

SUZANA LEONEL MARTINS

**O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA
TRABALHISTA**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho, sob a orientação do Professor Doutor Renato Rua de Almeida.

**PUC/SÃO PAULO
2006**

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por estar em toda a parte, em todos os lugares, sempre iluminando meu caminho.

Agradeço ao Professor Doutor Renato Rua de Almeida, que me acolheu como aluna orientanda, possibilitando a realização de um sonho, e também pela sua disposição em compartilhar com seus alunos seu valoroso e vasto conhecimento.

Agradeço à Professora Doutora Ivani Contini Bramante, por sua ajuda indispensável à elaboração do presente trabalho. Suas sugestões, suas idéias, seus conhecimentos foram de incomensurável valor. Sem o seu estímulo, não teria sido possível atingir tão difícil meta.

RESUMO

O presente trabalho objetiva estudar a aplicação do princípio da boa-fé às negociações coletivas de trabalho no Direito brasileiro.

O estudo justifica-se em razão da importância das negociações coletivas como instrumento de pacificação dos conflitos trabalhistas, exigindo-se lealdade e transparência no exercício da autonomia privada coletiva, vez que é sempre conveniente a adoção de procedimentos para a solução de conflitos trabalhistas em que as partes encontrem elas próprias a solução da disputa, desde que sejam observados os limites impostos pela boa-fé.

O tema mostrou-se atual e relevante, em razão de existir uma tendência geral no sentido de a lei se esvaziar de disposições substanciais, estipulando em seu lugar regras processuais destinadas a garantir o direito à negociação coletiva, buscando dar maior autonomia aos parceiros sociais e às empresas, em relação aos poderes públicos. Cuida-se do movimento de procedimentação e contratualização do Direito do Trabalho. Direito do Trabalho esse que se mostra como uma das faces dos Direitos Humanos, indispensável à plena realização da dignidade da pessoa humana.

Considerando que a boa-fé é um princípio geral de Direito, verdadeira norma jurídica a desafiar sua concreção, verificou-se a indispensabilidade de sua plena aplicação ao Direito Coletivo do Trabalho, especificamente quanto ao instituto da negociação coletiva, concluindo-se que eventual ausência de boa-fé na negociação coletiva pode ser questionada em Juízo, caso em que, apreciados os fatos ocorridos e as circunstâncias adjacentes, será dada a melhor solução ao caso, seja mediante aplicação de uma penalidade, seja reconhecendo-se a nulidade dos atos em que se faça ausente a boa-fé, ou ainda, impondo obrigação de fazer, dependendo da gravidade do ocorrido, da amplitude de suas conseqüências e do estágio em que se encontre a negociação.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to study the application of the principle of good faith to collective bargaining in Brazilian Law.

The study is justified by the importance of collective bargaining as an instrument of pacification of labour conflicts, demanding loyalty and transparency in collective autonomy.

The subject is current and important once there is a common sense about the necessity of stimulating collective bargaining instead of seeking all the labour rights from government regulated employment stipulations. Collective bargaining is a way to establish formerly mandated employment conditions and protections, for this reason it needs to gain significance.

Collective bargaining is one of the Human Rights, indispensable for the full accomplishment of the dignity of the human being. Good faith is a general principle of Law.

There is no duty to bargain in good faith stated by the Brazilian labour law, but it is possible to recognize the general obligation of the parties to conform to the standard of good faith, as it is important for the maintenance of the harmonious development of labour relations. That makes clear the importance of the employers and trade unions negotiating in good faith and endeavouring to reach an agreement.

The conclusion is that the lack of good faith on collective bargaining may be questioned in the Brazilian Employment Court. In such a case, the Court will reach the best solution to the case, after analysing the facts and circumstances. For instance, the imposition of some penalty on a party that breaches the duty of good faith; a declaration of the nullity of the acts practiced in a breach of good faith; an obligation to refrain from doing something, according to the importance of the action, its consequences and the stage of the collective bargaining.

SUMÁRIO

I. Introdução	3
1. Breve relato Histórico	
1.1. O Direito do Trabalho	5
1.2. Doutrina social da Igreja	9
1.3. Os sindicatos	11
1.4. As negociações coletivas	11
2. Direito do Trabalho na atualidade	
2.1. A dignidade da pessoa humana	13
2.2. Direito do Trabalho: público ou privado?	19
2.3. A importância das negociações coletivas	22
2.4. Tendências do Direito do Trabalho	24
3. Negociação coletiva: conceitos	
3.1. Conceito internacional, de acordo com a OIT	28
3.2. As convenções da OIT	31
3.3. Conceito doutrinário	34
3.4. Conceito constitucional, conceito legal, o artigo 611 da CLT.....	38
4. Natureza jurídica da negociação coletiva	42
5. Meios garantidores do direito à negociação coletiva	44
6. Estrutura da negociação coletiva	
6.1. Funções	52
6.2. Níveis da negociação coletiva	58
6.3. Relação entre os níveis de normas coletivas – articulação	61
6.4. Novos níveis de negociação de acordo com a nova legislação	67
6.5. Sujeitos	70
7. Princípios	
7.1. Conceito	71
7.2. Princípios gerais de direito	87
7.3. Princípios éticos e jurídicos: ética, moral e direito	88
7.4. A incorporação da boa-fé no mundo jurídico	95
7.5. Conceito de boa-fé	97
7.6. A boa-fé como princípio ético	97
7.7. Funções dos princípios	99
7.8. Princípios da negociação coletiva	102
8. A boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro	
8.1. Boa-fé no Código Civil	112
8.2. Boa-fé objetiva e subjetiva	112
8.3. Enunciados das Jornadas de Direito Civil	117
8.4. Proposta de alteração do artigo 422 do Código Civil	118

8.5. Boa-fé no Código Civil, segundo Nelson Nery.....	118
8.6. Diferença entre boa-fé, abuso de direito e fraude à lei	124
8.7. O Código Civil – exercício do direito excedendo os limites	130
8.8. Boa-fé no Código do Consumidor	132
8.9. O princípio da boa-fé no Direito do Trabalho	138
9. Boa-fé na negociação coletiva em outros países	
9.1. EUA	141
9.2. Canadá	145
9.3. Nova Zelândia	149
9.4. Espanha	153
9.5. Portugal	160
10. Efeitos dos direitos fundamentais na esfera privada.....	169
11. Boa-fé na negociação coletiva.....	175
12. Jurisprudência	178
13. Conclusão	194
14. Bibliografia	218

Introdução

O presente trabalho objetiva estudar a aplicação do princípio da boa-fé nas negociações coletivas de trabalho no Direito brasileiro.

Primeiramente, será feito um brevíssimo retrospecto histórico do surgimento do Direito do Trabalho, bem como das negociações coletivas.

Após, o Direito do Trabalho será destacado como uma das faces dos Direitos Humanos, indispensável à plena realização da dignidade da pessoa humana.

Diante da reconhecida importância da OIT para o Direito do Trabalho, será oferecida uma rápida noção da Organização Internacional do Trabalho e de suas normas.

Serão examinados a origem e o significado do termo princípio, esclarecendo-se qual o conceito de princípio adotado nesta dissertação, defendendo-se sua natureza de norma jurídica. Será oferecido suporte à necessidade de ser dada concretude aos princípios jurídicos.

A seguir, a boa-fé será destacada como um dos princípios gerais do Direito, discutindo-se como é tratada a boa-fé em nosso Direito Civil, a partir do novo Código Civil.

A negociação coletiva será conceituada, apresentando-se os princípios que regem as negociações, com menção às suas funções e aos níveis de negociação conhecidos.

Diante da publicação da Medida Provisória de nº294, de 8 de maio de 2006, que criou o Conselho Nacional das Relações de Trabalho e da Medida Provisória nº293, de 8 de maio de 2006, que dispôs sobre o reconhecimento das centrais sindicais, atribuindo-lhes a prerrogativa de participar de negociação coletiva em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, será feita uma exposição das inovações trazidas por essas normas.

Será oferecida uma rápida visão de como o princípio da boa-fé nas negociações coletivas é aplicado em outros países.

A utilização do princípio da boa-fé nos julgados de nossos Tribunais Trabalhistas será apreciada mediante pesquisa jurisprudencial.

Por fim, considerando que a boa-fé é um princípio geral de Direito, verdadeira norma jurídica que desafia sua concreção, a conclusão será de que é indispensável a sua plena aplicação ao Direito Coletivo do Trabalho, especificamente quanto ao instituto da negociação coletiva, afirmando-se que, se não houver boa-fé na negociação coletiva, a questão poderá ser levada ao Juízo para que este, apreciando os fatos ocorridos e as circunstâncias adjacentes, dê a melhor solução ao caso, seja aplicando uma penalidade, seja declarando nulos os atos em que se faça ausente a boa-fé, ou ainda, impondo obrigação de fazer, dependendo da gravidade do ocorrido, da amplitude de suas consequências e do estágio em que se encontre a negociação.

1. Breve relato histórico

1.1. O Direito do Trabalho

Sendo a negociação coletiva um instituto de direito do trabalho, faz-se necessário um retrospecto do surgimento do Direito do Trabalho, para melhor compreensão do tema.

De acordo com Segadas Vianna¹, seis séculos Antes de Cristo, no Oriente Médio, na religião de Zaratrusta, fundada por Zoroastro, já havia valorização do trabalho. O homem que construía sua casa, que lavrava a terra, que plantava trigo, era considerado santo. Com a civilização hebréia, o trabalho adquiriu um sentido elevado: os hebreus não passavam indiferentes diante dos que estavam lavrando o campo, ao contrário, faziam uma saudação ou davam-lhes uma bênção. A dignificação do trabalho viria com o cristianismo: neste mundo terreno, o homem teria de ganhar o pão com o suor de suas próprias mãos e seria com o seu esforço que ele deveria viver para ser digno, não bastando, para ter dignidade, a posse de bens materiais que lhe dessem direito ao ócio. O trabalho tornava-se um meio: o da elevação do homem a uma posição de dignidade, diferenciando-o dos outros animais. O cristianismo lançou as bases para, séculos mais tarde, se firmarem os fundamentos dos Direito do Trabalho. Santo Agostinho veio mostrar que o trabalho não seria apenas um meio de impedir que o ócio criasse campo propício para vícios, tornando evidente que todo trabalho é útil, que não se deve cingir ao mínimo necessário para manter a vida e que a acumulação de bens não é um mal; o mal estaria na aplicação desses bens em finalidades contrárias aos preceitos divinos. Quem possuir mais do que o necessário peca, porque alimenta o espírito de ambição, perturba a ordem social

¹ VIANNA, Segadas. “Fundamentos, definição e objetivo”, in: *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p. 79-98.

prejudicando as necessidades alheias, mas, além das próprias necessidades, o cristão tem de prover a necessidade dos pobres (São Tomás).

Prosseguindo, Segadas Vianna explica que o aumento das necessidades propiciou uma ampliação do campo de trabalho, aparecendo as corporações e surgindo o salário. Mas ainda não haviam condições para que se formasse um Direito específico de proteção ao trabalho, pois faltava ao trabalhador a independência e a igualdade jurídica. O vínculo que unia os trabalhadores era, sobretudo, a religião. O Renascimento marcou o início da valorização do homem, exaltando o trabalho. A ética da *humanitas* passa a ser a ética do trabalho. O ócio passa a ser condenado como inumano, o trabalho passa a constituir a verdadeira essência humana. Com a chamada Revolução Comercial, houve a ascensão da classe média, mais próximas dos problemas dos trabalhadores, mas ainda não se encontravam fundamentos para de um Direito do Trabalho. Predominavam o artesanato e os trabalhos da terra, o Estado intervinha apenas visando à garantia da ordem pública e das instituições tradicionais. Havia o espírito dominante do predomínio dos mais ricos e o desconhecimento de direitos para os mais pobres.

Viana lembra ainda que, na segunda metade do século XVIII, os filósofos passaram a reclamar o reconhecimento da liberdade de trabalho, sendo que as idéias liberais eram abraçadas também pela burguesia. No entanto, teoricamente livre, o operário tornava-se cada vez mais dependente do patrão. O respeito à ordem e às leis naturais, dentre as quais se encontra a liberdade, importava na garantia de cada um, dentro de suas forças, impor a sua vontade. O trabalho livre era considerado como uma das mais marcantes comprovações da liberdade do indivíduo. O Estado não deveria intervir, salvo para fixar normas básicas. Mas a liberdade de contratar não dava meios ao operário, premido pela fome, de recusar uma jornada, que muitas vezes se estendia por 15 ou 16 horas, mediante

retribuição miserável. Se antes não se poderia falar em Direito do Trabalho, pela inexistência de condições que justificassem o aparecimento de um novo ramo de Direito, ao tempo do individualismo e da predominância do liberalismo, surgia um Direito cuja concepção era contrária aos interesses do proletariado. Não seria possível falar-se nesse período, que durou pouco mais de meio século, na existência de fundamentos do Direito do Trabalho.

Anota, ainda, Segadas Viana, que o sistema individualista e liberal, que, paradoxalmente com a liberdade teórica, assegurava a desigualdade econômica, e, portanto, a escravidão econômica, viria, por outro lado, facilitar a criação de condições que justificariam o aparecimento do Direito do Trabalho. Se, até o século XIX, as lutas tiveram por objetivo a posse dos meios de produção, com o desenvolvimento das indústrias, surgiria a oposição entre interesses do proletariado e da burguesia, que, em alguns casos, fazia concessões para acalmar os trabalhadores. Os trabalhadores, por sua vez, imporiam, pela força ou pela ameaça, o atendimento de suas reivindicações. A vida infame imposta às crianças nas fábricas e nas minas, revelada com seus horrores emocionava a opinião pública, e os governantes não puderam permanecer alheios a esse drama. Os próprios burgueses começaram a se preocupar, porque o esgotamento prematuro do material humano levaria a uma situação em que só restaria uma massa fisicamente degenerada.

Assim, a Lei de Peel, de 1802, da Inglaterra, de amparo aos trabalhadores, surgiu como norma jurídica que propondo a intervenção do Estado na ordem social, conforme explica Amauri Mascaro Nascimento². O autor do projeto, Robert Peel, “teve o propósito de disciplinar o trabalho dos aprendizes paroquianos nos moinhos, dos quais as autoridades paroquianas procuravam descartar-se, entregando-os aos donos de fábricas. O tráfico dos menores pelas

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva.1991, p.33.

paróquias, unidades administrativas inglesas, era uma realidade, tanto assim que autênticos contratos de compra e venda eram efetuados entre esses órgãos e as indústrias para aquisição de lotes de menores. Peel apresentou a lei para dar proteção a essas crianças, limitando a jornada de trabalho a 12 horas, estabelecendo deveres com relação à educação, higiene do local de trabalho, em especial dos dormitórios. Essa lei, no entanto, tornou-se ineficaz, até que em 1819 Peel, com o auxílio de Robert Owen, conseguiu a aprovação de uma lei no mesmo sentido, tornando ilegal o emprego de menores de 9 anos e restringindo o horário de trabalho dos adolescentes de menos de 16 anos a 12 horas diárias, nas prensas de algodão”.

Dessa forma, Robert Peel, na Inglaterra, com o *Moral and Health Act*, lançou os fundamentos de um direito novo e mais humano, que, apesar de ser individualista e possuir a finalidade interesseira de preservar a saúde do operário, era realmente humano em seu conteúdo, visando, de maneira especial, à proteção do menor operário, como reserva de massa proletária. Ao mesmo tempo, percebendo que não poderiam vencer isoladamente, os trabalhadores começaram a lutar pela liberdade de ação e, conseqüentemente, por liberdade de coalizão e de associação.

Na França, a Revolução de 1848 foi feita pela massa trabalhadora, que passou a pleitear o estabelecimento de uma legislação do trabalho e até da criação de um Ministério para cuidar dos problemas do proletariado. Ante a pressão da massa trabalhadora, foi reconhecido o direito de trabalhar, sendo abertas as oficinas nacionais destinadas a proporcionar ocupação aos desempregados. Foram reorganizados os *Conseils de Prud'hommes*, precursores das juntas de arbitragem; foram suspensos os intermediários, passando a existir contratos diretos; a jornada passou a ser de 10 horas em Paris, sendo

estabelecida a liberdade absoluta para o direito de coalizão, de associação e de greve.

Na Alemanha, foi o incentivo do desenvolvimento da indústria britânica que forçou o progresso industrial e, conseqüentemente, o surgimento das massas operárias. Bismarck, disposto a ampliar as indústrias para fortalecer o Império, percebeu que deveria haver correspondência entre o amparo ao capitalismo e a proteção aos trabalhadores, porque entre estes estava se desenvolvendo impetuosamente o pensamento socialista. Para melhorar a condição dos trabalhadores promulgou uma legislação do trabalho, instituindo os seguros sociais.

Lembra Irany Ferrari³ que o trabalho, como uma manifestação existencial do homem, ocupa o centro da questão social, para o qual tem se voltado o ensino da Igreja, a partir da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII; as Encíclicas *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, *Mater et Magistra*, de João XXIII, *Populorum Progressio*, de Paulo VI e a Constituição Pastoral *Gaudium et Spes* do II Concílio do Vaticano. A encíclica *Mater et Magistra* estabeleceu que a voz dos operários deve ser escutada em todos os níveis, quer dizer, não só em nível de empresa, mas também no âmbito nacional.

1.2.Doutrina social da Igreja

O trabalho, como uma manifestação existencial do homem, tem ocupado o centro da questão social, atraindo a atenção da Igreja, a partir da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, de 15 de maio de 1891; prosseguindo com as Encíclicas *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, em 1931; *Mater et Magistra*, de João XXIII, em 1961; *Populorum Progressio*, de Paulo VI, em 1967;

Constituição Pastoral *Gaudium et Spes* do II Concílio de Vaticano. Também deve ser citada, por sua importância, a Carta Encíclica “*Laborem Exercens*”, de João Paulo II, ao ensejo do 90º aniversário da *Rerum Novarum*, em 1981.

Essa preocupação da Igreja com a questão social, denominada doutrina social da Igreja, tem sua fonte na Sagrada Escritura, desde o livro do Gênesis, passando pelo Evangelho, até os escritores dos tempos apostólicos, conforme explica Irany Ferrari⁴.

A Igreja sempre esteve vivamente empenhada nessa causa, estudando os direitos dos trabalhadores no conjunto dos direitos humanos, com início na Encíclica *Rerum Novarum*, lançada sobre as bases do reerguimento moral e material do proletariado como um verdadeiro Código da Doutrina Social da Igreja.

A doutrina social da Igreja Católica traça as linhas básicas acerca das obrigações pertinentes aos operários e aos patrões, a partir da valorização do trabalho humano. Não aceita que o trabalho seja utilizado como instrumento de exploração, mas sim que seja dirigido à plena satisfação do homem. Nesse sentido, já à época da *Rerum Novarum*, sustentava que deveria ser proibido o exercício de trabalho superior às forças do trabalhador, ou em desarmonia com sua idade e sexo, devendo ainda ser fixada a justa medida do salário, advertindo que a exploração dos ricos à pobreza e à miséria constitui um crime que clama punição ao céu⁵.

³ FERRARI, Irany. “História do Trabalho, do direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1998, p.27

⁴ FERRARI, Irany ; NASCIMENTO, Amauri Mascaro Nascimento; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “História do trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho”. São Paulo: LTR, 2002, p.25.

⁵ ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. “Direito do Trabalho e Pós-modernidade”. São Paulo: LTr, 2005, p.88.

1.3.Os sindicatos

Assevera Enoque Ribeiro dos Santos⁶ que a formação das associações de trabalhadores com seu crescente poderio influenciou muito na formação do Direito do Trabalho, mas que foi apenas a partir do reconhecimento e evolução dos sindicatos como legítimos representantes dos trabalhadores, em decorrência de fatores políticos nos sistemas corporativos, que eles passaram a exercer atividade delegada do poder público. Porque eram considerados como órgãos ou corporações do Estado, as normas elaboradas pelos sindicatos eram consideradas de direito público. Esse sistema prevaleceu na Itália e no Brasil. O Estado detinha absoluto controle dos sindicatos, podendo intervir ou interferir a seu livre alvedrio na vida sindical, ou seja, desde a sua constituição e até na nomeação de seus dirigentes.

Para Evaristo de Moraes Filho⁷, “o sindicato é o verdadeiro ator e propulsor do Direito Coletivo do Trabalho, em suas reivindicações, em seus conflitos, em seus acordos. Pouco importa que os conflitos sejam solucionados mediante mediação, arbitragem ou sentença normativa, o que importa é o elemento coletivamente indeterminado, abstrato, abrangendo parte de uma empresa, toda ela, algumas empresas ou todas elas.”

1.4. As negociações coletivas

Mozzart Victor Russomano⁸ indica que o surgimento das convenções coletivas ocorreu nas nações industrializadas, ou seja, Europa Ocidental e Estados Unidos da América do Norte. A princípio, a posição do Estado foi de

⁶ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. “Direitos Humanos na Negociação Coletiva”. São Paulo: LTr, 2004

⁷ MORAES FILHOS, Evaristo de. “Tendências do Direito Coletivo do Trabalho”, in: *Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. São Paulo, LTr, 1989, p.35.

⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. “Princípios Gerais de Direito Sindical”. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.143-151.

reserva e, até mesmo, de oposição à possibilidade de empresários e trabalhadores, diretamente ou por intermédio das entidades sindicais, celebrarem convênios normativos, ou seja, atos jurídicos com feitiço contratual, mas que, em lugar de criarem obrigações recíprocas para as partes contratantes, formulavam regras de conduta, que deveriam ser respeitadas pelas partes ao celebrarem contratos individuais de trabalho. No entanto, embora se negasse a legitimidade, e, portanto, a eficácia desses convênios, com o tempo foi sendo reconhecida a utilidade desses instrumentos de conciliação entre as partes, como instrumento de dissolução dos conflitos entre empregados e empregadores, promovendo a paz social. Para ultrapassar a barreira de oposição oficial às convenções coletivas, foi fundamental a infra-estrutura sindical operária tornar-se suficientemente forte para atuar junto aos empresários, a fim de que eles aceitassem a negociação e as cláusulas convencionadas. Assim, as convenções coletivas foram sendo celebradas apesar da oposição oficial, vez que pouco a pouco foram sendo reconhecidas as suas vantagens. O crescente poderio sindical e a presença de grupos de trabalhadores nas decisões políticas nacionais propiciaram o reconhecimento pelos legisladores da legitimidade das convenções coletivas. Em síntese, nas nações industrializadas, desenvolvidas, as convenções coletivas nasceram da prática popular e obtiveram seu reconhecimento por meio de lei, vieram dos fatos para os códigos, de baixo para cima.

Relata Russomano que, nas nações subdesenvolvidas da América Latina, o fenômeno foi inverso. Não foram os grupos sindicais que pressionaram os empregadores e o governo para que fosse aceita a legitimidade da negociação coletiva, mas sim os legisladores que perceberam a utilidade social e jurídica desse novo instituto oriundo da experiência européia e norte-americana, e procuraram adotá-lo, incorporando esse poderoso instrumento de reivindicação dos trabalhadores ao ordenamento jurídico nacional. Assim ocorreu também no

Brasil, onde as convenções foram consagradas pelo legislador, oferecida pela lei aos sindicatos, vindo dos códigos para os fatos, surgindo de cima para baixo.

Russomano esclarece, ainda, que o sindicalismo brasileiro estruturou-se durante o Estado Novo, mas que, embora a legislação contemplasse o instituto da convenção coletiva, disciplinando o assunto meticulosamente, o sistema político dominante não ensejava a liberdade de atuação sindical, não existindo, à época, condições econômicas e políticas que estimulassem a negociação coletiva. Somente muitos anos depois, ocorreu a alteração da estrutura sindical, com o advento da Constituição da República, em 1988.

Otávio Pinto e Silva⁹ explica que o modelo de negociação coletiva hoje em vigor no Brasil pode dar origem a dois tipos diferentes de instrumentos jurídicos, quais sejam, a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, com um campo de abrangência mais restrito, sendo que tem sido propugnada a adoção de um terceiro tipo de convênio coletivo, que seria o contrato coletivo de trabalho, instituto que ainda não possui uma definição precisa.

2. O Direito do Trabalho na atualidade

2.1. A Dignidade da pessoa humana

Para chegarmos à atual concepção de trabalho é preciso olhar para o passado, a fim de compreender que os direitos que hoje são reconhecidos não se originaram de dádivas, mas, ao contrário, são produtos de árduas lutas que culminaram em importantes conquistas e, como tal, não podem ser suprimidos a custas de interesses que colidam com os dos trabalhadores.

⁹ SILVA, Otavio Pinto e. “A contratação coletiva como fonte de direito do trabalho”. São Paulo: LTr, 1998, p. 41-45.

O trabalho humano na Antigüidade representava punição, derrota, submissão. Somente quem trabalhava eram os povos vencidos nas batalhas que, em conseqüência, viam-se escravizados. Dessa forma, o trabalho em nada dignificava o homem e sim o humilhava. Com o surgimento do feudalismo no processo de evolução, o trabalho deixa de ser escravo e passa a ser servil, iniciando-se o declínio de sua vinculação à exploração do homem pelo próprio homem, surgindo o reconhecimento de alguma bilateralidade ao trabalho.

À medida que ocorria o crescimento populacional, a pequena produção de subsistência deixava de ser suficiente para suprir as necessidades emergentes dessas grandes massas humanas. Porém, antes de atingir o alto grau de avanço tecnológico encontrado na Revolução Industrial, haveria a precedência da importante fase das corporações de ofício, cujos principais atores eram os mestres que ensinavam o artesanato aos aprendizes, alcançando, portanto, algum grau de especialização que, por suas condições inadequadas de trabalho, e, ainda, devido à produção rudimentar, sucumbiriam rapidamente com o advento da explosão da Revolução Industrial.

Com a Revolução Industrial e seus avanços tecnológicos, a humanidade mergulharia numa fase em que a ordem natural dos acontecimentos econômicos deveria caminhar para a produção em massa, objetivando o acúmulo de capitais. Nessa fase, o ser humano ficaria relegado a um plano secundário, dando início ao período de maior exclusão social da história da existência humana.

Ao mesmo tempo, percebendo que não poderiam vencer isoladamente, os trabalhadores começaram a lutar pela liberdade de ação e, conseqüentemente, por liberdade de coalizão e de associação.

O processo evolutivo do Direito do Trabalho tem sido acompanhado de profundas alterações que refletem a própria evolução histórica da sociedade, conforma explica Ari Possidonio Beltran¹⁰, que faz análise do tema, partindo do marco representado pelo trabalho livre e dependente, e, considerando o absentismo do Estado Liberal e as diversas causas que levaram ao intervencionismo, para constatar que inúmeros fatores têm afetado esse ramo do Direito, evidenciando a evolução dos Direitos Humanos ou, mais precisamente, dos Direitos Fundamentais.

O Direito do Trabalho não poderia deixar de inserir-se em tal contexto. Assim, em oposição à simples individualidade, fala-se em direitos coletivos e/ou sociais, ou, mais precisamente, em direitos difusos ou metaindividuais, distinguindo-se a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para atingi-los em sua dimensão coletiva, surgindo as expressões supra-individuais, meta-individuais ou transindividuais.

Dessa forma, o Direito do Trabalho passou a interessar-se pelo meio ambiente e, em especial, pelo meio ambiente do trabalho; pela proteção da criança e do adolescente; pelos direitos dos idosos; pelos direitos das pessoas portadoras de deficiências; pela especial proteção ao trabalho da mulher, este não só no aspecto da não discriminação, mas, também, no da jornada, da salubridade, do amparo por ocasião da gravidez e da maternidade, bem como pelo direito à moralidade no ambiente de trabalho. O Direito do Trabalho não constitui simples direito social, mas insere-se entre os direitos e garantias fundamentais, estando intimamente vinculado aos Direitos do Homem.

¹⁰ BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*. São Paulo. LTr.2002, p.316-317.

Francisco Pedro Jucá¹¹, buscando explicitar a concepção de direitos fundamentais individuais do trabalhador, refere que “estando o chamado Mundo do Trabalho incorporado ao universo político, e conseqüentemente, tanto da teleologia, quanto da estruturação, estatais, vem se observando a progressiva constitucionalização do Direito do Trabalho e dos direitos dos trabalhadores. A constitucionalização vem significando a incorporação aos instrumentos constitucionais de regras que sirvam de princípios reitores da legislação infra-constitucional, da concepção e gestão de políticas públicas e ações governamentais em todos os níveis, bem assim como da hermenêutica deles.”

Prossegue Jucá, ressaltando que “não se deve confundir a constitucionalização do Direito do Trabalho com a constitucionalização dos direitos dos trabalhadores, isto porque a primeira significa a incorporação de princípios, o estabelecimento de limites, competências, arranjos legislativos e institucionais, dos quais obviamente decorrem direitos subjetivos exigíveis, postos em nível mais concreto. A constitucionalização de direitos dos trabalhadores, diferentemente, é a incorporação ao texto constitucional exatamente destes direitos subjetivos, *in concreto*, plena e imediatamente auto-aplicáveis, do que são exemplos as disposições do artigo 7º da Constituição Federal de 1988.”

Dispondo o artigo 170, *caput*, da Constituição Federal, que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e observados os princípios que arrola a seguir, resta claro que o Direito do Trabalho considera que a vida digna está intimamente relacionada ao princípio

¹¹ JUCÁ, Francisco Pedro. *Os Direitos Individuais Fundamentais do Trabalhador*. São Paulo: LTr, 1999, p.279.

da valorização do trabalho humano. “A dignidade humana é inalcançável quando o trabalho humano não merece a valorização adequada”.¹²

A dignidade da pessoa humana, explica Enoque Ribeiro dos Santos,¹³ pode ser concebida como uma conquista da razão ética e jurídica da humanidade, atribuída a todas as pessoas, como fruto da reação de todos os povos contra as atrocidades cometidas pelo homem contra o próprio homem, que marcaram a experiência do homem na Terra. As experiências bestiais do passado, que culminaram em verdadeiros atentados à pessoa humana, geraram a consciência de que se devia proteger, preservar, a dignidade da pessoa humana a qualquer custo. É somente entendendo as violações praticadas contra a dignidade humana que podemos tentar defini-la.

Menciona Marcia Cristina de Souza Alvim¹⁴ que “a dignidade da pessoa humana inclui direitos inerentes à personalidade da pessoa, direitos esses individuais e pessoais (direito à vida, à integridade moral e física) e, também, os direitos estabelecidos para a coletividade, quais sejam os direitos sociais, econômicos e culturais.”

De acordo com Eros Roberto Grau, a dignidade humana não é apenas o fundamento da República, mas também o fim ao qual se deve voltar a ordem econômica. É um princípio que compromete todo o exercício da atividade econômica, sujeitando os agentes econômicos, sobretudo as empresas, a se pautarem dentro dos limites impostos pelos direitos humanos.¹⁵

¹² LEDUR, José Felipe. “A Realização do Direito do Trabalho”. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998, p. 95.

¹³ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Op. Cit., p.40

¹⁴ ALVIM, Marcia Cristina de Souza. “O princípio da dignidade da pessoa humana e a FEBEM”, tese de Doutorado em Direito na PUC-SP, 2000.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto”. São Paulo: Malheiros, 2003, p

Além disso, a ordem econômica também está condicionada à valorização do trabalho humano e reconhecimento do valor social do trabalho, conferindo ao trabalhador tratamento peculiar, “dando prioridade aos valores do trabalho humano sobre os demais valores da economia de mercado”.¹⁶

Com base nessas normas constitucionais, podemos inferir, como princípio cardeal do Direito do Trabalho, o princípio da proteção. A Constituição promove, seja através do elenco dos direitos sociais, seja por meio da prevalência dos valores do trabalho sobre o capital, um sistema de proteção ao hipossuficiente, no caso do trabalhador, de modo que se busca uma igualdade substancial na relação de trabalho, obrigando o intérprete a escolher, entre várias interpretações possíveis, a mais favorável ao trabalhador.

Com efeito, o estudo do Direito do Trabalho deve se pautar nos preceitos aludidos, sendo dever do intérprete direcionar seu pensamento de forma a garantir o máximo de dignidade, valorização do trabalhador e sua proteção. Aderindo a essas premissas, estará promovendo uma interpretação legítima, de acordo com a Constituição.

Opondo ao absolutismo do poder a proteção das liberdades públicas e da propriedade privada, o Direito passou a defender, em etapa sucessiva, os direitos sociais do homem, assegurando-lhe trabalho, saúde, educação e segurança contra a invalidez e o desemprego, conforme explica Caio Tácito¹⁷. Atualmente, a ordem jurídica se volta para proteger o homem contra os riscos do progresso e da tecnologia, a espoliação dos recursos naturais e a violação dos bens da cultura. Em todo esse largo espectro histórico, verifica-se que o personagem central, o destinatário final continua a ser sempre o homem, solitário ou em

¹⁶ SILVA, José Afonso. “Curso de Direito Constitucional”. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 720.

¹⁷ TACITO, Caio. “Do Direito Individual ao Direito Difuso”. Rio de Janeiro: RDA 157:1-13, jul/set 1984

comunhão, defendido em sua privacidade e no direito de ser feliz. Assim sendo, quando a norma de Direito reprime o dano ecológico ou defende a paisagem, está verdadeiramente em causa a proteção dos direitos da personalidade do homem, para que ele possa atingir a plenitude da fruição de seu bem-estar físico e espiritual. O Direito opõe a força de sua tutela à degradação da vida, usufruída pelo homem, como ser e como ente comunitário, do direito individual ao direito difuso.

O Princípio do Direito do Trabalho como Categoria de Direito Humano Fundamental considerara o Direito do Trabalho como Direito Humano Fundamental, como direito que lida com a preservação da vida, da própria existência, sendo imprescindível para adaptá-lo às novas exigências sociais e fazê-lo contemporâneo e restaurado, a partir da escolha de um trabalho livre, criativo e que dignifique a pessoa humana.

Um dos princípios fundamentais da Constituição é o valor social do trabalho, inerente à própria dignidade humana.

O Direito do Trabalho deve ser considerado como um dos direitos fundamentais do homem. O enquadramento do Direito do Trabalho como direito inerente à dignidade da pessoa humana do trabalhador é de essencial importância para a preservação dos direitos trabalhistas conquistados ao longo dos anos.

2.2. Direito do Trabalho: público ou privado?

Para que haja o equilíbrio entre as partes na relação jurídica trabalhista, de natureza contratual e originariamente privada, o Direito do Trabalho conta com a intervenção Estatal limitando a autonomia da vontade das partes. As normas

jurídicas trabalhistas podem ser normas de ordem privada e normas de ordem pública, tratadas por Egon Felix Gottschalk como *jus dispositivum e jus cogens*.

Normas de ordem privada são as que estabelecem a liberdade de estipulação das partes, a autonomia dos atores sociais envolvidos na relação trabalhista. Normas de ordem pública são as que se colocam de maneira absoluta, imperativa e coativa frente à vontade das partes, visando resguardar o interesse da sociedade, em detrimento do interesse individual de cada um dos atores sociais.

No Direito do Trabalho prevalecem as normas de ordem pública, mas as normas de ordem privada não podem ser totalmente afastadas, de modo a impedir por completo a livre manifestação da vontade das partes.

Nesse sentido, esclarece Arnaldo Sussekind¹⁸ que o Estado moderno, que regula a ordem econômica e social de maneira a que sejam respeitados os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho como condição da dignidade humana, inclui nos próprios textos constitucionais os preceitos mínimos de proteção ao trabalho, sublinhando, com essa atitude, a preponderância dos preceitos de ordem pública atinentes ao Direito do Trabalho. Nas relações de trabalho, ao lado do conteúdo contratual, que é livremente preenchido pelo ajuste expresso ou tácito entre as partes interessadas, prevalece, assim, o conteúdo institucional ditado pelas normas jurídicas de caráter imperativo (leis, convenções coletivas, sentenças normativas etc.) cuja aplicação independente da vontade dos contratantes e ocorre, ainda que em sentido diverso se manifestem eles.

¹⁸ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. “Instituições de Direito do Trabalho”. São Paulo, LTr, 1993, p.111/126

O Direito do Trabalho procura limitar a vontade privada, tanto para tutelar a integridade física ou moral da pessoa no exercício de sua força de trabalho, como para evitar a exploração de sua inferioridade econômica

Dentre aquelas limitações que visam à integridade física do trabalhador, estão inseridas as regras relativas à medicina e segurança do trabalho, aos patamares máximos da jornada de trabalho, inclusive os repousos e à percepção de remuneração mínima, aplicando-se a regra da irrenunciabilidade.

Afirma Egon Felix Gottschalk que "as normas que colimam, primordialmente, eliminar a prepotência econômica ou hierárquica da vontade do empregador – desigualdade de fato, presumida durante a constância da relação de subordinação, oriunda do contrato individual de trabalho – não obstam uma manifestação contrária da vontade das partes contratantes, se esta vontade se forma e declara em circunstâncias e por atos inequívocos da liberdade e equivalência de ambas as vontades concorrentes”.

Para Arnaldo Sussekind¹⁹, as normas de ordem pública geram direitos inderrogáveis pela vontade das partes sobre as quais incidem, sendo a irrenunciabilidade corolário lógico da inderrogabilidade. Salienta o autor, que os direitos resultantes de cláusulas contratuais a que não correspondem preceitos do "*jus cogens*" são, em princípio, renunciáveis e transacionáveis, desde que não ocorra vício de consentimento e não sejam desatendidas as regras a respeito estipuladas pela lei. Assim, o legislador pátrio não afastou por completo a autonomia das partes, apenas a condicionou à natureza do direito sobre o qual versa o ato jurídico trabalhista praticado, à capacidade das partes e à livre manifestação de vontade.

¹⁹ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. “Instituições de Direito do Trabalho”. São Paulo, LTr, 1993, p.111/126

No entanto, a tendência do Direito do Trabalho atualmente é que haja solução das lides laborais pelas próprias partes, sem a interferência estatal.

A utilização das formas autocompositivas de solução de conflitos, quer no âmbito judicial, quer na esfera extrajudicial e o respeito aos efetivos interesses das partes envolvidas, é a solução mais eficaz tanto para a prevenção de litígios, como para a solução dos mesmos.

Pertinente anotar a observação de Sandra Lia Simon²⁰, em sua dissertação de mestrado, segundo a qual, inicialmente “as relações de trabalho caracterizavam-se pela disparidade de situação das partes, razão pela qual foi necessária a intervenção do Estado para proteger os trabalhadores, dando origem ao Direito do Trabalho, o qual, por ter se originado de relação entre particulares, mas regulamentada pelo Poder Público, não se enquadra na classificação estanque do público-privado, sendo ramo do direito difuso”.

2.3. Importância das negociações coletivas

O Direito Coletivo do Trabalho, por meio de seus institutos, dentre os quais se destaca a negociação coletiva de trabalho, desde sua afirmação histórica, a partir da Revolução Industrial, tem sido o alicerce e fundamento dos trabalhadores na construção e defesa dos direitos trabalhistas, entre os quais os direitos fundamentais da pessoa humana, disciplinando os conflitos inerentes à distribuição desigual de poder entre os atores sociais, bem como a produção jurídica autônoma relativamente às relações de trabalho, conforme afirma

²⁰ SIMON, Sandra Lia. “A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado”. Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob orientação do professor Dr. Luiz Alberto David Araujo.

Enoque Ribeiro dos Santos²¹, para quem a negociação coletiva de trabalho constitui a verdadeira pedra de toque que tem por finalidade minimizar, contrabalançar, equilibrar e, de certa forma, corrigir a enorme defasagem de poder em favor dos empregadores, para obter uma convergência de interesses em relação a uma pacificação democrática e justa dos conflitos laborais.

A presença das negociações coletivas é incontestável, tanto no tempo, desde os primórdios da formação juslaboral, como no espaço, independentemente da estrutura política ou ideológica em que se desenvolve, conforme anota Amauri Mascaro Nascimento, afirmando que, “se há uma instituição que é característica do Direito do Trabalho e que mantém vínculos estreitos com toda a estrutura desse ramo do direito, é a negociação coletiva”. Para Amauri, “a negociação sempre está presente na formação do direito positivo, desempenhando papel de maior relevância, como parte do processo de elaboração do qual resultam as regras aplicáveis às relações individuais de trabalho, com o que fica ressaltada a sua relação direta com o problema das fontes formais do Direito do Trabalho”.

A importância da negociação coletiva trabalhista transcende o próprio Direito do Trabalho, para Mauricio Godinho Delgado²², tendo a experiência histórica dos principais países ocidentais demonstrado que, desde o século XIX, uma diversificada e atuante dinâmica de negociação coletiva no cenário das relações laborativas sempre influenciou positivamente, a estruturação mais democrática do conjunto social; mas, ao revés, as experiências autoritárias mais proeminentes detectadas caracterizavam-se por um Direito do Trabalho pouco permeável à atuação dos sindicatos obreiros e à negociação coletiva trabalhista, fixando-se na matriz exclusiva ou essencialmente heterônoma de regulação das relações de trabalho.

²¹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Op. Cit. p.8

²² DELGADO, Mauricio Godinho. “Curso de Direito do Trabalho”. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1370.

Arion Sayão Romita²³ atribui grande importância à negociação coletiva, afirmando que “os efeitos nefastos da crise econômica e da introdução de novas tecnologias só podem ser enfrentados com possibilidade de bom êxito pelas organizações sindicais de trabalhadores mediante apelo à negociação coletiva”.

