prazo máximo determinado, não se incorporariam aos contratos individuais de trabalho, pois incompatíveis com o conceito de direito adquirido²⁴.

Soma-se a tal crítica o fato dos direitos adquiridos serem exercitáveis por seus titulares a qualquer momento, não dependendo do consentimento de outra parte, nos termos do artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC), o que não ocorreria com os direitos previstos em normas coletivas, pois essas podem ser alteradas²⁵.

Conclui-se, pelo exposto, que as discussões acerca da possibilidade da incorporação de direitos assegurados em instrumentos coletivos nos contratos individuais de trabalho diz respeito à própria discussão (teorias) acerca da ultraeficácia, ou ultra-atividade, existentes.

1.4 Hierarquia das fontes formais no Direito do Trabalho²⁶

A teoria das fontes do direito pode ser considerada como a base de todos os estudos jurídicos, a ela se prendendo as questões fundamentais da própria essência do direito²⁷.

Uma dessas questões fundamentais da essência do direito é o questionamento que indaga se as normas jurídicas tem hierarquia uma sobre a outra e, em caso positivo, como funcionaria esse sistema.

Quando se fala em hierarquia das normas jurídicas (fontes formais) comumente vêm a cabeça do estudante a lembrança da pirâmide (estrutura escalonada) formulada por Kelsen.

Hans Kelsen²⁸ traz notável contribuição ao estudo da norma jurídica e de suas fontes. Em sua concepção, a aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Assim, existe uma norma fundamental (pressuposto teórico) vazia de conteúdo, mas que justifica a existência de uma Constituição, sem que ela (norma fundamental) seja, ao mesmo tempo, aplicação de uma norma superior. Mas a criação dessa Constituição realiza-se por aplicação desta norma fundamental.

Sucessivamente, a legislação ordinária, de natureza infra-constitucional, nasce da aplicação da Constituição. Em aplicação dessas normas gerais, realiza-se, através da concreção judicial (atividade jurisdicional) e das resoluções administrativas, a criação de novas regras. Por último, somente os atos de execução material é que não criariam uma norma, mas consistiriam em apenas aplicação.

Em outras palavras, a aplicação do Direito é criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercitivo estatuído por uma norma²⁹. Nos pólos extremos, haveria ou só produção legal (norma fundamental), ou só execução (ato executivo). Nessas condições, Kelsen situa a norma fundamental como o supremo fundamento de validade de uma ordem normativa³⁰. Sem a norma fundamental, conforme afirma Bobbio, as normas seriam um

²⁴ GONÇALVES, Lilian. Ultratividade das cláusulas normativas. São Paulo: LTr, 2008. 166 p. 105.

²⁵ PINTO, Joao M. A ultratividade das normas coletivas. *Jornal Trabalhista Consulex Brasília* v.15 n.693 p.74-3 jan. 1998

²⁶ Este item foi extraído de: ARAÚJO, Francisco Rossal de; SANTOS, Rodrigo Coimbra. Equilíbrio instável das fontes formais do direito do trabalho. *Justiça do Trabalho*. Porto Alegre, v. 27, n. 324, p. 48-75, dez. 2010.

²⁷ SUSSEKIND, Arnaldo... [et al.]. *Instituições de direito do trabalho*. 20.ed. São Paulo : Ltr, 2002, v.1., p. 150.

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 252-253.

²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 252-253.

amontoado, e não um ordenamento³¹.

Essa é a tradicional hierarquia das fontes do Direito, segundo o positivismo-normativista, que cria uma pirâmide de normas, em cujo vértice se encontra a norma fundamental, e, em sentido decrescente, vêm as normas constitucionais, as leis ordinárias, os regulamentos, as decisões jurisprudenciais e, por último, os atos de execução material. Por uma limitação do objetivo desta exposição, não será abordado o problema do pluralismo jurídico, que inclui ordens jurídicas de origem não-estatal. O pressuposto, portanto, é que as fontes formais aqui analisadas são de origem estatal, ou têm, ainda que secundariamente, como no caso dos acordos e convenções coletivas de trabalho, a previsão legal a emprestar-lhes validade jurídica.

Dentro do critério tradicional (Kelseniano) da hierarquia formal a Constituição ocupa um papel de destaque perante as outras fontes. Em seguida, estariam a legislação infra-constitucional, a sentença normativa, os acordos e convenções coletivos e, por último, usos e costumes. A fonte negocial e o regulamento empresarial são considerados isoladamente, mais restritos ao caso concreto.

Importantes autores de Direito do Trabalho brasileiro³² afirmam que em se tratando de hierarquia de fontes trabalhistas, a pirâmide kelseniana não é aplicável, pois sempre ocupará o vértice a norma mais favorável. Esta, aliás, é uma inclinação mundial³³, sob a seguinte argumentação: no Direito do Trabalho a hierarquia das fontes formais do Direito é relativizada, pois por força do princípio da proteção aplica-se a norma mais favorável ao trabalhador, mesmo que ela seja de hierarquia inferior à de outra norma, menos favorável, que também trate da mesma matéria.

Contudo, entende-se que a hierarquia das fontes formais trabalhistas não se dá por inversão de valores (quebra ou inversão da hierarquia das normas), mas por análise de espaços de poder cedidos em distintas esferas de legislação.

A hierarquia das fontes formais, em forma de pirâmide, é uma construção que vem antes do século XVIII (Puchta – hierarquia de conceitos; Kant – hierarquia de normas *in* Metafísica dos costumes). No século XX, com a idéia de Constituição totalmente assentada, fixou-se “a estrutura escalonada do ordenamento jurídico” (Kelsen – Teoria Pura do Direito)³⁴.

A norma superior é o pressuposto de validade da norma inferior. Dito de outro modo, a norma inferior só é válida se estiver de acordo formal e materialmente com a norma superior, ou seja, deve observar a forma de produção prevista na norma superior (competências, ritos, etc – aspecto formal) e não contrariar intrinsecamente o seu conteúdo material.

As normas trabalhistas obedecem a este raciocínio.

Uma norma mais benéfica só será válida se existir previsão de espaço na norma superior para que assim proceda. O problema é que as normas trabalhistas não dizem expressamente: “a norma inferior poderá determinar o pagamento de adicional superior ao previsto”. Em geral, dispõem de outro modo: “o adicional mínimo é de tanto”. Ou seja, prevêm garantias mínimas e

³⁰ O referido autor retoma o problema da norma fundamental em *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986, p. 326 e seguintes.

³¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Polis, 1991, p. 49.

³² Por exemplo: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 295.

³³ Por exemplo: OLEA, Manuel Alonso. *Derecho del Trabajo*. 14.ed. Madrid: Universidad de Madrid, 1995, p. 827-838; PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 1978, p. 58.

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 252-253.

não máximas.

Por essa razão, quando aplicada uma norma inferior que vai além da garantia mínima, ela não está contrariando a norma superior, mas indo ao seu encontro, pois foi autorizada a concessão de direito superior ao mínimo previsto.

Nada disso é inversão de hierarquia de fontes formais. É apenas aplicação do sistema jurídico em seu conjunto³⁵.

No sentido do ora explanado, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, *caput*, estabelece direitos dos trabalhadores como garantias mínimas, e nunca máximas: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social" (grifou-se). Note-se que mesmo aqui há a previsão expressa da Constituição Federal delegando espaços de poder para as normas inferiores.

Quando uma convenção coletiva concede a uma determinada categoria de trabalhadores o adicional noturno de 40% sobre a hora diurna ela não está subvertendo a Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê que o trabalho realizado entre as 22 (vinte e duas) horas de um dia e as 5 (cinco) horas do dia seguinte implicará no pagamento do acréscimo de 20% (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna (art. 73³⁶). Ou seja, essa Convenção Coletiva está apenas se utilizando do espaço expressamente cedido pela Consolidação das Leis do Trabalho para a previsão um adicional maior³⁷.

Quando uma Convenção Coletiva reduz o salário dos trabalhadores de determinada categoria por determinado período ela está atuando dentro do espaço conferido pela Constituição Federal (art. 7º, VI³⁸), que prevê a possibilidade excepcional de redutibilidade do salário por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o que na prática muitas vezes ocorre mediante troca por estabilidade no emprego durante o período de redução salarial³⁹.

Note-se que essa situação talvez não seja mais favorável ao trabalhador individualmente, mas coletivamente é possível por haver expressa concessão de espaço de poder pela Constituição Federal por meio de delegação as convenções e acordos coletivos.

É louvável a importância do princípio protetor especialmente na modalidade de aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, princípio que é a base de todas as características diferenciadas do Direito Trabalho, mas sua aplicação não se trata de um critério absoluto. O princípio da proteção tem certas restrições, e a maior delas é o interesse da coletividade. Ainda que o Direito do Trabalho tenha um campo de atuação muito amplo, as relações trabalhistas e

³⁵ COIMBRA, Rodrigo; ARAÚJO, Francisco Rossal de. Desfazendo um mito constantemente repetido: no Direito do Trabalho não há quebra da hierarquia das normas. *Revista de Direito do Trabalho*. n. 145. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 22, jan.-mar.2012.

³⁶ Consolidação das Leis do Trabalho, art. 73 - "Salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior à do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20% (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna".

³⁷ COIMBRA, Rodrigo; ARAÚJO, Francisco Rossal de; Apontamentos sobre a hierarquia das normas no Direito do Trabalho. In: *Direito e Processo do Trabalho - Escritos em homenagem aos 20 anos de docência do Professor Gilberto Sturmer*. Arthur Torres (Org.). Porto Alegre: Arana, 2013, p. 186.

³⁸ Constituição Federal, 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".

³⁹ Arnaldo Sussekind admite tratar-se de "uma fenda do princípio das normas de proteção ao trabalho", mas é enfático que sua admissão requer a observância: a) dos "limites do sistema jurídico nacional"; b) "sempre sob tutela sindical" (SUSSEKIND, Arnaldo... [et al.]. *Instituições de Direito do Trabalho*. V. 1. 20.ed. São Paulo : Ltr, 2002, p. 206).

profissionais, assim como os interesses individuais dos trabalhadores ou os interesses de suas categorias profissionais, sempre terão de observar os limites do interesse público, pois o interesse da coletividade deve sempre prevalecer⁴⁰.

Nesse sentido, não é válido que uma convenção coletiva reduza, retire ou mesmo troque o 13º salário por outro direito, pois as normas que o prevêm (art. 7º, VIII, da Constituição Federal e Lei n. 4.090/62⁴¹) não concedem nenhum espaço, nem coletivamente (individualmente nem se fala, pois aí vige a norma do art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho).