Renato Rua de Almeida²⁴ ressalta a importância da negociação coletiva, afirmando que a negociação coletiva, quando bem sucedida pelos instrumentos da convenção ou acordo coletivo de trabalho, é processo que se incorporou definitivamente na construção histórica do Direito do Trabalho, por representar o progresso social, isto é, a melhoria das condições sociais dos trabalhadores. Em outras palavras, é a consagração da ordem pública social, que prevê a lei imperativa, estabelecendo condições de proteção mínima e os instrumentos coletivos, por suas cláusulas normativas, acrescentando às relações individuais de trabalho condições ainda mais vantajosas para os trabalhadores (*in melius*)”.

A negociação coletiva é o melhor meio de solução dos conflitos que surgem entre os detentores do capital e os trabalhadores. Por meio da negociação coletiva, trabalhadores e empresários estabelecem condições de trabalho e de remuneração, bem como quaisquer outros aspectos das relações de trabalho, utilizando-se de um procedimento dialético, previamente definido, em que haja bom senso, boa-fé, razoabilidade e equilíbrio entre as partes convenientes.

2.4.Tendências do Direito do Trabalho

²³ ROMITA, Arion Sayão. “Proteção contra despedida arbitrária (garantia de emprego?)”. Revista LTr, v.53, nº4, abril de 1989, p.400-420.

²⁴ ALMEIDA, Renato Rua de. “A denúncia da convenção coletiva de trabalho”. Revista LTr, maio 2002, p.530.

Renato Rua de Almeida²⁵ sintetiza bem a evolução histórica do Direito do Trabalho, ao lembrar que a liberdade contratual regulou a relação jurídica entre empregado e empregador, na origem desse ramo do Direito, sendo essa a fase do liberalismo individual. Na fase seguinte, “conhecida como intervencionismo jurídico (presença do Estado com uma legislação trabalhista imperativa e de ordem pública), procurou-se proteger a vontade individual do empregado no contrato de trabalho, já que a igualdade jurídica não refletia uma igualdade social”. Na fase moderna, “o Direito do Trabalho, já sob a influência da autonomia da vontade coletiva nos processos de negociação coletiva, procura proteger o empregado” contra eventual direito unilateral do empregador, como, por exemplo, o direito de extinguir imotivadamente o contrato de trabalho por prazo indeterminado, assegurando-se de um lado o princípio da proteção da relação de emprego contra despedida imotivada e de outro o princípio da liberdade de trabalho, por meio do estabelecimento do instituto do aviso prévio.

Rua de Almeida²⁶ menciona também que “o direito ao trabalho de 1848 é hoje traduzido pelo direito ao emprego”, sendo que “a proteção do direito ao emprego faz com que o Direito do Trabalho encontre-se atualmente na fase da flexibilização das suas normas trabalhistas, no sentido de que a ordem pública social (lei trabalhista e condições mais favoráveis advindas da negociação coletiva) fosse relativizada em favor de uma ordem pública mais ampla, para alguns denominada ordem pública absoluta, de modo que o objetivo da proteção do empregado na relação de emprego levasse também em conta a situação daquele trabalhador na busca de emprego, quer porque o tenha perdido, quer porque o procure pela primeira vez.”

²⁵ ALMEIDA, Renato Rua de. “Proteção contra a despedida arbitrária. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. São Paulo: Revista LTr, vol.56, nº10, outubro de 1992, p. 1199-1202.

²⁶ ALMEIDA, Renato Rua de. “A estabilidade no emprego num sistema de economia de mercado”. Revista LTr, dezembro de 1999. São Paulo: LTr Editora, volume 63, p.1600-1604.

Segundo Maria do Rosário Palma Ramalho²⁷, a evolução do Direito do Trabalho num sentido compressivo que, desde a década de setenta, tem vindo, na maioria dos países, a substituir, de uma forma lenta mas aparentemente inexorável, a sua tradicional tendência expansiva ou universalista (que prosseguia objetivo de estender a proteção laboral a todas as categorias de trabalhadores subordinados), obriga a equacionar o problema da segurança do emprego de uma outra perspectiva. Esta tendência compressiva do Direito do Trabalho tem-se manifestado, em termos gerais, não só na admissibilidade de certo recuo no nível da tutela laboral atingido em épocas anteriores (é a temática da flexibilização do Direito do Trabalho, que se traduziu numa certa liberalização das formas de cessação do contrato, em alguns países), mas também na proliferação, ao lado das chamadas relações laborais típicas, de vínculos laborais atípicos (como os contratos de trabalho a termo e a tempo parcial, o trabalho temporário, o *job sharing*, o trabalho no domicílio, o tele-trabalho ou o trabalho intermitente ou sob chamada), a que correspondem com frequência níveis de proteção mais baixos (e, designadamente, empregos mais precários); por outro lado, verifica-se ainda o recrudescimento do trabalho autónomo, uma parte do qual é apenas formalmente independente.

Discorrendo a respeito da atual tendência progressiva à procedimentalização e contratualização do Direito do Trabalho, Renato Rua de Almeida²⁸ explica que a “legislação trabalhista deve esvaziar-se do seu conteúdo protecionista e encher-se de regras procedimentais para garantir a negociação coletiva a nível da empresa”.

²⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. “Insegurança ou Diminuição do Emprego? A rigidez do sistema jurídico português em matéria de cessação do contrato de trabalho atípico”. Revista LTr, agosto de 2000. São Paulo: LTr., v.64, nº08, p.1017-1021.

²⁸ ALMEIDA, Renato Rua de. “A teoria da empresa e a regulação da relação de emprego no contexto da empresa”. São Paulo: LTr, v.69, p.573-580.

Maria do Rosário explica, ainda, que a tendência que a maioria dos sistemas laborais europeus tem vindo a manifestar ao longo das últimas décadas tem sido no sentido de, por um lado, admitir algum recuo no nível de proteção dos trabalhadores, nomeadamente através do reenvio de diversas matérias para a negociação coletiva; e por outro lado, de admitir e de regular, embora também com uma extensão diferente e um pendor mais restritivo ou mais flexibilizante consoante os países, algumas formas atípicas de trabalho subordinado, que são, por natureza, mais precárias ou instáveis, ao mesmo tempo que incentiva (ou pelo menos não contraria, a não ser nos casos de fraude) o recrudescimento do trabalho independente.

No mesmo sentido, entendendo que são as pequenas empresas que terão condições de promover o pleno emprego, com flexibilização diferenciada da legislação que lhes for aplicada, anota Renato Rua de Almeida²⁹ que a evolução do Direito do Trabalho europeu ocorreu no sentido de que as leis trabalhistas, além de seu caráter protecionista e de imperatividade, passem a ter caráter dispositivo ou supletivo, deixando às normas de escalão inferior, como o acordo coletivo de trabalho e mesmo o contrato individual de trabalho, fazer a adaptação das condições de trabalho nelas estabelecidas à realidade da pequena empresa.

As dificuldades para a aceitação e aplicação da contratação coletiva no Brasil são muitas, de acordo com Antônio Álvares da Silva³⁰, vez que no país não existe ainda a negociação a nível de estabelecimento/empresa, pois o artigo 7º, item XI, não foi regulado, nem a negociação coletiva independente e autônoma foi ainda efetivamente praticada, existindo até hoje a estranha e

²⁹ ALMEIDA, Renato Rua de. “A pequena empresa e a teoria da flexibilização diferenciada”. Revista do Advogado, São Paulo: AASP, nº 70, julho 2003, ano XXIII, p.72-74

³⁰ SILVA, Antonio Álvares da. “Contratação Coletiva” in “Questões polêmicas de direito do trabalho”. São Paulo: LTr, 1994, p.315.

retrógrada figura do dissídio coletivo, não sendo crível que se implante um tipo complexo de negociação coletiva que necessita de uma estrutura sindical perfeitamente organizada e entrosada com a do empregador, onde o recurso à autonomia coletiva é a regra e não a exceção”.

3. Negociação coletiva: conceitos

A negociação coletiva encontra-se positivada em diversos textos legais, tais como, a Constituição da República, em seu artigo 7º; a Declaração Sociolaboral do Mercosul, no artigo 10; a Convenção 87, a Convenção 98 e a Convenção 154, a Recomendação 91, a Recomendação 163, todas da OIT; a Lei n.º 9.601/98; o Decreto n.º 1.572/95; diversos dispositivos da CLT e normas do Ministério do Trabalho.

3.1. Conceito internacional, de acordo com a OIT

A OIT, Organização Internacional do Trabalho, uma das primeiras instituições internacionais a regulamentar matéria a respeito do trabalho, foi fundada após a I Guerra Mundial, pelo Tratado de Versalhes. Sua função é a de promover, no plano internacional, o aperfeiçoamento das condições de trabalho, por meio da predisposição internacional de acordos particulares, denominados convenções, que os Estados-membros devem subscrever. Além das convenções, a OIT é responsável também pelas recomendações, que possuem indicações de caráter programático, formuladas para exigir a atenção dos Estados-membros a respeito de determinados problemas. As recomendações não são obrigatórias como as convenções. Somente as convenções são ratificadas pelos Estados-membros, enquanto que as recomendações devem ser submetidas à autoridade competente para legislar sobre a matéria.

Conforme Arnaldo Süssekind³¹, compete à Conferência Internacional do Trabalho, através das reuniões que realiza, normalmente uma vez por ano, elaborar e aprovar, na qualidade de Assembléia Geral da OIT, a regulamentação internacional do trabalho e das questões que lhe são conexas. Para tal fim pode adotar três tipos de instrumentos: convenção, recomendação e resolução. As proposições relativas aos temas constantes da ordem do dia da Conferência devem ser adotadas sob a forma de convenção ou recomendação, mas sua aprovação depende de dois terços de votos dos delegados presentes e está condicionada à dupla discussão, em dias sessões (em regra anuais) da Conferência. Já as resoluções são adotadas por maioria simples, em discussão única, concernindo quase sempre a questões que não se incluem na ordem do dia da correspondente sessão da Conferência.

O conjunto de normas consubstanciadas nas convenções e recomendações constitui o que a OIT chama de “Código Internacional do Trabalho”, figurando as resoluções e outros documentos como seus anexos.

Leciona Süssekind³² que, em face do estatuído no artigo 1º de sua Constituição, a OIT é a organização permanente de caráter internacional “encarregada de trabalhar pela realização do programa exposto no preâmbulo desta Constituição e na Declaração referente aos fins e objetivos da organização Internacional do Trabalho, adotada em Filadélfia a 10 de maio de 1944”.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados consagra a supremacia do Direito Internacional sobre o Direito Interno, eis que, nos termos do seu artigo 26 – que estabelece deverem os tratados ser executados de boa-fé,

³¹ SUSSEKIND, Arnaldo. “Direito Internacional do Trabalho” in “Instituições de Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1993, p.1270.

³² Ibid., p.1254.

impõe-se ao Estado que dê preferência a esses instrumentos em relação às normas jurídicas internas, sob pena de não serem eles viáveis.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), em conformidade com essa filosofia, adotou, em 1998, a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, que representa a reafirmação universal do compromisso dos Estados-Membros, e da comunidade internacional em geral, de respeitar, promover e aplicar de boa-fé os princípios fundamentais e direitos no trabalho. São eles: a) direito à liberdade de associação e de organização sindical e ao reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) direito à eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) direito à abolição efetiva do trabalho infantil; d) direito à eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação. Esses princípios e direitos são objeto de oito convenções fundamentais, as quais os Estados-Membros devem respeitar, ainda que não as tenham ratificado, pois são proclamados na própria Constituição da OIT, que eles formalmente se comprometeram a cumprir.

Fundada nesses princípios e nos constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948, a ação da OIT adquire novo dimensionamento, alargando o campo do Direito Internacional do Trabalho, que ultrapassa as condições de trabalho e os direitos previdenciários do trabalhador, para comportar as normas sobre os direitos humanos correlacionados com o trabalho.

Explica Amauri Mascaro Nascimento³³ que a OIT incentiva a negociação coletiva, como forma democrática de composição dos conflitos coletivos de trabalho. Pretende que os próprios interlocutores sociais encontrem o adequado

³³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Compêndio de Direito Sindical”, São Paulo:Ltr, 2000, p.284

entendimento para as suas divergências, e cheguem a um acordo, fruto do livre debate, sem interferência do Estado, sem adotar uma posição oficial quanto às vantagens ou desvantagens da negociação centralizada ou descentralizada, preferindo recomendar que cada país encontre a sua fórmula, de acordo com as suas características e necessidades a atender.

Enoque Ribeiro dos Santos³⁴ esclarece que, de acordo com a OIT, entende-se por negociação coletiva (ou expressões equivalentes) não só as discussões que culminam num contrato (convenção ou acordo) coletivo conforme o define e regulamenta a lei, além disso, todas as formas de tratamento entre empregadores e trabalhadores ou entre seus respectivos representantes, sempre e quando suponham uma negociação no sentido corrente da palavra. O direito de negociação coletiva é um prolongamento direto do direito sindical, uma vez que um dos objetivos mais importantes das organizações de empregadores e de trabalhadores é a definição de salários e de outras condições de emprego mediante contratos coletivos em lugar de contratos individuais de trabalho.

3.2. As Convenções da OIT

A Convenção 87, de 1948, da OIT é relativa à liberdade sindical e à proteção ao direito de sindicalização, assegura a liberdade a liberdade sindical sob o aspecto do grupo, do empresário (ou do trabalhador) e da associação.

A Convenção nº 98, de 1949, com o título “direito de organização e de contratação coletiva”, estabelece a operacionalidade do princípio de liberdade sindical nas relações intersubjetivas, determinando que os trabalhadores devem gozar de proteção adequada contra qualquer ato de discriminação anti-sindical

³⁴ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. “Direitos Humanos na Negociação Coletiva”. São Paulo: LTr, 2004, p.82.

efetuado pelos empregadores. A mesma garantia é reconhecida em favor das organizações sindicais, pressupondo-se ilícita qualquer ingerência de associação de empregadores nas associações de trabalhadores e vice-versa. Atos de ingerência direta, por representantes ou filiados às associações, executados no momento de formação da associação, ou mesmo sucessivamente, durante o funcionamento ou administração delas próprias, também são considerados ilícitos. Quanto à negociação coletiva, estabelece, em seu artigo 4º, que: “medidas adequadas às condições nacionais deverão ser adotadas, quando necessário, para estimular e fomentar entre os empregadores e as organizações de empregadores, de uma parte, e as organizações de trabalhadores, de outra, o pleno desenvolvimento e uso de procedimentos de negociação voluntária, com o objetivo de regulamentar, por meio de contratos coletivos, as condições de emprego”.

O artigo 2º da Convenção nº 154 da Organização Internacional do Trabalho define a negociação coletiva como todas as negociações que ocorram entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, de uma parte, e uma organização ou várias organizações de trabalhadores, de outra, com o fim de: a) estabelecer termos e condições de trabalho e emprego, e/ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores, e/ou c) regular as relações entre empregadores ou suas organizações e uma organização ou várias organizações de trabalhadores.

Observa José Cláudio Monteiro de Brito Filho³⁵ que a definição da OIT não chega a indicar o que seria, efetivamente, a negociação coletiva, dando esse vocábulo como previamente compreendido, sendo sua pretensão limitar o campo da negociação coletiva no âmbito das relações de trabalho, do ponto de vista de seus sujeitos e de sua finalidade.

³⁵ BRITO FILHO, José Cláudio. “Direito Sindical”. São Paulo: LTr, 2000, p. 175.

Renato Rua de Almeida³⁶, ao defender a tese de que a modalidade de contrato por prazo determinado, prevista pela Lei nº 9601/98, admite a manifestação individual do empregado, dispensando o protecionismo promocional da presença sindical, ressalta que “a negociação coletiva, por definição, na conformidade do disposto no artigo 2º da Convenção 154 da OIT, já ratificada pelo Brasil, busca assegurar os interesses coletivos abstratos dos trabalhadores na consecução de novas condições de trabalho e não ocupar o espaço que deve ser reservado à autonomia individual”.

A Recomendação nº 91 da OIT, cuida de contratos coletivos, possuindo um parte sobre processos para as negociações coletivas.

A Recomendação nº 163 da OIT, de 1981, trata dos meios de promover a negociação coletiva. Conforme bem resume Otávio Pinto Silva³⁷, ela “declara que o direito de negociação deve ser amplo, assegurado a todas as organizações livres, independentes e representativas de trabalhadores e empregadores, em qualquer nível, como o do estabelecimento, da empresa, do ramo de atividade, da indústria, da região ou até em nível nacional, coordenados esses níveis entre si. Estabelece a necessidade de treinamento adequado aos negociadores e de informações facilitadas entre as partes, para que possam negociar com conhecimento de causa. Prevê a conveniência da adoção de procedimentos para a solução de conflitos trabalhistas em que as partes encontrem elas próprias a solução da disputa”.

³⁶ ALMEIDA, Renato Rua de. “A pequena empresa e os novos paradigmas do direito do trabalho”. Revista do Advogado, nº60, setembro de 2000. São Paulo: AASP, 2000, p.89-95.

³⁷ SILVA, Otavio Pinto e. “A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho”. São Paulo: LTr, 1998, p.94.

3.3. Conceito doutrinário

Para Orlando Teixeira da Costa³⁸, “a negociação coletiva significa, antes de mais nada, entendimento recíproco e constitui o procedimento mais moderno, democrático e viável para a superação de qualquer crise, a partir das crises periódicas entre os interlocutores sociais”.

Amauri Mascaro Nascimento³⁹ também considera a negociação coletiva um procedimento, ensinando que “a negociação coletiva é uma série sucessiva de atos, de tratos seguidos entre os protagonistas de uma disputa coletiva, para a discussão das reivindicações formuladas por uma das partes à outra, desde a preparação, o desenvolvimento e a conclusão, com a formalização de um instrumento de acordo ou o impasse, superável pela mediação, arbitragem ou decisão judicial”.

Enoque Ribeiro dos Santos⁴⁰ conceitua negociação coletiva como “o processo dialético por meio do qual os trabalhadores e as empresas ou seus representantes, debatem uma agenda de direitos e obrigações, de forma democrática e transparente, envolvendo as matérias pertinentes à relação trabalho-capital, na busca de um acordo que possibilite o alcance de uma convivência pacífica, em que impere o equilíbrio, a boa-fé e a solidariedade humana”. Segundo ele, a negociação coletiva, para ser autêntica e legítima, pressupõe a igualdade, quebrando a antiga desigualdade das partes e a relação de poder e de dominação, que prevalece no contrato individual de trabalho, para dar lugar a um novo tipo de dinâmica negocial entre dois sujeitos coletivos: o sindicato dos trabalhadores e o sindicato dos empregadores ou a empresa.

³⁸ COSTA, Orlando Teixeira da. “Direito Coletivo do Trabalho e crise econômica”, São Paulo: LTr, 1991, p. 164.

³⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Compêndio de Direito Sindical”. São Paulo: LTr, 2000, p.299.

De acordo com Alice Monteiro de Barros⁴¹, “a negociação coletiva é modalidade de autocomposição de conflitos advinda do entendimento entre os interlocutores sociais”. Ela elenca, ainda, as outras formas de autocomposição, como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Para Alfredo J. Ruprecht⁴², “a negociação coletiva, enquanto solução dos conflitos coletivos de trabalho, é um procedimento destinado a fixar e aplicar termos e condições de trabalho”. O autor entende que o valor desse meio de solução está em que as próprias partes interessadas são as que põem fim à divergência; assemelhando-se à conciliação, nesse aspecto. A vantagem consiste em que as partes resolvem suas próprias divergências sem receber ordens ou instruções superiores, reconhecendo-se a dignidade do trabalhador como igual à do empresário. Afirma que “a negociação tem sido considerada o melhor sistema para solucionar os problemas que surgem entre o capital e o trabalho, não só para fixar salários e estabelecer condições laborais, mas também para regular todas as relações de trabalho entre empregador e trabalhador”.

José Cláudio Monteiro de Brito Filho⁴³ define negociação coletiva como o processo de entendimento entre empregados e empregadores visando à harmonização de interesses antagônicos com a finalidade de estabelecer normas e condições de trabalho, entendendo que a negociação é meio de solução de conflitos, sendo comumente utilizada para esse fim. No entanto, o autor ressalta que do ponto de vista da finalidade, a definição da OIT se faz mais completa, vez que a negociação nem sempre é restrita às condições de trabalho, servindo, também, para que seja discutida a forma de relacionamento entre os

⁴⁰ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Op.cit. p.90.

⁴¹ BARROS, Alice Monteiro de. “Curso de Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 2005, p.1177.

⁴² RUPRECHT, Alfredo. “Relações Coletivas de Trabalho”. Tradução Edilson Alkimim Cunha. São Paulo: LTr, 1995, p.926

⁴³ BRITO FILHO, José Cláudio. “Direito Sindical”. São Paulo: LTr, 2000, p.176

empregadores e suas organizações sindicais e as organizações ou grupos que representem os trabalhadores.

Após explicar que “a conclusão de uma convenção ou acordo coletivo sempre é precedida de entendimentos entre os interessados, de diálogo, através do qual as pretensões dos sindicatos são apresentadas aos representantes dos empregadores para que estes desde logo as aceitem ou, o que é mais freqüente, as estudem, apresentem contrapropostas, reunam-se com os porta-vozes dos trabalhadores, até que a negociação possa levar ao acordo ou ao impasse”, Amauri Mascaro Nascimento⁴⁴ esclarece que esse atos em conjunto constituem o procedimento da negociação coletiva, fase que antecede a conclusão do acordo, ou a caracterização do impasse, definindo o procedimento de negociação coletiva como “uma relação jurídica e social, através da qual, mediante sucessivos tratos, os protagonistas de uma disputa coletiva objetivam discutir a reivindicação dos trabalhadores e as oposições dos empregadores, para o fim de concluírem um acordo”.

Para Mauricio Godinho Delgado⁴⁵ a negociação coletiva trabalhista é um método de solução dos conflitos interindividuais e sociais, um instrumento de autocomposição. O autor explica que se trata de fórmula autocompositiva essencialmente democrática, gerindo interesses profissionais e econômicos de significativa relevância social, não se confundindo com a renúncia nem com a submissão, tratando-se essencialmente de transação – transação coletiva negociada.

⁴⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Direito Sindical”. São Paulo: Saraiva, 1991, p.296.

⁴⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. “Curso de Direito do Trabalho”. São Paulo: Ltr, 2004, p.1369.

De conformidade com o que expõe Pinho Pedreira⁴⁶, “a negociação coletiva é forma de solução dos conflitos coletivos pelos próprios interlocutores sociais, isto é, pelas organizações de trabalhadores e empregadores”.

Walküre Lopes Ribeiro da Silva⁴⁷, cuidando da representação e participação dos trabalhadores na empresa, explicita a natureza integrativa-conflitual dessa participação, reconhecendo que “conflito e integração são aspectos indissociáveis da convivência humana: o mesmo trabalhador que formula reivindicações e por isso opõe-se ao empregador deseja fazer parte da empresa, estar firmemente ligado a ela, e por isso seu interesse aproxima-se daquele do empregador quanto ao sucesso do empreendimento”.

Oportuno anotar a ressalva efetuada por Octavio Bueno Magano⁴⁸, considerando importante assinalar a distinção entre convenção coletiva e negociação coletiva, vez que se trata de termos que não se podem confundir, “significando o primeiro a estipulação de condições de trabalho e o segundo o processo tendente à superação de conflitos”.

Mozart Victor Russomano⁴⁹ define negociação coletiva “como forma direta de solução do litígio”, considerando indispensável que a negociação “tenha as características de espontaneidade, liberdade e amplitude”. Para o autor, “não se pode negociar, em nenhum setor da vida, inclusive no plano sindical, sem saber com a maior exatidão possível, quais os objetivos visados, quais os meios adequados para atingi-los, quais as possibilidades de alcançá-los e quais as conveniências da outra parte e da comunidade”.

⁴⁶ PEDREIRA, Pinho. “Representatividade do Sindicato Brasileiro”. Rev. TRT – 8ª R. Belém, 21 (40): 73-97, jan/jun. 1988.

⁴⁷ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. “Representação dos trabalhadores na empresa. Delegados sindicais. Participação dos trabalhadores na gestão da empresa. In Curso de Direito do Trabalho.

⁴⁸ MAGANO, Octavio Bueno. “Direito Coletivo do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1993, p.162.

⁴⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. “Conflitos Coletivos de Trabalho”. São Paulo: RT, 1979, p. 97/98.

Para Alain Supiot⁵⁰, a negociação coletiva constitui uma instituição dinâmica e o instrumento apropriado para a assimilação e adaptação permanente às mutações, face à heterogeneidade das formas de organização do trabalho, à participação de diferentes protagonistas e ao progressivo inter-relacionamento dos problemas (entre sistemas de ensino, formação e qualificação profissional, entre tempo de trabalho e tempo de vida social, ou entre o ambiente e os problemas de saúde e segurança no trabalho, por exemplo), existindo sinais de que, no âmbito dos processos de transformação, o peso dos acordos se revela decisivo perante as contradições sociais, surgindo a negociação coletiva como um precioso instrumento para alcançar a adaptabilidade, inspirar confiança face à incerteza e dar aplicação ao princípio da igualdade de oportunidades, integrando a dimensão do gênero. Supiot afirma, ainda, que há uma tendência geral no sentido de a lei se esvaziar de disposições substanciais, estipulando em seu lugar regras processuais destinadas a garantir o direito à negociação coletiva, considerando que, em todos os sistemas de relações de trabalho, assiste-se a esse movimento no sentido de dar maior autonomia aos parceiros sociais e às empresas, em relação aos poderes públicos.

3.4. Conceito constitucional, conceito legal, o artigo 611 da CLT

De acordo com o que dispõe a Constituição da República, no artigo 7º, inciso XXXVI, é direito dos trabalhadores, dentre outros, o reconhecimento de acordos e convenções coletivas de trabalho; no artigo 8º, inciso VI, é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; no artigo 114, parágrafo 1º, frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros; e no parágrafo 2º, recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar

⁵⁰ SUPIOT, Alain. “Transformações do trabalho e futuro de Direito do Trabalho na Europa”. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.149.

dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

José Afonso da Silva⁵¹ expõe que a Constituição de 1988 prestigia as relações coletivas de trabalho e reconhece como um direito dos trabalhadores as convenções e os acordos coletivos de trabalho. Ao firmar a autonomia sindical (art. 8º) e assegurar o direito de greve, em termos amplos (art.9º), cria as bases para o desenvolvimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Para Alice Monteiro de Barros, apesar de o citado inciso VI do artigo 8º fazer alusão a sindicatos, no plural, o entendimento preponderante é no sentido de que a participação obrigatória nas negociações refere-se ao sindicato profissional e é uma decorrência do princípio da tutela, que só se aplica ao empregado, inferindo-se daí que o sindicato patronal não necessita participação obrigatória na negociação, mesmo porque na celebração do acordo coletivo, com uma ou mais empresas, não há necessidade da presença do sindicato patronal. Como a Constituição da República manteve esse tipo de acordo (artigo 7º, XVI), não seria possível inviabilizá-los, exigindo a presença do sindicato patronal para sua celebração.

Assim para a Constituição da República, a negociação coletiva é um direito dos trabalhadores.

Na legislação infra constitucional, a negociação coletiva é mencionada na CLT, em diversos dispositivos legais, como, por exemplo, a Lei n.º 9.601/98, que dispõe sobre o contrato coletivo de trabalho por prazo determinado (artigo 3º); no Decreto n.º 1.572/95, que regulamenta a mediação na negociação

⁵¹ SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. São Paulo: RT, 1990, p.259.

coletiva de natureza trabalhista; na Portaria do Ministério do Trabalho n.º 818/95, que estabelece critérios para o credenciamento de mediador perante as Delegacias regionais do Trabalho.

A Consolidação da Legislação do Trabalho, em seu artigo 616, dispõe que “os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva”.

Comentando o parágrafo primeiro desse artigo, Eduardo Gabriel Saad⁵² explica que “ocorrendo a recusa à negociação coletiva, cabe ao sindicato ou à empresa dar ciência do fato à Delegacia Regional do Trabalho ou à Secretaria das Relações de Trabalho do Ministério do Trabalho para convocar, compulsoriamente, aquele que se recusa a discutir as bases de uma Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho. A convocação compulsória – na hipótese – limita-se a uma intimação expedida como de praxe. A desobediência, porém, a esse convite compulsório, não acarreta para o infrator qualquer penalidade porque a lei não a previu”.

Ivani Contini Bramante⁵³, ao comentar o artigo 611 da CLT, que trata das convenções coletivas, assevera que “a negociação coletiva, instrumento da autonomia privada coletiva e poder de auto-regulamentação dos interesses próprios, é considerada como instituto da democracia nas relações trabalho-capital, porque é expressão da liberdade sindical, instrumento de pacificação dos conflitos coletivos de trabalho, instrumento de participação dos trabalhadores na fixação das normas e condições de trabalho, atende a dinâmica das normas de trabalho superadora da lentidão legislativa e das insuficiências da contratação

⁵² SAAD, Eduardo Gabriel. “CLT Comentada”. São Paulo: LTr, 2002, p. 422.

⁵³ BRAMANTE, Ivani Contini. In: ZAINAGHI, Domingos Savio (coord.) “CLT comentada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo”. São Paulo: Manole, obra no prelo.

individual, instrumento de flexibilização das condições de trabalho (art. 7º, VI, XIII, XIV, CF) e de adequação das normas que regem as relações de trabalho”.

O convênio coletivo é considerado gênero que comporta duas espécies: (a) a Convenção Coletiva de Trabalho que é negociada entre um ou mais Sindicatos Profissionais e um ou mais Sindicatos Patronais, da mesma categoria, com eficácia geral para toda a categoria de trabalhadores representada; (b) o Acordo Coletivo de Trabalho, negociado entre Sindicato Profissional e uma ou mais Empresas diretamente, a ser aplicável no âmbito das empresas signatárias.

A convenção coletiva é o negócio jurídico entre os Sindicatos das categorias econômica e profissional, destinado a estipulação de normas e condições de trabalho a serem aplicáveis aos contratos individuais de trabalho. A norma coletiva constante da Convenção Coletiva tem por destinatário os integrantes das categorias representadas pelos Sindicatos dos trabalhadores e das empresas.

Os efeitos da negociação alcançam todos os empregados abrangidos na representação da entidade que celebrou a norma coletiva (convenção coletiva) e os empregados da empresa (acordo coletivo), independentemente de filiação sindical.

Portanto, a eficácia da Convenção Coletiva circunscreve-se ao âmbito de representação dos Sindicatos signatários. O seu caráter é normativo, uma vez que as normas coletivas de trabalho aplicam-se aos contratos individuais de trabalho em curso e àqueles celebrados na vigência da Convenção Coletiva.

4. Natureza jurídica da negociação coletiva

Analisar a natureza da negociação coletiva é, de acordo com Enoque Ribeiro dos Santos⁵⁴, determinar de onde ela provém, ou seja, sua razão de ser, a sua própria essência ou substância, ou, ainda, sua compleição, que dela não se separa, sem que a modifique ou a mostre diferente ou sem atributos que são de seu caráter.

José Cláudio Monteiro de Brito Filho⁵⁵ afirma que a negociação coletiva é meio de solução de conflitos, pois que, comumente, é utilizada para tal, sendo dado a ela lugar de destaque, em boa parte dos ordenamentos, fazendo com que seja estudada em separado dos meios de solução, dentro das funções ou atividades sindicais. A negociação é o meio de solução dos conflitos coletivos de trabalho por excelência, devendo ser o ponto de partida de toda tentativa de pôr fim a um conflito coletivo de trabalho, quer seja ele de natureza econômica, quer seja de natureza jurídica”.

Amauri Mascaro Nascimento⁵⁶ entende que a negociação coletiva é fonte de elaboração do Direito do Trabalho, um procedimento criativo que evidencia o pluralismo desse setor da ordenação jurídica.

Para Amauri, “o espaço que a negociação coletiva ocupa, no direito interno, é um critério que permite classificar o sistema de relações de trabalho de um país. Daí, os modelos abstencionistas ou desregulamentados e os modelos regulamentados. A negociação coletiva é expressão do princípio da autonomia

⁵⁴ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. “Direitos Humanos na Negociação Coletiva”. São Paulo: LTr, 2004, p.96.

⁵⁵ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. “Direito Sindical”. São Paulo: LTr, 2000, p.272

⁵⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Direito Sindical”. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 288.

coletiva dos particulares e da liberdade sindical. Uma das principais funções do sindicato é, exatamente, a negociação coletiva”.⁵⁷

Amauri⁵⁸ assevera que a negociação coletiva, como procedimento criativo no sistema do Direito do Trabalho, é uma evidência do pluralismo desse setor da ordenação jurídica. Para ele, “o pluralismo jurídico sustenta a diversificação de processos de formação do Direito, entendendo-se como tal a teoria da origem estatal e não estatal do direito positivo. O direito positivo revela-se multiforme. Existem normas jurídicas criadas pelo Estado e também por outros grupos sociais. A lei estatal não encerra todo o direito positivo, de tal modo que o grupo social privado dá origem a uma ordem jurídica própria, total ou parcialmente desvinculada do Estado e, em alguns casos, até mesmo contrária à ordem jurídica estatal.”

Prossegue Amauri, mencionando que “como fonte de elaboração, a negociação coletiva encontra o seu fundamento na teoria da autonomia privada coletiva, que é expressão do pluralismo dos grupos sociais do qual resultam vinculações que têm todas as características de privadas, resultantes da iniciativa dos particulares, toleradas pelo Estado, mas não elaboradas pelo Estado”.

De acordo com Alfredo J. Ruprecht,⁵⁹ a negociação coletiva é “um procedimento, um meio para chegar a solucionar os conflitos coletivos de trabalho, que se efetua diretamente entre as partes”.

Ruprecht explica que “o valor desse meio de solução está em que as próprias partes interessadas são as que põem fim à divergência; nisto se assemelha muito à conciliação, ainda que aqui seja mais espontânea a solução; a

⁵⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Compêndio de direito Sindical”. São Paulo: LTr, 2000, p. 268.

⁵⁸ Idem. “Direito sindical”. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 292.

⁵⁹ RUPRECHT, Alfredo J. “Relações Coletivas de Trabalho”. São Paulo: LTr, 1995, p. 926.

grande vantagem consiste em que as partes resolvem suas próprias divergências sem receber ordens ou instruções superiores, isto é, se reconhece a dignidade do trabalhador como igual a do empresário; além disso, faz que se reduza consideravelmente a influência das considerações políticas alheias à questão trabalhista em debate”.

Para Mozart V. Russomano⁶⁰, a negociação coletiva é uma forma direta de solução do conflito coletivo de trabalho, caracterizando-se necessariamente pela espontaneidade, liberdade de discussão e amplitude.

Beatriz Maki Shinzato Capucho⁶¹ entende que a negociação coletiva é forma de autocomposição, ou seja, um procedimento para solução dos conflitos coletivos de trabalho.

5. Meios garantidores do direito à negociação coletiva

A consagração de certo princípio ou o reconhecimento de um direito só é possível se a ordem jurídica conferir os instrumentos compatíveis para a sua efetiva concretização.

De acordo com a OIT,⁶² “nenhuma negociação coletiva adequada pode ocorrer a menos que certas condições estejam presentes. A mais fundamental delas é que os trabalhadores devem ter o direito de formar organizações e de a elas se associarem por sua livre escolha”, sem interferência de empregadores e do governo.

⁶⁰ RUSSOMANO, Mozart V. “Conflitos Coletivos de Trabalho”. São Paulo: LTr, 1979, p. 97.

⁶¹ CAPUCHO, Beatriz M.S. “Da boa-fé na negociação coletiva de trabalho”, dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho, perante a Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2003, p.71

⁶² OIT. Tradução Sandra Valle. “Negociações Coletivas”. São Paulo: LTr, Brasília, DF: OIT, 1994, p.15.

Luiz Roberto Rezende Puech⁶³, ao discorrer a respeito da solução dos conflitos coletivos de trabalho, menciona que a Organização Internacional do Trabalho prevê vários pressupostos para que possa ser alcançada a autocomposição: “liberdade sindical, estabilidade das organizações dos trabalhadores, reconhecimento dos sindicatos, espírito de compromisso, proibição de procedimentos desleais”, sem os quais seria duvidoso o êxito da negociação coletiva.

Para Mauricio Godinho Delgado⁶⁴, “os princípios da liberdade associativa e da autonomia sindical determinam a franca prerrogativa de criação, estruturação e desenvolvimento das entidades sindicais, para que se tornem efetivos sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho”.

Nos países em que não existem sindicatos fortes e responsáveis, a negociação coletiva não pode ter grande relevo, afirma Alfredo J. Ruprecht⁶⁵, para quem um sindicalismo fraco, sem maiores raízes, não pode conduzir com êxito e independência negociações coletivas, quer para fixar condições de trabalho como para resolver conflitos coletivos.

Para João José Sadi, a negociação coletiva precisa de uma legislação de fomento que induza à negociação, principalmente, garantindo a incorporação das cláusulas normativas aos contratos individuais ou a mera renovação das mesmas, no caso de que os empregadores não se disponham a negociar.

Sadi considera ser indispensável a existência de lei de proteção contra práticas anti-sindicais, para evitar que se utilize a quebra dos sindicatos como

⁶³ PUECH, Luiz Roberto Rezende. “Curso de Direito do Trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano”. Coordenação de Octavio Bueno Magano. São Paulo: Saraiva, 1985, p.533.

⁶⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. “Direito Coletivo do Trabalho”. São Paulo: LTr, 2003, p. 98-99.

⁶⁵ RUPRECHT, Alfredo. “Relações Coletivas de Trabalho”. São Paulo: LTr, 1995, p.930.

forma de impor a vontade patronal na negociação, bem como, lei de proteção contra práticas desleais de negociação, que são comumente utilizadas pela classe patronal, como a contratação de substitutos para os grevistas, as ameaças, as demissões por retaliação, entre outras. Necessária, também, a legislação de direito à informação sobre as reais condições da empresa, para que se possa discutir com franqueza e lealdade a real capacidade do empregador para acolher ou recusar as eventuais reivindicações dos seus empregados.

Os sindicatos não terão capacidade de conflito suficiente, de acordo com Sadi, se não forem dotados de novos instrumentos como a representação sindical por empresa; devendo a estrutura sindical ser saneada, mediante a extinção da contribuição sindical e a instituição de cotas de solidariedade universalizadas a partir de seu caráter negocial, como contribuição obrigatória para todos os beneficiários da negociação coletiva.

A negociação coletiva caracteriza-se por ser forma de autocomposição, que tem por fim fixar as condições de trabalho e emprego, mas alerta Beatriz Maki Shinzato Capucho⁶⁶ que a negociação coletiva somente existe em um contexto democrático, que consagre a pluralidade e a autonomia coletiva, Pressupondo, ainda, a liberdade sindical, meios de garantir essa liberdade e uma legislação de sustento.

Afirmando que quão mais rígida é a organização sindical, mais tormentosa é a negociação coletiva, João de Lima Teixeira Filho⁶⁷ defendendo a flexibilização da organização sindical, explicando que o modelo sindical brasileiro, de inspiração Mussoliniana, é bastante inflexível, na medida em que secciona os sindicatos por base territorial e, dentro destas, por categorias. Estas,

⁶⁶ CAPUCHO, Beatriz Maki Shinzato. “Da boa-fé na negociação Coletiva de Trabalho”. São Paulo, 2003, 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade São Paulo – USP.

⁶⁷ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. “Instituições de Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1993, p.1042.

por sua vez, fracionam-se em categorias preponderantes, diferenciadas e profissionais de nível superior. Este atomizado cenário de representação dos trabalhadores, que se vinculam ao sindicato pelo simples fato de pertencerem a uma categoria, não por manifestação de vontade, constitui elemento dificultador ao desenvolvimento da negociação coletiva. Raramente os empregados de uma empresa estão representados por um único sindicato. A regra é que as empresas tenham em seus quadros motoristas, ascensoristas, advogados, engenheiros, entre outros, os quais possuem representação diferenciada, qualquer que seja a atividade preponderante da empresa. Isso dificulta o refinamento de posições pelo lado dos trabalhadores, tão mais díspares quanto maior seja o número de sindicatos, e também pelo lado do empregador, que se defronta com interesses que não são uniformes. E, se a negociação coletiva tem lugar sem a presença de todos os sindicatos representativos daquelas categorias de trabalhadores, as condições de trabalho não se aplicam uniformemente a todos os empregados, eis que o efeito normativo do instrumento que as consubstancia exaure-se no âmbito da categoria acordante. Caso o empregador voluntariamente estenda as condições de trabalho avançadas às categorias cujo sindicato não participou da negociação, tal extensão implica contratualização dessas concessões. Teremos, assim, condições de trabalho que se superpõem ao contrato ou a ele se integram, conforme tenha o sindicato participado ou não da negociação coletiva. Estas indesejáveis conseqüências, em termos de proliferação de sindicatos na negociação e em termos de tratamento jurídico diferenciado para o produto da negociação constituem decorrência da rigidez do modelo sindical. Por isso que a organização sindical e a negociação coletiva são temas umbilicalmente ligados.

Pregando o fortalecimento da representatividade dos sindicatos, afirma Teixeira Filho, que “quanto mais fortes e representativos são os sindicatos, menor é a necessidade de intervenção legislativa. À medida que o sindicato robustece sua representatividade, como decorrência de seu desempenho nas negociações

coletivas, atendendo às reais necessidades dos trabalhadores que representa, progressivamente a lei passa a desempenhar um papel secundário na satisfação daqueles anseios. Inverte-se, desse modo, a forma de ativar a fonte de produção de direitos: de heterônoma para autônoma. Vale dizer, cada vez mais os direitos sociais resultam do assentimento direto dos interlocutores sociais e proporcionalmente menos de imposição legislativa. Com isso, cria-se o campo propício ao desenvolvimento da negociação coletiva, pois a proliferação de normas legais, regulamentando detalhadamente o processo negocial ou concedendo o que seria o seu objeto, acaba por esvaziar de conteúdo a autonomia privada coletiva ou por atrofiá-la, na medida em que confina o seu raio de ação”.

No entanto, ressalta Teixeira Filho que não está preconizando uma atitude omissiva do Estado. Para ele, “há um conjunto de direitos mínimos, irrenunciáveis, que devem receber tratamento legislativo. As demais normas, contudo, devem ser de sustento e de respaldo para que a negociação coletiva encontre condições adequadas de desenvolvimento. Deve também o Estado editar normas dispositivas, isto é, normas que estabeleçam regulamentação mínima sobre o instituto jurídico, apenas para dar-lhe executoriedade. Mas esta regulamentação heterônoma cederá lugar ao disciplinamento autônomo, confeccionado pelas partes em negociação coletiva. Vale dizer, o regramento legal só atua na ausência de regulamentação privada coletiva, consubstanciada em instrumento normativo”. Na verdade, Teixeira filho defende a prevalência do negociado sobre o legislado.

Ressaltando a importância da representação dos trabalhadores na empresa, Renato Rua de Almeida⁶⁸ adverte que “o bom desenvolvimento da negociação

⁶⁸ ALMEIDA, Renato Rua de. “O moderno direito do trabalho e a empresa: negociação coletiva, representação dos empregados, direito à informação, participação nos lucros e regulamento interno. Revista LTr. 62-01/37-38.

coletiva depende do modelo de organização sindical e da forma com que é desenvolvida a atividade sindical. Primeiramente, é preciso que a atividade ou a ação sindical não represente a categoria, por ser um todo indefinido, mas sim os interesses coletivos dos trabalhadores identificados. A representação sindical dos interesses coletivos dos trabalhadores identificados na empresa faz com que as questões salariais e as condições de trabalho se revistam da objetividade necessária, dentro de um processo de negociação coletiva tendo em vista a busca de uma solução eficaz dos conflitos trabalhistas. Em segundo lugar, a representação eleita dos empregados na empresa torna-se o meio adequado para a sua efetiva participação, tornando a empresa mais institucional e comunitária, além de desenvolver sobremaneira a solidariedade entre os trabalhadores. Esse segundo pressuposto é encontrado na Convenção 135 da OIT, já ratificada pelo Brasil”.

Combatendo a interferência do Estado nas relações de trabalho, assevera Orlando Teixeira da Costa⁶⁹ que “a negociação coletiva prospera na medida em que o Estado retrai a sua interferência nas relações de convivência entre trabalhadores e empregadores, pois só assim tem sido possível operar, tanto nos países de formação liberal, como nos de ideologia política social-democrática, a espontaneidade e comunicação direta desejáveis ao entendimento. Uma atitude legalista no tratamento das relações de trabalho, quando não inviabiliza a negociação coletiva, pelo menos retarda seu desenvolvimento”.

Defendendo a pluralidade sindical, anota Celso Ribeiro Bastos⁷⁰ que “a unicidade sindical desde a sua implantação até hoje tem impedido o surgimento de associações operárias marcadas pela iniciativa espontânea dos sindicatos. A redução a um único sindicato, dentre os múltiplos que poderiam ser criados, com

⁶⁹ COSTA, Orlando Teixeira da. “Direito Coletivo do Trabalho e Crise Econômica”. São Paulo: LTr, 1991, p.140.

⁷⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. “Comentários à Constituição do Brasil”, 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1989, p.514

força de representação integral da categoria num determinado território, retira da entidade aquela força que possuiria se fundada exclusivamente na adesão voluntária dos seus membros. O sindicato único não necessita ser efetivamente representativo. Ele o é por força de lei”.

Afirmando que a liberdade sindical faz parte dos direitos humanos fundamentais, lembra Arion Sayão Romita⁷¹ que “a liberdade de fundar sindicatos e de a eles aderir constitui manifestação dos chamados direitos humanos. A sindicalização é um dos direitos fundamentais do homem, reconhecido internacionalmente e proclamado pela legislação dos povos cultos. A negação da liberdade sindical, típica do liberalismo individualista, situa-se no passado, em época remota, como página virada na evolução histórica do mundo ocidental”.

Discorrendo acerca da importância da liberdade sindical, afirma Gino Giugni, que o direito de organizar-se livremente se explica, em primeiro lugar, como direito subjetivo público de liberdade, no sentido de inibir o Estado de realizar atos que possam lesar o interesse tutelado. A inserção de tais direitos na Constituição pretendeu assegurar, acima de tudo, a função de garantia em relação ao Estado, não sendo admissível, por exemplo, legislação ordinária com a qual o Estado determina, em caráter de exclusividade, fins e formas organizativas da realidade sindical, porque ela seria certamente inconstitucional, pois lesiva ao princípio da liberdade sindical. Mas, a efetividade da norma em questão não se esgota com a garantia contra intervenções da parte do Estado, limitativas à liberdade sindical, mas sim pelas relações intersubjetivas de caráter privado, aspecto que revela importante interesse pelo Direito do Trabalho: de fato, as formas mais evidentes de violação do direito à liberdade sindical podem se dar não tanto nas relações entre cada um e o Estado, mas principalmente entre

⁷¹ ROMITA, Arion Sayão. “Direito do Trabalho – Temas em Aberto”. São Paulo: LTr,1998, p. 498.

trabalhadores e empregadores. Por exemplo, a discriminação de caráter sindical pode advir, da parte do empregador, não só privando o trabalhador de alguns benefícios (como condicionar promoção do trabalhador a sua filiação ou desfiliação do sindicato) ou causando-lhe danos (transferências, medidas disciplinares ou despedida do trabalhador em razão de sua atividade sindical), mas também, de maneira muito sutil, atribuindo alguns benefícios aos trabalhadores que tenham determinado comportamento, inibindo-os, assim, no exercício de liberdade sindical.⁷²

Lembra Renato Rua de Almeida⁷³ que a Convenção 154 de 1981 da OIT, sobre negociação coletiva, já ratificada pelo Brasil, prescreve a necessidade de medidas para a promoção da negociação coletiva, sendo que, para tanto, a Recomendação 163 da OIT estipula que os empregadores, a pedido das organizações de trabalhadores, devem colocar à sua disposição, quando necessárias e para negociações chamadas significativas, informações sobre a situação econômica e social da unidade negociadora e da empresa em geral, determinando, ainda, que, no caso de vir a ser prejudicial à empresa a revelação de parte das informações, sua comunicação poderá ser condicionada, na medida do necessário, ao compromisso de que será tratada como confidencial.

As características básicas de nosso modelo de negociação coletiva são a unicidade da organização sindical; a heteronomia resultante da fundamentação legal do sistema de negociação coletiva; a inibição do conteúdo dos contratos coletivos pela excessiva legislação elaborada pelo Estado e pela decisão judicial dos conflitos individuais e coletivos, como forma praticamente primeira de composição; o monopólio do sindicato para negociar, afastada a legitimação ordinária das entidades sindicais de grau superior; a concentração da negociação

⁷² GIUGNI, Gino. "Direito Sindical". São Paulo: LTr, 1991, p.50.

⁷³ ALMEIDA, Renato Rua de. "O moderno direito do trabalho e a empresa: negociação coletiva, representação dos empregados, direito à informação, participação nos lucros e regulamento interno. Revista LTr. 62-01/37-39.

em nível de categoria, permitidos, no entanto, acordos entre sindicatos e empresas; e a eficácia geral das cláusulas das convenções coletivas e dos acordos sobre associados ou não dos sindicatos.

Para Renato Rua de Almeida⁷⁴, essas características do direito coletivo brasileiro a respeito da organização sindical (unicidade sindical), de representação sindical (por categoria e não apenas os associados), e, conseqüentemente, da eficácia geral da convenção coletiva de trabalho (e não a eficácia limitada) afrontam a autonomia privada coletiva (Convenção 98 da OIT) e a liberdade sindical (Convenção 87 da OIT), mantendo, assim, traços corporativistas.

Interessante anotar a ponderação de Flávio Antonello Benites Filho⁷⁵, segundo o qual o Direito do Trabalho e os sindicatos, que surgiram como respostas à super exploração resultante da revolução industrial, devem atualizar-se para que possam seguir, um e outro, sendo instrumentos de luta e de resistência às diversas formas de dominação do capital sobre o trabalho neste fim de século.

6. Estrutura da negociação coletiva

6.1. Funções

A negociação coletiva cumpre funções jurídicas e não jurídicas; sendo jurídicas as funções normativa, obrigacional e compositiva, e não jurídicas, as funções política, econômica e social.

⁷⁴ ALMEIDA, Renato Rua de. “Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito, eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho”. Revista PGE/SP, jun.1994, p.331.

⁷⁵ BENITES FILHO, Flávio Antonello. “Direito sindical espanhol: a transição do franquismo à democracia”. São Paulo: LTr, 1997, p.174.

Amauri Mascaro Nascimento⁷⁶ explica que a negociação coletiva possui função compositiva, porque tem por fim harmonizar os interesses contrapostos dos empregados e dos empregadores, evitando a greve e o recurso ao órgão jurisdicional. Por ser uma forma pacífica de solução dos conflitos, evita os desgastes e danos que podem resultar de uma disputa acirrada, bem como os prejuízos ao processo produtivo, evitando horas de paralisação e danos aos sindicatos de trabalhadores, oriundos dos gastos dos fundos de greve.

Para Amauri, a negociação tem a função precípua de criar normas para serem aplicadas às relações individuais de trabalho, mas também cria obrigações e direitos entre os próprios sujeitos estipulantes, sem qualquer projeção nas relações individuais de trabalho, estabelecendo deveres e faculdades a serem cumpridas pelas organizações pactuantes.

Quanto às funções não jurídicas, Amauri afirma que a negociação coletiva é um instrumento de estabilidade nas relações entre trabalhadores e as empresas, assim sendo, a sua utilização ultrapassa a esfera restrita das partes interessadas, passando a interessar à sociedade política. A função econômica cumpre-se por ser um meio de distribuição de riquezas, se a economia estiver em prosperidade, ou uma forma de redução de vantagens, se a economia encontrar-se em crise, permitindo ajustes entre as possibilidades da empresa, de conformidade com o seu tamanho, e as necessidades dos trabalhadores, sendo o meio de promover a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados da empresa. A negociação coletiva desempenha, também, uma função social, promovendo a cultura da parceria social.

Por último, acrescenta Amauri a função de preservação do equilíbrio dos custos sociais, vez que a negociação coletiva possibilita à empresa prever os

⁷⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Compêndio de Direito Sindical”. São Paulo: LTr, 2000, p.308-310.

custos trabalhistas, propiciando a diminuição de riscos que possam afetar a normalidade da sua saúde financeira.

Alfredo J. Ruprecht⁷⁷ entende que as negociações coletivas desempenham função social, sendo um meio de conciliação dos conflitos sociais, igualando as partes e exigindo boa-fé das mesmas, que têm o dever de se comunicar e negociar, apresentando propostas e contrapropostas compatíveis, desenvolvendo um esforço razoável para chegar a um acordo.

Enoque Ribeiro dos Santos⁷⁸ enumera as seguintes funções das negociações coletivas: função jurídica, função política, função econômica, função social, função participativa e função pedagógica.

Quanto à função jurídica, Enoque a subdivide em função normativa, função obrigacional e função compositiva. A função normativa consiste na criação de normas aplicáveis aos contratos individuais de trabalho, atuando no espaço vazio deixado pela lei, podendo vir a complementá-la, ou reduzindo direitos já existentes, conforme autoriza o artigo 7º, VI, da Constituição da República. A função obrigacional deflui das cláusulas obrigacionais dos instrumentos jurídicos provenientes da negociação coletiva, que determinam direitos e obrigações para os sindicatos convenentes, impondo penalidades para o caso de descumprimento. A função compositiva é identificada na busca do equilíbrio e harmonização social e a consequente superação dos conflitos entre as partes.

A respeito da função política, Enoque afirma que a negociação coletiva é um processo por meio do qual as partes convenentes exercitam o poder por

⁷⁷ RUPRECHT, Alfredo j. “Relações coletivas de trabalho”. São Paulo: LTr, 1995, p.264.

⁷⁸ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. “Direitos Humanos na negociação coletiva”. São Paulo: LTr, 2004, p.125-132.

intermédio do diálogo social, buscando afastar as divergências e chegar a um acordo. Quanto à função econômica, pode ser constatada em razão de ser a principal reivindicação dos trabalhadores a melhoria das condições de trabalho, aumento salarial e criação de novos benefícios. A função participativa fica evidenciada diante da necessidade de participação efetiva das partes no processo de negociação coletiva, para que fique assegurada a coexistência não conflituosa dos parceiros sociais. E, por último, a função pedagógica se fundamenta no fato de que a negociação coletiva é um processo repetitivo ao longo do tempo, propiciando às partes o aperfeiçoamento de suas técnicas de abordagem e de discussão dos temas em questão.

Para Maurício Godinho Delgado⁷⁹, a negociação coletiva trabalhista desponta como o mais significativo mecanismo de realização das funções inerentes ao Direito do Trabalho, confundindo-se os objetivos e as funções da negociação coletiva com aqueles caracterizadores do próprio segmento juscoletivo trabalhista. Para ele, a negociação coletiva trabalhista possui função sociopolítica e função econômica, além da função de geração de normas jurídicas e a de pacificação de conflitos de natureza sociocoletiva. Ademais, realça Mauricio que a negociação coletiva cumpre também função social e política importante, por ser um instrumento de democratização do poder e função econômica, devido à sua aptidão para produzir a adequação de regras de Direito do Trabalho, que não sejam absolutamente indisponíveis, às particularidades regionais.

José Cláudio Monteiro de Brito Filho⁸⁰ identifica as seguintes funções da negociação coletiva: a função normativa, que seria a criação de normas aplicáveis às relações de emprego; a função obrigacional, consistente na criação

⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho. "Direito Coletivo do Trabalho". 2ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p.122-125.

⁸⁰ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. "Direito Sindical". São Paulo: LTr, 2000, p.177-178.

de normas válidas para os sujeitos da negociação; a função compositiva, visando a superar o conflito existente entre as partes; a função política, que resultaria do diálogo entre grupos sociais, como forma de suplantar as divergências; a função econômica, por ser forma de distribuição de riquezas; e a função social, dada a participação dos trabalhadores na vida e no desenvolvimento da empresa.

José Cláudio⁸¹ afirma que, de todas as funções, sobressai a função normativa, vez que o principal objetivo da negociação é criar normas e condições de trabalho, mas ele ressalta que, ao lado dessa função normativa, recebe destaque a função compositiva, pois a negociação coletiva é meio de solução de conflitos.

A função básica da negociação coletiva é a de melhoria das condições de trabalho, e, enquanto prevaleceu essa função, eventual conflito entre as normas decorrentes de negociação coletiva era resolvido pelo princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador.

No entanto, a função de melhoria das condições dos trabalhadores não é mais a principal função das negociações coletivas, explica Alain Supiot, surgindo novas funções, como a função de adaptação dessas condições às necessidades de competitividade e de flexibilidade das empresas, passando a negociação coletiva a ser juridicamente uma alternativa à aplicação da lei, quando a lei autorize explicitamente a conclusão de acordos que derroguem as suas disposições.

Para Supiot⁸², as novas funções das negociações coletivas são: a) função de flexibilização, que é a função de adaptação das condições de trabalho às

⁸¹ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. "Direito Sindical". São Paulo: LTr, 2000, p.178.

⁸² SUPIOT, Alain . "Transformações do trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa". Coimbra: Coimbra editora, 2003, p.151-155.

necessidades de competitividade e de flexibilidade das empresas, apresentando-se a negociação coletiva como alternativa à aplicação da lei; b) função de instrumento de gestão da empresa, quando a negociação coletiva funciona como um instrumento de colaboração nas mudanças e na organização do trabalho, introduzindo novas formas de diálogo social, incidindo sobre a organização do trabalho, hipótese em que objeto da negociação deixa de ser o trabalhador, passando a ser o trabalho (por exemplo, os critérios de seleção e de despedimento, os planos sociais, as medidas de requalificação passam a ser objeto de negociação coletiva).

Supiot menciona, ainda a função legislativa, ou função regulamentar, ressaltando que essa função não deve ser confundida com a função de participação na elaboração da lei, ou seja, não se refere às chamadas “leis negociadas”.

Supiot⁸³ relata que as recentes alterações da negociação coletiva não afetam apenas as suas funções, mas também os seus objetos. A política de emprego aparece nas negociações coletivas por meio de pactos contendo compromissos patronais de criação de postos de trabalho ou de manutenção dos existentes, mas há também outros objetos, como a formação e a qualificação de trabalhadores, a reorganização do tempo de trabalho, a organização da representação dos trabalhadores ao nível da empresa, entre outros. A inclusão dessas questões no campo da negociação coletiva faz delas objeto de troca, como, por exemplo, redução salarial em troca de novos recrutamentos, redução do tempo de trabalho e do salário em troca de estabilidade, e assim por diante.

⁸³ SUPIOT, Alain. “Transformações do trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa”. Coimbra: Coimbra ed., 2003, p.157/159

6.2. Níveis da negociação

Com referência aos níveis de contratação coletiva, no sistema brasileiro, a negociação coletiva pode afetar toda uma categoria (setorial ou ramo de atividade) profissional e econômica ou uma ou mais empresas. Assim, os níveis podem ser nacional, regional, municipal, ou de âmbito localizado em várias empresas, em uma empresa, uma seção da empresa, ou até membros específicos de uma empresa. Enfim, a negociação coletiva pode ser por categoria, inclusive categoria diferenciada e por empresa. Quanto ao âmbito geográfico, o campo de aplicação da norma coletiva é o que coincide com a base territorial das entidades contratantes, que não pode ser inferior a um Município (artigo 8º, II, da Constituição da República).

As negociações coletivas podem ser desenvolvidas em diversos níveis, dependendo dos objetivos visados e do universo que se pretende alcançar, explicando José Cláudio Monteiro de Brito Filho⁸⁴ que a negociação pode ser feita por empresa, por categoria e até supra categorias, em favor dos associados apenas ou para todos os empregados, independentemente de filiação.

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento⁸⁵, um corte vertical nos níveis de negociação mostra como podem ser vistos, a partir das bases até a cúpula: o nível menor de seção ou departamento, o do estabelecimento, o da empresa com vários estabelecimentos ou filiais, o do grupo de empresas, o de categoria ou ramo de atividade, o de profissão etc, sendo que, no Brasil, são dois os níveis possíveis, a negociação por categoria e a por empresa, que podem resultar respectivamente, nas convenções coletivas e nos acordos coletivos.

⁸⁴ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. “Direito Sindical”. São Paulo: LTr, 2000, p.189-192.

⁸⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Direito Sindical”. São Paulo: Saraiva, 1991, p.300

Discorrendo acerca do futuro do Direito do Trabalho na Europa, Alain Supiot⁸⁶ afirma que não podemos considerar apenas o movimento de descentralização da negociação coletiva para o nível de empresa, porque as negociações de empresa continuam a ser enquadradas por convenções de setor, na articulação entre os níveis de negociação, e também porque estão surgindo novos níveis de negociação, que transcendem o nível da empresa, como o do grupo de empresas, nacionais ou multinacionais; o de redes de empresa, ou seja, empresas juridicamente autônomas, mas dependente economicamente umas das outras, que colaboram de forma estável na elaboração de produtos ou na prestação de serviços, como, por exemplo, a empresa tomadora de serviços e a prestadora (terceirização); e o nível comunitário, como a negociação que trata da organização e do funcionamento eficaz dos parceiros a nível comunitário na Europa.

Michel Hansenne⁸⁷ afirma que estão sendo introduzidos novos níveis de diálogo social, e que uma nova oportunidade está surgindo sobretudo no âmbito das empresas, porque é nelas que se observam as mais importantes transformações produtivas e onde estão sendo criadas novas oportunidades de um diálogo construtivo em bases menos antagônicas do que no passado. As novas formas de organização tendem a privilegiar o trabalho coletivo e implicam uma maior criatividade, formação e autocontrole por parte dos trabalhadores, advindo daí a importância da cooperação sindical e a necessidade de se compensar adequadamente essa maior responsabilidade no processo produtivo, ressaltando, ainda, que “o nível da empresa não substitui os outros níveis em que tem lugar o diálogo social, a saber, o nacional e o setorial, mas a eles se soma”.

⁸⁶ SUPIOT, Alain (org.) “Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa”. Coimbra: Coimbra editores, 2003, p.161-171.

⁸⁷ HANSENNE, Michel. “Um novo diálogo social para a renovação do mundo do trabalho” in “Os atores sociais no novo mundo do trabalho” de CAMPERO, Guilherme et al., tradução Edilson Alkimim Cunha. São Paulo: LTr, 1994, p.9-11.

O procedimento de elaboração da norma coletiva inicia-se pela provocação da parte interessada em negociar. O artigo 616 da CLT impõe o dever de negociar, no entanto, dever de negociar não significa dever de contratar, mas, sim, atender ao chamado para dialogar, tomar conhecimento da proposta, responder justificadamente se aceita ou não e, se for o caso, formular contraproposta. Devidamente provocada a parte não pode, sem motivo justificado, recusar-se a negociação, sob pena de caracterização de ausência de lealdade e boa-fé. Dispondo o artigo 8º, VI, da Constituição da República que é obrigatória a participação dos Sindicatos nas negociações coletivas, há quem interprete o texto constitucional como consagrador do princípio do monopólio sindical, ou seja, não havendo possibilidade de negociação coletiva, em qualquer nível, sem a presença sindical. Entretanto, existindo recusa à negociação pelo Sindicato, é possível a legitimação negocial subsidiária das Federações e das Confederações para celebração de Acordos Coletivos de Trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, quando os trabalhadores não estão organizados em sindicatos em determinada base territorial (art. 611, parágrafo 2º, CLT); ou quando o Sindicato, provocado pelos trabalhadores, não assume a condução das negociações (art. 617 e parágrafos, CLT) ou não assume a condução da greve e da negociação, caso em que a Lei de Greve (Lei nº 7783/89) confere legitimação à Comissão de Negociação eleita em assembléia dos trabalhadores para conduzir a greve e negociar até final solução, podendo, inclusive, ajuizar dissídio no Judiciário Trabalhista.

O procedimento negocial deve ser formal, iniciando-se pelas tratativas diretas entre as partes envolvidas no conflito coletivo, por meio do encaminhamento de pautas de reivindicações e agendamento de reuniões, ou ainda, a pedido das partes, mediante intervenção de mediação da Delegacia

Regional do Trabalho ou de mediação do Ministério Público do Trabalho (LC 75/93).

Na hipótese de tentativa de negociação frustrada, as partes podem se valer de mediadores da Delegacia Regional do Trabalho ou do Ministério Público do Trabalho ou, se estiverem de comum acordo, de processo judicial de dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho (art.114, CF).

6.3.Relação entre os diferentes níveis de normas trabalhistas: problemas de articulação das normas coletivas

A existência de vários níveis de negociação provoca o surgimento do problema de articulação entre as diversas disposições normativas. Ultimamente tem ocorrido um movimento de descentralização das negociações coletivas, surgindo um crescente interesse pela negociação coletiva a nível das empresas. A sede da negociação coletiva desloca-se do setor geral da categoria para a empresa, diante da emergência da gestão participativa, que aumentou a importância dos acordos de empresa e o papel das representações de pessoal na empresa. No entanto, essa emergência da negociação de empresa levanta novos problemas de articulação entre os níveis de negociação.

As relações entre as disposições legais, as convenções coletivas e os acordos coletivos variam conforme o país, sendo diferentes os princípios utilizados para prevenir ou resolver os conflitos entre as diversas espécies de normas coletivas. Por exemplo, recurso à hierarquia das convenções coletivas ou prioridade legal da convenção de setor; uso do princípio da norma mais favorável; prevalência da convenção anterior ou posterior e assim por diante. Existem, ainda, as chamadas cláusulas de abertura ou de isenção, por meio das

quais fica estabelecida a possibilidade de derrogação das regras gerais fixadas pela convenção coletiva, por meio de acordo coletivo.

Em nossa legislação está previsto que, se houver concomitantemente em vigor uma convenção coletiva de categoria e um acordo coletivo na empresa, prevalecerá o que for mais favorável ao trabalhador, conforme disposto no artigo 620 da CLT, bem como em aplicação do princípio de Direito do Trabalho da prevalência da norma mais favorável ao empregado.

As condições de trabalho estatuídas em instrumento normativo são objeto de negociação global, oportunidade em que determinada vantagem é concedida pela empresa ou pelo sindicato patronal em compensação pela não inclusão de outra, de forma que o conjunto das condições de trabalho passam a ser aceitáveis para ambas as partes, motivo pelo qual não se deve pinçar isoladamente de instrumentos normativos diferentes as cláusulas mais benéficas ao empregado, mas, sim, deve-se aplicar a teoria do conglobamento, que configura um estímulo às negociações coletivas.

Mauricio Godinho Delgado⁸⁸ ressalta que há limites objetivos à adequação setorial negociada; limites jurídicos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista. Assim sendo, a negociação não prevalece, se concretizada mediante ato de renúncia, e não de transação, porque o processo negocial coletivo não possui poderes de renunciar direitos de terceiros, cabendo-lhe, essencialmente, promover transação, hábil a gerar normas jurídicas. A negociação também não prevalece se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta, ou seja, direitos que não podem ser transacionados nem mesmo por negociação coletiva. Esses direitos, explica Godinho, constituem um “patamar civilizatório mínimo”, que não deve ser reduzido, sob

⁸⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. “Curso de Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 2004, p.1400.

pena de afronta à própria dignidade da pessoa humana. Ele cita como exemplos desses direitos indisponíveis, o salário mínimo, a anotação do contrato de trabalho na CTPS e as normas de medicina e segurança do trabalho.

Analisando a evolução da contratação coletiva na Itália, Otavio Pinto e Silva⁸⁹ menciona os tipos diferentes de convênios coletivos italianos: acordos interconfederais (estipulados pelas confederações sindicais), contratos coletivos nacionais de categoria (estipulados pelas associações sindicais de âmbito nacional, representativas de toda uma determinada categoria de trabalhadores), contratos coletivos locais de categoria (geralmente aplicáveis no âmbito de uma província), contratos coletivos de empresa e contratos coletivos de unidade empresarial, explicando que essa relação revela os níveis de negociação interconfederal, nacional, local, empresarial e por unidade empresarial. Assevera Otavio que, na Itália, a função do contrato de empresa não é somente integrativa, mas também derogativa de disposições que estejam previstas em outros níveis contratuais ou até mesmo na lei, vez que a interpretação prevalente é a de que o contrato sucessivo modifica o precedente, em face da atenuação do interesse coletivo do grupo, não existindo relações hierárquicas entre os instrumentos normativos que impeçam esse efeito.

Otavio⁹⁰ cita Giuseppe Ferraro, que analisou as relações conflituais entre os contratos coletivos, para concluir que pouco a pouco foi-se desenvolvendo a idéia de que o contrato de empresa constitui uma fonte regulamentar autônoma, de forma que o confronto de suas cláusulas com aquelas do contrato nacional de categoria se dá entre atos jurídicos munidos do mesmo valor, que estão sujeitos a um critério de modificabilidade recíproca.

⁸⁹ SILVA, Otavio Pinto e. “A contratação coletiva como fonte de direito do trabalho”. São Paulo: LTr, 1998, p.79-82.

⁹⁰ Ibidem, p.81.

Gino Giugni⁹¹ esclarece que, embora alguns estudiosos considerem que não há mais o princípio geral de inderrogabilidade unilateral da lei em matéria de trabalho por meio de contratação coletiva, ao fundamento de que esse princípio teria sido substituído pelo critério inverso de fungibilidade geral entre fontes legais e contratuais, segundo o qual o eventual conflito entre duas fontes não deveria ser resolvido em termos de predomínio hierárquico da lei mas sim baseado no critério cronológico da sucessão no tempo ou segundo o critério da especialidade, com validade da fonte mais próxima à situação substancial, objeto de regulamentação. No entanto, essa fungibilidade geral encontraria limite de natureza subjetiva, diante da necessidade de que a negociação seja realizada pelos sindicatos majoritariamente representativos, bem como haveria limite de conteúdo, vez que a subordinação do contrato coletivo à lei persistiria em confronto com as disciplinas voltadas para garantir as exigências primárias de dignidade, liberdade e segurança da pessoa humana.

Campero⁹² explica que, historicamente, o clássico movimento operário foi orientado no sentido de privilegiar a negociação em nível global por sobre o nível de empresa, com a intervenção do Estado e de partidos políticos por trás de objetivos de elevação de salários, proteção do emprego e melhoria das condições de trabalho, priorizando a organização em nível de confederação e de federação por sobre a organização em nível do local de trabalho, caracterizando-se por representar e defender o interesse coletivo da classe trabalhadora, tanto em nível da produção como no da fábrica, mas, principalmente, em nível político.

Afirma Supiot que “a negociação coletiva constitui a instituição mais dinâmica e o instrumento apropriado para a assimilação e a adaptação permanente às mutações, face à heterogeneidade das formas de organização do

⁹¹ GIUGNI, Gino. “Direito sindical”. São Paulo: LTr, 1991, p.154-155.

⁹² CAMPERO, Guilherme et al., tradução Edilson Alkimim Cunha. “O surgimento de uma nova ordem sócio-econômica” São Paulo:LTr, 1994, p.19-30.

trabalho, à participação de diferentes protagonistas e ao progressivo inter-relacionamento dos problemas, como, por exemplo, entre o ambiente e os problemas de saúde e segurança no trabalho. Nesse cenário, a negociação coletiva surge como um precioso instrumento para alcançar a adaptabilidade, para inspirar confiança face à incerteza e para dar aplicação ao princípio da igualdade de oportunidades, integrando a dimensão do gênero”.

De acordo com Supiot⁹³ “o desemprego, a crescente importância do trabalho autônomo, o desenvolvimento das práticas de subcontratação e de estabelecimento de relações estáveis entre empresas, para além do processo de integração europeia, começaram a induzir transformações no seio das instituições de organização coletiva de trabalho. O reconhecimento dessas realidades constitui uma linha de ação prioritária da negociação coletiva, avançando no caminho da coordenação dos vários protagonistas que intervêm no coração dos processos produtivos de bens e serviços, sem esquecer de considerar também a sua dimensão transnacional. A informação, a consulta e a participação dos trabalhadores nas empresas desempenhará um papel de primeiro plano nas relações coletivas de trabalho.”

Assevera Supiot⁹⁴ que a negociação coletiva tem sido, nas últimas décadas palco de grandes inovações jurídicas em Direito do Trabalho na Europa, onde se verifica uma generalização do recurso à negociação coletiva, que surge como passagem obrigatória na elaboração do direito, estendendo seus domínios para além do trabalho assalariado, voltando-se também para os trabalhadores que são economicamente dependentes de um cliente, apesar de serem juridicamente independentes.

⁹³ SUPIOT, Alain. “Transformações do trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa”. Coimbra: Coimbra ed., 2003, p.149

⁹⁴ Ibidem, p.151.

Assim, quando a negociação coletiva tem a função de flexibilização, as relações entre a negociação coletiva e a lei serão mais complexas e heterogêneas, ficando na dependência do papel atribuído pelos sistemas jurídicos nacionais ao Estado e à lei, por um lado, e aos parceiros sociais e à negociação coletiva, por outro. Se essas relações forem regidas pela igualdade, o sistema de organização será eminentemente convencional; se for estabelecida uma hierarquia que garanta o primado da lei sobre a convenção coletiva, o sistema será legal, de intervenção estatal. Nesse caso, há uma tendência de esvaziar a lei de disposições substanciais, estipulando, em seu lugar, regras processuais destinadas a garantir o direito à negociação coletiva, sendo esse um movimento que pretende dar maior autonomia aos parceiros sociais e às empresas, em relação aos poderes públicos. No entanto, essa função de flexibilização deve ser normatizada pela lei, que fixa os princípios e os objetivos da política social; estabelece condições necessárias ao equilíbrio das partes em negociação, como, por exemplo, estabelecendo novas formas de representação nas pequenas empresa; incentiva a negociação coletiva a se ocupar de matérias que ofereçam mais resistência ao diálogo.

Com relação à concorrência entre normas coletivas, existem princípios em nosso ordenamento jurídico que norteiam a matéria, como o princípio da norma mais favorável. Como não há hierarquia ou reservas de competências materiais entre as Convenções Coletivas e os Acordos por empresas, a regra para solução de concorrência entre norma coletiva de maior abrangência e outra de menor abrangência territorial é a prevalência da Convenção Coletiva sobre o Acordo de empresa, quando mais favorável. No entanto, como a Constituição de 1988 permite a negociação *in pejus* das condições de trabalho, em matéria de jornada e salários (art. 7º, VI, XIII e XIV, CF), é possível que, na vigência de Convenção Coletiva setorial, uma empresa provoque o Sindicato dos Trabalhadores para negociar um Acordo de empresa, reduzindo vantagens

previstas na Convenção Coletiva vigente, como forma de adaptação das condições à realidade econômica da empresa, especificamente no que tange a jornada e salários. Nesse caso, o princípio da norma mais favorável pode ser relativizado, diante da exceção constitucionalmente prevista, aplicando-se a última norma pactuada. A lei não estabelece outros critérios para a solução de possíveis situações de conflito entre normas coletivas. Há também casos em que as convenções coletivas consagram o princípio do reenvio, ou seja, remetem às partes a faculdade de negociar direitos, com reserva de conteúdo, a nível de empresa. Logo, há casos em que prevalece o Acordo Coletivo, mesmo desvantajoso, diante da autorização constitucional de flexibilização das normas trabalhista referentes a salários e jornada. É importante ressaltar que a Convenção Coletiva e o Acordo Coletivo, quando derogatórios de direitos, resultam de negociações coletivas nas quais foram feitas concessões recíprocas em troca de vantagens. Assim sendo, na aplicação dos direitos coletivos aos contratos individuais de trabalho, as normas coletivas devem ser consideradas no seu todo, conforme a teoria do conglobamento.

6.4. Novos níveis de negociação de acordo com a nova legislação

Integrando pacote de medidas lançado pelo Presidente da República, em maio de 2006, para regulamentar o funcionamento das cooperativas de trabalho, legalizar as centrais sindicais e criar o Conselho Nacional de Relações do Trabalho (CNRT), entraram em vigor a Medida Provisória 293, que trata das centrais sindicais, e a Medida Provisória 294, que institui o Conselho. Trata-se do resultado de negociações entre governo, empregadores e trabalhadores no Fórum Nacional do Trabalho, atendendo a antigas reivindicações do movimento sindical e a recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Há quem entenda que a medida que reconhece as Centrais Sindicais substituiu o projeto que trata da reforma sindical, atualmente em tramitação no Congresso. Pelo seu texto, os dissídios coletivos poderão ser negociados pelas Centrais Sindicais que, antes da medida, haviam se consolidado politicamente, mas não tinham reconhecida, por meio de lei, a representatividade da categoria dos trabalhadores em todos os sentidos, incluindo o poder para negociar. Somente as confederações poderiam, até então, negociar em nomes das categorias. Surge a questão de se determinar até que ponto o sindicato e a confederação podem negociar.

A Medida Provisória de número 294 instituiu o Conselho Nacional das Relações Trabalhistas (CNRT), que tem como objetivo reunir representantes de empregados, empregadores e governo para tratarem de assuntos relacionados ao trabalho. Essa é uma recomendação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que poucos países adotaram. O CNRT será um espaço permanente de negociação nas questões referentes às relações de trabalho. O CNRT terá cinco representantes de cada segmento (governo, trabalhadores e empregadores), sua estrutura será composta por duas câmaras bipartites - uma de representantes dos empregadores e do governo e, outra, de empregados e do governo - que tratarão de assuntos específicos das suas áreas de atuação, bem como mediarão e conciliarão conflitos de representação sindical, quando solicitado de comum acordo pelas entidades interessadas. A função do Conselho Nacional das Relações de Trabalho (CNRT) é a de manter o diálogo nas discussões de formulação de políticas públicas do Ministério do Trabalho, mediar conflitos entre as organizações sindicais, influenciar na definição de políticas públicas e elaborar pareceres sobre projetos de lei.

No entanto, se o CNRT limitar-se a servir como fórum permanente de debates, a sua criação poderá ser considerada um retrocesso, sendo melhor que o

entendimento entre empregado e empregador ocorra de forma direta, por meio dos sindicatos, sem a interferência do governo. Mas é possível que o CNRT, instância de diálogo entre representantes de trabalhadores, empregadores e governo, permita a integração dos trabalhadores, em razão de sua composição tripartite, possibilitando a integração dos trabalhadores e a mediação de conflitos com a ajuda do governo.

Logo, a Medida Provisória 293 de 2006 estabeleceu novos níveis de negociação, quais sejam, o nível nacional e o nível intercategorial.

Pertinente anotar que Antonio Ojeda Aviles⁹⁵ explica as diferenças entre negociação estática e negociação dinâmica. Para ele, negociação estática ou contratual é aquela em que as partes se reúnem, negociam, chegam a um acordo e então se dispersam, para renovar suas negociações somente quando surgir necessidade, seja porque o tempo de expiração do acordo se aproxima, seja porque, se não há um tempo limite fixado, alguma das partes deseja promover modificação no acordado. A negociação dinâmica ou institucional, de sua parte, consiste na criação de um organismo bilateral paritário e permanente, presidido por uma pessoa neutra, ao qual as partes outorgam uma constituição e um código de procedimento, para resolver a respeito dos valores salariais e outras matérias.

Diante dessa classificação, nota-se que nosso sistema de negociação coletiva tem sido estático, mas a criação do Conselho Nacional das Relações de Trabalho, por meio da Medida Provisória nº 294, de 2006, tornou a negociação dinâmica, porque uma das finalidades do Conselho Nacional das Relações de Trabalho é promover o entendimento entre trabalhadores, empregadores e

⁹⁵ AVILES, Antonio Ojeda. “Derecho Sindical”. Madrid: Tecnos, 1992, p.678-691.

Governo Federal, buscando soluções acordadas sobre temas relativos às relações de trabalho.

6.5. Sujeitos

Sujeitos da negociação coletiva são aqueles que participam do procedimento negocial, variando conforme o ordenamento jurídico de cada país. No Brasil, essa atribuição compete precipuamente aos sindicatos, dispendo o inciso VI do artigo 8º da Constituição da República, que é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

De acordo com o que dispõe o artigo 611, §1º da Consolidação das Leis do Trabalho, é possível a negociação coletiva entre sindicato de empregados e uma empresa, com a finalidade de celebrar acordo coletivo de trabalho.

Conforme o disposto no artigo 611, §2º da Consolidação das Leis do Trabalho, é aceitável a negociação coletiva efetuada com a participação das Federações ou das Confederações, quando a categoria interessada for inorganizada em sindicato.

O artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição da República, reconhece a validade dos acordos coletivos de trabalho, que são, como mencionado anteriormente, firmados entre sindicato profissional e empresa, logo, a obrigatoriedade de participação do sindicato nas negociações refere-se aos sindicatos de trabalhadores.

Supiot⁹⁶ menciona que em alguns países existe legislação que reconhece a trabalhadores juridicamente independentes, mas dependentes economicamente

⁹⁶ SUPIOT, Alain. “Transformações do trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa”. Coimbra: Coimbra ed., 2003, p.150.

de um parceiro econômico, o direito a beneficiarem-se de negociações coletivas, como ocorre na Itália, com relação ao trabalhador parasubordinado e na Alemanha, ao quase-assalariado. Esse alargamento do campo de aplicação das convenções coletivas revela transformações no sistema de fontes do direito, uma vez que o acordo dos sujeitos de direito tende a tornar-se uma condição necessária à legitimidade das regras que o vinculam, deixando de ser suficiente a vontade do Estado para assegurar o império da lei. Assim deve ocorrer também nas empresas, onde o poder dos dirigentes só terá força de lei se estiver legitimado pela vontade dos dirigidos.

7. Princípios: políticos, econômicos, jurídicos e éticos

7.1. Conceito

Princípios, para De Plácido e Silva⁹⁷, em sentido jurídico, “quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque

servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos”.

Os princípios podem ser políticos – delineiam o Estado como nação; jurídicos – formam a ordem jurídica; e econômicos – dão o suporte financeiro para a manutenção do Estado.