O essencial no princípio protetor é a verdadeira dimensão do trabalho humano, descaracterizando-o como mercadoria e emprestando-lhe conteúdo mais amplo, no sentido de compreendê-lo como elemento valioso na dignidade do ser humano.

A própria ordem jurídica, assume, portanto, um papel de nivelamento de desigualdades. O princípio da proteção ao trabalhador, conforme Sussekind, resulta das normas imperativas (de ordem pública), que caracterizam a intervenção do Estado no âmbito da autonomia da vontade. A necessidade da proteção social dos trabalhadores constitui a raiz sociológica do Direito do Trabalho e é imanente a todo o seu sistema jurídico⁴².

É lógico que o sistema jurídico guarde correlação com o sistema econômico. Pela visão marxista, a grosso modo, o sistema econômico será a estrutura, enquanto o Estado e demais estruturas sociais comporiam a superestrutura. Dentro dessas premissas, o Direito do Trabalho deve ser compreendido no contexto do capitalismo, sendo que o trabalho assalariado é um dos pressupostos desse sistema, juntamente com o lucro, a propriedade privada e a liberdade de mercado. Trata-se, portanto, de uma correção da ficção de igualdade formal, um dos postulados

⁴⁰ HUECK, Alfred e NIPPERDEY, H. C. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963, p. 46-47.

⁴¹ Constituição Federal, art. 7º - "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria".

Lei n. 4.090/62, art. 1º: "No mês de dezembro de cada ano, a todo empregado será paga, pelo empregador, uma gratificação salarial, independentemente da remuneração a que fizer jus.

§ 1º - A gratificação corresponderá a 1/12 avos da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço, do ano correspondente.

§ 2º - A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho será havida como mês integral para os efeitos do parágrafo anterior".

⁴² *op. cit.*, p. 128. JAVILLIER, Jean-Claude. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr., 1988, p. 30-31 lembra um caráter de ambivalência no Direito do Trabalho. De um lado está a característica de direito protetor dos assalariados contra todas as formas de exploração que possam sofrer. Entretanto, a melhora social, no caso de limitar-se a uma determinada fatia dos assalariados em detrimento dos demais poderia colidir com o bem comum, pois toda a regra de Direito do Trabalho tem a sua contrapartida econômica. Por um lado o econômico condiciona o social, afirmando que a proteção deve estar em relação íntima com as condições econômicas e, singularmente, a condição da empresa. Por outro lado, a melhora das condições sociais poderia gerar na empresa, através de novas técnicas de gestão de pessoal, um aumento na produtividade e na competitividade. A observação, sem dúvida, deixa o estudioso do Direito do Trabalho entre caminhos de difícil escolha.

Outra observação pertinente o referido autor faz sobre o caráter protetor do Direito do Trabalho e sua relação com a subordinação. Sabe-se que esta é a principal característica da relação de emprego, ao lado da continuidade, da contraprestação mediante salário e da pessoalidade. O princípio protetor mantém o trabalho subordinado e de certa forma legítima o poder exercido pelo empregador sobre o empregado. No exercício do direito de greve também há um caráter limitador da liberdade, pois, já ao definir o direito em questão, sem dúvida que a liberdade está restringida.

É certo que, atualmente, várias empresas têm iniciativas de gestão conjunta com seus empregados, e mesmo técnicas de melhoria de produtividade e competitividade. A ambivalência, entretanto, permanece.

básicos da Revolução Francesa⁴³.

O principal ponto de conflito que surge do mundo dos fatos e reflete diretamente no Direito do Trabalho se dá entre a autonomia da vontade e a liberdade de mercado. Não se pode negar o fato de que o Direito do Trabalho surge no bojo de um sistema econômico capitalista e vive até hoje nesse sistema. Essa ressalva é feita para que não se tenha a ingênua ilusão de que o Direito do Trabalho serviria como panacéia para todos os males decorrentes dos conflitos entre trabalho e capital. Na verdade, seus limites são bem definidos.

Eventuais conflitos envolvendo normas ou condições de trabalho serão resolvidos pela aplicação do princípio protetivo e suas modalidades (norma mais favorável, condição mais benéfica ou *in dubio pro operario*). Nesse contexto há norma expressa na Consolidação das Leis do Trabalho dizendo que havendo conflito entre as condições estabelecidas em Convenção Coletiva poderá prevalecer sobre as estipuladas em acordo coletivo, desde que sejam mais favoráveis e que se o disposto em acordo ou convenção coletivo for mais benéfico ao trabalhador prevalecerão em relação ao estabelecido no contrato de trabalho (arts. 619 e 620 da Consolidação das Leis do Trabalho).

Outra questão é saber o que significa ser mais favorável, pois esta noção contém, intrinsecamente, um juízo de valor. Note-se que uma determinada questão pode ser mais favorável imediatamente e ser prejudicial em um futuro um pouco mais distante. A aplicação de uma determinada norma, em outra hipótese, pode ser mais benéfica a um trabalhador, isoladamente; entretanto, se aplicada a todos os trabalhadores de uma determinada empresa, pode levar à inviabilidade econômica desta. Estes problemas exegéticos aparecem com frequência ao julgador, que deve discernir, entre várias opções, aquela que realmente atinge melhor a noção de benefício. Não há, nesse caso, como escapar da valorização do caso concreto, mas sempre é bom lembrar que o intérprete deve enxergar também os efeitos que sua decisão vai provocar no mundo real, como forma de evitar a iniquidade.

Na dúvida de aplicação entre normas de distinta hierarquia, aplica-se a mais favorável ao empregado. Trata-se de uma decorrência das normas de ordem pública, que outorgam aos trabalhadores vantagens mínimas, e nunca máximas. Se a Constituição Federal contém dispositivos sobre a forma da remuneração do trabalho, das férias, do adicional noturno, das horas extras, é porque o legislador constituinte optou por alçar ao nível constitucional determinados preceitos considerados de suma importância. Nada impede, entretanto, que a lei ordinária, os acordos ou convenções coletivas e mesmo o contrato individual de trabalho tragam normas mais benéficas.

A regra de hermenêutica, é que os direitos assegurados pela legislação têm caráter geral, e as exceções que os limitam, têm caráter especial. Portanto, as exceções e limitações têm de vir de forma expressa, sob pena de ser interpretado pelo sentido do caráter geral do benefício dado pela legislação.

Além disso, a limitação existente no princípio da aplicação da regra mais favorável está também na prevalência do interesse público. Por questões de razoabilidade, o ordenamento jurídico proíbe que o interesse individual ou o interesse de determinadas categorias possa prevalecer sobre o interesse do conjunto da sociedade. Não poderia ser de outra forma, já que o ordenamento jurídico consiste em uma organização racional de pautas de conduta, ou diretrizes, segundo as quais, o primeiro interesse é o de toda a coletividade.

⁴³ O princípio da Igualdade, juntamente com o Princípio da Liberdade, Princípio da Separação dos Poderes e o Princípio da Legalidade, fazem a base do Estado de Direito, nascido com a queda do Estado Absolutista e cujo ponto culminante foi a Revolução Francesa (1789).

Uma outra importante decorrência da aplicação do princípio da norma mais benéfica, e que também possui reflexos diretos e diferenciados em termos de hierarquia das fontes de Direito do Trabalho se dá no âmbito do Direito Coletivo, em que duas teorias centrais buscam informar os critérios de determinação da norma mais favorável: a teoria da Acumulação e a teoria Conglobamento.

A teoria da acumulação como procedimento de seleção, análise e classificação das normas cotejadas prega o fracionamento do conteúdo dos textos normativos, retirando-se os preceitos e institutos singulares de cada um que se destaquem por seu sentido mais favorável ao trabalhador⁴⁴. A teoria da acumulação sustenta que se deve somar as vantagens de diferentes normas, pegando partes, artigos e cláusulas, que, separadamente, sejam mais favoráveis ao trabalhador⁴⁵.

Essa vertente é bastante criticável do ponto de vista científico, pois ela liquida com a noção de Direito como sistema e do próprio caráter universal e democrático do Direito, por tornar sempre singular a fórmula jurídica aplicada ao caso concreto⁴⁶.

Para a teoria do conglobamento não se deve fracionar preceitos ou institutos jurídicos. Cada conjunto normativo é apreciado globalmente, considerado o mesmo universo temático; respeitada essa seleção, é o referido conjunto comparado aos demais, também globalmente apreendidos, encaminhando-se, então, pelo cotejo analítico, à determinação do conjunto normativo mais favorável. Ressalte-se que o parâmetro para se proceder à comparação da norma mais favorável não será o indivíduo, tomado isoladamente, mas um determinado grupo de trabalhadores (categoria, por exemplo)⁴⁷.

Em síntese, a teoria da cumulação sustenta que o trabalhador deve ter direito ao que lhe for melhor em cada um dos textos normativos (por isso também é chamada de teoria do fracionamento), e a teoria do conglobamento defende que o trabalhador deve ter direito ao melhor texto normativo integralmente considerado.

Entendemos que a teoria do conglobamento é a mais adequada, pois respeita o Direito do Trabalho, enquanto sistema, e defende a aplicação mais razoável da norma mais benéfica ao trabalhador.

Nesse sentido, dispõe também o art. 620 da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual prevalecem sobre as condições estipuladas em acordo as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis. Com base nesses dispositivos, é possível antever que o ordenamento jurídico trabalhista, inspirado pelo princípio da proteção, estabelece sempre garantias mínimas, e nunca, como já se disse, máximas.

Após a análise de todas as questões acima, resta claramente demonstrado quão rico e inquietante é o tema da hierarquia das fontes formais no Direito do Trabalho, dada suas características singulares.

Quando se estuda as fontes formais do Direito do Trabalho é importante ter em mente que as normas trabalhistas vivem num constante "equilíbrio instável", uma vez que são muito mais relacionadas com a criação da riqueza do que com a distribuição da riqueza, como as normas de Direito Civil.

⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2004, p. 1392-1393.

⁴⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 294

⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2004, p. 1392-1393.

⁴⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 294; DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2004, p. 1394-1395.

O Trabalho (recursos humanos), junto com a Terra (recursos naturais) e com o Capital (comodidades para produzir), é um dos fatores de produção. Todo o bem economicamente apreciável tem, na constituição do seu preço, a conjunção dos custos dos fatores de produção, além dos tributos e do lucro. Como as normas trabalhistas estão relacionadas com a produção da riqueza, é natural que as alterações econômicas sejam muito mais sentidas no âmbito das normas trabalhistas do que no âmbito das normas de Direito Civil ou Direito Comercial.

Por todo o exposto, diferentemente do que ocorre o Direito Comum, no Direito do Trabalho não há uma contradição inconciliável entre as fontes formais heterônomas e as fontes formais autônomas coletivas (entre o Direito do Estado e o Direito dos grupos sociais), mas uma espécie de incidência concorrente: a norma que disciplinar uma dada relação de modo mais favorável ao trabalhador, prevalecerá sobre as demais, sem derrogação permanente, mas mero preterimento, na situação concreta, não por inversão de valores (quebra da hierarquia das normas), mas por análise de espaços de poder cedidos em distintas esferas de legislação.

1.5 Noções da ultraeficácia no Direito Comparado

O instituto da ultraeficácia não é estranho ao direito estrangeiro e o estudo do direito comparado traz relevantes contribuições para a melhor compreensão do tema⁴⁸.

De início, saliente-se que a própria Organização Internacional do Trabalho lançou mão, em suas Convenção e Recomendações, de regras estabelecendo ultraeficácia para sua aplicação. Exemplificativamente, a Convenção nº 144, de 1976⁴⁹, ratificada pelo Brasil em 27/09/1994, define em seu artigo 13, item 2, que suas disposições permaneceriam em vigor para os Países Membros que a houvessem ratificado, caso, posteriormente, não ratificassem a Convenção Revista. Regras semelhantes também podem ser encontradas na Convenção nº 98 de 1949, ratificada pelo Brasil em 1952⁵⁰ (artigo 15, item 2), entre outras.

Feita essa consideração inicial, passa-se ao exame da questão da duração dos instrumentos coletivos, bem como da própria ultraeficácia, em outros países⁵¹.

Sobretudo em face da atual crise econômica a que está passando, e tendo em vista o reflexo do fenômeno econômico no direito, merece atenção o tratamento da ultra-atividade na Espanha e em Portugal.

⁴⁸ Sobre o tema, aconselha-se a leitura do artigo "A Súmula 277 do TST e o Princípio da Legalidade", dos Ministros do TST Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Maurício Godinho Delgado. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/23722/a-sumula-277-do-tst-e-o-principio-da-legalidade>.

⁴⁹ Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/node/497>. Acesso em 12/08/2013.

⁵⁰ Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/node/465>. Acesso em 12/08/2013.

⁵¹ Na França, Bélgica, Grécia, Portugal e Luxemburgo, dentre outros, a duração dos contratos coletivos se dá mediante disciplina legal. Ainda, com exceção de Luxemburgo (que impõe a estipulação por prazo determinado), todos os países integrantes da União Europeia (por exemplo, Itália, Alemanha, Suécia e Reino Unido) transferem às partes a opção pela duração do contrato coletivo. Os efeitos dos contratos coletivos podem cessar de forma automática caso decorrido o prazo (caso tenha sido estipulado), como ocorre na Bélgica, ou caso ocorrida a rescisão (em todos contratos coletivos por prazo indeterminado, ou, ainda, em alguns casos quando o prazo é determinado), como ocorre em Luxemburgo. A rescisão dos instrumentos coletivos pode ser estabelecida em Lei, como ocorre na Áustria, por exemplo, ou em cláusula própria, como acontece no Reino Unido, por exemplo. (PERONE, Gian Carlo. A Ação Sindical nos Estados-Membros da União Europeia. São Paulo: Ltr, 1996. pp 99-100).

Em face dos compromissos assumidos perante a Troika⁵²⁵³, o governo português, a partir de 2009, passou a promover alterações em seu Código de Trabalho tendentes a relativização de direitos trabalhistas e ao aquecimento do mercado. Destacam-se a redução do adicional de horas extras, maiores facilidades para dispensas com redução de indenizações, redução dos dias de férias, entre outras medidas.

Contudo, a nova legislação ainda manteve regra de ultraeficácia (denominada de sobrevigência) antes prestigiada pela Lei das Relações Colectivas de Trabalho (LRCT – Decreto-Lei nº 519 – C1/79) e pelo Código do Trabalho que o sucedeu. O artigo 501 do Código do Trabalho⁵⁴ vigente estabelece regras de sobrevigência à convenção cuja validade já expirou. Especificamente, estabelecem os itens 6 e do referido artigo:

3 — Havendo denúncia, a convenção mantém -se em regime de sobrevigência durante o período em que decorra a negociação, incluindo conciliação, mediação ou arbitragem voluntária, ou no mínimo durante 18 meses.

6 — Após a caducidade e até à entrada em vigor de outra convenção ou decisão arbitral, mantém -se os efeitos acordados pelas partes ou, na sua falta, os já produzidos pela convenção nos contratos de trabalho no que respeita a retribuição do trabalhador, categoria e respectiva definição, duração do tempo de trabalho e regimes de protecção social cujos benefícios sejam substitutivos dos assegurados pelo regime geral de segurança social ou com protocolo de substituição do Serviço Nacional de Saúde.

Verifica-se, assim, que a ultraeficácia, em Portugal, tem regramento próprio previsto em lei.

No cenário espanhol, o artigo 86.1 do Estatuto dos Trabalhadores autorizava o efeito ultrativo dos convênios coletivos, sem, no entanto, estabelecer prazo máximo para tal ultraeficácia. Sobreveio o Real Decreto Lei nº 03/2012⁵⁵ que, em seu artigo 14.6, alterou o referido artigo 86, estabelecendo prazo máximo para a ultraeficácia, que agora não pode durar mais de 02 anos, quando *perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación*”.

Na Alemanha, Wolfgang Däubler refere, com base na TVG (ato normativo alemão voltado para regulação da negociação coletiva), que, mesmo após o término da vigência do instrumento coletivo, ou por sua denúncia, findo o caráter obrigatório do mesmo, ainda pode haver interesse dos trabalhadores na aplicação de suas cláusulas. E a TGV, em seu artigo 4º, 5º, permite que instrumento coletivo continue a produzir efeitos *a posteriori*, permanecendo a regular as relações de trabalho, até a sua substituição por outro acordo até mesmo por outro contrato de trabalho⁵⁶.

Na Itália, Gino Guigni, dissertando sobre a eficácia do contrato coletivo no tempo, expôs a problemática que pode envolver a sucessão de normas coletivas estabelecidas em diferentes instrumentos e a possibilidade de surgimento de “vazios normativos” entre uma norma coletiva

⁵² Disponível em http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf. Acesso em 23/08/2013.

⁵³ Termo utilizado para designar as equipes organizadas pelos responsáveis da Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário internacional que mediarão, recentemente, as negociações para resgate financeiro da Espanha, Portugal, Itália e outros países europeus.

⁵⁴ Disponível em <http://dre.pt/pdf1s/2009/02/03000/0092601029.pdf>. Acesso em 23/08/2013.

⁵⁵ Disponível em http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/rdl3-2012.html#a14. Acesso em 123/08/2013.

⁵⁶ DÄUBLER, Wolfgang. Derecho del Trabajo. Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo e Seguridad Social. Madrid, 1994. p 225.

anterior que já perdeu sua eficácia e a estipulação da nova norma. O autor traz a relevante informação de que a ultratividade, para sanar problemas de tal natureza, é, com frequência, estipulada pelos próprios contratantes, que a estabelecem em cláusula própria. Ainda, é referida a existência de normas estipuladas para estabelecimento de eficácia retroativa do instrumento coletivo seguinte, que passa a ser aplicável, inclusive, a contratos extintos antes da celebração do novo convênio⁵⁷.

Percebe-se que, via de regra, no direito estrangeiro a ultra-atividade é tratada em dispositivo de lei que a autoriza, e/ou consta de cláusulas dos próprios instrumentos coletivos. Ainda, a questão da Espanha mostra como a ultra-atividade, bem como a imposição de limites à sua aplicação, serve de meio à adequação do direito coletivo aos fenômenos econômicos e sociais de cada sociedade.

2. A ultraeficácia no Brasil. A Súmula nº 277 do TST e a alteração da posição do Tribunal em Setembro de 2012.

Neste capítulo estudar-se-á a evolução do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho a partir das alterações pelas quais passou a redação da Súmula nº 277, desde a sua edição, em 1988, até os dias atuais. Serão abordadas as críticas iniciais à mais recente alteração na Súmula nº 277, em Setembro de 2012, consagrando a ultraeficácia das cláusulas normativas das normas coletivas, bem como propostos os desafios que se entende advindos a partir desse novo modelo, inclusive com relação à possibilidade de aplicação da ultraeficácia no âmbito dos dissídios coletivos (sentenças normativas).

2.1 A Súmula nº 277 do TST: de 1988 até 2012.

Tradicionalmente, a posição jurisprudencial majoritária era pela eficácia das normas coletivas limitada ao prazo de vigência do instrumento coletivo, com amparo nos artigos 613, II, e 614, §3º, da CLT, ressalvado o período de 23/12/1992 a 28/07/1995, no qual teve vigência a Lei nº 8.542/92, que expressamente consagrava a ultraeficácia das cláusulas normativas, limitada à edição de novo instrumento coletivo⁵⁸.

Nesse sentido, a Súmula nº 277 foi originalmente editada, em março de 1998 (Resolução nº 10/1998), com a seguinte redação:

Sentença normativa. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho. As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos.

Apesar de a súmula tratar apenas da sentença normativa, a jurisprudência utilizava-a, analogicamente, em relação aos acordos e convenções coletivos⁵⁹.

⁵⁷ GIUGNI, Gino; CURZIO, Pietro; GAROFALO, Mario Giovanni. Direito Sindical . São Paulo: LTr, 1991. pp 146-147.

⁵⁸ O texto legal era o seguinte: "Art. 1º A política nacional de salários, respeitado o princípio da irredutibilidade, tem por fundamento a livre negociação coletiva e reger-se-á pelas normas estabelecidas nesta lei. §1º As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho. (revogado pela Lei 10.192, de 14.02.2001)"

Em novembro de 2009 (Resolução nº 161/2009), a Súmula teve sua redação alterada para incluir expressamente referência às convenções e acordos coletivos de trabalho, bem como para acrescentar o inciso II, que ressalvou do entendimento – até então predominante – pela eficácia limitada ao prazo de vigência do instrumento o período de 23/12/1992 a 28/07/1995, no qual vigorou a Lei nº 8.542/92:

Súmula nº 277. Sentença normativa. Convenção ou acordos coletivos. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho
I - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.
II - Ressalva-se da regra enunciado no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001.