Não basta conceituar princípios, é preciso saber interpretá-los. Conforme ensina Jorge Luiz Souto Maior⁹⁸ “o direito, do ponto de vista dogmático, é um ato cultural. É algo que se constrói a partir das regras positivadas. Consiste, exatamente, em tornar o aglomerado de regras em normas, que são dispositivos providos de valores e objetivos, compondo um conjunto cujos elementos se ligam coerentemente, formando um sistema. O elemento aglutinante desse sistema são os princípios jurídicos, que dão sustentação ao conjunto e, principalmente, dos aplicadores do direito. O ato de transformar as regras em normas se compreende porque na linguagem do direito as definições não apenas informam, mas igualmente conformam.

De acordo, ainda, com Souto Maior, “uma boa interpretação, atenda aos princípios ideológicos que queira atender, não pode negar as regras estruturais da língua (sintaxe)- interpretação gramatical-, não pode romper o raciocínio lógico ou mesmo a lógica do sistema jurídico – interpretação lógico-sistemática, não pode negar valores que possuem consenso na sociedade em razão de uma cultura formada ao longo dos tempos – interpretação histórico sociológica -, e não pode ter em vista o valor de um caso concreto, mas o que está no íntimo na norma e que possibilita sua aplicação a uma generalidade de casos –

⁹⁷ SILVA, De Plácido e . “Vocabulário Jurídico”. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.327

⁹⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. “O direito do trabalho como instrumento de justiça social”. São Paulo: LTr, 2000, p.271-315.

interpretação teleológica e axiológica. E será melhor na medida em que contenha todos esses elementos.”

Para ele, “o domínio das técnicas interpretativas e da argumentação jurídica – muitas vezes com a utilização de conhecimentos metajurídicos – é fundamental, portanto, para que se trave uma luta pelo direito”.

No presente trabalho serão enfocados os princípios jurídicos. Com a finalidade de estabelecer o significado de princípio, serão relacionadas, a seguir, várias posições jurídicas de conceituados doutrinadores a respeito do que se pode considerar como princípios em nosso ordenamento jurídico.

Princípio é uma proposição de caráter geral.

Eduardo J. Couture⁹⁹ explica que o princípio “constitui a revelação de uma proposição de caráter geral, assumida ao longo de um conjunto consistente de soluções particulares”.

Princípio é a base geral do ordenamento jurídico.

Para Américo Plá Rodríguez¹⁰⁰ “um princípio é algo mais geral do que uma norma, porque serve para inspirá-la, para entendê-la, para supri-la. E cumpre essa missão relativamente a número indeterminado de normas. Diz-se que constitui a base geral onde repousa o ordenamento, um sentido da legislação, uma orientação recorrente nela, que se reflete em uma pluralidade de disposições”.

Princípios são verdades em potência.

⁹⁹ COUTURE, Eduardo J. “Interpretação da Leis Processuais”. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.48.

¹⁰⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. “Princípios de Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1993, p.16.

José Puig Brutau¹⁰¹ afirma que os princípios deixam de servir de apoio para a fundamentação e se transformam em direito positivo a partir do momento, e na medida em que tenham sido instituídos por um ato do poder legislativo ou da jurisprudência. Portanto, são verdades existentes em potência que, como tal, não são fonte formal de direito até sua positivação em lei ou sentença. Fonte do direito são as forças que levam a efeito essa positivação. Os princípios não são Direito positivo até que, por haver informado a correspondente fonte do Direito (lei, costume ou jurisprudência), tenham dado lugar a um determinado resultado jurídico.

Princípios são proposições ideais

Mauricio Godinho Delgado¹⁰² informa que “a palavra princípio traduz, de maneira mais ampla (não apenas no campo do Direito), a noção de proposições ideais que se gestam na consciência de pessoas e grupos sociais a partir de certa realidade e que, após gestadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade”. Esclarece, ainda, Godinho, que, nessa acepção mais abrangente, “princípios políticos, morais ou religiosos, por exemplo, importariam em proposições resultantes de um determinado contexto político, cultural ou religioso, que se reportam à realidade, como diretrizes de correspondentes condutas políticas, morais ou religiosas.”

Princípios são informadores da ordem jurídica.

Tratando dos princípios político-constitucionais, José Afonso da Silva¹⁰³ explica que eles se constituem daquelas decisões políticas fundamentais

¹⁰¹ “Los principios dejan de ser punto de apoyo para el razonamiento y se transforman en derecho positivo a partir del momento, y en la medida, en que han sido encarnados en una institución por un acto del poder legislativo o de la jurisprudencia. Por tanto, son verdades existentes en potencia que, como tales, no son fuente formal de Derecho hasta su positivación en ley o en sentencia. Fuente del Derecho lo son las fuerzas que llevan a efecto esta positivación. Los principios no son Derecho positivo hasta que por haber informado a la correspondiente fuente del Derecho (ley, costumbre o jurisprudencia) han dado lugar a un determinado resultado jurídico.” BRUTAU, José Puig. “Fundamentos de derecho civil”. Barcelona: Bosh, casa Editorial, 1989, p.237.

¹⁰² DELGADO, Mauricio Godinho. “Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho”. São Paulo: LTr, 2004, p.15.

concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, enquanto que princípios jurídico-constitucionais são princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Para José Afonso, considerando-se o Direito Constitucional, temos ainda, dentro do sistema de princípios e regras, as chamadas garantias, que são princípios que limitam o exercício do poder estatal, sem deixar margem ao exercício do arbítrio.

Princípios são verdades fundamentais.

Para Miguel Reale¹⁰⁴, princípios são “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários”.

Os princípios se irradiam por todo o sistema de normas jurídicas.

Para José Afonso da Silva¹⁰⁵, “as normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”.

Para entender o sistema jurídico positivo, é necessário conhecer seus princípios, que são normas fundamentais.

¹⁰³ SILVA, José Afonso. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. São Paulo: RT, 1990, p. 83

¹⁰⁴ REALE, Miguel. “Filosofia do Direito”. São Paulo: Saraiva, 1996, p.60

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. Op.cit, p.82.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁶ define princípio como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.

O conhecimento dos princípios para o estudioso do Direito é indispensável.

A importância dos princípios é realçada por Roque Antonio Carrazza¹⁰⁷, ao afirmar que “na análise de qualquer problema jurídico – por mais trivial que seja (ou pareça ser) – o cultor do Direito deve, antes de mais nada, alçar-se ao altiplano dos princípios constitucionais, a fim de verificar em que sentido eles apontam. Nenhuma interpretação poderá ser havida por boa (e, portanto, por jurídica) se, direta ou indiretamente, vier a afrontar um princípio jurídico-constitucional”.

Os princípios devem ser interpretados de maneira a atingir a maior eficácia possível.

De acordo com Oscar Ermida Uriarte¹⁰⁸ o princípio de aplicação direta dos direitos humanos aponta a maior eficácia possível das normas constitucionais e internacionais que positivam esses direitos, o que também

¹⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Elementos de Direito Administrativo”. São Paulo: RT, 1980, p.230.

¹⁰⁷ CARRAZZA, Roque Antonio. “Curso de direito Constitucional Tributário”. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 28-29

¹⁰⁸ URIARTE, Oscar Ermida. “El principio de la aplicación directa de los derechos humanos apunta a la mayor eficacia posible de las normas constitucionales e internacionales que positivizan estos derechos, lo cual también responde a una preocupación ética, ya que como bien se ha dicho, la eficacia – o la búsqueda de la eficacia – es, también, una cuestión ética. Porque los derechos humanos son la “traducción jurídica” del valor básico de la Ética personalista, que es la dignidad del ser humano y por lo tanto, hay un “imperativo categórico” en la

responde a uma preocupação ética, já que, como se disse, a eficácia - ou a busca da eficácia - é também uma questão ética. Porque os direitos humanos são a tradução jurídica do valor básico da ética personalista, que é a dignidade do ser humano e, para tanto, existe um imperativo categórico na realização efetiva desses direitos.

A violação de um princípio é a forma mais grave de ilegalidade ou de inconstitucionalidade.

Quanto às conseqüências de violar um princípio, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁹ observa que violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos, sendo a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, insulto imperdoável a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra, porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam, abalando toda a estrutura que por eles está sustentada.

Os princípios são proposições gerais induzidas e indutoras do sistema jurídico, informando simultaneamente a compreensão e a aplicação do Direito.

Para a Ciência do Direito, Maurício Godinho Delgado¹¹⁰ entende que “os princípios são diretrizes gerais induzidas e, ao mesmo tempo, indutoras do Direito; proposições fundamentais induzidas e indutoras do Direito, e conceituam-se como proposições gerais que informam a compreensão e aplicação do fenômeno jurídico. São diretrizes centrais que se inferem de um

realización efectiva de esos derechos.” URIARTE, Oscar Ermida. “Ética y Derecho del Trabajo” no site: www.upf.edu/iuslabor/012006/Latinoamerica.OscarErmida2.htm

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Elementos de Direito Administrativo”. São Paulo: RT, 1980, p.230

¹¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. “Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho”. São Paulo: LTr, 2004, p.31.

sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o”, fundamento pelo qual diz que os princípios “consustanciam-se em comandos jurídicos instigadores do universo do Direito”.¹¹¹

Princípios são valorações que constituem o fundamento justificativo do complexo de normas jurídicas.

Maria do Rosário Palma Ramalho¹¹² emprega o termo “princípios” no sentido de “valorações culturais e éticas subjacentes ao ordenamento normativo e não no sentido de arquétipos axiomáticos formais do sistema”, esclarecendo que esse conteúdo axiológico ou valorativo está sempre presente no termo “princípios”. Para ela, o conceito de princípio jurídico é o de valoração cultural ou ética subjacente a determinada norma ou complexo de normas jurídicas, mais ou menos extenso, e que constitui o seu fundamento justificativo.

Princípios estão no âmbito do dever ser, referem-se ao que é devido; valores referem-se ao que é bom, ou ao que é melhor.

Robert Alexy¹¹³ diferencia princípios de valores, ensinando que a diferença entre princípios e valores se reduz a um ponto. O que no modelo dos valores é à primeira vista o melhor é, no modelo de princípios, à primeira vista, o devido; e o que no modelo de valores é definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Assim, os princípios e os valores se diferenciam apenas em virtude de seu caráter deontológico e axiológico respectivamente. Para Alexy, os princípios pertencem ao âmbito do dever ser, enquanto que os valores referem-se ao que é bom¹¹⁴.

¹¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. “Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho”. São Paulo: LTr, 2004, p.14.

¹¹² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. “Da autonomia Dogmática do Direito do Trabalho”. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p.151.

¹¹³ ALEXY, Robert. “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.147.

¹¹⁴ “La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores

Princípios e regras são normas; princípios são mandamentos de otimização; regras são normas que só podem ser cumpridas ou não cumpridas.

Alexy também apresenta a diferença entre princípios e regras, começando por esclarecer o que são princípios. O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Para tanto, os princípios são mandamentos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais mas também das jurídicas. O âmbito de possibilidades jurídicas é determinado por outros princípios e regras opostos.¹¹⁵

A seguir, Alexy explica o que são as regras, afirmando que em troca, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Para tanto, as regras contêm determinações no âmbito dos fatos e juridicamente possíveis. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio.¹¹⁶

es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente”.

¹¹⁵ “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. ALEXY, Robert. “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.86.

¹¹⁶ “En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio. ALEXY, Robert. “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 87

Virgílio¹¹⁷ explica que o critério que Alexy utiliza para distinguir princípios de regras é um critério estrutural, que não leva em consideração fundamentalidade, generalidade, abstração ou outros critérios materiais, ou seja, o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que não faz referência à fundamentalidade da norma em questão, vez que para ele, uma norma é um princípio não por ser fundamental, mas por ter a estrutura de um mandamento de otimização, havendo a possibilidade de que existam regras que sejam disposições fundamentais, sendo isso irrelevante para sua classificação. Assim, segundo Alexy, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. As regras devem ser sempre realizadas por completo. Por exemplo, a anterioridade da lei penal, que para muitos é um princípio fundamental, mas que, de acordo com os critérios propostos por Alexy, é uma regra.

As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Os princípios são aplicáveis tomando-se por base o seu peso ou a sua importância para o caso concreto.

Para Dworkin¹¹⁸, “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” O autor prossegue esclarecendo que “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se

¹¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. “A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares”. São Paulo: Malheiros, 2005, p.30.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. “Levando os Direitos a Sério”. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.39-42.

intercruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”.

Alexy informa que a distinção por ele formulada se parece com a de Dworkin, mas apresenta uma diferença essencial na caracterização dos princípios como mandamentos de otimização.¹¹⁹

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível; as regras devem ser realizadas por completo.

Virgílio Afonso da Silva¹²⁰ explica que “a principal contribuição de Alexy à teoria forte sobre a distinção entre princípios e regras foi o desenvolvimento do conceito de mandamento de otimização. Segundo Alexy, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas existentes. Definidos dessa forma, os princípios se distinguem das regras de forma clara, pois estas, se válidas, devem sempre ser realizadas por completo. O grau de realização dos princípios, ao contrário, poderá variar, especialmente diante da existência de outros princípios que imponham a realização de outro direito ou dever que colida com aquele exigido pelo primeiro”.

A fundamentalidade da norma não a caracteriza como princípio ou regra. O princípio pode ser um mandamento nuclear do sistema, mas também é possível que não seja. É possível a existência de regras que sejam disposições fundamentais.

Virgílio¹²¹ observa que “não é o caso de discutir qual definição é a mais correta, mas se se parte, por exemplo, da definição de Celso Antônio Bandeira

¹¹⁹ ALEXY, Robert. “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 87, nota 27.

¹²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. “A Constitucionalização do Direito”. São Paulo: Malheiros, 2005, p.32.

¹²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. “A Constitucionalização do Direito”. São Paulo: Malheiros, 2005, p.36.

de Mello, é preciso rejeitar a distinção de Alexy, porque o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que não faz referência à fundamentalidade da norma em questão, ou seja, para ele, uma norma é um princípio, não por ser fundamental, mas por ter a estrutura de um mandamento de otimização. Por isso, um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade. O mesmo vale para as regras. Pode haver regras que sejam disposições fundamentais do sistema, mas isso é irrelevante para sua classificação”.

Princípios e regras são normas; regras proibem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; princípios impõem a otimização de um direito, considerando a possibilidade fática ou jurídica.

José Joaquim Gomes Canotilho¹²² ensina que a teoria da metodologia tradicional distinguia entre normas e princípios, mas abandona essa distinção para sugerir que as regras e princípios são duas espécies de normas, sendo a distinção entre regras e princípios uma distinção entre duas espécies de normas.

Canotilho diferencia regras e princípios, ressaltando que regras são “normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proibem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção”, enquanto que “princípios são normas que exigem a realização de algo, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fática ou jurídica”.

Características diferenciadoras de princípios e regras, para Canotilho.

¹²² CANOTILHO, J. J. Gomes. “Direito Constitucional”. Coimbra: Livraria Almedina, 4ª edição, p. 1121-1215.

Canotilho esclarece que a distinção entre princípios e regras é particularmente complexa e aponta como critérios de distinção: a) o grau de abstração, segundo o qual os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado, enquanto que as regras possuem abstração relativamente reduzida; b) o caráter de determinabilidade na aplicação ao caso concreto, em que os princípios por serem mais vagos e indeterminados, necessitam de mediações concretizadoras por parte do legislador ou do juiz, enquanto que as regras são suscetíveis de aplicação direta; c) o caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, sendo os princípios normas de natureza fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua posição estruturante dentro do sistema jurídico; d) a proximidade da idéia de direito, sendo os princípios *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na idéia de direito, enquanto que as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional; e) a natureza normogénica dos princípios, porque os princípios são fundamentos de regras, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando uma função normogénica fundamentante.

Características dos princípios, para Jorge Miranda.

Jorge Miranda¹²³ relaciona as seguintes características doutrinárias dos princípios:

- a) A sua maior aproximação da idéia de Direito ou dos valores do ordenamento;
- b) A sua amplitude, o seu grau de maior generalidade ou indeterminação frente às normas-regras;
- c) A sua irradiação ou projeção para um número vasto de regras ou preceitos, correspondentes a hipóteses de sensível heterogeneidade;

¹²³ MIRANDA, Jorge. “Manual de Direito Constitucional”. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 228-229.

- d) A sua versatilidade, a sua susceptibilidade de conteúdos algo variáveis ao longo dos tempos e das circunstâncias, com densificações variáveis;
- e) A sua abertura, sem pretensão de regulamentação exaustiva, ou em plenitude, de todos os casos;
- f) A sua expansibilidade perante situações ou fatos novos, sem os absorver ou neles se esgotar;
- g) A sua virtualidade de harmonização, sem revogação ou invalidação recíproca.

Miranda afirma, ainda, que “os princípios admitem ou postulam desenvolvimentos, densificações, realizações variáveis. Nem por isso o operador jurídico pode deixar de os ter em conta, de os tomar como pontos firmes de referência, de os interpretar segundo os critérios próprios da hermenêutica e de, em consequência, lhes dar o devido cumprimento”.

Princípios e regras diferenciam-se segundo os critérios da generalidade, da origem e da idéia de Direito.

Ricardo Luiz Lorenzetti¹²⁴ esclarece que “tanto os princípios como as regras se referem ao âmbito do dever-ser e, portanto, são normas. São enunciados deontológicos.” Para Lorenzetti, há três critérios para distinguir entre princípios e regras: o da generalidade, o da origem e a referência à idéia de Direito. Assim sendo, tomando-se por base o critério da generalidade, a diferença entre princípios e regras é de graduação, eis que os princípios possuem uma generalidade maior do que as regras; considerando-se o critério da origem, as regras são criadas e os princípios, desenvolvidos historicamente, de acordo com a conveniência e oportunidade, de tal modo que os princípios não são derogados, mas sim permanecem e se atualizam constantemente; com relação à idéia do Direito, a mesma está sempre presente e explícita nos princípios, que ao

¹²⁴ LORENZETTI, Ricardo Luiz. “Fundamentos do Direito Privado”. São Paulo: RT, 1998, p.287.

referirem-se explicitamente à idéia de Direito, ordenam algo a ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas existentes, sendo comandos de otimização, enquanto que as regras possuem a idéia do Direito presente, mas implicitamente, podendo as regras serem ou não cumpridas, mas se a regra é válida deve ser observada.

Assim, prossegue Lorenzetti, “a colisão entre regras produz o efeito de excluir uma delas, porque a aplicação simultânea das duas é incompatível. A colisão entre regras desenvolve-se no plano da validade. Por seu turno, nos princípios há uma questão de precedência e não de exclusão. Afirma-se que têm pesos diferentes no caso concreto; a aplicação de um não invalida o outro.”

Os princípios não são valores concorrentes, mas sim normas dentre as quais deve ser escolhida a mais adequada.

Jürgen Habermas¹²⁵ critica o entendimento de que princípios são uma ordem concreta de valores. Ele entende que os direitos fundamentais não caem sob uma análise dos custos e vantagens, assim como as normas consideradas “abertas”, que não se referem a casos exemplares facilmente identificáveis, formuladas sem um sentido específico de aplicação, necessitando uma “concretização” metodicamente inofensiva. “Tais normas encontram a sua determinação clara num discurso de aplicação. No caso de colidirem com outras proposições jurídicas, não há necessidade de uma decisão para saber em que medida valores concorrentes são realizados. Ao invés disso, a tarefa consiste em encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes. É preciso estabelecer um nexó racional entre a norma pertinente e as normas que passam para o pano de fundo, de tal modo que a

¹²⁵ HABERMAS, Jürgen. “Direito e Democracia: entre facticidade e validade” vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.322-323.

coerência do sistema de regras permaneça intocada em seu todo. As normas pertinentes e as retroativas não se relacionam entre si como valores concorrentes, os quais, na qualidade de mandamentos de otimização, seriam realizados em diferentes níveis: porém, como normas adequadas ou não adequadas. Ora, adequação significa a validade de um juízo deduzido de uma norma válida, através do qual a norma subjacente é satisfeita.”

Prossegue Habermas explicando que “uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito – e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores. É certo que as normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém esse deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas as normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma única solução correta. A validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos, sob circunstâncias dadas. Aquilo que é o melhor para cada um de nós não coincide *eo ipso* com aquilo que é igualmente bom para todos.”

Há necessidade de que haja convivência harmônica entre os princípios, devendo ser evitado o risco de que o valor eleito se torne muito superior aos demais formadores da principiologia constitucional.

Lembra Humberto Theodoro Júnior¹²⁶ que o “grande risco, nesse momento de aplicação do conceito genérico da lei, está na visão sectária do operador, que, por má formação técnica ou por preconceito ideológico, escolhe, dentro do arsenal da ordem constitucional apenas um de seus múltiplos e

¹²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. “O contrato e sua função social”. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.128-129.

interdependentes princípios, ou seja, aquele que lhe é mais simpático às convicções pessoais. Com isto, o valor eleito se torna muito superior aos demais formadores da principiologia constitucional. Toda a ordem infraconstitucional, graças à superideologização do operador, passa a se alimentar apenas e tão somente de forma sectária, unilateral e pessoal, muito embora aparentando respaldo em princípio ético prestigiado pela Constituição.”

Prossegue Humberto alertando que “o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, por isso mesmo, exige a submissão da exegese Constitucional à mecânica da razoabilidade e da proporcionalidade, dentro da qual um princípio pode momentaneamente atritar com outro, mas jamais um anulará o outro, porque ao intérprete incumbirá harmonizá-los, diante do caso concreto, de forma a propiciar uma incidência que não seja de exclusividade, e sim de convivência harmônica.”

Considerando-se os princípios como valores sociais identificados em um momento histórico, verifica-se que as regras jurídicas, proposições normativas sedimentadas à vista dos fatos da vida, seguem tais valores. No entanto, sob o ponto de vista da dogmática, podemos afirmar que os princípios não têm abrangência puramente axiológica e ética; na verdade, os princípios têm eficácia jurídica e aplicação direta e imediata. Na Constituição não existem princípios meramente programáticos; os princípios possuem maior teor de abstração do que as normas; e a distinção entre princípio e regra é meramente qualitativa.

7.2. Princípios gerais de Direito

Os princípios gerais de direito possuem múltipla natureza, conforme ensina Maria Helena Diniz¹²⁷ a) “são decorrentes das normas do ordenamento

¹²⁷ DINIZ, Maria Helena. “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada”. São Paulo: Saraiva,

jurídico, ou seja, dos subsistemas normativos”, sendo que “princípios e normas não funcionam separadamente e ambos têm caráter prescritivo. Os princípios atuam como fundamento de integração do sistema normativo e como limite da atividade jurisdicional”; b) “são derivados das idéias políticas e sociais vigentes, ou seja, devem corresponder ao subconjunto axiológico e ao fático, que norteiam o sistema jurídico, sendo, assim, um ponto de união entre consenso social, valores predominantes, aspirações de uma sociedade com o sistema de direito, apresentando, portanto, uma certa conexão com a filosofia política ou ideologia imperante, de forma que a relação entre norma e princípio é lógico-valorativa, apoiando-se estas valorações em critérios de valor objetivo”; c) “são reconhecidos pelas nações civilizadas que tiverem *substractum* comum a todos os povos ou a alguns deles em dadas épocas históricas”. Maria Helena informa que muitos desses princípios encontram-se prescritos em normas, citando como exemplo, dentre outros, como princípio contido no sistema jurídico civil, o de que a boa-fé se presume e a má-fé deve ser provada, e o de que nas relações sociais se tutela a boa-fé e se reprime a má-fé.

Os princípios gerais de direito não são preceitos de ordem ética, política, sociológica ou técnica, mas elementos componentes do direito. São normas de valor genérico que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não positivadas.

7.3. Princípios éticos e jurídicos - ética, moral e direito

Os doutrinadores apontam certa confusão, no estágio inicial das sociedades, entre ética e moral.

O termo ética deriva do grego, *ethos*, que significa costume, conforme ensina Orlando Soares¹²⁸, para quem a ética designa a reflexão sobre a moralidade, isto é, sobre as regras e os códigos morais, que norteiam a conduta humana, sendo sua finalidade esclarecer e sistematizar as bases do fato moral e determinar as diretrizes e os principais abstratos da moral. Para Soares, “a ética consiste no estudo de juízos de apreciação, que se referem à conduta humana, suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, como categoria de valores, seja relativamente à determinada sociedade, seja de modo absoluto”. Soares afirma, ainda, que “a Moral e o Direito têm objetivos distintos com vistas às relações sociais, ao bem comum, atuando cada qual em faixa própria, embora interligadas: de um lado, a Moral, como prática, visa ao aperfeiçoamento do homem, através de determinadas normas ou regras de conduta social, que constituem deveres morais, enquanto o Direito, como aplicação prática ou técnica, visa à regulamentação das relações de natureza jurídica, através de determinadas normas, previstas em lei”. Soares cita, também, a “teoria do mínimo ético, formulada por Jellinek, consistente na idéia de que o Direito representa o mínimo de preceitos morais, necessários ao bem-estar da coletividade, de sorte que os axiomas morais, estritamente essenciais à garantia e preservação das instituições sociais, são convertidos em Direito”.

No entanto, de acordo com Jesús González Pérez¹²⁹, exigências de comportamento que eram somente éticas têm sido incorporadas ao Direito. Os que eram deveres éticos, somente sancionáveis pela ordem moral têm sido convertidos em obrigações legais cujas infrações são tipificadas como transgressões jurídicas sancionadas pela lei. Essa absorção pelo Direito das exigências éticas de comportamento humano ocorre por várias razões. Em primeiro lugar, historicamente observa-se um constante processo expansivo do

¹²⁸ SOARES, Orlando. “Filosofia Geral e Filosofia do Direito”. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.53, 274-275.

¹²⁹ PÉREZ, Jesus Gonzales. “El principio general de la buena fe en el derecho administrativo”. 4ª ed.. Madrid: Civitas, 2004, p.21-29.

Direito, que submete ao seu império regimes de relações que antes não constavam de seus domínios, observando-se que a penalidade substituiu a vingança, o processo substituiu a autodefesa e a luta privada; a exação tributária à tomada da propriedade, havendo, ainda, a regulamentação das relações de trabalho. Por último, observa que a conversão da Ética em Direito tem sido decisivamente uma corrente legislativa de proteção aos mais fracos, sendo exemplos claros as legislações de proteção aos consumidores, as condições gerais de contratação e a proibição de concorrência desleal, dentre tantos outros.

Havia na vida social costumes, tradições, práticas com uma força obrigatória que os homens deviam acatar, mas sem que se pudesse dizer onde acabava o Direito e onde começava a Moral, ensina Inocêncio Galvão Telles¹³⁰, surgindo, na Idade Média, uma distinção teórica mais precisa; inicialmente com a Patrística, principalmente em Santo Agostinho, depois com a Escolástica, em São Tomás de Aquino. O Direito tendeu a compreender a Moral e a fortificá-la com sua estrutura, explica Telles, considerando essa tendência até certo ponto boa, por imprimir à Moral maior eficácia, mas ressaltando que não se confundiam as duas noções e assinalando que se deve ao gênio de São Tomás uma idéia que muitos, pelo desconhecimento da história do pensamento filosófico-jurídico, julgam ser original do jurisconsulto alemão, Jellineck, referindo-se à doutrina do mínimo ético como elemento de caracterização do Direito. Segundo ela, o Direito, no que se refere ao seu âmbito, representa um setor da Moral; é mais limitado do que esta; constitui aquele mínimo ético que se torna necessário legalizar e tornar jurídico, eis que a Moral proíbe mais do que o Direito, procurando fomentar a virtude máxima, enquanto que o Direito tem de contemporizar até certo ponto com a fraqueza humana, devendo contentar-se com um mínimo e reprimir apenas aqueles vícios de que a maior

¹³⁰ TELLES, Inocêncio Galvão. “Introdução ao Estudo do Direito”. Coimbra: Almedina, 1999, p. 412.

parte dos homens se abstêm, mormente os que redundariam em dano alheio, atos ilícitos, sem a proibição dos quais a sociedade correria o risco de naufragar.

Afirmando não haver dúvida de que a lei permite coisas que a moral proíbe, sem que isso envolva contradição entre as duas, sendo apenas o resultado da natureza do Direito como mínimo ético, Telles conclui que o Direito tem de ser menos exigente do que a Moral e impor menor número de limites ou restrições, que aparecem com uma gravidade maior, dada a sanção que as acompanha e a possibilidade do emprego da força física. Se, às vezes, o Direito permite aquilo que a Moral proíbe, isso significa que o primeiro abandona à jurisdição da segunda matéria que, pela sua menor importância social, entende não dever submeter ao rigor dos seus preceitos, afirma Telles, entendendo que a tendência para estabelecer um abismo profundo entre o Direito e a Moral vai-se esbatendo felizmente, sendo bom que assim aconteça, pois convém, quanto possível, que o Direito se moralize e também, até certo ponto, que a Moral se legalize, porque, moralizando-se, o Direito ganha um influxo ético que o enriquece; legalizando-se, a Moral adquire força maior. A Moral dirige-se ao homem e manda-lhe fazer o bem como forma de atingir a perfeição; por conseguinte, a Moral encara a conduta do homem, não nas suas relações com o seu semelhante, mas em si, isoladamente. A Moral é a regra da conduta individual; o Direito, a regra da conduta social. A Moral impõe ao indivíduo um modo de agir para que ele se aperfeiçoe; o Direito diz ao homem o que deve fazer no interesse dos outros, por isso a Moral decreta só deveres, ao passo que o Direito, em contrapartida dos deveres que estatui, reconhece direitos. Unilateralidade ali; bilateralidade aqui.

A violação da lei moral dá lugar a sanções éticas, como o remorso, a reprovação moral, o castigo divino; a violação da norma jurídica, deflagra sanções exteriores e mais enérgicas. Outro ponto diferencial está em que o

Direito é o mínimo ético, ou seja, o mínimo de prescrições, de limitações, que o legislador destacou das normas éticas e revestiu de sanção jurídica, para satisfazer necessidades supremas da convivência dos homens.

Para Caio Mário da Silva Pereira¹³¹, “o Direito é ideal e é técnica. Tem um objetivo a realizar e os meios de consegui-lo. Na sua essência, visa à perfectibilidade humana. Na sua forma, procura efetivar este sentido de perfeição. Reflete as tendências filosóficas dos povos e das idades, traduz os conceitos morais dominantes e enfeixa os meios de consegui-lo. Uma técnica a serviço de um ideal. Em todos os tempos houve o atraso e desconformidade da fórmula em relação ao ideal: este, mais avançado, incidindo sobre ela, vivificando-a, e às vezes combatendo-a; aquela, menos maleável, resistindo, porém cedendo sempre. Na sua evolução natural, o direito atinge um grau adiantado sem repelir a fase anterior, de tal forma que é uma ciência que dia a dia se adapta às contingências e reclamos, sem romper bruscamente com as tradições, afirmando a sua própria unidade”.

De acordo com Alf Ross¹³², em toda comunidade há uma tradição cultural viva que encontra expressão em idéias mais ou menos uniformes sobre a conduta que cumpre assumir numa dada situação, sendo que essas regras são sensivelmente vividas como regras morais, quando entram em conflito com desejos do indivíduo. Embora essas regras tenham uma origem social, sendo mais ou menos uniformes entre povos que vivem no mesmo meio social, constituem fenômenos individuais, e não se acham ligadas a normas de competência que instituem autoridades comuns capacitadas a determinar e estabelecer normas gerais ou autorizar sanções por conta da comunidade. Explica Ross que a palavra moral é, não raro, tomada num sentido mais amplo

¹³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Lesão nos Contratos”. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.102.

¹³² ROSS, Alf. “Direito e Justiça”. São Paulo: Edipro, 2003, p.89.

do que o indicado aqui, havendo uma tendência em chamar de morais todos os impulsos desinteressados que são experimentados com o timbre de validade ou sentimento de sentir-se obrigado.

Alf Ross¹³³ entende que “o problema da relação entre Direito e moral não pode ser formulado sob forma de uma comparação entre dois sistemas análogos de normas. Pelo contrário, é preciso mostrar como está relacionado o sistema institucional do Direito com as atitudes morais individuais que predominam na comunidade jurídica. Por outro lado, certas diferenças típicas se manifestam resultando numa difícil comparação real entre o Direito e a moral. As regras jurídicas tendem a ficar cristalizadas em conceitos que visam a lograr certeza e objetividade na administração da justiça. Este é um aspecto da idéia de justiça. Porém, as atitudes morais são o resultado da reação do indivíduo em situações concretas. O Direito e a moral diferem consideravelmente quanto aos seus efeitos na vida social. Visto que o Direito é um fenômeno social, uma ordem integrada comum que busca o monopólio da força, é sempre uma ordem para a criação de uma comunidade que colima a manutenção da paz. O propósito do Direito é a paz, na medida em que todo ordenamento jurídico, qualquer que seja o seu conteúdo, é produtor de paz – embora não passe de paz de prisão. A moral, por outro lado, é um fenômeno individual, podendo com a mesma facilidade arrastar os seres humanos ao conflito ou uni-los. Idéias morais conflitantes, por certo, podem constituir uma fonte de discórdia do tipo mais profundo, mais perigoso e menos controlável.”

Para Oscar Ermida Uriarte, por um ponto de vista menos individual, mais coletivo e objetivo, a ética é um conjunto de idéias, princípios e ideais que a sociedade imagina para si mesma, com o objetivo de afirmar o bem e negar o

¹³³ ROSS, Alf. “Direito e Justiça”. São Paulo: Edipro, 2003, p.90.

mal. Assim, a ética trata de relações humanas, do que faz uma pessoa com outra pessoa. Regula a nossa conduta.¹³⁴

Menezes Cordeiro¹³⁵ expõe que “as sociedades humanas primitivas comportavam, como é sabido, uma indiferenciação entre as várias ordens normativas hoje distintas, com a inclusão da Moral e do Direito. A autonomização deste, em sistema, pressupõe, como prévia, a catalogação de atuações jurídicas e postula, como motor, uma autoconsciência organizativa. Compreende-se, nestas condições, que Moral e Direito se cindam em função da História e de imperativos sócio-culturais, mais do que por obediência a naturezas internas particulares: ambas têm existência social, tomam a pessoa como referência e procuram objectivos considerados em termos apreciativos. Os escopos da Moral confluem no reforço da ordenação em que esta se inclui, representando uma cultura e uma organização global. A independência do Direito traduz exigências particulares que, dando a um sector normativo social um tratamento específico, deixam, o restante, numa situação inorgânica; a presença dessa independência exprime a incapacidade por parte do Direito, de esgotar todo o ordenamento social; o seu reconhecimento pelos juristas exprime uma desistência de regular todo o espaço humano e a admissão de bitolas diferentes das suas e, nessa medida, autônomas. Torna-se compreensível a indiferenciação alcançada quando, abdicando de perspectivas jurídicas, se intente contemplar a normatividade enquanto idéia ou quando se pretenda impor um pensamento totalitário que não tolere instâncias de controle exteriores e, como tais, sempre potencialmente críticas; a essa luz, a indiferenciação é desejável.”

¹³⁴ “Desde un punto de vista menos individual, más colectivo y objetivo, la ética es el conjunto de ideas, principios e ideales que una sociedad imagina para sí misma, con el objetivo de afirmar el bien y negar el mal. Así, la Ética trata de relaciones humanas: de qué hace la gente con otra gente. Regula la conducta entre nosotros”. URIARTE, Oscar Ermida. “Ética y Derecho del Trabajo”. No site: www.upf.edu/iuslabor/012006/Latinoamerica.OscarErmida2.html

¹³⁵ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. “Da boa fé no Direito Civil”. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 1166.

Destacando a importância da positividade do Direito em face da falta de capacidade especial de realização da Moral, Menezes Cordeiro cita “como critério último de distinção entre a Moral e o Direito – ou, em termos latos, entre este e as demais ordens não jurídicas – fica, pois, a positividade. O Direito exprime regras que, dogmaticamente elaboradas, podem aplicar-se a litígios sociais, através das instituições para tanto preparadas. O sistema compreende as suas próprias normas de reconhecimento que o habilitam, em cada momento histórico, a detectar as proposições que lhe pertencem. Existem outras áreas normativas e sociais, como a Moral, susceptíveis de valorar as condutas humanas, mas que ficam por aí: falta-lhes a capacidade especial de realização, na comunidade, de que desfruta a positividade jurídica.”

Reconhecendo a influência da Moral no Direito, prossegue Menezes Cordeiro, afirmando que “a proposta que assim se efetua não se confunde com as separações radicais, operadas entre o Direito e a Moral, por juspositivismos variados, uma vez que não nega o influxo da Moral sobre o Direito e, até, o papel daquela na formulação de regras positivas imprescindíveis em cada sociedade histórica, a que, por razões tradicionais, se poderá chamar de Direito Natural.”

7.4. Incorporação da boa-fé no mundo jurídico

Menezes Cordeiro menciona “as possibilidades de corporização do ético no jurídico, apreciando, a essa luz a oportunidade das remissões morais da boa fé”, explicando que “a boa fé surgiu, no palco jurídico, pela mão do pretor: este criou a própria expressão *bona fides*, como expediente técnico destinado a provocar efeitos precisos de Direito, como a inerência das exceções, os quais foram, também, engendrados numa dimensão jurídica pura. A noção, em difusão

horizontal, foi transposta para o domínio possessório, num expediente destinado a nominar um requisito novo da *usucapio*: a crença psicológica da regularidade da própria posição; também aqui nada há de moral, podendo mesmo contrapor-se a imoralidade da usucapião em si. A difusão vertical da boa fé no Direito romano vulgar, e a miscegenação, daí resultante, com a *aequitas* e outras noções, correspondendo a uma arremetida do pensamento retórico no sector, poderia, na verdade, ter concitado uma certa eticização do conceito; mas como todo o processo foi acompanhado pela perda da eficácia dispositiva da *bona fides*, diluída em termos de não comportar mensagens jurídicas capazes de solucionar quaisquer casos concretos, não houve, ainda então, uma verdadeira entrada, no Direito, de considerandos morais, através da boa fé. Esta situação conservou-se por longos séculos, na evolução subsequente: a manutenção da boa fé subjectiva como estado de ignorância”. Afirma o autor português que “ a elaboração do Direito é, assim, o aperfeiçoamento da Moral. Nesse sentido, tem interesse referenciar a eticização da ordem jurídica.”

O nosso Código Comercial de 1850, que esteve em vigor até ser revogado pelo novo Código Civil, já dispunha, em seu artigo 131, ao tratar da interpretação das cláusulas dos contratos mercantis, que “a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”. Assim, embora não seja muito conhecida, desde 1850, existe em nosso direito positivo regra sobre a boa-fé.

De acordo com Jesús González Pérez¹³⁶, a boa-fé incorpora o valor ético da confiança, representa uma das vias mais fecundas de irrupção de conteúdo ético-social no ordenamento jurídico. Serve de meio para a integração do

¹³⁶ PÉREZ, Jesús González .”El principio general de la buena fe en el derecho administrativo”. Madrid: Civitas, 2004, p.21-25.

ordenamento de acordo com a idéia de fidelidade e de crédito, ou de crença e confiança. A boa-fé supõe uma regra de conduta, um comportamento civilizado, uma conduta normal, reta e honesta, a conduta de um homem corrente, de um homem médio. Mede-se na relação concreta em que opera, assim como sucede com a noção de boa conduta. Não se faz referência ao comportamento geral da pessoa, mas sim à sua posição em uma concreta relação jurídica, em seu nascimento, no exercício dos direitos ou no cumprimento das obrigações em que se concretiza. A boa-fé significa que o homem crê e confia que uma declaração de vontade surtirá efeitos usuais no caso concreto, os mesmos efeitos que ordinária e normalmente são produzidos em casos análogos.

7.5. Conceito de boa-fé

De Plácido e Silva¹³⁷ apresenta no verbete boa-fé as seguintes considerações: “sempre se teve boa fé no sentido de expressar a intenção pura, isenta de dolo ou engano, com que a pessoa realiza o negócio ou executa o ato, certa de que está agindo na conformidade do direito, conseqüentemente, protegida pelos preceitos legais. Dessa forma, quem age de boa-fé está convencido de que o ato de que é agente, ou do qual participa, está sendo executado dentro do justo e do legal.”

7.6. A boa-fé como princípio ético

Tanto a boa-fé como os bons costumes são sempre uma via de comunicação do Direito com a Moral, afirma González Pérez, explicando que o Direito, que às vezes não absorve todas as exigências éticas do comportamento, mas sim as modifica, permitindo supor que algo seja juridicamente correto mas

¹³⁷ SILVA, De Plácido e. “Vocabulário Jurídico”. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.327.

moralmente recusável, em outras ocasiões, ao contrário, acolhe de modo expresso a moral.

O abuso de direito também mantém relação com o princípio da eticidade, já que o novo Código Civil prevê o ilícito para a pessoa que age em desrespeito à boa-fé, leciona Flávio Tartuce¹³⁸, ressaltando que a boa-fé prevista nesse caso é a de natureza objetiva, relacionada com a conduta leal e proba que se espera de todos os que vivem perante a coletividade, integradora sobretudo das relações negociais.

Considerando o disposto nos artigos 113, 187 e 422 do nosso novo Código Civil, que consagram o princípio da boa-fé, conclui-se que eles revelam nada mais que a adoção de um princípio ético pelo Direito.