Finalmente, em setembro de 2012 (Resolução nº 185/2012), por ocasião da Semana Jurídica promovida no TST, a Súmula nº 277, por voto da maioria dos ministros do tribunal (15 ministros pela alteração de posicionamento, e 11 contrários) teve sua redação substancialmente alterada, passando a contemplar a ultraeficácia, ou ultra-atividade das cláusulas normativas dos acordos e convenções coletivas, cujas cláusulas passam a integrar os contratos individuais de trabalho mesmo após o término do prazo de vigência do instrumento normativo, somente podendo ser modificadas mediante nova negociação coletiva. Esta é a atual redação da Súmula nº 277:

⁵⁹ RECURSO DE REVISTA. INCORPORAÇÃO DO ACORDO COLETIVO DE 1989 - TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO - HORAS EXTRAS. Esta Corte vem entendendo que, em hipóteses como a dos autos, a orientação contida na Súmula nº 277 do TST estende-se também às convenções e aos acordos coletivos, não havendo que se falar, portanto, em integração definitiva das cláusulas de tais instrumentos coletivos ao contrato individual de trabalho, devendo ser observado o seu período de vigência. Recurso de revista conhecido e desprovido. (...)” (ED-RR - 8972200-19.2003.5.04.0900 , Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 25/03/2009, 2ª Turma, Data de Publicação: 17/04/2009)

II- RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. (...) 2. VANTAGENS PREVISTAS EM NORMAS COLETIVAS. INCORPORAÇÃO AO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 277 DO TST. Nos termos da Súmula 277 do TST, "as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos". A diretriz, conforme reiteradamente vem decidindo esta Corte, por meio de suas Turmas e da SBDI-1, também se aplica às condições de trabalho e vantagens pactuadas por meio de acordos e convenções coletivas de trabalho, as quais vigoram, ainda que previstas em sucessivas normas coletivas, apenas pelo prazo assinado, não se integrando, em definitivo, aos contratos de trabalho, em atenção ao disposto no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido. (...)” (RR - 16900-07.2001.5.05.0019 , Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 27/11/2007, 3ª Turma, Data de Publicação: 22/02/2008)

RECURSO DE REVISTA. (...) HORAS EXTRAS. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO - INCORPORAÇÃO DE NORMAS PREVISTAS EM ACORDO COLETIVO AO CONTRATO DE TRABALHO - De acordo com o disposto no art. 614, não será permitido estipular duração de convenção ou acordo superior a 2 (dois) anos. Logo, as normas neles previstas vigoram apenas no prazo assinado, não integrando definitivamente os contratos. Inteligência da Súmula nº 277 do TST. Recurso conhecido e provido.” (E-RR - 714035-47.2000.5.17.5555 , Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 15/06/2005, 3ª Turma, Data de Publicação: 05/08/2005)

RECURSO DE REVISTA. INCORPORAÇÃO DE VANTAGENS ESTABELECIDAS EM ACORDO COLETIVO. O acordo coletivo constitui um pacto de vontade de vigência limitada no tempo, cujas cláusulas vigoram pelo período respectivo, sendo que os benefícios não integram o contrato de trabalho de forma definitiva. Incidência da jurisprudência sedimentada nesta Corte pelo Enunciado nº 277/TST. Ademais, o art. 1º § 1º da Lei nº 8.542/92 em que se fundou a decisão regional foi revogado pelo art. 17 da Medida Provisória nº 1.053, de 30/jun/1995. Recurso de revista provido.” (RR - 641569-88.2000.5.05.5555 , Relator Juiz Convocado: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 24/09/2003, 4ª Turma, Data de Publicação: 10/10/2003)

As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificados ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

Importante destacar a exclusão da referência à sentença normativa na Súmula nº 277, a qual já vinha recebendo tratamento diferenciado pelo TST (Precedente Normativo nº 120), consoante será melhor abordado no item seguinte.

2.2 Motivos da alteração do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho e críticas principais à nova redação da Súmula nº 277

A questão da ultraeficácia, ou ultra-atividade, das normas coletivas, não é nova. Trata-se de discussão que há muito divide a doutrina e a jurisprudência pátrias⁶⁰, em que pese, antes da alteração da redação da Súmula nº 277 do TST, a jurisprudência estivesse aparentemente consolidada pela adoção da teoria da aderência das cláusulas normativas limitadas ao prazo, diante do disposto no art. 613, IV, da CLT, bem como pela sua antiga redação.

Ocorre que a jurisprudência não é estática, longe disso. Na função jurisdicional de revelar o direito através das normas (regras e princípios), é intrínseca a revisão e, muitas vezes, mutação periódica pelas quais passam os entendimentos dos julgadores⁶¹, inclusive daqueles componentes

⁶⁰ Vólia Bomfim (*in* Cassar, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 6. Ed. – Niterói: Impetus, 2012, p. 1332) aponta ser pendular a doutrina e a jurisprudência em relação aos efeitos das cláusulas normativas sobre o contrato de trabalho, bem sintetizando a existência de, pelo menos, quatro posições distintas: a aderência limitada ao prazo, ou seja, com a extinção dos benefícios ao final do período de vigência da norma, sendo nesse sentido o posicionamento de autores como Wilson Campos Batalha, Antônio Álvares da Silva, Gabriel Saad e a própria Vólia Bomfim; a aderência irrestrita, ou seja, a incorporação definitiva do direito criado por norma coletiva ao contrato de trabalho, defendida, dentre outros, por Mozart Victor Russomano, Otávio Bueno Magano, José Augusto Rodrigues Pinto e Délio Maranhão; a ultra-atividade das cláusulas normativas, que corresponde à incorporação das cláusulas normativas aos contratos individuais de trabalho até que outra norma coletiva a modifique ou suprima, posição defendida por Arnaldo Sussekind, Orlando Gomes, Valentim Carrion e Mauricio Godinho Delgado (aderência limitada por revogação); e, por fim, a vigência limitada ao prazo com exceção de algumas cláusulas que estabelecem vantagens pessoais, as quais, após adquiridas, não seriam mais passíveis de supressão, como os adicionais por tempo de serviço ou uma cláusula garantidora de estabilidade, se o trabalhador completasse os requisitos exigidos na norma durante sua vigência, entendimento defendido por Amauri Mascaro Nascimento e Renato Rua de Almeida.

⁶¹ Conforme ensina Miguel Reale, "A contrário do que pode parecer à primeira vista, as divergências que surgem entre sentenças relativas às mesmas questões de fato e de direito, longe de revelarem a fragilidade da jurisprudência, demonstram que o ato de julgar não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais, mas implica notável margem de poder criador. Como veremos, as divergências mais graves, que ocorrem no exercício da jurisdição, encontram nela mesma processos capazes de atenuá-las, quando não de eliminá-las, sem ficar comprometida a força criadora que se deve reconhecer aos magistrados em sua tarefa de interpretar as normas, coordená-las, ou preencher-lhes as lacunas. Se é um mal o juiz que anda à cata de inovações, seduzido pelas "últimas verdades", não é mal menor o julgador que se converte em autômato a serviço de um fichário de arestos dos tribunais superiores.

A jurisprudência, muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nessas oportunidades, o juiz compõe, para o caso concreto, uma norma que vem completar o sistema objetivo do Direito.

(...)

O que interessa não é o signo verbal da norma, mas sim a sua significação, o seu "conteúdo significativo", o qual varia em função de mudanças operadas no plano dos valores e dos fatos. Muito mais vezes do que se pensa uma norma legal sofre variações de sentido, o que com expressão técnica se denomina "variações semânticas". As regras jurídicas, sobretudo as que prevêm, de maneira genérica, as classes possíveis de ações e as respectivas conseqüências e sanções, possuem uma certa elasticidade semântica, comportando sua

dos tribunais aos quais cabe uniformizar esses entendimentos.

Os ministros do TST Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Maurício Godinho Delgado publicaram artigo⁶² no qual são explicitadas as razões da alteração da redação da Súmula nº 277, sendo feita, a partir dessa publicação, o exame dos motivos determinantes – os quais, renova-se, não são novos na doutrina e jurisprudência – para a revisão da súmula, tendo em vista ela ter como signatários três dos responsáveis diretos pela alteração do entendimento jurisprudencial da corte superior.

No artigo em questão, os ministros defendem, antecipando-se as críticas acerca da alteração brusca de posicionamento, sem reiteradas decisões sobre a matéria, exigidas para a edição de uma súmula, que a Seção de Dissídios Coletivos – SDC já há algum tempo reclamava a análise do tema da ultra-atividade das cláusulas normativas, possuindo interpretação firme acerca da ultra-atividade das regras da sentença normativa. Referem ser a ultra-atividade (ilimitada ou limitada por revogação) amplamente prestigiada no direito estrangeiro, porque garante efetividade real ao princípio do Direito Coletivo do Trabalho da equivalência entre os contratantes coletivos, não mais permitindo ao empregador a obtenção de vantagem (supressão das cláusulas normativas) com a abstenção ou recusa à negociação. Entendem que a ultra-atividade restou consagrada em nível constitucional com a EC nº 45/2004, que acrescentou ao §2º do art. 114 da Constituição que, na solução dos dissídios coletivos, a Justiça do Trabalho deve respeitar não só as disposições legais mínimas de proteção ao trabalho, como também aquelas convencionadas anteriormente pelas partes. Atentam para o fato de o sistema positivado na CLT pressupor uma sequência de normas coletivas, de modo a não se admitir períodos de anomia jurídica. Em suma, concluem que a nova redação da Súmula nº 277, ao consagrar a aderência das cláusulas normativas limitada por revogação, não cria direitos ou benefícios, mas leva a um equilíbrio de forças essencial à negociação coletiva, de modo que as conquistas obreiras não são mais suprimidas pela mera passagem do tempo.

As críticas à revisão de entendimento jurisprudencial há longo tempo consolidado são naturais. A matéria não era questão pacífica, sendo que inclusive a redação anterior da Súmula nº 277 era muito criticada doutrinária e jurisprudencialmente⁶³.

progressiva ou dinâmica aplicação a fatos sociais nem sequer suspeitados pelo legislador. Pois bem, não raro sob a inspiração da doutrina, a que logo nos referiremos, o juiz, sem precisar lançar mão de artifícios, atualiza o sentido possível da lei, ajustando-a às circunstâncias e contingências do momento. Desse modo, o que antes obrigava significando X, sofre uma variação, pela consagração de um sentido Y ou Z.

(...)

A jurisprudência é dessas realidades jurídicas que, de certa maneira, surpreendem o homem do povo. O vulgo não compreende nem pode admitir que os tribunais, num dia julguem de uma forma e, pouco depois ou até mesmo num só dia, cheguem a conclusões diversas, em virtude das opiniões divergentes dos magistrados que os compõem.

(...)

Isto, entretanto, não deve surpreender ao jurista. É da própria natureza da jurisprudência a possibilidade desses contrastes, que dão lugar a formas técnicas cada vez mais aperfeiçoadas de sua unificação. (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. Ed. Saraiva. 25ª Edição; 22ª Tiragem. Ed. Saraiva: 2001.)

⁶² CARVALHO, Augusto César Leite de; ARRUDA, Kátia Magalhães; DELGADO, Maurício José Godinho. A súmula nº 277 e a defesa da constituição. Disponível em http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/28036/2012_sumula_277_aclc_kma_mgd.pdf?sequence=1. Acesso em 10/08/2013.

⁶³ Nesse sentido, o artigo "A Nova Velha Questão da Ultra-Atividade das Normas Coletivas e a Súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho" (PESSOA, Roberto Freitas, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo; Revista do Tribunal Superior do Trabalho Ano 76 – nº 2 – abr. a jun. – 2010. Págs. 43 a 55), bem como a Súmula nº 2 do TRT da 5ª Região: "ULTRATIVIDADE DE NORMAS COLETIVAS. As cláusulas normativas, ou seja, aquelas relativas às

Desde início, nova redação da Súmula vem sofrendo questionamentos em relação ao seu aspecto formal, ou seja, quanto à ausência de reiteradas decisões sobre a matéria, conforme previsão constante no regulamento interno do TST. A partir desse aspecto, questiona-se também a segurança jurídica.

Nesse particular, ainda que uma súmula represente o entendimento jurisprudencial consolidado de um tribunal, não se verifica qualquer equívoco formal em sua edição. A questão da ultraeficácia, como visto, há muito suscita controvérsia doutrinária e jurisprudencial, sendo suficientemente conhecida e amadurecida por parte dos ministros do TST. Por outro lado, é inegável a necessidade de revisão da posição do tribunal quando a maioria de seus membros não mais compartilha do entendimento até então consagrado na redação da súmula que trata da matéria. O que caracterizaria afronta inadmissível à segurança jurídica seriam decisões em sentidos diversos pelo TST tratando da questão da ultraeficácia, ou seja, algumas normas coletivas com ultraeficácia reconhecida, e, outras, não, a depender dos participantes do julgamento, até que houvesse decisões reiteradas suficientes para a edição de uma súmula.

Dessa forma, tem-se que não prosperam as críticas acerca da ausência de precedentes na alteração da redação da Súmula nº 277, ou seja, as censuras relativas ao seu aspecto formal. Isso não significa, contudo, que não se revele em certa medida abrupta a revisão de posicionamento procedida pelo TST, tendo em vista a ausência de precedentes e a imposição aos entes coletivos, cuja autonomia deveria sempre ser prestigiada, de que as cláusulas normativas, que há muito vigoravam apenas no prazo assinado, agora passem a integrar os contratos individuais, até sua revisão por outro instrumento coletivo.

Como forma de transição e mesmo de adaptação do modelo vigente até setembro de 2012 (vigência das cláusulas normativas limitada ao prazo), para o atual (vigência das cláusulas normativas limitada por revogação), poderia ter sido aberta às partes a possibilidade de acordarem a ultraeficácia das cláusulas normativas, como ocorre em diversos países.⁶⁴ Essa questão será melhor analisada no próximo item deste trabalho, em especial no que diz respeito à modulação dos efeitos. Desse modo, possibilitando aos entes coletivos à prorrogação dos efeitos das normas coletivas, até novo pacto (o que não era admitido até setembro de 2012, conforme se extrai da OJ nº 322 da SDI-I do TST: "Nos termos do art. 614, § 3º, da CLT, é de 2 anos o prazo máximo de vigência dos acordos e das convenções coletivas. Assim sendo, é inválida, naquilo que ultrapassa o prazo total de 2 anos, a cláusula de termo aditivo que prorroga a vigência do instrumento coletivo originário por prazo indeterminado."), seria possível uma transição mais harmônica entre os modelos, além de uma melhor adaptação de todos os envolvidos nas negociações coletivas, bem como da própria jurisprudência, para lidar com os novos desafios advindos da ultraeficácia das cláusulas normativas, alguns dos quais adiante colocados.

A nova redação da Súmula nº 277 também tem sua legalidade questionada⁶⁵, especialmente

condições de trabalho, constantes dos instrumentos decorrentes da autocomposição (Acordo Coletivo de Trabalho e Convenção Coletiva de Trabalho) gozam do efeito ultra-ativo, em face do quanto dispõe o art. 114, § 2º, da Constituição Federal de 1988, incorporando-se aos contratos individuais de trabalho, até que venham a ser modificadas ou excluídas por outro instrumento da mesma natureza." (Resolução Administrativa nº 0019/2002).

⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Direito coletivo do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 9.

⁶⁵ CARMO, Júlio Bernardo do. A súmula n. 277 do TST e a ofensa ao princípio da legalidade. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região: Belo Horizonte. Belo Horizonte, v. 55, n. 85, p. 75-84, jan./jun. 2012. Ainda, uma posição particular sobre a matéria pode ser encontrada em: AGUIAR, Antonio Carlos. A negociação coletiva de trabalho (uma crítica à súmula n. 277, do TST). Revista LTr: Legislação do Trabalho. São Paulo, Vol. 77, nº 09, pp.1031-1040, set 2013.

em face das disposições dos artigos 613, II, e 614, §3º, da CLT:

Art. 613 - As Convenções e os Acordos deverão conter obrigatoriamente:

(...)

II - Prazo de vigência;

Art. 614 - Os Sindicatos convenientes ou as empresas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da Convenção ou Acôrdo, o depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho, em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos demais casos.

(...)

§ 3º Não será permitido estipular duração de Convenção ou Acordo superior a 2 (dois) anos.

Aqui, a questão é de interpretação. A literalidade dos artigos supracitados, efetivamente, leva a crer pela impossibilidade de qualquer prorrogação ou ultraeficácia das normas coletivas, porquanto o legislador teria estipulado o prazo de duração como um requisito essencial dos acordos e convenções coletivos, estabelecendo, ainda, sua duração máxima de dois anos.

Existindo uma regra clara quanto o prazo de duração dos ajustes, regra essa que não é diretamente incompatível com uma norma de hierarquia superior⁶⁶, conferir ultraeficácia, ou ultra-atividade, às cláusulas normativas, que são a sua razão de ser das normas coletivas, significaria, por via oblíqua, uma súmula contra disposição expressa de lei.

Ainda, entende-se que o art. 114, §2º, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 45/2004, não consagra a ultra-atividade de modo que os dispositivos da CLT que tratam do prazo de vigência das normas coletivas possam ser considerados como não recepcionados. Ao dispor que, na solução dos dissídios coletivos, a Justiça do Trabalho deve respeitar não só as disposições legais mínimas de proteção ao trabalho, como também as “convencionadas anteriormente”, está se tratando de limites impostos ao poder normativo da Justiça do Trabalho, quando, inviabilizada a negociação, for chamada a decidir o conflito. Não deverá, nesses casos, fazer inovações que são reservadas às partes em sua autonomia coletiva⁶⁷. A sentença normativa

⁶⁶ No caso de regras infraconstitucionais, os princípios constitucionais de fato servem para interpretar, bloquear e integrar as regras infraconstitucionais existentes. Os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada. O aplicador só pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional quando ela for inconstitucional, ou quando sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário. Ele não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese. Ou a solução legislativa é incompatível com a Constituição, e, por isso, deve ser afastada por meio da eficácia bloqueadora dos princípios, sucedida pela sua eficácia integrativa, ou ela é compatível com o ordenamento constitucional, não podendo, nesse caso, ser simplesmente desconsiderada, como se fora um mero conselho, que o aplicador pudesse, ou não, levar em conta como elemento orientador da conduta normativamente prescrita. (ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado – Número 17 – janeiro/fevereiro/março de 2009 – Salvador – Bahia – Brasil – ISSN 1981 – 187X- Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em 10/08/2013).

⁶⁷ Revisão de Dissídio Coletivo. Cláusula a cláusula. Em consonância com o teor dos precedentes normativos do TST e deste Tribunal, dos entendimentos prevaletentes nesta Seção de Dissídios Coletivos, bem como dos termos da norma coletiva revisanda, defere-se parcialmente as vantagens postuladas na representação, limitadas ao poder normativo desta Justiça Especializada (TRT da 4ª Região, 0012689-

deve ater-se às disposições legais e àquelas convencionadas anteriormente pelas partes. Com a devida vênia das posições em contrário, não se constata nesse dispositivo constitucional o alcance pretendido, de consagração da ultraeficácia das normas coletivas constitucionalmente, o que, se pretendido pelo constituinte derivado, poderia ter sido realizado de forma expressa e clara.

As normas coletivas contemplam cláusulas de natureza normativa e cláusulas de natureza obrigacional. As cláusulas de natureza normativa constituem o próprio objetivo da negociação, e estabelecem condições de trabalho para os membros da categoria profissional. As cláusulas de natureza obrigacional são relativas às partes do ajuste (sindicatos acordantes), estipulando obrigações entre elas e regulando o próprio instrumento coletivo.

A interpretação na qual tem lastro a alteração da redação da Súmula nº 277 é no sentido de que, não obstante o término da vigência das normas coletivas com o advento de seu termo final (não contrariando, assim, os dispositivos legais acerca do prazo de vigência), pelo qual as cláusulas obrigacionais não mais subsistem, as cláusulas de natureza normativa incorporam-se aos contratos de trabalho, não em definitivo, mas até que outro instrumento coletivo a modifique. Ou seja, a norma coletiva, após seu termo final, perde sua vigência, não mais subsistindo as cláusulas obrigacionais entre as partes acordantes. Mas as cláusulas normativas integram os contratos individuais de trabalho dos membros da categoria profissional, e somente podem ser modificadas mediante nova negociação coletiva.

Essa interpretação, ainda que passível de questionamento, é incontestavelmente legítima, e, diante da nova redação da Súmula nº 277 do TST, verifica-se que é a prevalente na corte a qual compete dar a última palavra acerca da interpretação das normas da Consolidação das Leis do Trabalho.

2.3 Consequências jurídicas e práticas da alteração da Súmula nº 277 pelo TST, consagrando a ultraeficácia das normas coletivas. Novos desafios e questionamentos. A questão da segurança jurídica.