Oscar Ermida Uriarte¹³⁹ ensina que se há uma noção jurídica obviamente vinculada com a ética e na qual é mais evidente sua fundamentação moral, essa é a de boa-fé. No entanto, é necessário realizar alguns ajustes. No particular, parece importante distinguir a boa-fé no princípio geral de Direito em geral e do Direito do Trabalho em particular, e a obrigação contratual de boa-fé na execução do contrato. A obrigação de negociar, um dos requisitos fundamentais para a existência de uma negociação coletiva bilateral e livre, responde

¹³⁸ TARTUCE, Flávio. “Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil”, in “Questões controvertidas no novo Código Civil”. V.2. São Paulo: Método, 2004, p.91.

¹³⁹ “Si hay una noción jurídica obviamente vinculada con la Ética y en la cual es más evidente su fundamentación moral, esa es la de la buena fe. Sin embargo, es necesario realizar alguna precisión. En particular, parece importante distinguir, por una parte, la buena fe en tanto principio general del Derecho todo y del Derecho del trabajo en particular, a lo cual nos referiremos más adelante, y por otra parte, la obligación contractual de buena fe en la ejecución del contrato. La obligación de negociar, uno de los requisitos fundamentales para la existencia de una negociación colectiva bilateral y libre, responde claramente a una preocupación ética que se pone más en evidencia cuando este instituto se denomina obligación de negociar de buena fe.”

“Este principio general de buena fe forma parte del componente ético del Derecho todo, al punto de constituir uno de los “criterios éticos de validez jurídica”. La conexión de la buena fe con la Ética es tan obvia como firme o sólida. Por una parte, la buena fe es un factor de moralización del derecho que apunta a la justicia. Asimismo, la buena fe se remonta a los más antiguos y persistentes preceptos jurídicos, como por ejemplo y obviamente, el de *pacta sunt servanda*.” URIARTE, Oscar Ermida. “Ética y Derecho del Trabajo”

claramente a uma preocupação ética, que fica mais em evidência quando esse instituto se denomina obrigação de negociar de boa-fé.

Prossegue Uriarte afirmando que esse princípio geral de boa-fé faz parte do componente ético do Direito em geral, ao ponto de constituir um dos critérios éticos de validade jurídica. A conexão da boa-fé com a ética é tão óbvia como firme ou sólida. De uma parte, a boa-fé é um fator de moralização do Direito que aponta para a Justiça. Assim, a boa-fé remonta aos mais antigos e persistentes preceitos jurídicos, como, por exemplo, e obviamente, o de *pacta sunt servanda*.

7.7. Funções dos princípios

Américo Plá Rodríguez¹⁴⁰ explica que os princípios de Direito cumprem tríplice função, quais sejam, informadora, porque inspiram o legislador, servindo de fundamento para o ordenamento jurídico; normativa, vez que atuam como fonte supletiva, no caso de ausência da lei, sendo meios de integração de direito, e interpretadora, operando como critério orientador para o juiz ou intérprete. Para Plá Rodríguez, nem sempre os princípios cumprem na mesma medida e com a mesma intensidade esse tríplice papel. Ele salienta, ainda, que o ponto mais discutido tem sido o de saber se os princípios de Direito do Trabalho cumprem função normativa, se podem ou não ser considerados fontes do direito, sendo seu entendimento que existe mútua influência entre as normas vigentes e os princípios informadores, sendo recíproca a implicação. Entende que ainda que os princípios inspirem, informem, elaborem o conteúdo do direito positivo, estão, de certo modo, condicionados por este.

www.upf.edu/iuslabor/012006/Latinoamerica.OscarErmida2.htm

¹⁴⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. “Princípios de Direito do Trabalho”. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p.18.

Resumindo os resultados já consolidados com relação à teoria dos princípios na presente fase do pós-positivismo, Paulo Bonavides¹⁴¹ expõe que “houve a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica, a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.”

Os princípios integram o Direito, são elementos integrantes do ordenamento jurídico, exercendo distintas funções, como leciona Mauricio Godinho Delgado¹⁴², citando a função interpretativa (também chamada descritiva ou informativa); a função normativa subsidiária (ou supletória); e, finalmente, a função normativa própria (ou função normativa concorrente), ressaltando que essas funções, embora distintas, são exercidas pelos princípios muitas vezes de modo simultâneo, no mesmo processo de apreensão, compreensão e aplicação do Direito.

Godinho explica que “a mais comum e recorrente dessas funções é a descritiva ou interpretativa (ou, ainda, informativa), atada ao processo de revelação e compreensão do próprio Direito”, caso em que os princípios

¹⁴¹ BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional”. São Paulo: Malheiros, 2002, p.265.

¹⁴² DELGADO, Mauricio Godinho. “Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho”. São Paulo: LTr, 2004, p.15-22..

cumprem sua função mais clássica e recorrente como veículo de auxílio à interpretação jurídica; a função normativa supletória dos princípios, ocorrida em situações de lacuna nas regras legais de Direito, é mais rara do que a função interpretativa, mas é citada de modo expreso nas nossas leis, como, por exemplo, quando a lei autoriza o recurso pelo juiz, à integração jurídica (artigo 8º da CLT; artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil; artigo 126 do CPC); a função normativa própria, ou função fundamentadora dos princípios pressupõe o reconhecimento doutrinário de sua natureza de norma jurídica efetiva, e não de simples enunciado programático não vinculante, segundo essa função os princípios desempenhariam papéis conexos, agindo a clássica função interpretativa em concurso com a função normativa, ajustando as regras do Direito ao sentido essencial de todo o ordenamento, podendo-se falar em uma função simultaneamente interpretativa/normativa, como resultado da associação das duas funções específicas (a descritiva e a normativa) que agem em conjunto, fusionadas, no processo de compreensão e aplicação do Direito.

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico, afirma Paulo Bonavides¹⁴³, ressaltando que os princípios são normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais”, enfatizando que “os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo, ou seja, é graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”.

¹⁴³ BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional”. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.259.

Paulo Bonavides¹⁴⁴ cita como funções dos princípios, a fundamentadora (os princípios jurídicos possuem a função de ser fundamento da ordem jurídica), a interpretativa (orientadora do trabalho interpretativo), a supletiva (com eficácia derogatória e diretiva), a integrativa (função de fonte, em caso de insuficiência da lei e do costume), a diretiva (servindo de diretrizes para a interpretação e aplicação das normas) e a limitativa. Para Bonavides, os princípios fazem a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo, vez que postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se ao grau de norma das normas, de fonte das fontes, sendo qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição, considerando, ainda, que essa posição de supremacia se concretizou com a jurisprudência dos princípios, que outra coisa não é senão a mesma jurisprudência de valores.

7.8.Princípios da negociação coletiva

Inicialmente, pertinente mencionar a Teoria Geral do Direito do Trabalho desenvolvida por Everaldo Gaspar Lopes de Andrade¹⁴⁵. Partindo da idéia segundo a qual é possível a convivência entre os cidadãos que professam distintas morais, sempre que seja possível compartilhar uns mínimos axiológicos e normativos que permitam a convivência dos máximos éticos, ele lança os fundamentos legitimadores de uma Teoria Geral do Direito do Trabalho adaptada à pós-modernidade, apontando outros princípios e reforçando o processo negocial como fonte prioritária desse ramo do Direito. Segundo Andrade, são princípios do Direito do Trabalho, “o Princípio da Prevalência das Relações Sindicais sobre as Relações Individuais; o Princípio da Democratização da Economia e do Trabalho Humano; o Princípio da Proteção

¹⁴⁴ ob.cit., p.225-227.

¹⁴⁵ ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. “Direito do Trabalho e Pós-Modernidade: fundamentos para uma teoria geral”. São Paulo: LTr, 2005, p.351-371.

Social; o Princípio do Direito do Trabalho como Categoria de Direito Humano Fundamental; o Princípio da Prevalência do Processo Negocial de Formação da Norma sobre o Processo Estatal dentro de uma Comunidade Real de Comunicação”.

A seguir, procura-se sintetizar o significado de tais princípios, lembrando que o objetivo da obra de Andrade foi “reescrever o Direito do Trabalho, dentro do novo espaço societário onde transita a humanidade, e fundamentá-lo a partir de uma outra pauta hermenêutica, e uma concepção teórico-filosófica contemporânea”.

O Princípio da Prevalência das Relações Sindicais sobre as Relações Individuais trata-se de uma perspectiva inovadora do Direito do Trabalho, pressupondo uma inversão de valores, a elaboração de regras de convivência que atendam aos interesses de todos os que estão implicados na sociedade do trabalho contemporâneo, para permitir que esse ramo do Direito assumira um caráter efetivo de universalidade, cuidando do reconhecimento de que as relações sindicais sobrepõem-se às relações individuais, eis que as relações individuais decorrem das relações coletivas ou sindicais e não o inverso.

O Princípio da Democratização da Economia e do Trabalho Humano implica no reconhecimento do trabalho livre e não do trabalho subordinado como pressuposto fundamental da vida humana, vinculando o desenvolvimento econômico à equidade, objetivando a constituição de uma liberdade real sincronizada com a dignidade humana, sendo essa a concepção moderna de justiça social.

O Princípio da Proteção Social, que deve surgir da força das organizações coletivas e de uma proposta econômica adaptada à sociedade pós-industrial, tem

a finalidade de atender indistintamente a todos os cidadãos que vivem ou pretendem viver de uma renda ou de um trabalho dignos, sobretudo do trabalho livre, com o objetivo de incluir os excluídos da sociedade do conhecimento (construída tão somente para os que possuem trabalho formal e que exige dos mesmos um treinamento e uma capacitação permanentes), permitindo sua inserção em modos de vida e de trabalho específicos da pós-modernidade, protegendo-os por meio de mecanismos de seguridade social, correspondendo à promoção de uma radical distribuição de rendas e riquezas.

O Princípio do Direito do Trabalho como Categoria de Direito Humano Fundamental cuida de considerar o Direito do Trabalho como Direito Humano Fundamental, como direito que lida com a preservação da vida, da própria existência, sendo imprescindível para adaptá-lo às novas exigências sociais e fazê-lo contemporâneo e restaurado, a partir da escolha de um trabalho livre, criativo e que dignifique a pessoa humana. Partindo-se desse princípio, tem-se a negociação coletiva trabalhista como direito fundamental dos trabalhadores.

O Princípio da Prevalência do Processo Negocial de Formação da Norma sobre o Processo Estatal considera que a construção efetiva de uma comunidade ideal de comunicação, depende da reconstrução da autonomia privada coletiva, a qual aponta para um novo modelo de sindicato que se proponha a articular a sociedade do trabalho em toda a sua plenitude, o que implica negar a postura exclusivista de representação e condicionada aos trabalhadores subordinados rumo à conquista de um espaço geográfico além do que fora concebido pela Nação-Estado e seus rígidos princípios de soberania e territorialidade, porque a economia se estabelece nessa dimensão, a partir de uma competição transnacional, com estruturas organizacionais descentralizadas e os negócios e transações instituem-se cada dia mais por meio da rede mundial de computadores, sendo que a manutenção de um discurso comunicativo

direcionado à produção de normas limitadas a espaços locais significa preservar a unilateralidade conquistada pelos detentores dos meios de produção, desarticular ainda mais a sociedade do trabalho e legitimar sua acelerada fragmentação.

Esclarecendo que os princípios “não necessariamente se materializam no ordenamento, na forma de regras”, José Cláudio Monteiro de Brito Filho¹⁴⁶ elenca os seguintes princípios da negociação coletiva: “o princípio da boa-fé, significando que a negociação deve dar-se com as partes atuando pautadas em padrões éticos, com lealdade”; “o princípio do dever de informação, que impõe à parte a obrigação de negociar dando conhecimento à outra das informações necessárias para que a discussão da matéria que é objeto da negociação possa ser travada à luz de um real conhecimento das partes sobre suas respectivas situações e condições”, lembrando que “o dever de informar gera o dever de preservar as informações, sob pena de uma das partes causar prejuízos à outra, com a divulgação incoseqüente das informações recebidas”; o princípio da razoabilidade, mediante o qual “as partes devem negociar dentro de sua realidade, não formulando pleitos que não possam ser implementados, nem por outro lado, recusando-se a aceitar o que está dentro de suas possibilidades”; e o princípio do respeito à finalidade da negociação, a qual “deve ser encarada como meio de solucionar um conflito, pelo que deve ser considerada a negociação como um dever que deve ser cumprido toda vez que se fizer necessário”.

A negociação coletiva possui determinados princípios que lhe são imanentes; os quais quase sempre não estão escritos, mas estes postulados éticos ou normas de conduta das partes permeiam, de fato, o processo negocial e imprimem-lhe, a cada exercício, um conteúdo pedagógico que progressivamente

¹⁴⁶ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. “Direito Sindical”. São Paulo: LTr, 2000, p.182-183.

o aperfeiçoa. João de Lima Teixeira Filho¹⁴⁷ cita o princípio da boa-fé, que se revela “na disposição da parte para negociar, analisar propostas adequadamente formuladas e, também, com muita freqüência, no modo pelo qual o acordo ou a convenção coletiva de trabalho é redigido”; o direito de informação, necessário “para que o sindicato dos trabalhadores possa formular a pauta de reivindicações, a fim de iniciar a negociação”, conhecendo “as reais condições da empresa e a capacidade desta de assumir determinados pleitos que a categoria julga cabíveis”, ressaltando, que “a informação deve guardar pertinência com as matérias postas em negociação”; o princípio da razoabilidade, porque “compromete a eficácia do processo negocial a formulação de pleitos que não têm a mínima condição de serem atendidos, assim como a apresentação de contraproposta pela empresa muito aquém das suas reais possibilidades de dar a justa recompensa aos trabalhadores na negociação coletiva” e o princípio da paz social, que consiste “na trégua implicitamente assumida pelas partes ao assinarem o instrumento normativo que compõe os interesses transacionados na negociação coletiva concluída com sucesso”, salientando que essa última regra não prevalece quando o cenário econômico sofre modificações supervenientes, que gerem desequilíbrio das prestações pactuadas, caso em que a paz social ficará comprometida, se a negociação não for reaberta para que seja restabelecido o equilíbrio da equação ajustada pelos interlocutores sociais.

A respeito do princípio de paz social, interessante anotar o entendimento de Gino Giugni¹⁴⁸, para quem o dever de paz consiste no compromisso sindical de “não recorrer à ação direta e não organizar agitações para conseguir a modificação do contrato antes de seu término ou antes que suceda acontecimento resolutivo do mesmo”, ressaltando que a obrigação de trégua é relativa apenas às questões sobre as quais foi feito o acordo, excluindo os pontos

¹⁴⁷ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. “Instituições de Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1993, p. 1047.

¹⁴⁸ GIUGNI, Gino. “Direito Sindical”. São Paulo: LTr, 1991, p.128-130

de conflito sobre os quais ainda não se chegou a consenso. Para Giugni, a cláusula de trégua, ainda que expressa, não faz existir um ato de disposição do direito de greve, porque os sindicatos não são titulares desse direito e não podem dele dispor, na qualidade de representantes de direito, cujo titular exclusivo é o trabalhador individualmente considerado.

Hugo Gueiros Bernardes¹⁴⁹ trata dos princípios da negociação coletiva esclarecendo que, em razão de ser a negociação coletiva um fato social economicamente relevante, que produz composição de interesses, esses princípios possuem importância maior no plano ético, do que propriamente no plano jurídico, porque as partes negociadoras devem adotar mutuamente um comportamento ético adequado à vontade de conciliar. Para Bernardes, “é precisamente dessa exigência de um espírito de transação que se constrói a ética da negociação”, eis que a natureza dinâmica do Direito do Trabalho, que exige a negociação coletiva como técnica mais eficiente e rápida do que a lei para resolver conflitos e criar direitos e obrigações de interesse das partes, exige também especial disciplina ética do comportamento dessas mesmas partes na negociação, afirmando que “devemos considerar antes de tudo, e acima de quaisquer requisitos legais, a boa-fé, essencial à manifestação de vontade e à eficácia da conduta das partes em qualquer contrato, porque é pressuposto de sua lealdade negocial e condição de confiança recíproca no propósito de cumprir o contratado”. Para Bernardes, “o princípio da boa-fé ou da lealdade significa que as partes se obrigam a negociar de boa-fé e proceder com lealdade em todos os seus entendimentos assim como na execução do que for acordado”, sendo seu efeito prático e literal, “sancionar a prática de má-fé ou desleal”.

¹⁴⁹ BERNARDES, Hugo Gueiros. “Relações Coletivas de Trabalho”. “Princípios da Negociação Coletiva”. São Paulo: LTr, 1989, p. 358-369.

O princípio da boa-fé produz as seguintes conseqüências, segundo Bernardes: a) o dever formal de negociar, que obriga as partes a examinarem as propostas recíprocas e formular contrapropostas; b) a necessidade de haver acordo prévio envolvendo a finalidade e o alcance da negociação, para comprometer o empregado com a produtividade na empresa e o empregador com a melhoria das condições de vida e de trabalho dos empregados; c) a impossibilidade de invocação de prejuízo como objeção a uma cláusula sem a demonstração de que esse prejuízo também é o resultado da negociação globalmente considerada em seu resultado final, proposto ou aceito (essa conseqüência é conhecida como princípio do conglobamento), sendo também indevida a proposição de uma cláusula prejudicial ao trabalhador sem a demonstração de que, no conjunto, as vantagens líquidas compensam os prejuízos.

Maurício Godinho Delgado¹⁵⁰ inclui o princípio da lealdade e boa-fé na negociação coletiva entre os princípios do Direito Coletivo do Trabalho que ele classifica em: a) princípios assecuratórios das condições de emergência e afirmação da figura do ser coletivo (princípios da liberdade associativa e sindical e da autonomia sindical); b) princípios que tratam das relações entre os seres coletivos obreiros e empresariais, no contexto da negociação coletiva (princípio da interveniência sindical na normatização coletiva, princípio da equivalência dos contratantes coletivos e o princípio da lealdade e transparência nas negociações coletivas, que é outro nome para o princípio da lealdade e boa-fé na negociação coletiva); c) princípios que tratam das relações e efeitos perante o universo e comunidade jurídicos das normas produzidas pelos contratantes coletivos (princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva e o princípio da adequação setorial negociada).

¹⁵⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. “Direito Coletivo do Trabalho”. São Paulo: LTr, 2003, p.41-42.

Godinho, ao tratar do princípio da boa-fé e transparência nas negociações coletivas, explica que o mesmo vincula-se ao princípio da equivalência dos contratantes coletivos, eis que visa assegurar condições efetivas de concretização da equivalência teoricamente assumida entre os sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho. Afirma que as duas faces do princípio, lealdade e transparência, são premissas essenciais ao desenvolvimento democrático e eficaz do próprio processo negocial coletivo, eis que o Direito Coletivo objetiva formular normas jurídicas, e não apenas cláusulas contratuais, razão pela qual a lealdade e o acesso a informações inscrevem-se no núcleo de sua evolução. Godinho ressalta que a responsabilidade social de se produzirem normas, e não meras cláusulas, leva à necessidade de clareza quanto às condições subjetivas e objetivas envolvidas na negociação. A privacidade prepondera na pactuação de negócio jurídico entre indivíduos, mas o negócio jurídico coletivo no exercício da autonomia privada coletiva exige transparência, ou seja, completo acesso às informações adequadas à formulação de normas compatíveis com o segmento social envolvido.¹⁵¹

A negociação coletiva baseou-se sempre no princípio de contradição entre as partes intervenientes, mas, na atualidade, esse princípio deixou de ser intocável, afirma Alfredo J. Ruprecht¹⁵² ao informar o surgimento do princípio da cooperação, que objetiva suavizar as contradições entre capital e trabalho, propiciando que se torne tolerável o antagonismo.

Em matéria de negociação coletiva, o fundamental é “fixar mecanismos legais que garantam a eficácia da autonomia contratual”, assevera Otavio Pinto Silva¹⁵³, explicando que as partes são livres para propor e aceitar, mas essa

¹⁵¹ DELGADO, Mauricio Godinho. “Direito Coletivo do Trabalho”. São Paulo: LTr, 2003, p.55-56.

¹⁵² RUPRECHT, Alfredo J. “Relações Coletivas de Trabalho”. São Paulo: LTr, 1995, p.261-263.

¹⁵³ SILVA, Otavio Pinto e. A Contratação Coletiva como fonte do Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1998, p.108-109

liberdade deve sofrer algumas limitações que interfiram no dever de negociar. Otavio enumera exemplos desses mecanismos, conforme citação feita por Antonio Menezes Cordeiro, com base no que contém a legislação portuguesa a respeito de relações coletivas de trabalho: a) as entidades destinatárias da proposta de convênio coletivo devem responder em certo prazo; b) qualquer rejeição deve ser acompanhada de competente contraproposta; c) as negociações diretas devem ter início em um prazo determinado, subsequente à recepção da resposta à proposta; d) as partes devem respeitar, no processo de negociação coletiva, o princípio da boa-fé; e) os representantes das partes devem fazer oportunamente as necessárias consultas aos indivíduos cujos interesses representam, mas não podem invocar essa necessidade para obterem a suspensão ou interrupção do curso do processo; f) devem ser mutuamente prestadas as informações solicitadas, sem prejuízo para as defesas dos respectivos interesses, não podendo contudo ser negados os relatórios e contas das empresas já publicados e, em qualquer caso, os dados sobre o número de trabalhadores envolvidos no processo, que se situam no âmbito de aplicação do acordo a celebrar.

Especificamente sobre a boa-fé, Otavio menciona que “a boa-fé não conduz, de forma alguma, a que as partes desamparem os interesses que representem ou que enfraqueçam as suas defesas; na verdade a boa-fé apenas impõe a obrigação de negociar efetivamente, procurando conduzir a um consenso e prevenindo atitudes alheias à busca séria de um acordo ou comportamentos suscetíveis de gerar efeitos contraproducentes ou que surjam estranhos ao procedimento em curso”.

O princípio da boa-fé, para Carlos Roberto Gonçalves¹⁵⁴, exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato, guardando relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza e recomendando ao juiz que assuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega. Isso significa, segundo Gonçalves, que o juiz deve, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.

Gonçalves¹⁵⁵ esclarece que o princípio da boa-fé se biparte em boa-fé subjetiva, também chamada de concepção psicológica da boa-fé, e boa-fé objetiva, também denominada concepção ética da boa-fé. A boa-fé é tanto forma de conduta (subjetiva ou psicológica) como norma de comportamento (objetiva), sendo que, nesta última acepção, está fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses do outro contratante, especialmente no sentido de não lhe sonegar informações relevantes a respeito do objeto e conteúdo do negócio. Para aplicação da boa-fé subjetiva, o intérprete deve considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico a sua convicção íntima.

O princípio da boa-fé, afirma Adriana Mandim Theodoro de Mello¹⁵⁶, é entendido como dever de cada contratante conduzir-se de forma a permitir que a relação contratual atinja os seus fins sócio econômicos respeitada a equação econômica instituída pelas partes em convenção livre.

¹⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. “Direito Civil Brasileiro”. São Paulo: Saraiva, 2004, p.33-39

¹⁵⁵ ob.cit.

¹⁵⁶ MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. “A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro”. São Paulo: RT 801/11, p.11-30

8.Boa-fé no ordenamento jurídico infraconstitucional: Código Civil e Código do Consumidor

8.1.A boa-fé no Código Civil

No Código Civil, a boa-fé objetiva é tratada em três dispositivos: no artigo 113 (“Os negócios devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”), no artigo 187 (“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”) e no artigo 422 (“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”).

8.2. Boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva

Em comentário ao artigo 422 do Código Civil, Maria Helena Diniz¹⁵⁷ esclarece que a boa-fé subjetiva é atinente ao fato de se desconhecer algum vício do negócio jurídico, enquanto que a boa-fé objetiva, prevista no citado artigo 422, é alusiva a um padrão comportamental a ser seguido baseado na lealdade, impedindo o exercício abusivo de direito por parte dos contratantes, no cumprimento não só da obrigação principal, mas também das acessórias, inclusive do dever de informar, de colaborar e de atuação diligente, ressaltando que, “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no artigo 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa. Esse artigo não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós contratual. A cláusula geral contida no artigo 422 do novo Código Civil impõe ao juiz

¹⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. “Código Civil Anotado”. São Paulo: Saraiva, 2004, p.354-355.

interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes, incompatível com conduta abusiva, tendo por objetivo gerar, na relação obrigacional, a confiança necessária e o equilíbrio das prestações e da distribuição de riscos e encargos, ante a proibição de enriquecimento sem causa.”

Relacionando boa-fé com a necessidade de lealdade e confiança entre as partes contratantes, Everaldo Gaspar Lopes de Andrade¹⁵⁸ leciona que “boa-fé no sentido amplo, em seu aspecto jurídico, quer no seu aspecto objetivo, de fiel cumprimento das obrigações contratuais estabelecidas, quer no seu aspecto subjetivo, de dever moral, caracteriza-se pelo elemento confiança que deve nortear as relações trabalhistas. Se todo contrato vincula as partes reciprocamente, criando para ambas direitos e obrigações, pressupõe-se que estejam imbuídas do melhor propósito de cumprir fielmente as suas atribuições. Atribuições aqui encaradas também no sentido mais amplo, desde o seu aspecto filosófico ou moral. Correspondendo, em suma, ao dever de lealdade, traduzido no elemento confiança, na convicção de que as partes agirão sempre com honestidade”.

Cuidando do princípio da eticidade presente no novo Código Civil, João José Sady¹⁵⁹ explica que o conceito de boa-fé possui vários significados, sendo que a boa-fé subjetiva “consiste na íntima convicção do contratante no sentido de que está a pactuar um negócio legítimo, sem qualquer intenção de lesar a outra parte ou sem desconfiar de que está a ser lesado por alguma maneira”; a boa-fé como lealdade “consiste no comportamento concreto dos contratantes no

¹⁵⁸ ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. “Curso de Direito do Trabalho”. São Paulo: Saraiva, 1992, p.27.

¹⁵⁹ SADY, João José. “A boa-fé objetiva no novo Código Civil e seus reflexos nas relações jurídicas trabalhistas”. In Revista do Advogado, da Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXIII, n. 70, julho de 2003, p. 45

sentido de pautar-se pelo respeito à regra de honestidade que deve presidir os negócios jurídicos, abstendo-se de praticar qualquer ato que possa maliciosamente vir a prejudicar a outra parte”; a boa-fé como conduta, ou boa-fé objetiva, “consiste em cumprir escrupulosa e rigorosamente as condições estatuídas no que foi contratado, com o integral atendimento às obrigações reciprocamente assumidas”; e, finalmente, a boa-fé como condicionante econômica “consiste em que, objetivamente, o contrato deve ser economicamente equilibrado, não favorecendo de forma desmedida uma das partes”. O princípio da eticidade anunciado pelo novo Código Civil, pode ser lido a partir de todas essas variações, afirma Sadi, ressaltando que, embora a maioria desses conceitos já fossem bem conhecidos e considerados nos pretórios trabalhistas, a positivação do princípio é sempre um avanço no sentido de aprofundar as garantias, sendo que a grande novidade está no aspecto de vislumbrar o equilíbrio econômico do contrato como um dos pilares da eticidade.

Ensina Menezes Cordeiro¹⁶⁰ que a boa-fé possui conceito, em si, vago e indeterminado, não oferecendo dúvidas a sua qualificação, muito focada, como conceito indeterminado e, nessa medida, necessitando de concretização e valoração: uma referência à boa-fé, por si só, não estabelece uma comunicação suficiente para solucionar casos concretos. Assim sucede no domínio da boa-fé objetiva e no da própria subjetiva: apenas tendo em conta a regulação cabal em jogo no caso a decidir e as características deste próprio, é possível determinar se os deveres de indagação e de cautela, em que ela assente, foram acatados. Perguntando pela natureza da indeterminação da boa fé, ocorre, de imediato, a sua vaguidade e, possivelmente, o seu esvaziamento. Há que distinguir. A boa-fé subjetiva, sendo um conceito vago, não é vazio: ela comporta, por si, vários

¹⁶⁰ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. “Da boa fé no Direito Civil”. Coimbra: Almedina, 2001, p.1250-1251.

elementos comunicativos, importantes quando da concretização. A boa-fé objetiva já foi, em períodos largos da sua história, um conceito vazio, mas a boa fé objetiva, embora com vaguidade maior do que a subjetiva, não pode ser considerada como vazia.

De acordo com Menezes Cordeiro¹⁶¹, a confiança é um fator presente na boa-fé: “nas suas manifestações subjetiva e objetiva, a boa-fé está ligada à confiança: a primeira dá, desta o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica. Ambas, por fim, carregam as razões sistemáticas que se realizam na confiança e justificam, explicando a sua dignidade jurídica e cuja projeção transcende o campo civil. A facilidade denotada na determinação dos pressupostos e das conseqüências da confiança, bem como no fixar da sua extensão, urge como corolário do método preconizado e atuado na parte institucional: abdicando de desenvolvimento centrais ou de considerações metafísicas, há que aprender o fenômeno nas suas manifestações concretas. O acesso a níveis justificativos explicativos mais profundos requer uma construção no plano do sistema. Fica, no entanto, já assente a realidade da confiança como um dos fatores materiais da boa-fé.”

Assim, a boa-fé objetiva, também denominada boa-fé lealdade, significa o dever de agir de acordo com determinados padrões socialmente recomendados, de atuar com correção, lisura e honestidade. Trata-se de uma regra de conduta, pautada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses legítimos e expectativas razoáveis do outro, visto como um membro do conjunto social.

¹⁶¹ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. “Da boa fé no Direito Civil”. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1250-1251.

Alvaro Villaça¹⁶² entende que a boa-fé objetiva constitui “um estado de espírito, que leva o sujeito a praticar um negócio em clima de aparente segurança. Assim, desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, bem como cláusulas leoninas, só em favor de um dos contratantes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa”.

Villaça afirma que “a boa-fé objetiva enseja, ainda, a caracterização de inadimplemento mesmo quando não haja mora ou inadimplemento absoluto do contrato. É o que a doutrina moderna denomina violação positiva da obrigação ou do contrato. Assim sendo, quando o contratante deixa de cumprir alguns deveres anexos, por exemplo, esse comportamento ofende a boa-fé objetiva e, por isso, caracteriza inadimplemento do contrato”.

Carlos Roberto Gonçalves¹⁶³ entende que o artigo 422 do Código Civil é uma norma legal aberta e que, com base no princípio ético que ela acolhe, fundado na lealdade, confiança e probidade, cabe ao juiz estabelecer a conduta que deveria ter sido adotada pelo contratante, naquelas circunstâncias, levando em conta ainda os usos e costumes. Estabelecido esse modelo criado pelo juiz para a situação, cabe confrontá-lo com o comportamento efetivamente realizado, concluindo que, se houver contrariedade, a conduta é ilícita porque violou a cláusula da boa-fé, assim como veio a ser integrada pela atividade judicial naquela hipótese. Somente depois dessa determinação, com o preenchimento do

¹⁶² VILLAÇA, Álvaro. “Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos”. São Paulo: Atlas, 2002, p. 26.

¹⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. “Direito Civil Brasileiro”. São Paulo: Saraiva, 2004, p.33-39

vazio normativo, será possível precisar o conteúdo e o limite dos direitos e deveres das partes.

Esse é também o entendimento da Conclusão n.26 da Jornada de Direito Civil (STJ-CJF), que trata da atividade do juiz e dos critérios que são impostos às partes pela boa-fé objetiva, citada por Gonçalves: “A cláusula geral contida no artigo 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”.

8.3. Enunciados da Jornada de Direito Civil (STJ-CJF)

A Jornada de Direito Civil é um evento em que se reúnem estudiosos do Direito, tais como juízes, promotores, professores, defensores, advogados e assessores, com a finalidade de discutir e aprovar propostas apresentadas previamente pelos participantes acerca de temas específicos do novo Código Civil.

Dentre esses Enunciados, que não possuem força vinculativa, mas representam o pensamento e as orientações de especialistas em Direito Civil, existem, alguns pertinentes ao tema ora desenvolvido, podendo ser mencionados os Enunciados de números 24, 25, 27, aprovados na Jornada de Direito Civil, promovida em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

24 - Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

25 - Art. 422: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

26 - Art. 422: a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

27 - Art. 422: na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.

8.4. Proposta de alteração do artigo 422 do Código Civil

Há em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 6.960/2002, da Câmara dos Deputados, apresentado pelo Deputado Ricardo Fiuza, no qual se propõe a alteração do artigo 422 do Código Civil, que passaria a ter a seguinte redação: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusões do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e equidade.”

8.5. Boa-fé no Código Civil, segundo Nelson Nery: cláusulas gerais, princípios gerais de direito e conceitos legais indeterminados

Para Nelson Nery Junior, o Código Civil está impregnado de cláusulas gerais, que se caracterizam como fonte de direitos e de obrigações, sendo necessário conhecer o sistema de cláusulas gerais para que se possa entender a dinâmica de funcionamento e de regramento do Código Civil no

encaminhamento e nas soluções dos problemas que o Direito privado apresenta. Há uma verdadeira interação entre as cláusulas gerais, os princípios gerais de Direito, os conceitos legais indeterminados e os conceitos determinados pela função, sendo que a solução dos problemas reclama atuação conjunta desse arsenal.

Nelson explica que princípios gerais de Direito são regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico, podendo ser ou não positivados (previstos expressamente em lei), mas normalmente não são positivados, mas sim regras estáticas que necessitam de concreção, tendo como função principal auxiliar o juiz no preenchimento de lacunas (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 126 do Código de Processo Civil).

Os primórdios dos princípios gerais de Direito encontram-se nos preceitos romanos *honeste vivere, laterum non laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não causar dano a outrem e dar a cada um o que é seu), afirma Nery, explicando que quando determinado princípio geral de Direito é incluído no direito positivo, deixa de ser princípio geral e passa a ser caracterizado como cláusula geral, ou seja o princípio ao ser positivado passa a ser norma jurídica, deixando de ser regra de interpretação. A cláusula geral tem conteúdo normativo, sendo fonte de direitos e de obrigações.

Nelson Nery informa que prefere a expressão conceitos legais indeterminados a conceitos jurídicos indeterminados, porque a indeterminação está na norma e não na forma, ou seja, a indeterminação é das expressões de que se compõe o conceito legal. Ele define conceitos legais indeterminados como palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, sendo que, por isso mesmo, esse conceito é abstrato e lacunoso, cabendo ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à

norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto. Preenchido o conceito legal indeterminado, a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora. Os conceitos legais indeterminados distinguem-se das cláusulas gerais pela finalidade e eficácia, porque a lei enuncia o conceito indeterminado e dá as conseqüências dele advindas.

Um exemplo de conceito legal indeterminado citado por Nery é a atividade de risco, para caracterizar responsabilidade objetiva, prevista no artigo 927, parágrafo único do Código Civil, em que o preenchimento de sua indeterminação será feito pelo juiz por meio de valores éticos, morais, sociais, econômicos e jurídicos, o que transforma o conceito legal indeterminado em conceito determinado pela função.

De acordo com Nelson Nery, os conceitos legais indeterminados se transmudam em conceitos determinados pela função que têm de exercer no caso concreto, servindo para propiciar e garantir a aplicação correta, eqüitativa do preceito ao caso concreto. No conteúdo da idéia de boa-fé (CC 422), está implícita a determinação funcional do conceito, como elemento de previsão, pois o juiz deve dar concreção ao referido conceito, atendendo às peculiaridades do que significa boa-fé no caso concreto, ou seja, o juiz torna concretos os denominados conceitos legais indeterminados, determinando-os pela função. Logo, os conceitos determinados pela função são, na verdade, o resultado da valoração dos conceitos legais indeterminados, pela aplicação e utilização, pelo juiz, das cláusulas gerais.

Para Nery, as cláusulas gerais possuem significação paralela aos conceitos legais indeterminados, sendo normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão

liberdade para decidir. Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois os conceitos legais indeterminados já possuem sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar referida solução, enquanto que as cláusulas gerais, ao contrário, se forem diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto.

A função das cláusulas gerais é dotar o sistema interno do Código Civil de mobilidade, mitigando as regras mais rígidas, além de atuar de forma a concretizar o que se encontra previsto nos princípios gerais de Direito e nos conceitos legais indeterminados, prestando-se, ainda, para abrandar as desvantagens do estilo excessivamente abstrato e genérico da lei. Para tanto, as cláusulas gerais passam necessariamente pelos conceitos determinados pela função. O juiz exerce papel de suma importância no exercício dos poderes que derivam das cláusulas gerais, porque ele instrumentaliza, preenchendo com valores, o que se encontra abstratamente contido nas referidas cláusulas gerais.

Como dito anteriormente, para Nelson Nery, as cláusulas gerais possuem natureza jurídica de norma jurídica, isto é, fonte criadora de direitos e obrigações. As cláusulas gerais têm função instrumentalizadora, porque vivificam o que se encontra contido, abstrata e genericamente, nos princípios gerais de Direito e nos conceitos legais indeterminados, sendo mais concretas e efetivas do que os princípios gerais de direito e do que os conceitos legais indeterminados. Cláusula geral não é princípio nem regra de interpretação, é norma jurídica, fonte criadora de direitos e de obrigações. Nery entende que cláusula geral é norma de ordem pública, devendo ser aplicada de ofício pelo juiz, ou seja, o juiz não depende de um pedido da parte para aplicar a cláusula

geral a uma determinada situação no processo, cabendo ao juiz, no caso concreto, preencher o conteúdo da cláusula geral, dando-lhe a consequência que a situação concreta reclamar. Nery cita como exemplo de cláusula geral, o previsto no artigo 422 do Código Civil, segundo o qual as partes têm o dever de contratar observando a boa-fé objetiva e a probidade.

Tanto nas cláusulas gerais como nos conceitos gerais indeterminados há extrema vagueza e generalidade, que tem de ser preenchida com valores pelo juiz, mas quando a norma prevê a consequência, há determinação do conceito legal indeterminado, ou seja, a solução dada pelo juiz deve ser aquela prevista previamente na norma. No entanto, quando a norma não prevê a consequência, dando ao juiz a oportunidade de criar a solução, há aplicação da cláusula geral, isto é, a consequência não prevista na norma deve ser criada pelo juiz. O juiz pode dar uma solução em um dado caso e outra diferente em outro caso, aplicando a mesma cláusula geral. A função do juiz ao aplicar a cláusula geral é integrativa.

Nery explica que existem cláusulas gerais extraídas do sistema do Código Civil para a responsabilidade civil extracontratual, como a prevista no artigo 186 do Código Civil, havendo o direito do prejudicado de ser indenizado e o dever de o ofensor indenizar quando, dentre outros casos citados pelo autor, a ofensa se der por desatendimento à boa-fé e aos bons costumes.

Diferenciando princípios gerais de direito, conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, Nery explica que princípios gerais de Direito são normas que norteiam o juiz na interpretação da relação jurídica discutida em juízo. Os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais são enunciados abstratos feitos pela lei, que exigem valoração para que o juiz preencha seu conteúdo, mas uma vez preenchido o conteúdo valorativo pelo

juiz, este decidirá de acordo com a conseqüência previamente estabelecida pela lei (conceito legal indeterminado) ou construirá a solução que lhe parecer mais conveniente para o caso concreto (cláusula).

Logo, a mesma expressão abstrata, dependendo da funcionalidade de que ela se reveste dentro do sistema jurídico, pode ser tomada como princípio geral de direito, como, por exemplo, o princípio da boa-fé nas negociações coletivas, que ainda não se encontra positivado em nossa legislação; conceito legal indeterminado, como, por exemplo, a boa-fé para aquisição de propriedade pela usucapião extraordinária, (artigos 1238 e 1260 do Código Civil) ou cláusula geral, como a boa-fé objetiva nos contratos do artigo 422 do Código Civil. Nesses exemplos, o que discrimina a expressão *boa-fé* como princípio geral, conceito indeterminado ou cláusula geral é a função que ela possui no contexto do sistema.

A incidência da regra da boa-fé pode ocorrer em várias situações, não só para se reclamar do contratante o cumprimento da obrigação, como também para exonerá-lo, como, por exemplo, vem em auxílio do devedor as seguintes circunstâncias: de o credor ser usurário; de um credor que pretende desconhecer a modificação das circunstâncias das bases do negócio jurídico; de um credor que pretende ignorar o estado de necessidade que aflige o seu devedor; de um credor que pretende exercitar seu direito de maneira abusiva, seja com intenção de causar dano a seu devedor, seja sem proveito algum para si, seja contrariando os fins que a lei teve em mira ao reconhecer seu direito subjetivo.

O princípio da boa fé é um dos princípios gerais que servem de fundamento ao Ordenamento Jurídico, informam o trabalho interpretativo e constituem instrumento decisivo de integração, de acordo com Jesús Gozález

Pérez¹⁶⁴, para quem, o fato de sua consagração como norma legal não supõe que não existia anteriormente, nem que por tal consagração legislativa tenha perdido seu caráter de princípio, pois, se os princípios gerais de Direito, por sua própria natureza, existem com independência de sua consagração em norma jurídica positiva, como tais subsistirão quando em um ordenamento jurídico se convertam em preceito positivo, com objetivo de que não haja dúvida de seu pleno reconhecimento.

O princípio da boa-fé é exigível nos atos jurídicos, no exercício dos direitos e no cumprimento das obrigações.

8.6. Diferença entre boa-fé, abuso de direito e fraude à lei.

É preciso delimitar os conceitos, apontando as diferenças entre institutos similares, tais como a boa-fé, o abuso de direito e a fraude à lei.