Diante da alteração da redação da Súmula nº 277, de modo que as cláusulas normativas das normas coletivas (acordos e convenções), antes limitadas apenas ao prazo de duração do instrumento, agora integram os contratos de trabalho dos membros da categoria profissional, somente podendo ser alteradas por nova negociação coletiva, logo despontaram críticas no sentido de que o TST amedrontará as categorias econômicas, dificultando e enfraquecendo as negociações coletivas que objetivava fortalecer e estimular.

Questiona-se, assim, se a ultraeficácia em nosso país funcionará como estímulo à negociação, retirando a categoria econômica de sua cômoda posição, fazendo com que ela também tenha interesse em procurar a categoria profissional para a negociação, como pretendido com a alteração da redação da súmula, ou se, ao contrário, verificar-se-á um temor das categorias econômicas em negociar, dificultando ainda mais a realização dos acordos e convenções, ou a concessão de qualquer vantagem além daquelas tradicionalmente conquistadas pela categoria obreira. Indaga-se a possibilidade de as categorias tradicionalmente mais fortes serem efetivamente fortalecidas, ocorrendo o oposto com aquelas que ainda se valem do dissídio coletivo, por não possuírem meios capazes de trazer seus empregadores à mesa de negociação, e que podem ter suas condições prejudicadas pela imposição jurisprudencial de ultraeficácia das cláusulas normativas.

Esse receio por parte das categorias econômicas pode se verificar no princípio, mormente em face de uma alteração considerável na forma com que há longo tempo vinham se desenvolvendo as negociações. Trata-se, todavia, de um efeito inicial natural a uma alteração na forma de negociação e num posicionamento jurisprudencial de longa data, e que, certamente, não passou despercebido pelos ministros que votaram favoravelmente à revisão da súmula, compreendendo que os benefícios à negociação coletiva que estão por vir compensam eventuais retrocessos e dificuldades neste momento inicial de adaptação.

Ainda é precipitada qualquer tentativa de análise do efeito da ultraeficácia recém consagrada, e prematuras as previsões de engessamento ou derrocada das negociações coletivas a partir da nova redação da súmula. A ultraeficácia não se trata de inovação pátria, sendo amplamente prestigiada no direito estrangeiro. Mesmo no Brasil, como visto anteriormente, teve vigência, por expressa disposição legal (Lei 8.542/92), no período de 23/12/1992 a 28/07/1995). Obviamente que cada país possui suas especificidades, e, conforme ressaltado, acredita-se que teria sido mais adequado prestigiar inicialmente, e mesmo como forma de transição e adaptação, a autonomia dos entes coletivos, possibilitando-lhes acordar essa possibilidade antes de impô-la às mais diversas categorias. Isso não significa, contudo, que em nosso país ela acarretará a inviabilidade das negociações coletivas, as quais, inclusive, a prática revela tratarem-se em grande parte de repetições umas das outras, com uma ou outra alteração/adaptação, ou seja, situação perfeitamente compatível com a ultraeficácia consagrada pelo TST.

O novo modelo de vigência das cláusulas normativas pode efetivamente representar um maior equilíbrio e procura de ambas as partes pela negociação, como efetivo instrumento de adaptação de trabalhadores e empregadores às variações do cenário econômico. Aos empregadores, será interessante na medida em que a negociação constitua o instrumento válido a eventual supressão/redução de garantias alcançadas em momentos de condições mais favoráveis ao seu empreendimento. Aos empregados, continuará sendo a forma de garantir a melhoria de condições de trabalho e de remuneração.

Não se pode desconsiderar que a grande questão da negociação coletiva, por parte das categorias profissionais, é a reposição salarial das perdas inflacionárias, tendo em vista que não há garantia legal de reposição automática da inflação, sendo a negociação o caminho natural para tanto, ao qual os trabalhadores não podem renunciar, sob pena de se verificar uma perda real de seus ganhos com o passar do tempo.

Além disso, há os novos trabalhadores, admitidos após o término da vigência do instrumento, os quais a entidade sindical também representa, não podendo simplesmente "acomodar-se" com a incorporação dos direitos assegurados a uma parcela de trabalhadores, enquanto outra parte de integrantes da categoria está privada dessas conquistas.

Não se verifica um "novo desequilíbrio" com a ultraeficácia recém consagrada, agora, favorável às categorias profissionais, uma vez que a maior demanda dos trabalhadores, que consiste em melhores patamares remuneratórios, depende diretamente da sua disposição de negociar.

Mais importante e determinante do que a discussão, muitas vezes mais ideológica do que científica, acerca de se a ultraeficácia funcionará como fator de equilíbrio e estímulo, ou como fator de inibição e retrocesso, às negociações coletivas, é centrar esforços nas indagações e desafios surgidos a partir desse novo modelo de eficácia das cláusulas normativas agora vigente, de modo a reduzir ao máximo possível a insegurança jurídica gerada pela alteração, e que, em certa medida, a ela (alteração) é inerente. E é esse o objetivo precípua do presente estudo, de apontar ao menos

alguns dos pontos que se entende mereçam ser, com a máxima urgência, esclarecidos pelo TST, no âmbito das negociações coletivas que forem firmadas sujeitas à ultraeficácia.

Fala-se em negociações coletivas que forem firmadas sujeitas à ultraeficácia porque, aparentemente, o TST modulará os efeitos da alteração da Súmula nº 277, de modo que a ultraatividade das cláusulas normativas somente será aplicável aos instrumentos firmados após a alteração da redação⁶⁸. Essa posição de fato prestigia a segurança jurídica, de modo a não surpreender as partes acordantes com a revisão de entendimento jurisprudencial, antes consolidado há longa data. Ainda, embora tal posicionamento mostre-se mais alinhado com a segurança jurídica, deve ser ressaltado que outras interpretações acerca da modulação de efeitos podem ser feitas, inclusive no sentido de que a Súmula apenas não se aplicaria a acordos ou convenções cuja vigência tenha encerrado antes de sua modificação, podendo ser aproveitada em relação a normas coletivas em vigor quando da alteração, embora firmadas antes dessa (o que se depreende de notícia recentemente veiculada no site do TST⁶⁹). De qualquer forma, a real extensão da modulação de efeitos necessita ser confirmada pelo TST de maneira a conferir maior segurança para aplicação da Súmula.

Quando estiverem na mesa de negociação, as categorias econômica e profissional necessitam saber a extensão das concessões que estão fazendo, ter ciência do que exatamente estão negociando, seu alcance e consequências. Sabe-se que as cláusulas normativas serão ultraativas, ou seja, que se incorporarão aos contratos de trabalho dos integrantes da categoria profissional até que sejam alteradas por nova negociação coletiva. É isso que a Súmula nº 277 dispõe. Mas, a partir disso, uma série de questões se apresentam, como: a) se os contratos a que se integram as cláusulas normativas são aqueles em curso e firmados durante a vigência da norma, ou se ela pode ser aplicável também aos trabalhadores que vierem a ser contratados durante o período de ultraeficácia; b) se haverá ultraeficácia também em relação a cláusulas normativas que podem ser consideradas prejudiciais aos trabalhadores, como, por exemplo, um regime de compensação horária na forma de banco de horas, ajustado em troca de as horas extras não compensadas em dado período serem pagas com adicional de 100%; c) se, por ocasião de uma nova negociação, o instrumento precisa revogar expressamente cláusulas do anterior que as partes não desejam renovar, ou se um novo instrumento revogará por completo o seu antecessor, ou seja, se será possível a coexistência de normas de instrumentos diversos; d) se e quando um acordo poderá revogar uma convenção, e vice-versa, ou se será aplicável o princípio da norma mais favorável, e, nesse caso, como será feito o exame da norma mais favorável.

Essas questões, que, em absoluto, compreendem um rol exaustivo, ilustram os novos questionamentos que desafiam a doutrina e a jurisprudência, efeitos diretos do novo efeito das cláusulas normativas nos contratos de trabalho. Não se tratam de situações-limite, mas sim, de situações simples, mas que não tem ainda respostas claras.

Acerca dos destinatários da ultraeficácia das cláusulas normativas, parece claro a princípio

⁶⁸ RECURSO DE REVISTA – FERROVIÁRIO - HORAS DE JANELA – CONDIÇÃO ESTABELECIDADA EM NORMA COLETIVA – SÚMULA Nº 277 DO TST – SOPESAMENTO – PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. A evolução do entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula nº 277 do TST, quanto à aderência das normas coletivas aos contratos de trabalho, deve ser sopesada com o princípio da segurança jurídica, motivo pelo qual a alteração do entendimento deve ter seus efeitos aplicados às situações ocorridas a partir de sua publicação, e não retroativamente às situações já consolidadas sob o entendimento anterior. (RR 3500-76.2005.5.15.0004; 4ª Turma; Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho).

⁶⁹Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/turma-modula-aplicacao-de-nova-redacao-da-sumula-277. Acesso em 10/09/2013.

que, se elas integram os contratos de trabalho, só podem fazê-lo em relação àqueles contratos que já existem quando do ajuste ou vierem a existir no período de sua vigência. Um empregado admitido no dia seguinte ao final da vigência da norma coletiva (quando ela estaria ultra-ativa em relação aos demais trabalhadores) não teria os direitos que ela assegura. Nesse sentido, Octavio Bueno Magano⁷⁰ entendia que, não prorrogado o ajuste, os novos contratos individuais realizados após seu termo final de vigência não mais terão de se pautar pelas normas do instrumento findo, o qual permanecerá regendo apenas os contratos individuais que estavam em curso quando da vigência da convenção, já que cláusulas desta passaram a integrá-los.

Isso, todavia, necessita ficar assente, porquanto um número considerável de demandas individuais pode advir dessa distinção de situações jurídicas entre trabalhadores que sempre fizeram jus ao mesmo tratamento. Não é difícil imaginar a irresignação e, conseqüentemente, busca ao Poder Judiciário (amparado na isonomia que lhe é garantida constitucionalmente) de um trabalhador "novo" de uma empresa, que realiza rigorosamente as mesmas funções de colegas admitidos pouco (talvez dias!) antes dele, sendo que aqueles, por força de ultra-atividade de normas coletivas, recebem diversos benefícios a que ele não faz jus.

Em seu artigo acerca da nova redação da Súmula nº 277⁷¹, os Ministros Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Maurício Godinho Delgado referem que a nova redação da súmula não cria direitos e benefícios, permitindo, "ao invés, que as regras coletivas se desenvolvam sobre pontos relevantes, ou seja, a propósito dos direitos não regidos pela norma coletiva de trabalho precedente, salvo se há intenção de modificá-los ou suprimi-los.". Mas as normas coletivas necessitariam sim permanecer regulando os direitos regidos pelas suas antecessoras, no mínimo (como se não bastasse a necessidade permanente da categoria profissional de reposição salarial) de modo a incluir aqueles trabalhadores admitidos após o seu termo final, o que inclusive afasta a alegação de que haveria agora (após a consagração da ultraeficácia pelo TST) a inércia da categoria profissional após uma convenção que lhe seja favorável, em contraponto à inércia da categoria econômica quando se aproximava o termo final de um ajuste coletivo, vivenciada até então.

Acerca da revogação por outro instrumento coletivo, estabelecida na súmula, dá-se a mesma incerteza, se a simples implementação de um novo instrumento revoga completamente o anterior, ou seja, se a mera ausência de menção a dada garantia antes prevista em cláusula normativa, significa sua revogação tácita, ou se será possível a coexistência de condições asseguradas em instrumentos diversos.

Tais questionamentos, dentre outros tantos, decorrem em larga medida da inexperiência das partes acordantes e dos julgadores com o novo modelo, e não é por outra razão que se afirmou os benefícios que seriam advindos de uma fase de transição e adaptação, na qual fosse possibilitada às partes estabelecer a ultraeficácia de suas normas coletivas.

Não obstante, para as normas firmadas após a alteração de redação da Súmula nº 277, a ultraeficácia é a regra, conforme entendimento da corte a qual compete uniformizar a jurisprudência. E, certamente, tais desafios e tantos outros serão impostos aos tribunais de norte a sul do Brasil, até, enfim, chegarem ao TST. Nesse período, em que naturalmente a negociação coletiva sofrerá um natural processo de adaptação e receios, tal insegurança quanto a questões

⁷⁰ MAGANO, Octavio Bueno. Convenção coletiva de trabalho. São Paulo: LTr, 1972. p. 95.

⁷¹ CARVALHO, Augusto César Leite de; ARRUDA, Kátia Magalhães; DELGADO, Maurício José Godinho. A súmula nº 277 e a defesa da constituição. p. 15. Disponível em http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/28036/2012_sumula_277_aclc_kma_mgd.pdf?sequence=1. Acesso em 10/08/2013.

simples, básicas, pode comprometer sobremaneira até mesmo os objetivos precípuos da suprema corte trabalhista com a revisão da redação da Súmula nº 277.

As mesmas razões que justificaram a antecipação dos ministros do TST na revisão da súmula, porquanto seria inconcebível à segurança jurídica decisões divergentes acerca da eficácia das cláusulas normativas, justificam também a antecipação do tribunal em fornecer um maior detalhamento em relação aos termos básicos sob os quais se dará essa ultraeficácia, evitando uma insegurança em sua compreensão e aplicação extremamente danosa a maior promoção da autonomia coletiva, objetivada pela alteração da posição do TST.

A segurança jurídica no enfrentamento das questões expostas, dentre muitas outras, merece a maior atenção e cuidado, pois pode influenciar diretamente na resposta a indagação que precipitadamente vem sendo feita, no sentido do resultado prático (favorável ou não) da nova redação da Súmula nº 277 do TST como estímulo às negociações coletivas. A eficácia das cláusulas normativas limitada ao prazo de vigência do instrumento, ou até nova negociação, é uma questão de adaptação que certamente, em mais ou menos tempo, será enfrentada e superada pelas partes acordantes. Sem segurança, todavia, não há negociação que subsista.

2.4. Ultraeficácia e aplicabilidade nos processos de Dissídio Coletivo

Quando não conseguem chegar a um acordo de modo a renovar ou estabelecer um acordo ou convenção coletiva, o conflito (Dissídio Coletivo) é submetido à Justiça do Trabalho (Tribunais Regionais do Trabalho ou Tribunal Superior do Trabalho), que profere decisão substitutiva da vontade das partes, de caráter normativo, estipulando as normas que vão regular as relações de trabalho da respectiva categoria. Essa decisão trata-se da sentença normativa, que possui, na clássica definição de Carnelutti, "alma de lei e corpo de sentença".

A sentença normativa "procura fugir à regra do direito que resolve o conflito mas não o dissolve", pois "não só decide o conflito, como procura eliminá-lo, estabelecendo obrigações, condições e normas, de caráter normativo, que vigem inclusive para o futuro, visando eliminar áreas de atrito entre grupos e categorias inteiras." ⁷².

Não se pretende aqui, por não ser o objeto do presente estudo, adentrar na polêmica das críticas que sofre, há muito, a sentença normativa, e das constantes reformas implementadas com o objetivo de desestimular os dissídios coletivos, reduzindo o âmbito de atuação da sentença normativa.

Todavia, e mesmo para justificar a existência do presente item, cabem alguns esclarecimentos.

A sentença normativa é uma atuação anômala do Poder Judiciário, tendo em vista o caráter normativo que ostenta a decisão judicial. Isso não significa, contudo, que exista uma usurpação de competência do Poder Legislativo ou qualquer afronta à separação dos poderes, "até mesmo pelo fato de que o próprio Montesquieu jamais falou em divisão rígida dos poderes, mas sim em preponderância das funções"⁷³, e as funções atípicas presentes em todas as esferas de poder (Legislativo, Judiciário, Executivo e Político, para quem compreende este último de forma separada do Poder Executivo) coexistem naturalmente com a separação de poderes.

⁷² BILHALVA, Vilson Antonio Rodrigues. Sentença Normativa. JUSTIÇA DO TRABALHO. Porto Alegre: HS. Mensal. ISSN 0103-5487. p. 80

⁷³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. Extensão das decisões normativas. COAD: Direito do Trabalho Sao Paulo v.34 n.11 p.83-0 mar. 2000. p. 83.

Também não se questiona que o ideal a ser atingido é o fortalecimento dos sindicatos, de modo a que todos tenham condições de exercer plenamente a autonomia e a negociação autônoma que lhes é assegurada constitucionalmente, na defesa legítima dos trabalhadores que representam, sem necessitar da interferência da Justiça do Trabalho, por meio dos dissídios coletivos.

O problema ocorre quando algumas, e, sobretudo, quando muitas das categorias, não tem essas condições. E o problema agiganta-se quando essas muitas categorias que, por inúmeras razões (razões estruturais, que demandam amplas reformas para sua solução), não tem condições de negociação por si só, tem o risco de ver inutilizado o seu único instrumento de ver garantidos direitos, condições de trabalho, específicos ao seu ambiente laboral, muitos já reconhecidos a trabalhadores da mesma localidade em condições semelhantes.

O tema está em constante foco, não desatualiza. Ricardo Carvalho Fraga, há mais de uma década, analisava a questão⁷⁴: "Não sonhamos com uma sociedade em que apenas alguns tenham melhores condições de trabalho. Tampouco, acreditamos que o avanço das relações sociais dependa exclusivamente do desenvolvimento econômico. Não acreditamos, nem mesmo, que o aperfeiçoamento da sociedade seja alcançado através unicamente dos embates sociais limitados à realidade de cada setor da economia. (...) A imensa maioria dos trabalhadores em nosso país enfrenta situações de extremo prejuízo à própria saúde e, portanto, está bem longe de normas coletivas mais evoluídas. (...) Vislumbra-se o risco de um crescente distanciamento entre as realidades e aspirações de diferentes categorias de trabalhadores. (...) Não se tem a proposta de que a Justiça do Trabalho seja o local único e/ou privilegiado para as inovações nas relações de trabalho. Desejamos, sim, não negar a manifestação estatal, através da Justiça do Trabalho, quando não houver outra solução."

É necessário, paralelamente à mudança de perspectiva em relação à ultraeficácia das cláusulas normativas das normas coletivas, olhar com mais atenção para a sentença normativa e para a real situação das categorias que dela se valem, e que, infelizmente, não constituem exceção, porquanto a real exceção são as categorias que vivenciam realidade antagônica às dificuldades da maioria dos trabalhadores no momento de negociação (proximidade da data-base), possuindo força e unidade suficientes para efetivamente consagrar, na prática, o princípio da equivalência dos entes coletivos.

Diz-se que essa atenção à situação dos dissídios coletivos e da sentença normativa deve ocorrer paralelamente à revisão de posicionamento do TST quanto à eficácia das cláusulas normativas dos acordos e convenções coletivas, porque a alteração na redação da Súmula nº 277 não deve refletir nas sentenças normativas. Isso pode ser verificado a partir de um breve resgate cronológico: em 1988, o instrumento normativo referido no Enunciado era a sentença normativa (embora fosse utilizado analogicamente para os acordos e convenções coletivas); após, em 2009, acrescentou-se expressamente os acordos e convenções coletivas, sendo que, finalmente, em 2012, suprimiu-se a sentença normativa da nova redação, agora restrita aos acordos e convenções coletivas. Importante lembrar que, em 2011, antes da modificação da Súmula que ora se discute, o TST editou o Precedente Normativo nº 120, que trata precisamente das sentenças normativas.

Constata-se, assim, que a Súmula busca conferir eficácia ultra-ativa aos direitos assegurados através de negociação coletiva, uma vez que o fruto da negociação coletiva nasce da vontade das partes e por isso deve ser prestigiado, diferentemente da sentença normativa, que nasce da substituição da vontade das partes (ressalvado o respeito a direitos antes garantidos via

⁷⁴ in REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. Porto Alegre: TRT 4 R. Anual. ISSN a0100-7637. p. 45/50

negociação, nos termos do artigo 114, § 2º, da Constituição Federal), não possuindo prazo de vigência mínimo, uma vez que a qualquer momento, havendo acordo, pode ser substituída pela vontade direta das partes (Precedente Normativo nº 120 do TST).

Portanto, acredita-se que a eficácia das cláusulas de sentenças normativas permanece tratada pelo TST no precedente próprio (nº 120), estabelecendo a Súmula nº 277 eficácia ultra-ativa de forma restrita aos acordos e convenções coletivas, situação que também traz uma questão a ser solucionada doutrinária e jurisprudencialmente.

A alteração da Súmula nº 277 do TST tem o objetivo conferir maior equilíbrio às negociações coletivas, de modo que, no caso de eventual recusa da classe econômica à negociação, a categoria profissional tem assegurado, no mínimo, a manutenção de direitos conquistados até então.