Fraude à lei, abuso de direito e princípio geral de direito constituem, sem dúvida nenhuma, os conceitos em que a fixação de limites se faz mais necessária.

Por boa-fé se deve entender o cumprimento leal, honrado e sincero de nossos deveres para com o próximo, e o exercício também leal, honrado e sincero de nossos direitos, não restando dúvida de que não age de boa-fé aquele que os exercita anormalmente com caráter antisocial, excedendo-se dos limites normais, nem tampouco o que trata de burlar a lei, amparando-se em uma regra de cobertura para conseguir um resultado proibido pelo ordenamento jurídico ou

¹⁶⁴ PÉREZ, Jesús González. “El principio general de la buena fe en el derecho administrativo”. Madrid: Civitas, 2004, p.29-43.

contrário ao mesmo, constituindo o primeiro caso abuso de direito e o segundo, fraude à lei.

Tratando da juridicidade anormal, explica Jesús González Pérez¹⁶⁵ que o seu conceito comum encerra duas hipóteses diversas. Em certas ocasiões, a juridicidade anormal aparece de maneira imediata e próxima, sem necessidade de sair do âmbito cujo desenvolvimento teleológico está sendo examinado: o desaparecimento da aparência de juridicidade normal revela por si a eliminação do fim pretendido e sua substituição por outro distinto. É o que se conhece pelo nome de abuso do direito. No abuso, o direito supostamente existe; se não existisse, não se poderia abusar do mesmo; porém esse direito se exercita, na realidade, não com os fins aparentes que a finalidade do mesmo lhe reconhece, mas sim com outros fins distintos e como tais, não reconhecidos. Em vez de direcionar o direito para sua meta normal, exata e correta, quer dizer, de usá-lo, emprega-se o direito, utilizando-o para algo diferente, ou seja, literalmente se abusa dele, com cujo fundamento aparente se desvanece.

Existem, por outro lado, ocasiões em que a juridicidade anormal não se apresenta com uma vestimenta tão primitiva, casos em que o desvio de finalidade normal do direito se produz de um modo mediato, caracterizando a fraude do direito, ou seja, a alteração de finalidade que consiste em contrariar, com certo resultado jurídico, o significado reconhecido por outra figura jurídica distinta. Enquanto que o que abusa do direito simplesmente o violenta, o que fraudo o direito o caloteia, afirma Pérez¹⁶⁶, diferenciando fraude à lei e violação ao princípio geral da boa-fé, esclarecendo que existe fraude quando, para evitar a aplicação de uma norma realmente aplicável, realiza-se um ato amparado em norma distinta, objetivando um resultado proibido pelo ordenamento jurídico, ou

¹⁶⁵ PÉREZ, Jesús González. “El principio general de la buena fe en el derecho administrativo”. Madrid: Civitas, 2004, p.29-43.

¹⁶⁶Ibidem, p.35-40.

contrário ao mesmo, sendo que na violação ao princípio da boa-fé, não concorrem duas normas jurídicas, porque esse princípio não objetiva impedir que se legitime uma conduta utilizando-se de norma que possua outra finalidade. A violação ao princípio da boa-fé pressupõe uma atuação ajustada à norma jurídica aplicável e ao ato que a legitima, mas não a atuação que se podia esperar de uma relação de reciprocidade.

Pérez diferencia, ainda, abuso de direito e boa-fé. A boa-fé como princípio geral constitui uma regra de conduta a que todas as pessoas devem ajustar-se em suas respectivas relações, significando que devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição dessas relações; e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre elas. Esse dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta em todas as direções em que se diversificam as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem ser exercidos de boa-fé, as obrigações devem ser cumpridas de boa-fé. Assim, o princípio da boa-fé é um limite ao exercício dos direitos, assim como a proibição de abuso de direito. O exercício abusivo de direito se caracteriza, além de resultado danoso para um terceiro, por ultrapassar manifestamente os limites normais, limites esses que não estão previstos em norma jurídica, mas sim os impostos pela consciência social da época. Quando se proíbe o exercício do direito contra as exigências de boa-fé, também se está fazendo referência a uns limites temporários impostos pelos critérios morais e sociais dominantes, mas a diferença está em que, enquanto os limites no exercício de direito, cuja infração determina abuso de direito, são limites derivados da consciência social de uma época (são limites objetivos às faculdades que integram o conteúdo de direito imposto pelos costumes e apreciações da época), os limites derivados do princípio geral da boa-fé são limites que provêm daquela que deve ser a conduta normal, reta e honesta, em respeito às pessoas com as quais se está em relação, sendo o critério de

reciprocidade que aparece como nota diferenciadora da boa-fé. Boa-fé é um modelo de conduta social, lealdade nos tratos, proceder honesto, esmerado diligente; a boa-fé não é um conceito cujo significado se circunscreva à atuação das partes concretas vinculadas por um negócio em especial, trata-se de um critério objetivo, uma via de incorporação dos valores éticos e das crenças socialmente vigentes em toda a sociedade, historicamente definidas. O limite constituído pela boa-fé é mais amplo e flexível do que o representado pelo abuso do direito, porque enquanto a boa-fé ingressa sempre nos ordenamentos como conceito jurídico indeterminado, o direito raras vezes é incorporado apenas por sua menção, mas sim que o legislador trata de dar-lhe uma fórmula concreta especial, utilizando-se de critérios variados. A exclusão do abuso do direito da boa-fé se funda na necessidade de encontrar algo que seja essencial à boa-fé, que reside no critério de reciprocidade, quer dizer, no comportamento devido e esperado. O princípio da boa-fé recomenda que o direito seja exercitado como se exercitaria habitualmente, que seu titular adote uma conduta normal, comumente seguida por um homem médio, um bom pai de família, em função das circunstâncias. Não se trata de buscar o padrão do homem ideal (como deveria ser), mas sim o padrão do homem corrente (como é) no momento histórico determinado. O exercício de um direito subjetivo pode não incorrer em abuso do direito, se estiver dentro dos limites impostos pelos critérios morais e sociais da época em que se exercita, mas infringir o princípio da boa-fé, ao traduzir-se em atos que não sejam os que se poderia esperar de um homem normal e corrente, na correta relação jurídica em que se produzem.

Quatro são as modalidades principais que assume o abuso de direito dentro de uma perspectiva objetivista da boa-fé: as situações de *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*.

A teoria dos atos próprios, ou a proibição de *venire contra factum proprium*, protege a parte contra aquela que pretenda exercer um *status* jurídico em contradição com o comportamento assumido anteriormente, ou seja, após criar uma expectativa, em razão de conduta indicativa de determinado comportamento futuro, haverá quebra dos princípios de lealdade e de confiança, se a parte praticar ato contrário ao previsto, com prejuízo à outra parte. Por exemplo, o credor que concordou, durante a execução do contrato de prestações periódicas, com o pagamento em tempo e lugar diverso do convencionado, não pode surpreender o devedor com a exigência literal do contrato; no entanto, para o reconhecimento da proibição é preciso que haja univocidade de comportamento do credor e real consciência do devedor quanto à conduta esperada.

A proibição da cláusula *venire contra factum proprium*, ou, como denomina a doutrina especializada, teoria dos atos próprios, parte do princípio de que, se uma das partes agiu de determinada forma durante qualquer das fases do contrato, não é admissível que em momento posterior aja em total contradição com a sua própria conduta anterior. Sob o aspecto negativo, trata-se de proibir atitudes contraditórias da parte integrante de determinada relação jurídica; sob o aspecto positivo, trata-se de exigir atuação com coerência, podendo ser considerada uma vertente do imperativo de observar a palavra dada, contida na cláusula geral da boa-fé.

A *supressio*, instituto presente no Direito Lusitano, integra uma subcategoria jurídica do abuso de direito, ocorrendo sempre que determinada faculdade jurídica, após longo hiato temporal, venha a ser exercitada, resultando em afronta ao postulado da boa-fé objetiva; assim sendo, na *supressio*, um direito não exercido durante um determinado lapso de tempo não poderá mais sê-lo, por contrariar a boa-fé. Por exemplo, um contrato de prestação

continuada, que tenha passado sem cumprimento durante longo tempo, por falta de iniciativa do credor, não pode ser exigido, se o devedor teve motivo para pensar que estava extinta a obrigação e programou sua vida nessa perspectiva. A *supressio* não se confunde com a prescrição, eis que enquanto a prescrição encobre a pretensão pela só fluência do tempo, a *supressio* exige, para ser reconhecida, a demonstração de que o comportamento da parte (o credor, no caso) era inadmissível segundo o princípio da boa-fé.

A *surrectio* consiste no nascimento de um direito, conseqüente à pratica continuada de certos atos. Por exemplo, a prolongada distribuição de lucros de sociedade comercial, em desacordo com os estatutos, pode gerar o direito de recebê-los do mesmo modo, para o futuro.

Por fim, aquele que descumpriu norma legal ou contratual, atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio já descumprira (*tu quoque*). Por exemplo, o condômino que viola a regra do condomínio e deposita móveis em área comum, ou a destina para uso próprio, não pode exigir do outro comportamento obediente ao preceito de não colocar coisas próprias nas áreas comuns. Quem já está em mora, ao tempo em que sobrevêm circunstâncias modificadoras da base do negócio, não pode pretender a revisão ou a resolução judicial.

Pérez também diferencia equidade de princípio geral da boa-fé, dizendo que tanto a equidade como o princípio geral da boa-fé trazem a necessidade de examinar as circunstâncias que concorrem no ato concreto, sendo que as diferenças entre uma e outra se encontram nos planos diferentes em que operam: a equidade opera em relação à norma que se aplica e é interpretada; o princípio geral da boa-fé, em relação aos atos jurídicos, aos direitos que se exercitam e às obrigações que se cumprem. A doutrina tem destacado com generalidade o

âmbito de aplicação do princípio, eis que não se pode admitir o uso dos direitos subjetivos contrariando a boa-fé. Não se circunscreve a aplicação do princípio ao exercício de direitos subjetivos em sentido estrito, mas sim se amplia a toda conduta com transcendência jurídica. O princípio da boa-fé é um princípio do ordenamento jurídico espanhol, regendo todos os setores.¹⁶⁷

A boa-fé incorpora o valor ético da confiança, confiança na forma de atuação que cabe esperar da pessoa com que nos relacionamos. O princípio geral da boa-fé, que se aplica, como já se afirmou, não somente no âmbito de exercício de direitos mas também no da constituição das relações e no cumprimento dos deveres, acarreta a necessidade de uma conduta leal, honesta, aquela conduta que, segundo a avaliação das pessoas comuns, pode esperar-se de uma pessoa; protege a confiança que se pode haver depositado no comportamento alheio, e impõe o dever de coerência com essa confiança, para não frustrar a confiança que se deposita nos outros. A boa-fé pressupõe essa coerência de comportamento que deve existir nas relações humanas e negociais.

A boa-fé e a confiança formam a base de todo o ordenamento jurídico e, em particular, de toda a relação jurídica individual. Por isso, a aplicação desse princípio não pode ser limitada às relações obrigacionais, sendo também aplicável sempre que exista uma especial vinculação jurídica, e, nesse sentido, pode ocorrer no Direito das Coisas, no Direito Processual e no Direito Público.

8.7. O Código Civil: exercício de um direito excedendo os limites impostos pela boa-fé

¹⁶⁷ Ibidem, p.48.

O artigo 186 do Código Civil dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O Código Civil, em seu artigo 187 dispõe que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

De acordo com Maria Helena Diniz¹⁶⁸, “o ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano a outrem, criando o dever de reparar tal prejuízo (CC, arts.927 e 944) seja ele moral ou patrimonial (súmula 37 do STJ). Logo, produz efeito jurídico, só que este não é desejado pelo agente, mas imposto pela lei”. Ela esclarece, ainda, que tanto o ilícito penal como o civil têm o mesmo fundamento ético: a infração de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente, sendo que o delito penal consiste na ofensa à sociedade pela violação de norma imprescindível à sua existência, e o civil, num atentado contra o interesse privado de alguém, havendo casos em que o ato ofende, concomitantemente, a sociedade e o particular, acarretando dupla responsabilidade, a penal e a civil.

Maria Helena¹⁶⁹ elenca os elementos indispensáveis para a configuração do ato ilícito: a) fato lesivo voluntário ou imputável, causado pelo agente por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano, para que haja pagamento de indenização, esclarecendo que a indenização não surge apenas nos casos de prejuízos, mas também pela violação de um direito; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

¹⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. “Curso de Direito Civil Brasileiro”. São Paulo: Saraiva, 2004, p.495.

¹⁶⁹ Ibidem, p.496

A consequência jurídica do ato ilícito é a obrigação de indenizar, conforme prevê o artigo 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Dispondo o parágrafo único do mencionado artigo 927 que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Maria Helena Diniz¹⁷⁰, comentando o artigo 113 do Código Civil, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, lembra que “as partes devem agir com lealdade, honradez, honestidade e confiança, durante as negociações preliminares, a formação, execução e extinção do ato negocial, e também de conformidade com os usos do local em que o ato negocial foi por elas celebrado”.

8.8.A boa-fé no Código de Defesa do Consumidor

A boa-fé, que era princípio geral de direito, foi positivada em 1990 no Código de Defesa do Consumidor, especificamente nos artigos 4º, inciso III, e 51, inciso IV.

Dispõe o artigo 4º, da Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, que “ a Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a

¹⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. “Código Civil Anotado”. São Paulo: Saraiva, 2004, p.136.

melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios.....

III – harmonização dos interesses das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art.170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.”

Uma visão de superação dos interesses egoísticos das partes contratantes, cujo comportamento deve ser fundado na lealdade e na confiança recíprocos, é oferecida por Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁷¹, para quem “são dois os lados iluminados pela boa-fé: externamente, o contrato assume uma função social e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica, nesse contexto visualizado como um fator submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa etc., que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual; internamente, o contrato aparece como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das expectativas do negócio. O artigo 4º do CDC se dirige ao aspecto externo e quer que a intervenção na economia contratual, para harmonização de interesses, se dê com base na boa-fé, isto é, com superação dos interesses egoísticos das partes e com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através de comportamento fundado na lealdade e na confiança.”

Oportuno mencionar também o artigo 51, inciso IV do CDC, que assim dispõe: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais

¹⁷¹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. “A boa-fé na relação de consumo”. Revista de Direito do Consumidor, nº14, abril/junho – 1995. São Paulo: RT, 1995, p.22.

relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:.....IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.”

O poder limitador da autonomia contratual exercido pela boa-fé é mencionado por Ruy Rosado¹⁷², ao tratar do artigo 51, IV, do CDC, que considera abusiva a cláusula incompatível com a boa-fé, considerando que nesse caso “a boa-fé é uma cláusula geral cujo conteúdo é estabelecido em concordância com os princípios gerais do sistema jurídico (liberdade, justiça e solidariedade, conforme está na Constituição da República), numa tentativa de concreção em termos coerentes com a racionalidade global do sistema; a boa-fé significa a aceitação da interferência de elementos externos na intimidade da relação obrigacional, com poder limitador da autonomia contratual, pois através dela pode ser regulada a extensão e o exercício do direito subjetivo. A força e a abrangência dessa limitação dependem da filosofia que orienta o sistema, e da preferência dada a um ou outro dos princípios em confronto. Na relação de consumo, há nítida preocupação protetiva para com o consumidor, a ser compatibilizada com o princípio da liberdade contratual e com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico.”

A boa-fé, prossegue Ruy Rosado¹⁷³, “conforme toda cláusula geral, permite atividade criadora do juiz, que, porém, não é arbitrária, mas contida nos limites da realidade do contrato, sua tipicidade, estrutura e funcionalidade, com aplicação dos princípios admitidos pelo sistema. A boa-fé tem função integradora da obrigação, atuando como fonte de direitos e obrigações ao lado do acordo de vontades, além de servir para interpretação das cláusulas convencionadas. Para aplicação da cláusula da boa-fé, o juiz parte do princípio

¹⁷² AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. “A boa-fé na relação de consumo”. Revista de Direito do Consumidor, nº14, abril/junho – 1995. São Paulo: RT, 1995, p.24.

¹⁷³ Ibidem, p.25.

de que toda a inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável. Significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência *in contrahendo*); e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre eles. Este dever de se comportar com boa-fé se projeta nas direções em que se diversificam as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé”.

As cláusulas que forem incompatíveis com a boa-fé ou a equidade são abusivas, afirma Nelson Nery¹⁷⁴, explicando que cláusulas abusivas são aquelas notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual de consumo, sendo sinônimo cláusulas opressivas, vexatórias, ou, ainda, excessivas, não se confundindo com o abuso do direito. Sua existência não torna nulo todo o contrato e pode estar presente tanto nos contratos de adesão como em qualquer outro contrato de consumo, verbal ou escrito.

Alerta ainda Nery¹⁷⁵ que o CDC tem o seu próprio sistema de nulidades, de modo que aos contratos de consumo não se aplicam, inteiramente, as disposições sobre nulidades do Código Civil, Código Comercial, Código de Processo Civil e de outras leis extravagantes, considerando que, no microsistema do CDC, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, porque ofendem a ordem pública de proteção ao consumidor, restando superado o entendimento de que as nulidades *pleno jure* independem de declaração judicial

¹⁷⁴ NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. “Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante em vigor”. São Paulo: RT, 1997, p.1379.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p.1379.

e de que as nulidades absolutas precisam de sentença para produzirem efeitos no ato ou negócio jurídico. Sendo matéria de ordem pública (CDC, artigo 1º), a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas no contrato de consumo não é atingida preclusão, podendo ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Nelson Nery¹⁷⁶ afirma, ainda, que “dado que a ilicitude das cláusulas abusivas é matéria que não fica restrita às relações de consumo, pois pertence à teoria geral do direito contratual, o sistema do CDC 51 deve ser aplicado, por extensão, aos contratos de direito privado”.

Na relação contratual de consumo, a boa-fé exerce três funções principais, segundo Ruy Rosado de Aguiar Junior:¹⁷⁷ “a) fornece os critérios para interpretação do que foi avençado pelas partes, para definição do que se deve entender por cumprimento pontual das prestações; b) cria deveres secundários ou anexos; e c) limita o exercício de direitos.”

Rosado¹⁷⁸ explica, ainda, que “a boa-fé como pauta de interpretação exerce valioso papel para a exata compreensão das cláusulas do contrato e das normas legais incidentes”, mas possui função inferior à da boa-fé como fonte de deveres e limites, “pois esta pode determinar deveres além da vontade das partes, enquanto que aquela fica ligada à vontade manifestada no contrato ou à ordem legal”. Quanto aos deveres nascidos da boa-fé, são chamados de secundários, ou anexos, em oposição aos provenientes da vontade contratada, que são os principais. Esses deveres podem ser classificados, “quanto ao momento de sua constituição, em deveres próprios da etapa de formação do contrato (de informação, de segredo, de custódia); deveres da etapa da

¹⁷⁶ NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. “Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante em vigor”. São Paulo: RT, 1997, p.1379.

¹⁷⁷ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. “A boa-fé na relação de consumo”. Revista de Direito do Consumidor, nº14, abril/junho – 1995. São Paulo: RT, 1995, p.24.

¹⁷⁸ Ibidem, p.25.

celebração (equivalência das prestações, clareza, explicitação); deveres da etapa do cumprimento (dever de recíproca cooperação para garantir a realização dos fins do contrato, satisfação dos interesses do credor); deveres após a extinção do contrato (dever de reserva, dever de segredo, dever de garantia da fruição do resultado do contrato, culpa *post factum finitum*). Quanto à natureza, podem ser agrupados em deveres de proteção (evitar a inflição de danos mútuos), deveres de esclarecimentos (obrigação de informar-se e de prestar informações), e deveres de lealdade (impor comportamentos tendentes à realização do objetivo do negócio, proibindo falsidades ou desequilíbrios).”

Finalmente, quanto a sua função limitadores de conduta, a boa-fé se manifesta através da teoria dos atos próprios, proibindo o *venire contra factum proprium*; vedando o uso abusivo da *exceptio non adimpleti contractus*, quando o inadimplemento da outra parte, no contexto do contrato não o autoriza, impedindo o exercício do direito potestativo de resolução quando houve adimplemento substancial, na linguagem do direito norte-americano, ou quando o inadimplemento foi de escassa importância, na nomenclatura do Código Civil Italiano; afastando a exigência de um direito cujo titular permaneceu inerte por tempo considerado incompatível (*suppressio*), desprezado a exigência de cumprimento de preceito, feita por aquele que já o descumprira (*tu quoque*) etc. Todas essas situações autorizam o reconhecimento de deveres ou limites fundados na boa-fé.¹⁷⁹

A recepção do princípio da boa-fé objetiva e a previsão legislativa de tantos deveres incluídos no âmbito da boa-fé constitui o maior avanço do sistema de Direito Civil legislado e vai influir de modo decisivo em todos os

¹⁷⁹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. “A boa-fé na relação de consumo”. Revista de Direito do Consumidor, nº14, abril/junho – 1995. São Paulo: RT, 1995, p.24.

setores do nosso direito obrigacional, apesar de estarem tais normas inseridas num microsistema.¹⁸⁰

8.9. Princípio da boa-fé no Direito do Trabalho

O artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”. E no parágrafo único desse mesmo artigo, diz que “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

O princípio da boa-fé é aplicável ao Direito do Trabalho porque, para cumprir a função integrativa do Direito, o intérprete se utiliza das técnicas que são indicadas pelo sistema jurídico, dentre as quais o recurso aos princípios gerais do direito, aplicáveis em no âmbito do Direito do Trabalho por força do disposto no artigo 8º da CLT, havendo princípios de inegável aplicação comum, como o do respeito à personalidade humana, devendo ser preservados, ainda, valores como a boa-fé, a proibição de locupletamento ilícito, a função social do direito etc., de acordo com Amauri Mascaro Nascimento¹⁸¹

Analisando as dificuldades que “assustam o jurista e intimidam o legislador, quando pretendem resolver o eterno desajuste entre a moral e o

¹⁸⁰ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. “A boa-fé na relação de consumo”. Revista de Direito do Consumidor, nº14, abril/junho – 1995. São Paulo: RT, 1995, p.24.

¹⁸¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 1991, p.211.

direito, entre a justiça no contrato e a fidelidade à palavra empenhada, que é também uma forma de moralidade” afirma Caio Mário da Silva Pereira¹⁸² que “o direito positivo, tencionando resolver esse problema, não pode desprezar uma parcela subjetiva na formação do contrato, e, repelindo como deve repelir a desproporcionalidade das prestações, via da qual uma das partes retira do negócio vantagem manifestamente superior ao valor que oferece ao co-contratante, terá de articular o conteúdo objetivo com o intencional, para compor a fórmula do desfazimento do negócio usurário. Se para a rescisão do ajuste não é suficiente que uma das partes obtenha no lucro auferido o desequilíbrio das prestações; se não basta que um indivíduo sofra em seu patrimônio um desfalque decorrente do contrato ajustado, ainda que a ele conduzido pelas condições de inferioridade que o dominem no momento de avençá-lo; também não pode o direito positivo ser indiferente ao negócio em que o contratante se aproveite dessa situação de inferioridade do outro, para obter um interesse manifestamente desproporcional ao valor dado em troca. Essa é a tendência que o direito moderno adota, esforçando-se por introduzir no contrato a obediência à regra moral; pretende realizar a justiça, repudiando a exploração do homem pelo homem”.

“A solidariedade humana, princípio informativo do direito moderno, longe de repudiar aquela necessidade de equivalência de um e outro contratante, e de menoscabar a reciprocidade proporcional entre a utilidade auferida por um contratante e a que outro recebe, antes impõe o dever de não abusar uma parte da necessidade extrema da outra que pratique o ato jurídico manifestamente prejudicial a si própria”.¹⁸³

¹⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Lesão nos Contratos”. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.117-118

¹⁸³ Ibidem, p.117-118

Como vimos anteriormente, Nelson Nery afirma que o sistema do CDC 51 deve ser aplicado, por extensão, aos contratos de direito privado, porque a ilicitude das cláusulas abusivas é matéria que não fica restrita às relações de consumo, pois pertence à teoria geral do direito contratual. Logo, esse sistema é aplicável ao Direito do Trabalho, considerando-se nulas de pleno direito as cláusulas presentes em instrumento normativo, seja acordo coletivo, convenção coletiva ou contrato coletivo, que forem incompatíveis com a boa-fé, eis que são abusivas. Cláusulas abusivas são aquelas notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual.¹⁸⁴

O artigo 9º, da CLT, dispõe que “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Esse artigo, em tom imperativo, declara nulos de pleno direito os atos jurídicos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação. Tais fatos não são anuláveis, mas nulos de pleno direito e, portanto, não geram qualquer efeito.¹⁸⁵

A boa-fé é um princípio jurídico fundamental, que devemos admitir como premissa de todo o ordenamento jurídico, leciona Américo Plá Rodriguez¹⁸⁶, ressaltando que o princípio da boa-fé é aplicável ao Direito do Trabalho com um sentido muito especial, em virtude do componente pessoal existente nesse ramo do Direito.

¹⁸⁴ NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. “Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante em vigor”. São Paulo: RT, 1997, p.1379.

¹⁸⁵ SAAD, Eduardo Gabriel. CLT Comentada. São Paulo: Saraiva, 2002, p.44.

¹⁸⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. “Princípios de Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1993, p. 269-279.

Em flagrante contraste com os antigos juristas, que apenas admitiam os efeitos da boa-fé nos casos em que o ordenamento jurídico de maneira expressa e literal a ela aludia, a boa-fé é vista atualmente como um princípio geral, informante da totalidade da legislação, com características de postulado moral e jurídico, explica Plá Rodriguez¹⁸⁷.

A defesa da fidelidade e a manutenção da confiança formam o fundamento do tráfego jurídico e especialmente das relações jurídicas especiais, para Karl Larenz¹⁸⁸, segundo o qual, em razão disso, o princípio da boa-fé não é limitado às relações jurídicas obrigacionais, mas se aplica, segundo entendimento hoje pacífico, como um princípio geral do direito, aplicável sempre onde exista ou esteja preparada uma relação jurídica especial, sendo que, diante desses requisitos, aplica-se assim, também, no Direito das Coisas, no Processo Civil e no Direito Público.” Acrescenta-se, assim também no Direito do Trabalho.

Na relação trabalhista, há preocupação protetiva para com o trabalhador, que deve ser compatibilizada com o princípio da autonomia da vontade.

9.A boa-fé nas negociações coletivas no direito estrangeiro

9.1. Estados Unidos:

Nos Estados Unidos, há a Câmara Nacional de Relações de Trabalho (*National Labor Relations Board – NLRB*), que é uma agência federal independente estabelecida para compelir a observância do Ato Nacional das Relações de Trabalho (*National Labor Relations Act*). Essa Câmara federal

¹⁸⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá. “Princípios de Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1993, p. 269-279.

¹⁸⁸ LARENZ, Karl, “Derecho justo”.Madrid: Civitas, 1985, p.90-98.

conduz as eleições para determinar se os empregados aceitam a representação de um determinado sindicato, tendo o poder de investigar e sanar práticas trabalhistas desleais dos empregadores ou dos sindicatos.

Encontramos o dever de negociar com boa-fé positivado no direito norte americano, de onde tiramos como exemplo a explicação dada por John Kenny¹⁸⁹, segundo o qual “o dever de negociar com boa-fé está definido no *Taft Hartley Act* como exigência aos representantes dos empregadores e ao sindicato para que se encontrem por um número razoável de vezes e tratem em boa-fé a respeito de salários, horário de trabalho e outros termos e condições de trabalho. Também se requer a execução de um contrato escrito incorporando qualquer acordo alcançado, se tal for requerido por qualquer das partes. Mas não se exige que nenhuma das partes concorde com uma proposta ou faça alguma concessão.”¹⁹⁰

Kenny explica que essa norma legal tem sido interpretada pelas instâncias julgadoras de Washington, nos Estados Unidos, prevalecendo o entendimento de que apenas movimentar-se para negociar não é suficiente, considerando indício de má-fé a recusa em discutir ou sequer considerar as propostas da outra parte, o uso de táticas para retardar a negociação, como, por exemplo, adiar constantemente a negociação ou retirar, durante o processo de negociação, concessões que já estavam previamente garantidas. Para determinar se uma das partes negociou ou não de boa-fé, a Câmara julgadora se utiliza do entendimento de que alguns propósitos específicos são relevantes, considerando má-fé, por

¹⁸⁹ KENNY, John e KAHN, Linda G. “Primer of Labor Relations”. Washington, D.C.: BNA Books, 1989.

¹⁹⁰ The duty to bargain in good faith is defined in the Taft Hartley Act as requiring the representatives of the employer and the union “to meet at reasonable times and confer in good faith with respect to wages, hours, and other terms and conditions of employment.” It also requires the execution of a written contract incorporating any agreement reached if requested by either party. But it does not require either party to agree to a proposal or to make a concession.

exemplo, se uma demanda é efetuada claramente para frustrar o acordo em um contrato.

Por outro lado, examinando os fatos ocorridos caso a caso, as cortes americanas estabeleceram como parâmetro para julgar se uma das partes agiu ou não com boa-fé, diversas táticas e condutas que não demonstram por si só ausência de boa-fé. Por exemplo, insistência na uniformização dos salários e outros itens entre empregados sindicalizados e não sindicalizados de uma mesma empresa; recusa em oferecer uma contra proposta, diante de uma posição não comprometedora; insistência em uma cláusula que proíba a greve, sem que esteja garantido o direito à arbitragem em outra cláusula; aderir à oferta final somente após várias reuniões; recusa em aceitar um acordo coletivo de trabalho antecedente como ponto de partida para as negociações.

Para provocar a ação do NLRB, o empregado que se julgar vítima de práticas trabalhistas desleais, ou seja, que esteja insatisfeito com sua situação no trabalho, deve procurar o escritório desse órgão trabalhista e preencher um formulário para que seja verificado se houve alguma prática trabalhista injusta. O preenchimento desse formulário deve ser efetuado dentro do período de seis meses da ocorrência da conduta tida por violadora dos direitos trabalhistas, devendo conter os dados pessoais do requerente e os da empregadora ou do sindicato contra o qual é proposta a reclamação e as provas dos fatos relatados. Se após as análises dos fatos e as provas, ficar decidido que houve uma violação, a empregadora ou o sindicato serão notificados para remediar a violação cometida. Somente no caso de a parte não cumprir voluntariamente o que foi determinado, haverá apresentação do caso perante um juiz, que poderá determinar qual será a penalidade a ser aplicada.

Amauri Mascaro Nascimento¹⁹¹, comentado o modelo norte-americano, explica que há uma lei de 1935 (Lei Wagner), emendada em 1947 (Lei Taft-Harley), leis especiais do setor público e algumas leis estaduais regulamentando a negociação coletiva, sendo garantido por lei o direito de eleição de sindicatos em cada unidade de negociação, com caráter obrigatório, segundo o princípio da boa-fé, o qual, se for violado, sujeita o empregador a penalidades impostas por um Tribunal administrativo. Uma vez eleito pelos empregados o sindicato que os representará na negociação, o empregador não pode negociar com outro sindicato, nem se recusar a negociar.

Amauri Mascaro Nascimento¹⁹² afirma, ainda, que “o comportamento das partes, durante a negociação, deve pautar-se em um critério básico, o princípio da boa-fé. É o dever ético de agir com honestidade, sinceridade, fidelidade. A boa-fé é um dos elementos necessários à formação de todo o negócio jurídico de qualquer natureza, pressupondo, das partes que querem fazer um contrato, idoneidade e correção. É um princípio fundamental da negociação coletiva e da sua observância depende, em grande parte a confiança necessária para o êxito dos entendimentos durante as discussões de um acordo. A boa-fé é um princípio geral do direito contratual e mais se justifica na negociação coletiva trabalhista. A sua inobservância pode prejudicar o sucesso da negociação, sendo essa a sua maior sanção. Mas há sistemas jurídicos que, como o norte americano, penalizam a conduta de má-fé e as práticas injustas nas relações coletivas de trabalho. É o caso do National Labor Relations Act (1935).

Amauri Mascaro Nascimento¹⁹³ revela que “o dever de informação destina-se a fornecer ao sindicato os dados disponíveis, pelo empregador, úteis ou necessários para a avaliação das pretensões, em especial de reajustes salariais

¹⁹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Compêndio de Direito Sindical”. São Paulo: LTr, 2000, p.297-299.

¹⁹² Ibidem, p.302.

¹⁹³ Ibidem, p.302-303.

ou participação nos lucros ou resultados. Não é bem recebido pelo empregador. A concorrência é o principal motivo que leva a empresa a restringir a transparência dos seus dados. Mas há outros, como a confidencialidade de alguns dados que envolvam interesses de clientes.”

9.2. Canadá

O direito canadense, que, a respeito do princípio da boa-fé nas negociações coletivas, é muito semelhante ao direito norte americano, é tratado por Erin R. Kuss e John L. Stout¹⁹⁴, que informam a existência da regra de que as partes envolvidas em negociação coletiva devem negociar com boa-fé. Essa necessidade de negociar de boa-fé geralmente significa que ambas as partes precisam ser sinceras nas tentativas de chegar a um consenso. Aí inclui-se encontrar-se com a outra parte e fazer um esforço razoável para concluir o acordo. O processo de negociação significa, de certo modo, dar e receber. Se uma das partes não chegar a um acordo com a outra parte, isso não significa, por si só, que uma das partes não está negociando de boa-fé. No entanto, uma estratégia deliberada por qualquer das partes com a finalidade de não atingir um acordo é considerada como negociação de má-fé. Se uma parte adota esse tipo de conduta, a outra parte pode ingressar com uma reclamação perante a Câmara de Relações Trabalhistas (*Labour Relations Board*) a respeito dessa prática trabalhista desleal.

Quando uma negociação é iniciada, as duas partes, o Sindicato e o empregador, precisam vir à mesa de negociação e negociar um acordo coletivo. O Ato da Relações Trabalhistas de Ontário (*Ontario Labour Relations Act*, de 1955) é a lei que rege as relações trabalhistas naquele local, impondo uma série de obrigações e condições para esse procedimento negocial. O objetivo do Ato,

¹⁹⁴ KUZZ, Erin R. e STOUT, John L. "Labour law basics: organizing. Strikes and living with the union".

a esse respeito, é minimizar o conflito laboral, facilitando o processo de negociação e importando, também, em um passo para ajudar a equilibrar o poder de negociação de cada uma das partes, por meio de um número de procedimentos estabelecidos em lei. Uma das chaves para esse objetivo é a necessidade de que as partes negociem de boa-fé, conforme requerido na Seção 17 do *Act*.

Seção 17. As partes devem se encontrar em 15 dias da entrega da notificação ou qualquer dia entre esse período e elas devem negociar de boa fé e fazer todo esforço razoável para chegar a um acordo coletivo¹⁹⁵.

A Seção 17 atua no interesse das próprias partes, para que possam chegar a um acordo, conforme sua habilidade em negociar, sem que ocorram fraudes, problemas de representação ou coisas parecidas. Não há determinação para que as partes cheguem de fato a um acordo, mas são estabelecidas obrigações para ambos os lados em negociação, para que façam esforços razoáveis para atingir o acordo, assumindo que eles fazem parte de um relacionamento cujas regras estão previstas em lei.

Essa norma a função de propiciar o fornecimento de informações relevantes de uma para a outra parte durante as negociações, capacitando-as a estabelecer quais são as matérias de seu interesse, para que o processo negocial seja bem informado. A obrigação de negociar de boa-fé se aplica a ambas as partes, o sindicato e o empregador.

Toronto: OBA, 2003.

¹⁹⁵ Section 17. The parties shall meet within 15 days from the giving of the notice or within such further period as the parties agree upon and they shall bargain in good faith and make every reasonable effort to make a collective agreement.

Na verificação da ocorrência ou não da boa-fé na negociação coletiva, ocorre uma diferenciação entre endurecimento das negociações (*hard bargaining*) e negociação superficial (*surface bargaining*). Apesar de não haver o dever de realizar acordo, ambas as partes em negociação precisam engendrar razoáveis esforços para tanto. Isso não impede endurecimento das negociações por qualquer das partes. O endurecimento ocorre quando uma das partes toma uma posição que não é bem recebida pela outra parte, podendo ao final resultar que as partes deixem de realizar o acordo coletivo. Mas essa atitude pode ser considerada de boa-fé se houver razões que lhe dêem suporte. Um exemplo típico é um empregador que propõe um aumento muito pequeno nos salários, nenhum aumento nos salários ou mesmo uma redução de salários. Se essa proposta é efetuada por razões comerciais de boa-fé e está amparada por circunstâncias econômicas da empresa, considera-se uma legítima proposta de negociação de boa-fé.

Endurecimento das negociações deve ser diferenciado do conceito de negociação superficial, a qual não se enquadra no conceito de boa-fé na negociação. Negociação superficial se refere à situação na qual uma das partes simplesmente apresenta propostas para negociar com a outra, mas sem qualquer real intenção de chegar a um acordo. Para chegar à conclusão de que houve negociação superficial existem várias evidências a serem consideradas, incluindo a adoção de uma posição inflexível a respeito de questões centrais para a negociação; quando a conduta de uma das partes em seu conjunto demonstra que um dos lados não tem qualquer intenção de concluir um acordo coletivo, a despeito de continuar a se manifestar nas negociações. Negociação superficial é considerada uma violação da obrigação de negociar de boa-fé, ou seja, uma violação da lei.

Erin R. Kuss e John L. Stout mencionam as soluções possíveis, que serão tratadas a seguir.

Quando uma das partes achar que a outra parte está negociando de má-fé, ela pode solicitar à Câmara de Relações de Trabalho de Ontário (*Board*) que seja apresentada uma solução, preenchendo um formulário com a rubrica de prática trabalhista desleal, prevista na seção n.96 do Ato.

Essa seção de número 96 estipula uma ampla variedade de poderes para a Câmara com respeito às reclamações, incluindo uma ampla gama de soluções. Após concluir que houve uma violação, o poder da Câmara inclui o de ordenar às partes que cessem os atos que foram questionados, podendo, ainda, determinar que sejam tomadas medidas que a Câmara considere necessárias para remediar a violação do Ato, incluindo, mas não se limitando ao restabelecimento da situação anterior, com ou sem compensação financeira. A Câmara considera que a seção 96 garante-lhe os mais amplos poderes, para que seja garantida a compensação quando o Ato tiver sido violado.

A Câmara desenvolveu os seguintes princípios, a respeito do exercício de seu poder concedido pelo Ato, na seção número 96: a) o poder da Câmara de acordo com esse Ato é reparador, objetivando colocar a parte naquela posição que estaria antes que a outra parte violasse o Ato, logo, a aproximação da Câmara não visa à punição nem a desencorajar a outra parte, assim sendo, se houver aplicação de uma multa, esta será compensatória e não punitiva; b) a Câmara não tem poder de impor um acordo coletivo às partes.

Se a Câmara entender que houve uma violação de dever de negociar com boa-fé, ela irá tipicamente ordenar à parte violadora que retorne à mesa de negociação e negocie conforme sua obrigação prevista no Ato. Isso pode

significar fornecer informações ou documentos que a parte tinha anteriormente recusado a providenciar, ou mesmo ordenar à parte que faça uma proposta ou responda à proposta da outra parte a respeito de uma determinada questão. A Câmara, no entanto, não irá ditar o conteúdo que tal proposta ou resposta precisa conter.

Em determinadas circunstâncias, a Câmara pode determinar o pagamento multa por danos pelo descumprimento do dever de negociar. Enquanto a Câmara não impõe um acordo coletivo às partes diretamente, existem circunstâncias em que a Câmara conclui que devido ao teor das propostas efetuadas entre as partes, elas mesmas chegaram a um acordo em todas as questões, mas uma ou outra parte se recusa a tomar o passo final de assinar o acordo. Nessas circunstâncias, a Câmara tem entendido que de fato as partes chegaram ao acordo e tem ordenado às partes que executem esse acordo.

9.3.Nova Zelândia

Na Nova Zelândia está em vigor, desde o dia 9 de agosto de 2005, o novo Código da Boa-fé nas Negociações Coletivas, que serve para determinar se um sindicato e um empregador têm agido com boa-fé ao negociarem um acordo coletivo, de tal modo que, se a partes puderem demonstrar que elas estão seguindo as disposições do Código, a autoridade ou o Juízo devem considerar o fato como cumprimento da boa-fé, nos termos da lei.

A seguir destacaremos os procedimentos para negociação coletiva na Nova Zelândia.¹⁹⁶

¹⁹⁶ Collective Bargaining

After a union is certified, it is entitled to engage in collective bargaining on behalf of the employees it represents. In most cases the end result of this bargaining will be a collective agreement, a contract between the union and employer concerning the terms and conditions of employment for employees in the bargaining unit. A collective agreement is a legally enforceable document binding on all parties involved. In order to make the bargaining

Após um sindicato ser reconhecido, ele estará autorizado a promover negociações coletivas em nome dos empregados que representa. Na maioria dos casos, o resultado final dessa negociação será um acordo coletivo, um contrato entre o sindicato e o empregador estabelecendo termos e condições de emprego para os empregados da unidade negociadora. Um acordo coletivo é um documento legalmente exigível que obriga as partes envolvidas. Para tornar o processo negocial mais efetivo, o Código estabelece certos procedimentos que devem ser seguidos quando as partes ingressam em negociação coletiva.