Mas, aquela categoria de trabalhadores que não conseguiu chegar à negociação com sucesso, necessitando utilizar-se do dissídio coletivo, ao final do período de vigência da sentença normativa – do que já se sabe que não houve sucesso em negociação durante seu período de vigência, caso em que um possível instrumento revogaria a sentença normativa – terá as vantagens asseguradas pela sentença normativa automaticamente excluídas, como ocorria com os direitos constantes das cláusulas normativas dos acordos e convenções até Setembro de 2012.

A contradição dispensa maiores explicações. A categoria mais fraca e desorganizada, e, portanto, dependente ainda da sentença normativa, não tem ultraeficácia reconhecida aos direitos (os quais, geralmente, não consistem em inovações significativas) que lhe foram garantidos judicialmente durante a vigência da norma. A sentença normativa agora tem eficácia diversa dos acordos e convenções, em prejuízo daqueles que não tem como ser mais prejudicados. A ultraeficácia das sentenças normativas poderia consistir até mesmo em fator de estímulo à negociação naqueles casos em que ela se mostra sempre desinteressante à categoria econômica, pela desorganização e ausência de instrumentos efetivos de pressão da categoria profissional.

A questão da extensão da ultraeficácia às sentenças normativas, dentre os demais questionamentos e dúvidas advindas com o novo modelo de ultraeficácia consagrado pelo TST, aparentemente, de forma restrita aos acordos e convenções coletivas, necessitam aprofundamento doutrinário e jurisprudencial, e, precipuamente, reclamam a fixação de diretrizes de atuação pelo TST, de modo a evitar a insegurança que tão nefasta pode ser às negociações, mormente neste momento inicial.

Conclusão

A partir do que foi exposto, podem ser extraídas algumas conclusões, de maneira a melhor sintetizar o presente estudo e contribuir, de forma bastante singela, às discussões que se entende necessitam ser aprofundadas acerca da recente ultraeficácia das cláusulas normativas consagrada em nosso país:

- Via de regra, no direito estrangeiro a ultra-atividade das cláusulas normativas tem amparo em dispositivo de lei, e/ou consta de cláusula dos próprios instrumentos coletivos;
- Não prosperam as críticas à alteração da redação da Súmula nº 277 quanto ao seu aspecto formal (ausência de precedentes), uma vez que: a) a matéria há muito suscita controvérsia doutrinária e jurisprudencial, sendo suficientemente conhecida e amadurecida por parte dos Ministros do TST; b) a jurisprudência não é estática, sendo inegável a necessidade de revisão da posição do tribunal quando a maioria de seus membros não mais compartilha do entendimento até

então consagrado na redação da súmula que trata a matéria; e c) foi prestigiada a segurança jurídica;

– Ainda que a legalidade da ultraeficácia das normas coletivas no Brasil seja passível de questionamento, a partir de uma interpretação legalista do disposto nos artigos 613, II, e 614, §3º, da CLT, o raciocínio no qual tem lastro a nova redação da Súmula nº 277 é válido, pois parte da distinção entre cláusulas obrigacionais (que perdem sua validade com o advento do prazo final do ajuste) e cláusulas normativas (que se incorporam aos contratos individuais até modificação por outro instrumento coletivo) das normas coletivas, e foi o prevalente na corte a qual compete dar a última palavra acerca da interpretação das normas da CLT;

– Entende-se que teria sido mais adequado uma revisão paulatina de posicionamento por parte do TST, como forma de adaptação de todos os envolvidos, e mesmo jurisprudencial, além de prestigiando a autonomia dos entes coletivos, ao facultar-lhes acordar a possibilidade de ultraeficácia, antes de ela ser a regra nos ajustes coletivos;

– Muitos questionamentos e desafios se apresentam e se apresentarão em decorrência da alteração de modelo de eficácia das normas coletivas, envolvendo situações básicas das negociações, como, por exemplo, o aspecto da modulação de efeitos da Súmula, as questões de sua abrangência em relação a quais contratos de trabalho, da ultraeficácia das cláusulas prejudiciais, da revogação total ou parcial de um instrumento pelo seguinte, da revogação de uma convenção por um acordo, e vice-versa, dentre tantos outros;

– Mais importante e determinante do que discussões, muitas vezes mais ideológicas do que científicas, acerca dos futuros resultados da alteração da Súmula nº 277 do TST, se benéficos ou prejudiciais às negociações, é centrar esforços nas novas indagações e desafios surgidos a partir desse novo modelo, de modo a reduzir ao máximo a insegurança que em certa medida é inerente a toda revisão modelo anteriormente consolidado.

– Entende-se que as mesmas razões, relacionadas precipuamente à segurança jurídica, que justificaram ao TST a antecipação na revisão da Súmula nº 277 justificam também a antecipação do Tribunal em explicitar os termos básicos sob os quais se dará a ultraeficácia, sob pena de decisões divergentes em tribunais todo país, comprometendo sobremaneira a segurança jurídica, e, conseqüentemente, a maior promoção da autonomia coletiva, cuja promoção é objetivada pelo TST.

– A alteração da realizada na Súmula nº 277 não deve refletir nas sentenças normativas, que foram expressamente excluídas da redação do verbete, sendo a eficácia da sentença normativa tratada de modo específico pelo TST no seu Precedente nº 120. Essa conclusão traz uma questão a ser solucionada doutrinária e jurisprudencialmente, relacionada à contradição entre o objetivo precípua da alteração da Súmula nº 277 (conferir maior equilíbrio às negociações coletivas) e a exclusão, de seu âmbito de incidência, daqueles trabalhadores que integram as categorias mais fracas e desorganizadas, ainda dependentes da sentença normativa, e que não terão ultraeficácia reconhecida aos direitos (os quais, geralmente, não consistem em inovações significativas) que lhe foram garantidos judicialmente durante a vigência da norma (sentença normativa).

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Antonio Carlos. A negociação coletiva de trabalho (uma crítica à súmula n. 277, do TST). **Revista LTr**: Legislação do Trabalho. São Paulo, v. 77 n. 09, p.1031-1040, set. 2013.

◀ volta ao índice
▲ volta ao sumário

:: Ano X | Número 172 | Setembro de 2014 ::

ARAÚJO, Francisco Rossal de; SANTOS, Rodrigo Coimbra. Equilíbrio instável das fontes formais do direito do trabalho. **Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, v. 27, n. 324, p. 48-75, dez. 2010.

ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. Desfazendo um mito constantemente repetido: no Direito do Trabalho não há quebra da hierarquia das normas. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n. 145, p. 22, jan./mar. 2012.

ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. Apontamentos sobre a hierarquia das normas no Direito do Trabalho. In: TORRES, Artur (orgs.). **Direito e Processo do Trabalho**: escritos em homenagem aos 20 anos de docência do Professor Gilberto Sturmer. Porto Alegre: Arana, 2013. p. 173-194.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em 10/08/2013.

BILHALVA, Vilson Antonio Rodrigues. Sentença Normativa. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 11, n. 125, p. 80-82, maio 1994.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Polis, 1991.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Turma modula aplicação de nova redação da Súmula 277. **Notícias do TST**, Brasília, 6 dez. 2012. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/turma-modula-aplicacao-de-nova-redacao-da-sumula-277. Acesso em: 10/09/2013.

CARMO, Júlio Bernardo do. A súmula n. 277 do TST e a ofensa ao princípio da legalidade. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 55, n. 85, jan./jun. 2012. p. 75-84.

CARMO, Júlio Bernardo do. A Súmula 277 do TST e o princípio da legalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3519, 18 fev. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23722/a-sumula-277-do-tst-e-o-principio-da-legalidade#ixzz38DuzRonj>. Acesso em:

CARVALHO, Augusto César Leite de; ARRUDA, Kátia Magalhães; DELGADO, Maurício José Godinho. A súmula nº 277 e a defesa da constituição. **Biblioteca Digital - Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, 12 dez. 2012. Disponível em: http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/28036/2012_sumula_277_aclc_kma_mgd.pdf?sequence=1. Acesso em: 10/08/2013.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

DÄUBLER, Wolfgang. **Derecho del Trabajo**. Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo e Seguridad Social. Madrid, 1994.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

◀ volta ao índice
▲ volta ao sumário

:: Ano X | Número 172 | Setembro de 2014 ::

ESPAÑA. **Real Decreto-ley 3/2012**, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Disponível em: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/rdl3-2012.html#a14. Acesso em: 123/08/2013.

FRAGA, Ricardo Carvalho de. REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. Porto Alegre: TRT 4 R. Anual. ISSN a0100-7637.

GIUGNI, Gino; CURZIO, Pietro; GAROFALO, Mario Giovanni. **Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 1991.

GONÇALVES, Lilian. **Ultratividade das cláusulas normativas**. São Paulo: LTr, 2008.

HAZAN, Bruno Ferraz. **A aderência contratual das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2012.

HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H. C. **Compendio de derecho del trabajo**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963.

JAVILLIER, Jean-Claude. **Manual de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1988.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MAGANO, Octavio Bueno. **Convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: LTr, 1972.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLEA, Manuel Alonso. **Derecho del trabajo**. 14. ed. Madrid: Universidad de Madrid, 1995.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 144**. Aprovada na 61ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1976), entrou em vigor no plano internacional em 16 de maio de 1978. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/497> . Acesso em 12/08/2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 98**. Aprovada na 32ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1949), entrou em vigor no plano internacional em 18.7.51. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/465> . Acesso em 12/08/2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. Extensão das decisões normativas. **COAD: Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 34, n. 11, mar. 2000, p. 83-80.

PINTO, Joao M. A ultratividade das normas coletivas. **Jornal Trabalhista Consulex**, Brasília, v.15, n. 693, jan. 1998, p. 74-73.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1978.

PORTUGAL. **Lei nº 7/2009** de 12 de fevereiro. Aprova a revisão do Código do Trabalho. Disponível em: <http://dre.pt/pdf1s/2009/02/03000/0092601029.pdf>. Acesso em: 23/08/2013.

PORTUGAL. Governo. **Tradução do conteúdo do Memorando de Entendimento sobre as Condições de Política Econômica**. Lisboa, 17 de maio de 2011. Disponível em http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf. Acesso em 23/08/2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

RUPRECHT, Alfredo J. **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

[◀ volta ao índice](#)
[▲ volta ao sumário](#)

:: Ano X | Número 172 | Setembro de 2014 ::

RUSSOMANO, Mozart Víctor. Direito coletivo do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n. 82, p. 59-66, jun. 1993.

RUSSOMANO, Mozart Víctor. **Princípios gerais de direito sindical**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes, et al. **Instituições de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

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

TEIXEIRA JÚNIOR, João Régis. **Convenção coletiva de trabalho**: não incorporação aos contratos individuais de trabalho. São Paulo: LTr, 1994.