Os procedimentos negociais e suas exigências são: numa unidade negocial recentemente reconhecida, a negociação coletiva é iniciada quando o sindicato ou o empregador entrega à outra parte uma notificação para iniciar a negociação.

process more effective, the Code sets out certain procedures that must be followed when the parties enter into collective bargaining.

Bargaining procedures and requirements: In a newly certified bargaining unit, collective bargaining is initiated when either the union or the employer serves the other party with a notice in writing to commence bargaining. Once such notice has been served, the employer is not entitled to increase or decrease the rates of pay of employees or to alter any other term or condition of their employment until four months after certification or until a collective agreement is negotiated, whichever occurs first.

If the parties are bargaining to renew an existing agreement, notice to require the other party to commence bargaining can be served only when four months or less are left in the term of the agreement then in force. However, should neither party to the agreement serve notice to commence bargaining, then the Code provides that the notice is deemed to have been given 90 days prior to expiry of the agreement. Once a notice to commence bargaining has been served, the union and the employer must begin "good faith" bargaining within 10 days.

What can be done if one side refuses to meet or negotiate in good faith? The requirement for good faith bargaining generally means that both parties must be sincere in their attempts to reach an agreement. This includes meeting with the other side and making every reasonable effort to conclude an agreement. The bargaining process calls for a certain amount of give and take. Failure to agree with the other side's bargaining demands does not, in itself, mean that a party is not bargaining in good faith. However, a deliberate strategy by either party to prevent reaching an agreement is considered to be bad faith bargaining. If one party engages in that kind of conduct, the other party can lodge an unfair labour practice complaint with the Labour Relations Board.

Duration: The Code provides that every collective agreement shall be for a minimum of one year, although the parties are free to agree to a longer term and frequently do so. During the life of the agreement, changes to any of its provisions can be made only with the consent of both the union and the employer.

Continuation clause

The term of a collective agreement may sometimes expire before a new agreement is reached between the employer and union. In such cases, the terms of the collective agreement remain in effect after its expiry date until either a new agreement is negotiated, a strike or lockout commences, or the union is decertified whichever occurs first.

Uma vez que a notificação é entregue, o empregador não está autorizado a aumentar ou diminuir o valor dos salários dos empregados ou a alterar qualquer termo ou condição dos seus empregados até quatro meses após a certificação ou até que um acordo coletivo seja negociado, o que ocorrer primeiro.

Se as partes estão negociando para renovar um acordo existente, a notificação para que a outra parte comece a negociar pode ser entregue apenas quando restem quatro meses ou menos para o término do acordo em vigor. No entanto, se nenhuma das partes notificar a outra para início das negociações, o Código estabelece que a notificação é considerada efetuada 90 dias antes da expiração do acordo. Uma vez que a notificação para início da negociação seja efetuada, o sindicato e o empregador devem iniciar a negociação de boa-fé em dez dias.

O que pode ser feito se uma das partes se recusa a negociar de boa-fé? A exigência de negociação de boa-fé geralmente significa que ambas as partes devem ser sinceras nos seus esforços para atingir um acordo. Isso inclui encontrar com a outra parte e fazer todo o esforço razoável para concluir um acordo. O processo de negociação demanda por uma certa porção de dar e receber. Falha em concordar com as reivindicações da outra parte na negociação não significa, por si só que a parte discordante não está negociando de boa-fé. No entanto, uma estratégia deliberada por qualquer das partes para evitar que seja atingido um acordo é considerada má-fé na negociação. Se uma das partes toma uma atitude desse tipo, a outra parte pode depositar uma reclamação de prática desleal trabalhista na Câmara de Relações de Trabalho.

Quanto à duração, o Código estabelece que todo acordo coletivo deve ser de no mínimo um ano, embora as partes sejam livres para fazer um acordo por

um período maior e frequentemente elas assim o fazem. Durante a vigência do acordo, alterações nas suas provisões podem ser efetuadas com o consentimento de ambas as partes, o sindicato e o empregador.

Há, ainda, a previsão legal de uma cláusula de continuidade. Um acordo coletivo pode eventualmente chegar ao seu termo, antes da existência de novo acordo entre o sindicato e o empregador. Nesse caso, os termos do acordo coletivo continuam a valer após o prazo indicado, até que um novo acordo seja efetuado, inicie-se uma greve ou *lockout*, ou o sindicato perca sua certificação, o que ocorrer primeiro.

Interessante citar, como exemplos, o que dispõe os seguintes itens: 3.3. “as partes devem, em todas as etapas da negociação, agir de modo a colaborar com a conclusão de um acordo coletivo”; 3.10, “as partes precisam se encontrar, de tempos em tempos, com a finalidade de negociar, sendo que a frequência desses encontros deve ser razoável e compatível com o dever de negociar de boa-fé”; 3.11. “os encontros irão providenciar uma oportunidade para as partes explicarem, discutirem e considerarem as propostas relativas à negociação, mas se houver oposição às propostas, cada parte deverá fundamentar o seu ponto de vista”; 3.12. “o sindicato e o empregador deverão providenciar, se requisitado, e a tempo, informações que sejam necessárias para fundamentar suas reivindicações ou suas respostas às reivindicações”; 3.13. “cada parte deve considerar e responder às propostas efetuadas pela outra parte”; 6.1. “quando uma parte entender que houve uma quebra na boa-fé, com relação à negociação coletiva, a parte deve, sempre que possível, indicar suas preocupações acerca da ocorrência dessa violação da boa-fé, em estágio inicial, para possibilitar que a outra parte reverta a situação ou ofereça uma explicação”; 6.2. “as partes podem, em certas circunstâncias, requerer que seja aplicada uma penalidade pela quebra da boa-fé”; 6.3. “as partes também podem solicitar à autoridade para que fixe as

cláusulas do acordo coletivo relativo à negociação coletiva, sendo que tal solicitação pode ser efetuada, quer a penalidade pela violação da boa-fé tenha sido aplicada ou não”.¹⁹⁷

Em suma, empregadores e sindicatos que estejam envolvidos em negociação coletiva devem usar seus melhores esforços para entrar em acordo.

9.4. Espanha

Antonio Ojeda Aviles¹⁹⁸ explica que a Lei do Estatuto do Trabalhador, na Espanha, dispõe, em seu artigo 89, que “ambas as partes estão obrigadas a negociar sob o princípio da boa-fé”, repetindo uma regra por todos conhecida do direito contratual, com a finalidade de refrescar a memória das partes para obtenção um acordo justo. No entanto, ele entende que esse dever de negociar de boa-fé do Direito do Trabalho é mais amplo do que aquele dever de boa-fé previsto no Direito Civil, manifestando-se principalmente: a) no próprio dever de negociar, b) no dever de informação e c) na proibição de violência.

a) no próprio dever de negociar

¹⁹⁷ Code of Good Faith.(<http://www.ers.dol.govt.nz/goodfaith/code.html>)

Section 3 Bargaining

3.3. The parties should, therefore, at all stages in the bargaining, act in a way that will assist in concluding a collective agreement. 3.10. The parties must meet each other, from time to time, for the purposes of bargaining. The frequency of meetings should be reasonable and consistent with any agreed bargaining arrangements and the duty of good faith. 3.11. The meetings will provide an opportunity for the parties to explain, discuss and consider proposals relating to the bargaining. Where proposals are opposed, each party should provide explanations which support their view. 3.12. A union and employer must provide to each other, on request, and in a timely manner, information in accordance with sections 32(1)(e) and 34 of the Act that is reasonably necessary to support or substantiate claims or responses to claims made for the purposes of bargaining.3.13. The parties must consider and respond to proposals made by each other.

Section 6 Breach of Good Faith 6.1. Where a party believes there has been a breach of good faith in relation to collective bargaining the party shall, wherever practicable, indicate any concerns about perceived breaches of good faith at an early stage to enable the other party to remedy the situation or provide an explanation.6.2. Parties are able, in certain circumstances, to seek a penalty for a breach of good faith.6.3. The parties are also able to apply to the Authority to fix the provisions of the collective agreement to which the bargaining relates. An application may be made whether or not any penalty has been imposed for a breach of good faith. The Authority will then decide whether the application to fix the provisions satisfies the grounds set out in the Act.

Para Antonio Ojeda Aviles, o dever de negociar no Direito espanhol não é o mesmo que o *duty to bargain* presente no Direito norte americano, mas a boa-fé na elaboração dos convênios coletivos implica em que a mesa negociadora deve fazer todos os esforços que estejam em suas mãos para chegar a um final positivo, ou seja, a simples troca de correspondências, ou de proposições escritas, não é suficiente, devendo cada parte explicar suas atitudes de forma razoável, justificando as negativas com dados precisos. Na verdade, a boa-fé nas negociações coletivas significa evitar posições absurdas, negativas ou desestabilizadoras. O dever de negociar de boa-fé não inclui a obrigação de contratar; o fato de iniciar conversações não obriga que as partes cheguem forçosamente à assinatura de um convênio, se, por exemplo, a negativa tenha por motivo o fato de a empresa não poder aumentar tanto os salários, porque haveria uma crise econômica; ou o fato de o sindicato não pode ceder tanto, porque as bases não aceitariam o convênio. Nesses casos, a negociação atinge um impasse, de onde as partes podem sair pelos meios de pressão conhecidos.

Aviles registra, ainda, que o dever de negociar de boa-fé não se acaba com a assinatura do convênio, levando, ao contrário, a uma negociação permanente, dinâmica, disposta a resolver todos os conflitos surgidos na aplicação do mesmo.

b) no dever de informação

De acordo com Antonio Ojeda Aviles, o dever de informar a outra parte deriva do dever de negociar de boa-fé, do fato de ter cada parte de justificar suas posições, especialmente as negativas. As prerrogativas de obter informações sobretudo econômicas, trazem difíceis questões de conteúdo e limites, vez que os principais afetados, os empresários, não concebem que no mundo dos negócios possa a boa-fé chegar tão longe. O autor explica que, no direito norte

¹⁹⁸ AVILES, Antonio Ojeda. "Derecho Sindical". Madrid: Tecnos, 1992, p. 686-687.

americano, poucas coisas que possam ser úteis às negociações escapam da investigação, sendo em vão os protestos de que tratam de segredos ou de informações confidenciais, o único limite verdadeiro existe no fato de que a Oficina Nacional de Relações Trabalhistas descarta as pretensões com objetivo puramente vexatório, as que não apresentem interesse suficiente para a discussão ou as que demande uma perda de tempo muito grande. Em suma a petição apresentada pelo sindicato deve ser razoável. Para dados confidenciais, a Oficina admite às vezes o procedimento de dar vista a um terceiro escolhido livremente pelas partes. Essa obrigação dos empresários, se bem que seja recíproca, em um país que rechaça a cogestão tem suscitado inúmeras controvérsias. A doutrina, que reconhece esse direito de informação como integrante da boa-fé nas negociações coletivas, vê sérias dificuldades na hora de tratá-lo como um direito subjetivo perfeito e exigível, tutelável por meio de execução específica.

Antonio Ojeda Aviles¹⁹⁹ explica que, na Espanha, os negociadores também dispõem de informações da empresa, facilitadas por meio das representações unitárias e dos delegados sindicais. Ele entende que o dever de negociar de boa-fé na negociação coletiva vai mais além do habitual na negociação dos contratos privados, porque o ambiente normativo no qual deve ser interpretada aquela boa-fé é muito diferente do normal. Não teria sentido que o legislador obrigasse o empresário a submeter informações abundantes aos usuais agentes de negociação e de representação na empresa e em seguida permitisse que o empresário se negasse a fornecer os dados a uma comissão que exercita o direito constitucional à negociação coletiva. O descumprimento pelo empresário desse dever deve sofrer uma punição por infração administrativa grave.

¹⁹⁹ AVILES, Antonio Ojeda. "Derecho Sindical". Madrid: Tecnos, 1992, p. 688-689.

Antonio Ojeda Aviles atribui ao dever de informação em prol das negociações as seguintes características: a) é recíproco, apesar de que os mais afetados sejam os empresários, os sindicatos também devem responder, por exemplo, às questões a respeito de sua organização interna ou quantidade de afiliados, se essas informações forem pertinentes ao que estiver em discussão; b) a informação desarticula o conflito, se, por exemplo, um empresário se negar a elevar os salários dos empregados, demonstrando que se acha em vias de quebrar; c) proibição de violência.

Aviles esclarece que a legislação espanhola proíbe a violência nas negociações, tanto sobre as pessoas como sobre os bens, sendo que se ocorrer violência, serão suspensas as negociações até que cessem os atos violentos.

Quanto à proibição de dolo, fraude ou coação, nada dispõe a lei espanhola a respeito, de modo que há necessidade de socorrer-se da legislação penal a respeito dos delitos de coação, nos casos graves, ou à legislação civil de anulabilidade das convenções atingidos por vícios da vontade.

Dispõe o artigo 89 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha²⁰⁰, que:

1.A representação dos trabalhadores, ou dos empresários, que promova a negociação, comunicará à outra parte, expressando detalhadamente na comunicação, que deverá ser feita por escrito, a legitimação que ostenta, de conformidade com os artigos anteriores, o âmbito do convênio e as matérias objeto de negociação. Dessa comunicação deve ser enviada cópia, para efeito de registro, à autoridade laboral correspondente, em função do âmbito territorial do convênio.

A parte que receber a comunicação só poderá negar-se a iniciar as negociações por uma causa legal ou convencionalmente estabelecida, ou quando não se trate de revisar um convênio já vencido, mas em qualquer caso deverá contestar por escrito e motivadamente.

Ambas as partes estão obrigadas a negociar sob o princípio de boa-fé.

200

“1.La representación de los trabajadores, o de los empresarios, que promueva la negociación, lo comunicará a la otra parte, expresando detalladamente en la comunicación, que deberá hacerse por escrito, la legitimación, que ostenta de conformidad con los artículos anteriores, los ámbitos del Convenio y las materias objeto de negociación. De esta comunicación se enviará copia, a efectos de registro, a la autoridad laboral correspondiente en función del ámbito territorial del Convenio.

La parte receptora de la comunicación sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un Convenio ya vencido, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 83 y 84, en cualquier caso se deberá contestar por escrito y motivadamente.

Ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe.

En los supuestos de que se produjeran violencias, tanto sobre las personas como sobre los bienes y ambas partes comprobaran su existencia, quedará suspendida de inmediato la negociación en curso hasta la desaparición de aquéllas.

2. En el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación se procederá a constituir la comisión negociadora; la parte receptora de la comunicación deberá responder a la propuesta de negociación y ambas partes podrán ya establecer un calendario o plan de negociación.

3.Los acuerdos de la Comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones.

4. En cualquier momento de las deliberaciones, las partes podrán acordar la intervención de un mediador, designado por ellas.

Se ocorrerem violências, tanto sobre as pessoas como sobre os bens e ambas as partes comprovarem sua existência, ficará suspensa de imediato a negociação em curso até que cesse a violência.

2. No prazo máximo de um mês a partir do recebimento da comunicação, deverá responder a proposta de negociação e ambas as partes poderão já estabelecer um calendário ou plano de negociação.

3. Os acordos da Comissão requererão, em qualquer caso, o voto favorável da maioria de cada uma das representações.

Em qualquer momento das deliberações, as partes poderão acordar para que haja a intervenção de um mediador, designado por elas.

Comentando esse artigo, Jesús M. Galiana Moreno²⁰¹ ressalta que é de extrema importância o chamado dever de negociar por parte de quem recebeu a comunicação, mas não há obrigação de contratar. A lei reconhece a existência de um dever genérico nesse sentido, permitindo à parte que recebe a comunicação negar-se a iniciar as negociações apenas por causa legal ou convencional ou quando não se trate de promover a revisão uma convenção que já tenha vencido. A lei espanhola proíbe que haja negociação na vigência de uma convenção coletiva, ou seja, antes do tempo fixado para sua denúncia, sendo esse um exemplo de exclusão do dever de negociar por causa legal. Por outro lado, o mesmo exemplo serve para demonstrar uma exclusão do dever de negociar por causa convencional, porque as convenções trazem em seu bojo o seu período de vigência, e acordo com o pactuado pelas partes, não sendo permitido às partes descumprir os prazos para a denúncia. Em todo caso, mesmo que a parte que receba a comunicação se oponha a iniciar as negociações, há o dever de

²⁰¹ MORENO, Jesús M. Galiana; MELGAR, Alfredo Montoya ; NAVARRO, Antonio V. Sempere e SALMERÓN, Bartolomé Ríos. “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”. Madrid: Aranzadi, 1995, p.434-436.

responder à comunicação inicial por escrito. Mas, uma vez iniciadas as negociações, as partes devem obedecer ao princípio da boa-fé. Se uma das partes se afasta desse princípio, são suspensas as negociações ou, por outras palavras, fica suspenso temporariamente o dever de negociar. A não constituição de comissão negociadora, em razão de infundada negativa da parte em iniciar as negociações, caracteriza o descumprimento de dever de negociar, propiciando que a parte que instalou a negociação (geralmente o sindicato dos trabalhadores) recorra a medidas de pressão, como a greve ou o conflito coletivo.

Para Aviles²⁰², o problema mais difícil está em como obrigar ao cumprimento, quando a parte não deseja negociar, normalmente a parte empresarial. Há duas soluções paralelas: a) a doutrina majoritária considera a resistência como uma infração punível administrativamente, que encontra base legal, mas não possui uma tipificação adequada nas relações específicas de faltas leves, graves, ou muito graves, sendo que ele entende que se trata de falta grave, por violar o direito à negociação coletiva reconhecido expressamente aos trabalhadores pela legislação trabalhista; b) como a negociação coletiva se considera parte integrante da liberdade sindical, fica violado também o procedimento de tutela dos direitos de liberdade sindical, quando quem tiver frustrado o seu direito de negociar forem os sindicatos, caso em que pode haver uma sentença condenado à indenização, embora se reconheça que seja difícil, porque é difícil identificar o dano sofrido, mas não é impossível. Consequentemente, para o autor, o descumprimento do dever de negociar acarreta uma condenação por violação da liberdade sindical e uma sanção administrativa por falta grave.

²⁰² AVILES, Antonio Ojeda. “Derecho Sindical”. Madrid: Tecnos, 1992, p. 686-687

9.5. Portugal

O renomado professor português, Antonio Menezes Cordeiro,²⁰³ ensina que a matéria das convenções coletivas de trabalho é dominada, em termos dogmáticos, pelo princípio da autonomia, vez que as partes são livres para propor e aceitar. No entanto, a liberdade contratual coletiva tem algumas limitações que parecem interferir com a própria liberdade de negociar. Ele arrola as seguintes disposições da anterior Lei das Relações Coletivas de Trabalho (LRCT):

-as entidades destinatárias da proposta devem responder em certo prazo (artigo 17º/1);

-qualquer rejeição deve ser acompanhada da competente contraproposta (artigo 17º/3);

-as negociações diretas devem ter início num certo prazo subsequente à recepção da resposta à proposta (artigo 19º/1);

-as partes devem respeitar, no processo de negociação coletiva, os princípios da boa-fé (artigo 22º/1), com especificações;

-os representantes das partes devem fazer oportunamente as necessárias consultas aos interessados cujos interesses representam e não podem invocar essa necessidade para obterem a suspensão ou interrupção do curso do processo (artigo 22º/2);

-devem ser mutuamente prestadas as informações solicitadas, sem prejuízo para a defesa dos respectivos interesses (artigo 22º/3), não podendo, contudo, ser negados os relatórios e contas já publicados e, em qualquer caso, do número de trabalhadores por categoria profissional envolvidos no processo que se situam no âmbito da aplicação do acordo a celebrar (artigo 22º/4).

²⁰³ CORDEIRO, Antonio Menezes. "Manual de direito do Trabalho". Coimbra: Almedina, 1999, p.268-269.

Menezes Cordeiro explica que, dentre esses diversos deveres, sobressai o de observar a boa-fé, em razão de sua amplitude, havendo evidente paralelo com a boa-fé *in contrahendo* do Código Civil. Assim a boa-fé surge como conceito indeterminado, com fortes representações histórico-culturais subjacentes e uma aptidão de princípio para acompanhar os progressos mais recentes da Ciência do Direito. Sendo conceito indeterminado, ela necessita de preenchimento com valorações para operar no caso concreto, sendo particularmente vocacionados para intervir na concretização da boa-fé os valores fundamentais da Ordem Jurídica, em especial os relevantes na área jurídica envolvida, no caso, o Direito do Trabalho.

Atualmente, está em vigência em Portugal o Código do Trabalho, Lei nº99/2003, de 27 de agosto, que procedeu à revisão e à unificação de múltiplas leis que regulavam a prestação do trabalho subordinado.

O artigo 544 do referido Código dispõe acerca da proposta de negociação coletiva, nos seguintes termos:

1-O processo de negociação inicia-se com a apresentação à outra parte da proposta de celebração ou de revisão de uma convenção coletiva.

2-A proposta deve revestir forma escrita, ser devidamente fundamentada e conter os seguintes elementos:

- a) Designação das entidades que a subscrevem em nome próprio e em representação de outras;
- b) Indicação da convenção que se pretende rever, sendo caso disso, e respectiva data de publicação.

O artigo 545 trata da resposta, com os seguintes dizeres:

- 1.A entidade destinatária da proposta deve responder, de forma escrita e fundamentada, nos 30 dias seguintes à recepção daquela, salvo se houver prazo convencionado ou prazo mais longo indicado pelo proponente.
- 2.A resposta deve exprimir uma posição relativa a todas as cláusulas da proposta, aceitando, recusando ou contrapropondo.
- 3.A falta de resposta ou de contraproposta, no prazo fixado no nº 1 e nos termos do nº2, legitima a entidade proponente a requerer conciliação.

O artigo 686 do Código, dispõe que a violação do disposto nos números 1 e 2 do artigo 545, constitui contra-ordenação grave, sujeitando o infrator à pena de multa.

Entende Menezes Cordeiro²⁰⁴ que as negociações coletivas de trabalho assumem-se como um valor autónomo. Elas não valem, apenas, como elementos integrados num processo e destinados, num esquema total de instrumentalização, a proporcionar uma convenção coletiva; elas são, por si só, um objetivo.

A boa-fé nas negociações coletivas está agora prevista no artigo 547, do Código do Trabalho.

Artigo 547.º

Boa fé na negociação

1 - As partes devem respeitar, no processo de negociação coletiva, o princípio de boa-fé, nomeadamente respondendo com a máxima brevidade possível às propostas e contrapropostas, observando, caso exista, o protocolo negocial e fazendo-se representar em reuniões e contactos destinados à prevenção ou resolução de conflitos.

²⁰⁴ CORDEIRO, António Menezes. “Manual de direito do Trabalho”. Coimbra: Almedina, 1999, p.272

2 - Os representantes legítimos das associações sindicais e de empregadores devem, oportunamente, fazer as necessárias consultas aos trabalhadores e aos empregadores interessados, não podendo, no entanto, invocar tal necessidade para obterem a suspensão ou interrupção de quaisquer actos.

3 - Cada uma das partes do processo deve, na medida em que daí não resulte prejuízo para a defesa dos seus interesses, facultar à outra os elementos ou informações que ela solicitar.

4 - Não pode ser recusado, no decurso de processos de negociação dos acordos coletivo e de empresa, o fornecimento dos relatórios e contas das empresas já publicados e, em qualquer caso, do número de trabalhadores, por categoria profissional, envolvidos no processo que se situem no âmbito da aplicação do acordo a celebrar.

De acordo com o disposto no artigo 687 n.º 4 do mesmo Código, a associação sindical, a associação de empregadores ou o empregador que não se fizer representar em reunião convocada nos termos do n.º 1 do artigo 547 anteriormente mencionado, comete contra-ordenação grave, sujeitando-se a pena de multa.

Explica Menezes Cordeiro²⁰⁵ que o conteúdo normativo da boa-fé exprime-se por meio de dois princípios. O “princípio da proteção da confiança”, segundo o qual não se deve suscitar uma situação infundada de confiança por parte de outrem, nem desapara a confiança legítima, caso seja suscitada; o “princípio da primazia da materialidade subjacente”, pelo qual, em direito deve-se procurar lidar com os valores efetivamente em jogo, do modo a prosseguir-los em sua substância, não sendo suficiente uma mera conformação formal com os esquemas juridicamente prescritos.

²⁰⁵ CORDEIRO, António Menezes. “Manual de direito do Trabalho”. Coimbra: Almedina, 1999, p.270

Assim a remissão para a boa-fé equivale, de acordo com Menezes Cordeiro, a um apelo aos valores que informam o Direito Laboral coletivo, tendo em conta as duas vertentes mencionadas, a da tutela da confiança e a da primazia da materialidade subjacente.

A boa-fé não conduz, de forma alguma, a que as partes desamparem os interesses que representem ou que enfraqueçam suas defesas, mas impõe que elas negociem efetivamente, procurando atingir um consenso e prevenindo atitudes alheias à busca séria de um acordo, bem como comportamentos suscetíveis de ter efeitos contraproducentes.

9.6. A importância das negociações coletivas na Espanha e na Nova Zelândia

A importância das negociações coletivas pode ser constatada no artigo a seguir transcrito, da autoria de José Pastore²⁰⁶, denominado “Mitos sobre a flexibilização do trabalho”, no qual contesta os exemplos de países, nos quais a flexibilização teria fracassado, conforme citado pela imprensa brasileira por ocasião da discussão da reforma da CLT. A Espanha, que seria frequentemente mencionada por dirigentes sindicais e a Nova Zelândia, que foi indicada em uma matéria vinda da OIT (*O Estado de S. Paulo* em 02/12/2001). Pastore informa que, na Espanha, a reforma de 1994 mudou a base de vários direitos trabalhistas, que deixaram de ser garantidos por lei e passaram a ser garantidos através da negociação e da contratação coletiva, citando, como exemplo, a jornada de trabalho, a disciplina dos contratos por prazo determinado e tempo parcial.

²⁰⁶ PASTORE, José. “Mitos sobre a flexibilização do trabalho” Artigo de 27-12-2001, no site: josepastore.com.br/artigos/relaçõestrabalhistas

“Posteriormente, a reforma de 1997, deu mais um passo, e reduziu os encargos sociais na contratação por prazo indeterminado. O que aconteceu? Entre 1996-99, a economia cresceu 20% e o emprego formal 13% - muito superior à média da União Européia. O desemprego caiu de 24% para 15% e os usuários do seguro desemprego diminuíram de 22% para 10% (Consejo de Ministros, *Plan de Acción para el Empleo*, Madrid, 2001)”.

“A Espanha prosseguiu no processo de mudanças. Em março de 2001 a Lei no. 12 passou a incentivar o emprego dos jovens e das mulheres; introduziu uma indenização para os contratos temporários; e disciplinou os contratos por prazo indeterminado. Ao lado dessas mudanças, foram intensificadas as políticas ativas de emprego, em especial, a qualificação profissional. De um modo geral, houve um fortalecimento ainda maior da negociação coletiva. Com tais medidas, a Espanha espera um crescimento do emprego de mais de 2% para o ano 2001 e uma taxa de desemprego de 13% que ainda é alta, sem dúvida. Mas, nenhum país da Europa conseguiu reduzir 50% o desemprego ao longo dos últimos dez anos. Esse foi um grande feito do esforço espanhol.”

“A Nova Zelândia é um país pequeno - menos de 4 milhões de habitantes. A economia é fortemente exportadora. Na década de 60, o País ocupou o terceiro lugar no ranking de renda per capita. Em 1990, caiu para vigésimo. O crescimento foi de 2%; a inflação, 16%; e o desemprego 11%. Um grande programa de reformas foi implantado entre 1988-90. A última foi a trabalhista. O mercado de trabalho estava engessado por leis que garantiam o monopólio dos sindicatos nas negociações e filiação obrigatória. As negociações cobriam

inúmeras empresas, muitas vezes, setores nacionais. A arbitragem era compulsória. Os laudos, arbitrais valiam para todo o País. A "Lei dos Contratos de Emprego", aprovada em maio de 1991, remexeu todo sistema. Acabou-se com o monopólio sindical e a obrigatoriedade de filiação. Empregados e empregadores passaram a escolher entre negociações multi-empresariais ou uni-empresarial. Acabou-se com a arbitragem compulsória. Os resultados foram expressivos. O emprego e os salários aumentaram. A produtividade do trabalho subiu substancialmente. Os conflitos diminuíram (Tim Maloney, "Has New Zealand's employment contracts increased employment and reduced wages?", Australian Economic Papers, Vol. 36, dezembro de 1997)."

“Mas a grande mudança foi o fato de a nova lei ter deixado para os empregados decidirem se desejavam negociar individual ou coletivamente com as empresas e, neste caso, com ou sem a ajuda dos sindicatos. Uma verdadeira revolução nas relações de trabalho. O que aconteceu?”

“É verdade que nem tudo dependeu do novo regime trabalhista. Mas, nos cinco anos seguintes, o crescimento se manteve entre 5% e 7%. O país retomou à pujança exportadora. As contratações foram simplificadas. O conflito reduzido ao mínimo. E o desemprego caiu para 6%.”

“No início, a maioria dos empregados se entusiasmou pela contratação individual. Mas, gradualmente, foram se dividindo. A maioria voltou-se para os contratos coletivos. E como ficaram os sindicatos nesse novo cenário?”

“As primeiras negociações coletivas foram feitas com pouca participação dos sindicatos, cobrindo várias empresas. Mas, aos poucos, tudo mudou. Hoje, 99% dos contratos são por empresa. E empregadores e empregados voltaram a negociar com a participação dos sindicatos. Mesmo quando a maioria dos empregados não é sindicalizada, os empregados reconhecem nos dirigentes sindicais um bom domínio das técnicas de negociação. Para muitas empresas isso também se revelou mais conveniente. Para elas, é melhor negociar coletivamente e com líderes competentes do que manter diferentes contratos individuais. Atualmente, cerca de 65% dos contratos são negociados desse jeito. Os demais, individualmente.”

“A nova lei recebeu um aperfeiçoamento em outubro de 2000, passando a se chamar ‘Lei das Relações de Emprego’. O novo instituto manteve a não-obrigatoriedade de filiação e a liberdade para a realização de contratos individuais. Mas, reconhecendo a tendência da realidade, passou a exigir que toda negociação coletiva seja feita com a participação dos sindicatos sem, no entanto, exigir sua filiação àquelas agremiações. Os sindicatos passaram a funcionar como um ‘business’, especializados em negociação. E quem decide o nível e tipo de negociação são os empregados e empregadores, garantindo-se, assim, a liberdade na contratação do trabalho.”

“A Lei das Relações de Emprego de 2000 tem um grande capítulo, reforçando o conceito da boa fé. Empregados e empregadores têm de ser honestos e transparentes uns com os outros. A apresentação de dados fiéis é parte mais importante da boa fé. Nenhuma das partes pode induzir a outra a erros devido a blefes e escamoteamentos. Os empregadores têm de respeitar os sindicatos

quando o acordo é de natureza coletiva. Os sindicatos têm o direito de entrar nos locais de trabalho, dentro de suas atribuições. O empregador pode negar sua entrada, quando o assunto é impertinente ou intempestivo.”

“Apesar de arrepiar os teóricos ortodoxos do trabalhismo mundial, o sistema de relações do trabalho da Nova Zelândia constitui um dos mais eloqüentes exemplos do exercício efetivo da liberdade e do respeito entre empregados e empregadores. É uma peça de criativa engenharia social, em pleno funcionamento, e que não pode ser ignorada pelos amantes da democracia. A reforma trabalhista da Nova Zelândia é de maio de 1991. O mercado de trabalho estava engessado por leis que garantiam o monopólio dos sindicatos nas negociações e filiação obrigatória. As negociações cobriam inúmeras empresas, muitas vezes, setores nacionais. A arbitragem era compulsória. Os laudos, arbitrais valiam para todo o País e eram mais rígidos do que a legislação.”

“O que aconteceu desde então? O desemprego caiu de 11% em 1991 para 8% em 1997(Tim Maloney, ‘Has New Zealand’s employment contracts increased employment and reduced wages?’, Australian Economic Papers, Vol. 36, dezembro de 1997) e 6% em 2000. Os salários reais aumentaram 15%. A produtividade do trabalho subiu substancialmente. As contratações foram simplificadas: 99% dos contratos coletivos são por empresa, mas negociados entre empregadores e empregados, com a participação dos sindicatos. Os conflitos diminuíram. O país retomou a sua velha pujança exportadora.”

“As lições da Espanha e da Nova Zelândia não podem ser copiadas pelo Brasil pois, afinal, temos as nossas próprias tradições sociais, políticas e jurídicas. Mas os avanços ali alcançados não podem ser ignorados ou citados de maneira errônea. Os dois países estão se dando bem com ‘mais negociação e menos legislação’.”

10. Efeitos dos direitos fundamentais na esfera privada

Embora os direitos fundamentais tenham sido concebidos como direitos cujos efeitos são produzidos na relação entre o Estado e os particulares, Virgílio Afonso da Silva²⁰⁷, em sua obra sobre a constitucionalização do direito, enfrenta a questão da irradiação dos efeitos das normas, ou valores, constitucionais aos outros ramos do Direito, cuidando, principalmente, da vinculação das relações entre particulares a direitos fundamentais, explicando que nem sempre é o Estado que significa a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente os dotados de algum poder econômico ou social.

As normas de direito privado devem ser interpretadas com base nos princípios de direitos fundamentais. Além disso, os princípios gerais de direito não podem mais ser considerados como princípios morais, princípios supra jurídicos ou princípios extrajurídicos, mas sim uma expressão dos próprios princípios constitucionais.²⁰⁸

A autonomia privada, que é um conceito-chave do direito privado e das relações entre particulares, é considerada não como um princípio material de direito, equiparável aos direitos fundamentais, mas como um princípio formal, excluindo a possibilidade de sopesamento entre a própria autonomia privada e

²⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. “A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares”. São Paulo: Malheiros, 2005,p18.

²⁰⁸ Ibidem, p.27.

os direitos fundamentais eventualmente atingidos numa relação de direito privado, por faltar um critério de comparação para tornar o sopesamento possível. Em outras palavras, não é possível comparar princípios materiais, como os direitos fundamentais, com um princípio formal, como a autonomia privada²⁰⁹.

A autonomia privada é um princípio formal, uma garantia de competência para os indivíduos, fazendo-se um paralelo com a competência decisória do legislador ao tomar decisões em questões que envolvem direitos fundamentais. Ou seja, a autonomia privada, tanto quanto a autonomia legislativa, atua como um suporte para competências. A função da autonomia privada é fazer força contrária à dominação dos direitos fundamentais nas relações privadas.²¹⁰

Sempre que possível os efeitos dos direitos fundamentais se farão sentir nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado, havendo primazia da mediação que o legislador ordinário faz entre a ordem jurídica constitucional e a ordem privada, caso em que há eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas há casos em que os efeitos dos direitos fundamentais devem ser diretos, havendo necessidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.²¹¹

Pode-se citar como exemplo de eficácia indireta, a boa-fé, que sendo uma cláusula geral, serve de “porta de entrada” para os direitos fundamentais nas relações interprivadas²¹².

²⁰⁹ Ibidem, p.27-28.

²¹⁰ Ibidem, p.28.

²¹¹ Ibidem, p.28.

²¹² Ibidem, p.85.

A liberdade dos indivíduos e a autonomia do direito privado não são absolutas, ou seja, não há uma separação total entre os âmbitos dos direitos fundamentais e do direito privado. Para conciliar direitos fundamentais e direitos privados, existe a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado, pressupondo uma concepção de direitos fundamentais como um sistema de valores, com a existência de portas de entrada desses valores no próprio direito privado, portas essas que seriam as cláusulas gerais.²¹³

Não é necessário o recurso a uma ordem objetiva de valores, para que os direitos fundamentais extrapolem o âmbito da relação entre Estado e indivíduo para irradiar efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, entende Virgílio²¹⁴, ao fundamento de que como princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, a decorrência automática desse entendimento conceitual é a fundamentação daquela extrapolação na eficácia dos direitos fundamentais que fomentem a sua realização. Dessa maneira fica possível inferir dos direitos fundamentais também direitos à proteção contra eventuais violações por parte de terceiros, pois a liberdade de expressão, o direito de associação, a privacidade, a liberdade de informação, a liberdade religiosa, entre outros, são realizáveis em maior medida se não forem considerados apenas direitos contra violações por parte do Estado, mas também contra violações por parte de terceiros.

Fundamentar os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares com base na idéia de otimização e não na idéia de uma ordem objetiva de valores não implica uma dominação do direito infraconstitucional por parte dos valores constitucionais, porque o próprio conceito de otimização já

²¹³ Ibidem, p.76

²¹⁴ Ibidem, p.146

enuncia que essa produção de efeitos é condicionada às condições fáticas e jurídicas existentes. Dentre tais condições jurídicas estão as normas de direito privado ou de direito infraconstitucional, em geral.²¹⁵

Em conclusão, por serem princípios, e, por conseguinte, mandamentos de otimização, os direitos fundamentais exigem uma produção de efeitos nas relações entre particulares.

No entanto, a existência de um Código Civil, cujas normas possuem, em geral, a estrutura de regras, impede, à primeira vista, uma aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares, porque os efeitos desses direitos já chegam às relações entre particulares por via indireta. Existem, porém, diversas situações para as quais somente uma aplicação direta dos direitos fundamentais pode oferecer uma solução adequada, como, por exemplo, nos casos em que não há essa mediação legislativa²¹⁶.

Assim, da mesma forma que a competência decisória do legislador fornece razões para que suas decisões sejam respeitadas, ainda que haja restrição a direitos fundamentais em decorrência de lei ou outro ato legislativo, a autonomia privada é o princípio formal que fornece razões para que um ato de vontade entre particulares seja aceito e considerado válido, ainda que restrinja direitos fundamentais das partes. Mas, como decidir o que prevalece em cada caso concreto, a decisão baseada na autonomia da vontade ou a proteção a direitos fundamentais eventualmente restringidos, pergunta Virgílio.²¹⁷

Ressaltando que se deve fazer uma análise da relação entre manutenção das competências sustentadas pela autonomia privada e a intensidade da

²¹⁵ Ibidem, p.146

²¹⁶ Ibidem, p.147

²¹⁷ Ibidem, p.149.

restrição aos direitos fundamentais eventualmente envolvidos na relação entre particulares, Virgílio explica que a autonomia privada funciona como garantia de certas competências, mas pode ser relativizada em face de um desequilíbrio na relação entre particulares ou no caso de haver um falseamento da real autonomia privada. Se esses fatores não se fizerem presentes, deve-se partir de uma precedência *prima facie* da autonomia privada quando confrontada com eventuais direitos fundamentais envolvidos. Essa precedência, afirma Virgílio, por ser apenas *prima facie*, pode ser revertida, sendo que o fator mais importante para que ocorra tal reversão é a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos. “O peso do princípio formal expressado pela autonomia privada tende a ser menor quanto maior for a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos”.²¹⁸

No entanto, o modelo de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares não implica que todo direito fundamental necessariamente seja aplicável a tais relações. A verificação dessa aplicabilidade deve ser individualizada e dependerá das características de cada norma de direito fundamental. O modelo citado sustenta que, se o direito fundamental for aplicável às relações entre particulares, essa aplicação será direta, mas não exclui a possibilidade de que alguns direitos sejam aplicáveis apenas nas relações entre o Estado e os cidadãos.²¹⁹

A boa-fé, exemplo de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, é um limite ao exercício dos direitos, limitando também as negociações coletivas.

²¹⁸ Ibidem, p.160

²¹⁹ Ibidem, p.91.

O Código Civil Brasileiro limita os direitos na medida e no momento em que descreve, genérica e hipoteticamente os seus respectivos conteúdos, sendo que, quanto ao exercício, houve preferência por parte do legislador de fazê-lo de forma geral, na Parte Geral, na qual, no artigo 187, ao disciplinar os atos ilícitos, foram traçados os limites dentro dos quais o exercício de qualquer direito pode se dar, conforme explica Daniel M. Boulous²²⁰.

Assim, esclarece Boulous que, na Parte Geral do Código Civil, estão traçadas as diretrizes que devem nortear o exercício de qualquer direito, sendo que, ao fazer referência à boa-fé, aos bons costumes e à função social do direito, o artigo 187 elegeu e positivou esses princípios como sendo limites gerais dentro dos quais o exercício do direito, para ser legítimo (e, portanto, lícito) deve-se dar.

A boa-fé, como princípio geral de direito positivado, incide indistintamente sobre todos os direitos. Ademais, tratando-se de um conceito legal indeterminado, serve de permanente instrumento de controle a disposição do juiz, a quem cabe adaptá-lo à realidade social na ocasião da análise de determinado caso concreto.

11.Boa-fé na negociação coletiva em nosso Direito

A negociação coletiva possui determinados princípios que lhe são imanentes, quase sempre não escritos, sendo postulados éticos ou normas de conduta das partes que permeiam, de fato, o processo negocial, imprimindo-lhe um conteúdo pedagógico que progressivamente o aperfeiçoa, assevera João de Lima Teixeira Filho²²¹, citando como princípios da negociação coletiva, o

²²⁰ BOULOS, Daniel M. “Abuso do Direito”. São Paulo: Método, 2006, p.179-180.

²²¹ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. “Negociação Coletiva de Trabalho”. In Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1993, p.1045-1047.

princípio da boa-fé, o direito de informação, o princípio da razoabilidade, o princípio da paz social e a negociação coletiva como fonte de direito do Trabalho.

Quanto ao princípio da boa-fé, Teixeira Filho²²² afirma que se trata de um princípio inerente aos atos jurídicos em geral, sendo que sua existência resulta de presunção *iuris tantum*. “A boa-fé na negociação coletiva deve estar presente não só na fase de confecção do assenso, pela concentração de esforços para a conclusão com êxito da negociação, mas também na fase de fiel execução do que pactuado.”

“O princípio da boa-fé revela-se na disposição da parte para negociar, analisar propostas adequadamente formuladas e também, com muita freqüência, no modo pelo qual o acordo ou a convenção coletiva de trabalho é redigido. O instrumento normativo que recolhe e enuncia as condições de trabalho negociada não pode se transformar em fonte de dissidência, devido a uma redação premeditadamente ambígua ou contraditória. Esses instrumentos de auto composição servem para encerrar o conflito, nunca para instigá-lo.”²²³

Toda negociação coletiva deve partir do pressuposto básico de que as partes se comprometem a negociar de boa-fé e a proceder com lealdade em todos os seus entendimentos, assim como na execução do que vier a ser acordado, afirma Otavio Pinto e Silva²²⁴, ao entendimento de que a boa-fé é um princípio fundamental, que gera os desdobramentos a seguir mencionados. O primeiro deles é o dever formal de negociar, mediante o qual as partes se obrigam a examinar as propostas recíprocas e a formular contrapropostas

²²² TEIXEIRA FILHO, João de Lima. “Negociação Coletiva de Trabalho” in Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1993, p.1045-1047

²²³ Ibidem, p.1045-1047

²²⁴ SILVA, Otavio Pinto e. “A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho”. São Paulo: LTr, 1998, p.105.

convergentes, substitutivas, modificativas ou supressivas, de maneira que a rejeição de uma determinada proposta deve levar à discussão dos motivos que justificam a recusa, motivos esses que a parte tem obrigação de explicitar. Encontram-se inseridas no dever formal de negociar noções tais como, obrigatoriedade de reuniões periódicas, prazo mínimo de duração das negociações e de cada discussão, fundamentação de cada proposta ou contraproposta etc. Em segundo lugar, as partes precisam pôr-se de acordo, antecipadamente sobre a finalidade e o alcance da negociação, que deve envolver interesses relacionados com a fixação de normas de condições de trabalho, o incremento da produtividade e a harmonia nas relações de trabalho. Finalmente, o conglobamento, concebido como uma norma técnica que não admite invocação de prejuízo como objeção a uma dita cláusula, sem o exame do conjunto da negociação, tratando-se de uma garantia de unidade da negociação, para que os mesmos argumentos não sejam repetidos e para que as partes não percam de vista o conjunto de discussões.

O direito de informação, para o uruguaio Oscar Ermida Uriarte²²⁵, está situado no âmbito da negociação coletiva, vez que junto com a obrigação de negociar, o direito de informação é um dos requisitos básicos, prévio e inevitável, para que possa haver negociação. Mas há outros níveis em que o direito de informação está presente, como, por exemplo, no próprio contrato ou relação individual de trabalho, eis que o empregador está obrigado a informar ao trabalhador uma série de condições de trabalho, de seus direitos e obrigações.

²²⁵ “También el derecho de información, aunque de una manera menos obvia, responde a fundamentos éticos. Si bien por lo general ubicamos el derecho de información en el ámbito de la negociación colectiva – y efectivamente, junto con la obligación de negociar, el derecho de información es uno de los requisitos básicos para que pueda haber negociación -, lo cierto es que el mismo se manifiesta en por lo menos tres niveles. Por un lado, hay un derecho de información en el mismo contrato o relación individual de trabajo: el empleador está obligado a informar al trabajador de una serie de condiciones de trabajo, de sus derechos y obligaciones, etc. En la negociación colectiva, ya se dijo, el derecho de información es un prerequisite insoslayable. Finalmente, el derecho de información también se da en las instancias de participación, donde el mismo puede ser visto como uno de los grados de intensidad, por cierto menor, de la participación. URIARTE, Oscar Ermida. “Ética y Derecho del Trabajo” www.upf.edu/iuslabor/012006/Latinoamerica.OscarErmida2.htm

A proteção da boa-fé, que deve orientar a atuação das partes envolvidas na atividade negocial, é medida indispensável para a garantia da negociação coletiva. A credibilidade de um sistema que privilegie a negociação coletiva para a produção de normas jurídicas trabalhistas depende diretamente da presença da boa-fé nos entendimentos mantidos entre os representantes de trabalhadores e empresários. Assim, ensina Otavio, cogitar da boa-fé no processo negocial implica pensar em procedimentos éticos que devem ser necessariamente observados pelas partes negociadoras, sob pena de esvair-se por completo a possibilidade de criação de normas jurídicas autônomas, autênticas e representativas da vontade dos trabalhadores e empresários²²⁶.

Assim a boa-fé, exemplo de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, é um limite ao exercício dos direitos, limitando também as negociações coletivas.

12. Jurisprudência

Não é abundante a jurisprudência a respeito da aplicação do princípio da boa-fé na Justiça do Trabalho. Apresenta-se, a seguir, alguns dos acórdãos encontrados, nos quais aparecem boa parte dos principais temas tratados no presente trabalho, tais como aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva no Direito do Trabalho, valorização da convenção coletiva firmada com base na boa-fé, como incentivo à autocomposição dos conflitos pelos próprios interessados, possibilidade de serem reduzidos direitos dos trabalhadores, apesar de estarem previstos em lei, por meio de negociação coletiva, conflito

²²⁶ SILVA, Otavio Pinto e. “A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho”. São Paulo: LTr, 1998, p.105.

entre disposições de acordo e de convenção coletiva, teoria do conglobamento, respeito à autonomia privada coletiva, dentre outros.

A jurisprudência colacionada apresenta várias teses interessantes a respeito do princípio da boa-fé, que não constam na ementa, vez que muitos dos pontos questionados não superaram o conhecimento do recurso por irregularidades técnicas. Assim, para melhor compreensão do raciocínio utilizado na solução de cada caso, optou-se por manter a íntegra dos acórdãos, negritando-se os aspectos mais relevantes e pertinentes à teoria apresentada.

12.1

NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 931/2003-006-07-00 PUBLICAÇÃO: DJ - 10/02/2006 PROC. Nº TST-RR-931/2003-006-07-00.9 C: A C Ó R D Ã O 3ª TURMA MCP/bfs/va RECURSO DE REVISTA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DANO MORAL 1. Segundo o princípio da boa-fé objetiva, que se aplica a todos os contratos, inclusive trabalhistas, previsto nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil, as partes devem agir em conformidade com parâmetros razoáveis de boa-fé, tratando o contratante como parceiro e buscando relação de cooperação. 2. De acordo com as novas diretrizes do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva deve informar todas as fases do contrato. 3. Conclui-se, dessarte, pela competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar pedido de indenização por danos morais ocorridos nas negociações preliminares, porque decorre de relação de trabalho, ainda que na fase das tratativas. Recurso de Revista conhecido e provido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-931/2003-006-07-00.9, em que é Recorrente EMANUEL TEÓFILO FURTADO e Recorrida EDUCADORA E EDITORA S/C LTDA. O Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, em acórdão de fls. 1.368/1.371, complementado às fls. 1.389/1.391, declarou (...)a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar a ação por danos morais, porque decorrentes de vínculo empregatício, declinando-se a competência para a Justiça Comum (fls. 1.370). O Reclamante interpõe Recurso de Revista às fls. 1.394/1.408. Despacho de admissibilidade, às fls. 1.410. Contra-razões, às fls. 1.414/1.426. Os autos não foram encaminhados ao D. Ministério Público do Trabalho, em conformidade com o artigo 82 do Regimento desta Corte. É o relatório. V O T O REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE Atendidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade tempestividade (fls. 1.393 e 1.394), representação processual (fls. 28) e preparo (fls. 1.324) -, passo ao exame do recurso. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DANO MATERIAL E MORAL a) Conhecimento O Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, em acórdão de fls. 1.368/1.371, complementado às fls. 1.389/1.391, declarou a incompetência da Justiça do Trabalho para julgar a ação de danos morais e declinou a competência para a Justiça Comum. Eis os termos do acórdão regional: Recurso do reclamante ajuizado, regularmente (fls. 1.307 a 1.323), sob o fundamento de que o objetivo da ação decorre do descumprimento de promessa de emprego como Coordenador do Curso de Direito que estava sendo implantado, cujo projeto de instalação foi elaborado pelo recorrido, mediante pagamento, e que desde então havia aquela promessa. A tese da recorrida é a de que não havia nenhuma relação emprego, o que foi reconhecido pelo reclamante e que, conforme sentença, não havia nenhuma obrigação de contratá-lo, mesmo porque havia um impedimento constitucional (artigo 95, § único da CF/ 88 e artigo 26-II, da LOMAN). Tenho entendido que a competência da Justiça do trabalho para apreciar reclamação trabalhista objetivando indenização por danos morais, somente quando decorre de ato ou fato praticado pelo empregador contra a imagem ou honra do empregado. As figuras de empregador e empregado

pressupõem a existência de um contrato de trabalho, conseqüentemente, que o ato ou fato danoso tenha ocorrido na vigência do contrato. O contrato de trabalho é consensual, bilateral e oneroso, vestimentas tanto para o formal quanto para o contrato realidade, somando-se a este os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT. O que vejo nos autos foge da área da contratação trabalhista, podendo situar no campo da moral. Não posso firmar jurisprudência ao admitir que uma promessa de contrato de trabalho descumprida venha agitar a Justiça do trabalho, objetivando indenização por dano moral. Aliás, promessa de emprego, não cumprida, é o que mais se tem por este mundo de meu Deus, sobretudo, na classe operária. Até o momento, as portas deste Regional não foram abertas para apreciar ação por dano moral, por descumprimento de promessa de contratação. E se fosse firmado competência, creio que teríamos menos ações para os contratados pela CLT e esta estaria encostada. Portanto, sou pela incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar a ação, sem falar-se do impedimento constitucional da contratação, visto que Coordenador de Curso é uma função administrativa, diversa da função típica de professor, matéria que adentra à pré-contratação. (fls. 1.369/1.370 grifos no original.) O Autor assevera a competência desta Justiça Especializada para julgar a presente ação. Defende que, com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, ainda que o Tribunal Regional tenha concluído pela inexistência de relação de emprego, a competência para o julgamento da controvérsia atinente ao período pré-contratual passou a ser desta Justiça. Entende que a competência é definida pela situação afirmada pelo Reclamante e que a existência de impedimento constitucional não influi no critério de sua definição. Aduz que a efetiva existência de pré-contrato é matéria meritória. Indica afronta aos artigos 114, I, IV e VI, da Constituição da República, 87 e 462 do CPC e contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 327 da SBDI-1. Transcreve julgados à divergência. A controvérsia cinge-se à competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de pedido de indenização por danos morais decorrentes de promessa de contrato de trabalho não cumprida. Com a ampliação da competência desta Justiça Especializada, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, as controvérsias decorrentes não só das relações de emprego, mas de todas as relações de trabalho, passaram à sua atribuição. As regras atinentes à modificação da competência em razão da matéria têm aplicação imediata e alcançam o processo no estado em que se encontra. Isso significa que, a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 45/2004, todas as ações oriundas das relações de trabalho que tramitavam na Justiça Comum deveriam ser remetidas à Justiça Trabalhista. In casu, o Tribunal de origem asseverou a existência de promessa de emprego. Com a nova competência da Justiça do Trabalho, a existência, ou não, dos requisitos legais necessários à configuração do vínculo empregatício não é mais questão decisiva. Para determinar a competência desta Justiça, basta verificar se a ação é oriunda ou decorrente de relação de trabalho. Antes da inclusão do inciso VI no artigo 114 da Constituição da República pela aludida emenda, o qual prevê a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrente da relação de trabalho, a jurisprudência desta Eg. Corte, consolidada na Súmula nº 392, já sinalizava no sentido de que nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho. A questão referente à existência de impedimento constitucional do Reclamante para o exercício da função de coordenador de curso deve ser resolvida no âmbito administrativo e não influi na definição da competência para o julgamento de ação de danos morais ajuizada contra a Reclamada. **Para o julgamento da presente questão, é importante determinar se é possível atribuir responsabilidade trabalhista por danos morais ocorridos na fase das tratativas de um contrato futuro. Segundo o princípio da boa-fé objetiva, que se aplica a todos os contratos, inclusive trabalhistas, previsto nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil, as partes devem agir em conformidade com parâmetros razoáveis de boa-fé, tratando o contratante como parceiro e buscando relação de cooperação. De acordo com as novas diretrizes do Código Civil, a boa-fé objetiva deve informar todas as fases do contrato. Considerada a função social do contrato, a Recorrente possui deveres anexos às obrigações principais, entre eles, o de informação, pelo qual um contratante deve informar o outro sobre todas as circunstâncias fundamentais do contrato, para que o consentimento seja livre e informado. Conclui-se, dessarte, ser possível o pedido de indenização por danos morais ocorridos nas negociações preliminares. Como a controvérsia em questão decorre de relação de trabalho, ainda que na fase das tratativas, compete à Justiça do Trabalho o seu julgamento. Ante o exposto, conheço do recurso, por afronta ao artigo 114, VI, da Constituição da República. b) Mérito A conseqüência do conhecimento do apelo por afronta à Constituição é o seu provimento Dou provimento ao**

Recurso de Revista para, declarando a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento do caso em exame, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que julgue o feito, como entender de direito. ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista, por violação ao artigo 114, VI, da Constituição da República, e, no mérito, dar-lhe provimento para, declarando a competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar a presente ação, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que a julgue, como entender de direito. Brasília, 23 de novembro de 2005. MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI Ministra-Relatora

12.2.

PROCESSO: RR NÚMERO: 434473 ANO: 1998 PUBLICAÇÃO: DJ - 13/06/2003 PROC. Nº TST-RR-434.473/1998.6 C: A C Ó R D Ã O (Ac. 5ª Turma) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. JORNADA NOTURNA REDUZIDA. Se as categorias patronal e profissional concordaram quanto ao pagamento do adicional noturno de 40% para compensar a hora noturna, deve preponderar o ajustado entre as partes, como faculta a Constituição da República, pois é preciso prestigiar e valorizar a negociação coletiva assentada na boa fé, como forma de incentivo à composição dos conflitos pelos próprios interessados. CORREÇÃO MONETÁRIA. ÉPOCA PRÓPRIA. O pagamento dos salários até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços (Orientação Jurisprudencial 124 do TST). Recurso de Revista de que se conhece parcialmente e a que se dá provimento. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-434.473/1998.6, em que é Recorrente AÇO MINAS GERAIS S.A. - AÇOMINAS e Recorrido NILTON DOS SANTOS. O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, mediante o acórdão de fls. 296/315, deferiu ao reclamante o pagamento das horas in itinere; considerou como horas extras os minutos anteriores e posteriores à jornada de trabalho que ultrapassem a dez minutos; determinou que a gratificação de retorno de férias incida no FGTS; entendeu devido o pagamento da hora noturna reduzida; e, também, o pagamento de duas horas extras diárias (7ª e 8ª horas) em decorrência do trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento. Consignou que o índice de correção monetária a incidir sobre os débitos salariais é o do próprio mês vencido, e não o do mês seguinte; e liberou o autor da multa aplicada nos Embargos de Declaração. Ambas as partes opõem Embargos de Declaração, a fls. 317 e 318/320. O acórdão regional de fls. 323/328 deu provimento aos Embargos de Declaração opostos pelo reclamante e negou provimento aos opostos pela reclamada. Inconformada, a reclamada apresenta Recurso de Revista, insurgindo-se no tocante às seguintes matérias: não reconhecimento dos acordos coletivos celebrados; hora noturna reduzida; turno ininterrupto de revezamento; divisor salarial; incidência do adicional noturno nas horas extras, feriados e RSR's; FGTS sobre a gratificação de retorno de férias; minutos anteriores e posteriores à jornada de trabalho; horas in itinere; correção monetária época própria e multa aplicada nos Embargos de Declaração. Fundamenta o seu Recurso com base nas alíneas "a" e "c" do art. 896 da CLT. Despacho de Admissibilidade a fls. 401. Contra-razões oferecida pelo reclamante a fls. 402/405. Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, por desnecessário. É o relatório. V O T O I. CONHECIMENTO Atendidos os pressupostos de admissibilidade relativos a tempestividade, representação e preparo. 1.1. NÃO-RECONHECIMENTO DOS ACORDOS COLETIVOS CELEBRADOS Sustenta a reclamada que o acórdão regional violou os arts. 7º, incs. XXVI e XIV, e 8º, incs. III e VI, da Constituição da República, ao desconsiderar o fato de que a hora noturna reduzida foi objeto de negociação coletiva quando pactuaram expressamente que o pagamento do adicional noturno no percentual superior ao legal 40%, incluía a redução da hora noturna, assim como não incidiria sobre quaisquer outras parcelas, senão sobre aquelas horas em que houve prestação de trabalho no período de 22 às 5 horas, também desconsiderou a norma coletiva ao dispor que a jornada de trabalho para o turno ininterrupto de revezamento seria de 8 horas diárias e que o divisor seria de 240 para o cálculo do salário-hora. Transcreve arestos para confronto de teses. No que concerne aos acordos coletivos celebrados, o Tribunal Regional adotou o seguinte entendimento com relação à hora noturna reduzida: "Pensa-se que Acordo Coletivo de Trabalho não tem competência para incluir, no pagamento de adicional noturno e de horas extras noturnas, a hora noturna reduzida, direito assegurado ao trabalhador, na sua plenitude, por lei. Além da

presença abominável do salário complessivo, há ofensa ao parágrafo 1º, do art. 73, da CLT, que continua em vigor, tendo sido recepcionado pela Constituição do Brasil. Sabe-se que os instrumentos coletivos em face da hierarquia das normas não podem ir de encontro à lei, pois a ela estão subordinados." (fls. 302) Quanto à fixação da jornada de trabalho em turno ininterrupto de revezamento, a decisão recorrida consignou que o instrumento normativo firmado em 06/09/89, com vigência por prazo indeterminado, encontra-se caduco, in verbis : "A inserção, no corpo do Acordo Coletivo de Trabalho, do prazo de sua duração que não pode ser superior a dois anos -, é exigência legal, sob pena de sua ineficácia. A obrigatoriedade tem razão de ser, porque suas vantagens somente se incorporam ao contrato de trabalho no período de sua vigência." (fls. 296) No tocante ao divisor, asseverou o Tribunal Regional que: "...um instrumento coletivo não pode estabelecer divisor 240, para cálculo de salário-hora, quando a Constituição da República de 1988, fixou jornada labora de 44 horas semanais (divisor 220), e de seis horas diárias (divisor 180), em caso de trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento. Admitir tal coisa é, simplesmente, subverter a ordem institucional." (fls. 326) Os três paradigmas transcritos a fls. 333 tratam da eficácia dos acordos e convenções coletivas de forma genérica, não enfrentam especificamente os argumentos expendidos na decisão regional ao afastar a aplicação das normas coletivas, configurando-se, assim, inespecíficos ao fim pretendido, conforme as exigências da Súmula 296 desta Corte. Não houve violação à literalidade dos arts. 7º e 8º, da Constituição da República, pois houve o reconhecimento do acordo coletivo firmado entre as partes enquanto perdurou a sua vigência, que no presente caso ocorreu de 06/09/89 a 06/09/91. Portanto, NÃO CONHEÇO. 1.2. HORA NOTURNA REDUZIDA O Tribunal Regional adotou o seguinte entendimento: **Com efeito, a hora noturna reduzida não foi observada pela ré. Pensa-se que Acordo Coletivo de Trabalho não tem competência para incluir, no pagamento de adicional noturno e de horas extras noturnas, a hora noturna reduzida, direito assegurado ao trabalhador, na sua plenitude, por lei. Além da presença abominável do salário complessivo, há ofensa ao parágrafo 1º, do art. 73, da CLT, que continua em vigor, tendo sido recepcionado pela Constituição do Brasil. Sabe-se que os instrumento coletivos em face da hierarquia das normas não podem ir de encontro à lei, pois a ela estão subordinados. (fls. 302) Aduz a reclamada que a Constituição da República não fez qualquer ressalva no que concerne à redução da hora noturna, apenas dispõe que o pagamento do trabalho noturno deve ser superior ao diurno. Afirma ter sido revogado o art. 73 da CLT pela atual Constituição da República. Caso seja mantida a decisão recorrida, pleiteia a compensação dos valores pagos a maior (40%) que o previsto em lei sobre o adicional noturno, face à idêntica característica do pagamento. Transcreve arestos para cotejo. O segundo aresto transcrito a fls. 335 autoriza o conhecimento do Recurso, ao divergir do entendimento proferido pelo acórdão regional, ao consignar a tese de que É válida a cláusula convencional que estabelece adicional noturno de 40% para considerar a hora noturna sem a redução prevista no art. 73 parágrafo 1º, da CLT . CONHEÇO, por divergência jurisprudencial. 1.3. JORNADA EM TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO E DO DIVISOR SALARIAL Afirma a reclamada que deve prevalecer a negociação coletiva, pois, ainda que conste a vigência do acordo por tempo indeterminado, estas foram renovadas por meio das cláusulas intituladas "adicional de turno" quando expressam que o trabalho em turno ininterrupto de revezamento é de 8/16 16/24 e 00/8 horas, assim como pelas tabelas salariais aprovadas e anexadas a todos os acordos coletivos posteriores a 1991, estando renovada a jornada de 8 horas e o divisor 240. Colaciona arestos para comprovar a divergência jurisprudencial. Ao contrário do que afirma a reclamada, constatou o Tribunal Regional que os outros instrumentos normativos posteriores não repetiram o disposto na cláusula primeira do acordo coletivo de 1989, que se refere ao trabalho em turno ininterrupto de revezamento (fls. 326). A matéria tal como apreciada requer o revolvimento do conjunto probatório, no qual se baseou a decisão recorrida, procedimento incabível em sede de Recurso de Revista, conforme dispõe o entendimento sintetizado na Súmula 126 desta Corte. Os paradigmas transcritos a fls. 336/338 partem da premissa da validade dos acordos coletivos, não discutindo especificamente a questão em torno do prazo de vigência do acordo coletivo, atraindo, assim, a incidência da Súmula 296 desta Corte. Logo, NÃO CONHEÇO. 1.4. INCIDÊNCIA DO ADICIONAL NOTURNO NAS HORAS EXTRAS, FERIADOS E RSRs Sustenta a reclamada que os adicionais compõem a remuneração; e não, o salário e sendo a hora extra calculada sobre o salário não existe fundamento legal a determinar a incidência do adicional noturno no cálculo das horas extras e feriados. Transcreve aresto para confronto. A decisão recorrida, invocando a Súmula 60 do TST, deferiu a incidência do adicional noturno**

nas horas extras e nos feriados já pagos (fls. 308). Verifica-se que o acórdão regional, neste particular, decidiu a matéria em harmonia com o entendimento iterativo desta Corte, concentrado na Súmula 60, ao asseverar que "O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos." Portanto, o Recurso encontra óbice intransponível na Súmula 333 desta Corte, motivo pelo qual não se configura divergência jurisprudencial. Assim, NÃO CONHEÇO. 1.5. FGTS SOBRE A GRATIFICAÇÃO DE RETORNO DE FÉRIAS Aduz a reclamada que a gratificação de retorno de férias é originária de acordo coletivo de trabalho, sendo certo que é parcela acessória das férias e, como o próprio autor afirmou na peça exordial, esta gratificação foi paga sobre as férias indenizadas e quitadas na rescisão contratual, portanto, de caráter indenizatório. Aduz como ofendida a Lei 8.036/90. O Tribunal Regional determinou que a gratificação de retorno de férias, quitada no TRCT, incida no FGTS, sob o fundamento de que: "Como restou evidente, a gratificação de retorno de férias é concedida ao trabalhador, por força de instrumento normativo. Portanto, se dele tem origem, trata-se de gratificação ajustada, de que cuida o art. 457, parágrafo 1º, da CLT, do qual faz menção o art. 15, da Lei nº 8.036, de 11/5/1990. Assim sendo, tem natureza salarial. Via de consequência, integra o salário, para todos os efeitos legais incluindo, assim, no cálculo do FGTS." (fls. 301) Cumpre registrar que o Tribunal Regional não faz qualquer menção ao fato da gratificação ter sido paga sobre as férias indenizadas. Apesar dos argumentos expendidos pelo recorrente, não há falar em violação à Lei 8.036/90 pois, como bem asseverou o Tribunal Regional, trata-se de gratificação ajustada, da qual faz menção o art. 15, da Lei 8.036/90. O único aresto transcrito, a fls. 340, não aborda o aspecto fático de que a gratificação de retorno de férias foi concedida por força de instrumento normativo, portanto, inespecífico à configuração da divergência jurisprudencial, nos termos exigidos na Súmula 296 desta Corte. Portanto, NÃO CONHEÇO. 1.6. MINUTOS ANTERIORES E POSTERIORES À JORNADA DE TRABALHO Aduz a reclamada que o acórdão regional não considerou que a empresa é de grande porte e que demanda mais tempo na marcação de ponto e preparação para início das atividades, não sendo estes minutos gastos considerados como horas extras. Colaciona arestos para comprovar a divergência jurisprudencial. O Tribunal Regional manteve a sentença de primeiro grau neste aspecto, sob o seguinte fundamento: (...) é razoável que se admita o dispêndio de tempo até cinco minutos, não computáveis na jornada, para aquela finalidade. Computam-se na jornada, no entanto, como horas extras extraordinárias (sic) relativas a horas à disposição, os excessos àquele limite verificados à entrada e à saída, devendo o empregador criar condições para que não ocorram, sob pena de se obrigar à remuneração correspondente, observando-se, ainda, que, no caso dos autos, foram deferidos os minutos excedentes de dez. Assim, faz jus o reclamante a todos os minutos excedentes da jornada normal superiores a dez, nos termos do artigo 4º da CLT, não elidindo o pedido de concessão de intervalos regulamentares. (fls. 189) No entanto, o Tribunal Regional, ao concluir que não era devido o pagamento de horas extras nos dias em que o excesso de jornada não ultrapassasse dez minutos, decidiu em harmonia com a Orientação Jurisprudencial 23 da SBDI-1 desta Corte: CARTÃO DE PONTO. REGISTRO. Não é devido o pagamento de horas extras relativamente aos dias em que o excesso de jornada não ultrapassa de cinco minutos antes e/ou após a duração normal do trabalho. (Se ultrapassado o referido limite, como extra será considerada a totalidade do tempo que exceder a jornada normal). Dessa forma, não há falar em divergência jurisprudencial apta a ensejar o conhecimento do Recurso de Revista, em face do óbice previsto na Súmula 333 do TST. Ante o exposto, NÃO CONHEÇO. 1.7. HORAS IN ITINERE. O Tribunal Regional deferiu o pagamento das horas in itinere, consignando o seguinte entendimento: "É que restou provado que a área interna da reclamada, onde se situava o local de lida do autor, além de não ser servida por transporte regular público, é de grande extensão territorial, sendo impossível que ele a percorresse a pé. Tanto isso é verdade que a própria ré faz circular nela ônibus de sua propriedade. Portanto, se o local em que o reclamante labutava é de difícil acesso, e se não é servido de transporte regular público, como se demonstrou, aplicável é o conhecido Súmula 90, do Colendo TST." Nas razões de seu Recurso, a reclamada pugna para excluir da condenação as horas in itinere, sob o fundamento de que o trecho interno da Açominas não é considerado local de difícil acesso, bem como não se enquadra nas hipóteses da regra cristalizada na Súmula 90 do TST. Colaciona arestos para confronto jurisprudencial. Esta Corte pacificou o entendimento acerca da matéria, editando a Orientação Jurisprudencial 98 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais: Horas in itinere. Tempo gasto entre a portaria da empresa e o local do serviço. Devidas. AÇOMINAS. Verifica-se que o Tribunal Regional proferiu sua decisão em harmonia com a Orientação Jurisprudencial desta Corte, tornando-se, pois, inafastável o

óbice da Súmula 333 deste Tribunal. **NÃO CONHEÇO.** 1.8. **CORREÇÃO MONETÁRIA. ÉPOCA PRÓPRIA** O acórdão recorrido entendeu que o índice de correção monetária a incidir sobre os débitos salariais é o do próprio mês vencido, e não o do mês seguinte. O paradigma de fls. 343 abriga tese divergente, ao estabelecer que a incidência de atualização monetária se dá no mês subsequente àquele em que houve a prestação de serviços, até o quinto dia útil. **CONHEÇO**, por divergência jurisprudencial. 1.9. **MULTA APLICADA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** O Tribunal Regional liberou o autor do pagamento da multa arbitrada nos Embargos de Declaração, sob o argumento de que: "não se vislumbrou o intuito protelatório anunciado, principalmente porque é ele o maior interessado na celeridade do processo. Com efeito, tentou, sem sucesso, sanar a mácula da obscuridade. É direito seu." (fls. 312) A reclamada pleiteia a reforma do julgado, sustentando que houve violação ao art. 538, parágrafo único, do CPC, ante o caráter protelatório dos Embargos de Declaração. Porém, a decisão regional afastou a multa ao verificar que não houve o intuito protelatório nos Embargos de Declaração, assim sendo, não há falar em violação à literalidade do dispositivo invocado. Logo, **NÃO CONHEÇO.** 2. **MÉRITO** 2.1. **HORA NOTURNA REDUZIDA** Constata-se que a fixação do adicional noturno de 40% para considerar a hora noturna sem a redução prevista no art. 73, § 1º, da CLT, foi ajustado em acordo coletivo de trabalho. Ora, é imperioso ressaltar que o inc. XXVI, do art. 7º, da Constituição da República, dispõe sobre o respeito às pactuações decorrentes de instrumentos normativos e se as categorias patronal e profissional concordaram quanto ao pagamento do adicional noturno de 40% para compensar a hora noturna, deve preponderar o ajustado entre as partes, como faculta a Constituição da República, pois é preciso prestigiar e valorizar a negociação coletiva assentada na boa fé, como forma de incentivo à composição dos conflitos pelos próprios interessados. Portanto, **DOU PROVIMENTO**, para indeferir o pedido de diferenças decorrentes da hora noturna reduzida, mantendo-se, assim, neste particular, a sentença de primeiro grau. 2.2. **CORREÇÃO MONETÁRIA. ÉPOCA PRÓPRIA** A jurisprudência dominante neste Tribunal firmou-se no sentido de que o pagamento dos salários até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária e, se essa data limite for ultrapassada, aplicar-se-á o índice de correção monetária relativo ao mês seguinte àquele em que houve a prestação de serviços, conforme o entendimento previsto na Orientação Jurisprudencial 124. **DOU PROVIMENTO**, para determinar que a correção monetária seja aplicada somente após o quinto dia útil subsequente ao mês de competência, com o índice de correção referente ao mês seguinte àquele em que houve a prestação de serviços. **ISTO POSTO ACORDAM** os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista apenas quanto aos temas hora noturna reduzida e correção monetária época própria e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento das diferenças de hora noturna reduzida e para determinar que a correção monetária seja aplicada somente após o quinto dia útil subsequente ao mês de competência, com o índice de correção referente ao mês seguinte àquele em que houve a prestação de serviços. Brasília, 28 de maio de 2003. **JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA** Ministro Relator

12.3.

PROCESSO: RR NÚMERO: 645529 ANO: 2000

PUBLICAÇÃO: DJ - 08/10/2004

PROC. Nº TST-RR-645.529/2000.5

C:A C Ó R D Á O

4ª TURMA

HORA NOTURNA REDUZIDA PREVALÊNCIA DO ACORDO COLETIVO SOBRE DISPOSITIVO LEGAL. Na exegese de acordo coletivo de trabalho aplica-se o princípio do conglomeramento das condições fixadas, pelo qual não se interpretam as cláusulas de forma isolada, mas observando-se todo o conjunto de vantagens alcançadas pela categoria. Destarte, presume-se que a categoria, para admitir a não redução da hora noturna, obteve vantagens de forma global, inclusive com a elevação do adicional noturno para 40%, o que reveste a negociação coletiva de validade, em típica hipótese de prevalência do negociado sobre o legislado, por flexibilização constitucionalmente respaldada.

Recurso de revista desprovido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-645.529/2000.5, em que é Recorrente **ROGÉRIO DO CARMO SOARES** e Recorrida **AÇO MINAS GERAIS S.A. - AÇOMINAS. R E L A T Ó R I O** Contra a decisão do 3º

Regional que deu provimento parcial ao recurso ordinário obreiro (fls. 374-386) e rejeitou os embargos de declaração opostos (fls. 396-397), o Reclamante interpõe o presente recurso de revista, postulando a reforma do julgado quanto à validade dos acordos coletivos, horas in itinere, incidência do FGTS sobre as férias indenizadas, incidência do adicional por tempo de serviço na gratificação de férias, redução da hora noturna, divisor 240 e dobra prevista no art.467 da CLT (fls. 399-409).O recurso foi admitido (fl. 412), recebeu razões de contrariedade (fls.413-429), sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos art. 82, § 2º, II, do RITST. É o relatório.V O T O I) CONHECIMENTO 1) PRESSUPOSTOS GENÉRICOS O recurso é tempestivo (cfr. fls. 398 e 399) e tem representação regular (fls. 82, 369, 410 e 411). Reúne, assim, todos os pressupostos de admissibilidade comuns a qualquer recurso. 2) PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS a)HORAS IN ITINERE Decisão Recorrida: O tempo gasto a pé, pelo Reclamante, no percurso entre o ponto do transporte público e a portaria da empresa, perfazendo um total de 1.900 metros, não enseja o pagamento de horas in itinere, em decorrência do ínfimo lapso temporal despendido, ou seja, sete minutos e meio tendo em vista que já foram concedidos 15 minutos a título de horas in itinere, referente ao espaço interno, além de que não há como se afirmar, com certeza, se, no tempo admitido pelas partes, como da portaria da empresa até o local de trabalho do Reclamante, não se encontra incluso o itinerário em debate. Ademais, na Súmula nº 90 do TST, considera-se tempo à disposição do empregador aquele despendido pelo empregado em condução fornecida pelo empregador. Fundamento Legal do Recurso: Divergência jurisprudencial com um aresto do 13º TRT (fl. 403). Argumento do Recurso: O percurso não era transcrito a pé e, sendo o local de difícil acesso em decorrência da ausência de transporte público regular em todo o seu trecho, aplica-se a Súmula nº 90 do TST, sendo devidas as horas in itinere também em relação ao percurso externo. Solução: O único aresto colacionado revela-se inespecífico, uma vez que nele se alude ao deferimento das horas in itinere, quando o reclamante percorre alguns quilômetros, em condução da Reclamada, para ter acesso ao local de trabalho após o término do acesso em ônibus de linha, sendo que o Regional afirmou que o Reclamante percorria o trecho a pé. Ademais, no aresto paradigma não se abordou os fundamentos contidos no acórdão regional, de ínfimo lapso temporal despendido no percurso e de ausência de certeza se o trajeto já se encontra abrangido por aquele reconhecido pelas partes e já deferido ao Autor. Incidência das Súmulas nos 23 e 296 do TST. NÃO CONHEÇO do recurso. b)REFLEXOS DAS FÉRIAS INDENIZADAS NO FGTS Decisão Recorrida: A remuneração relativa às férias só ostenta natureza salarial enquanto vigente o contrato e, no caso de cessação do contrato, ela é indenizatória, não incidindo sobre o FGTS. Fundamento Legal do Recurso: Violação dos arts. 142 da CLT e 15 da Lei nº 8.036/90 e divergência jurisprudencial com dois arestos do 15º TRT (fl. 404). Argumento do Recurso: No art. 15, caput, da Lei nº 8.036/90, determina-se a todos os empregadores o depósito em conta bancária vinculada, da importância correspondente a 8% da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador. Solução: O entendimento adotado pelo Regional coaduna-se com os termos da Orientação Jurisprudencial nº 195 da SBDI-1 do TST, no sentido de que as férias indenizadas não incidem no FGTS. O conhecimento do recurso esbarra no óbice da Súmula nº 333 do TST. NÃO CONHEÇO. c) ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO E GRATIFICAÇÃO DE FÉRIAS - INTEGRAÇÃO À REMUNERAÇÃO Decisão Recorrida: Embora pagos anualmente, o adicional por tempo de serviço e a gratificação de retorno de férias não compõem a remuneração porque decorrem de negociação coletiva, de interpretação estrita. Fundamento Legal do Recurso: Violação do art. 457, § 1º, da CLT e divergência jurisprudencial com um aresto do 8º TRT (fl. 405). Argumento do Recurso: Mencionadas verbas integram a remuneração, em face da habitualidade da concessão. Solução: O aresto trazido para cotejo não é abrangente da fundamentação da decisão recorrida, pois passa ao largo da hipótese dos adicionais serem pactuados em acordo coletivo, incidindo, pois, a Súmula nº 23 do TST. Não restou caracterizada a ofensa à literalidade do dispositivo invocado, visto que a decisão regional está fundamentada no fato de que as benesses são frutos de acordos coletivos de trabalho. NÃO CONHEÇO. d) HORA NOTURNA REDUZIDA PREVALÊNCIA DO ACORDO COLETIVO SOBRE DISPOSITIVO LEGAL Decisão Recorrida: Deve prevalecer a disposição contida no Acordo Coletivo de 97/99, no sentido de que a maior remuneração concedida ao adicional noturno (40 e 50%) abrange a redução da hora noturna, sendo que a norma coletiva, por se tratar de negociação de recíprocas concessões, pode predominar sobre dispositivo de lei. Fundamento Legal do Recurso: Violação dos arts. 7º, IX, da CF, 9º e 73, § 1º, da CLT, divergência jurisprudencial com dois arestos do 12º TRT, um do 24º TRT e dois do 18º TRT (fls. 402 e 406-407) e

*contrariedade à Súmula nº 91 do TST. Argumento do Recurso: O art. 73, § 1º, da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal, devendo prevalecer em face do ajuste celebrado no acordo coletivo de pagamento de adicional noturno a maior, com a finalidade de compensar a redução da jornada noturna, por caracterizar salário complessivo. Solução: A divergência jurisprudencial está demonstrada com o segundo julgado colacionado (fl. 402), em que se adota a tese de prevalência da lei que estabelece preceito mais favorável ao empregado, quando houver conflito com norma coletiva, em face do princípio da norma mais benéfica. CONHEÇO do recurso e) DIVISOR 240 Decisão Recorrida: A adoção do divisor 240, mediante negociação coletiva, com vigência por prazo indeterminado, deve ser mantida, tendo em vista que, se até mesmo o salário pode ser reduzido, quanto mais o valor da hora para o cálculo das verbas de direito. Fundamento Legal do Recurso: Violação do art. 9º da CLT e divergência jurisprudencial com um aresto do 13º TRT e um do 15º TRT (fl. 408). Argumento do Recurso: O Reclamante laborava em turnos ininterruptos de revezamento, estando submetido a carga horária mensal de 180h, e não de 240h, sendo que o acordo coletivo não pode garantir critério de apuração do valor da hora trabalhada, inferior àquele garantido pela legislação vigente, em desacordo com a CLT e a Constituição Federal. Solução: Os dois arestos paradigmas revelam-se inespecíficos, porquanto neles apenas se alude ao fato de que o divisor a ser usado, no caso de turnos ininterruptos de revezamento, é o 180. Assim, não se debate a tese sobre a qual o Regional se apoiou, ou seja, a existência de negociação coletiva. Destarte, o conhecimento do recurso encontra óbice na Súmula nº 296 do TST, motivo pelo qual NÃO CONHEÇO do recurso. f) DOBRA PREVISTA NO ART. 467 DA CLT Decisão Recorrida: Tendo em vista a controvérsia havida, não há que se falar na dobra decorrente da ausência de pagamento das parcelas incontroversas, prevista no art. 467 da CLT. Fundamento Legal do Recurso: Violação do art. 467 da CLT. Argumento do Recurso: Incontroverso o direito do Autor ao recebimento de parcelas de cunho nitidamente salarial, que foram deferidas, revela-se devida a multa prevista no art. 467 da CLT. Solução: Não há como se vislumbrar ofensa ao art. 467 da CLT, uma vez que o Regional consignou a existência de controvérsia durante todo o processado, sendo que, para se chegar a conclusão diversa, ou seja, de que houve o deferimento de parcelas incontroversas, mister a apreciação do conjunto fático-probatório, inadmissível em fase de recurso de revista, nos moldes da Súmula nº 126 do TST. NÃO CONHEÇO. II) MÉRITO HORA NOTURNA REDUZIDA PREVALÊNCIA DO ACORDO COLETIVO SOBRE DISPOSITIVO LEGAL Constata-se que a fixação do adicional noturno de 40% para considerar a hora noturna sem a redução prevista no art. 73, § 1º, da CLT foi ajustada em acordo coletivo de trabalho. No art. 7º, XXVI, da Constituição da República, dispõe-se sobre o respeito às pactuações decorrentes de instrumentos normativos, que devem ser prestigiadas, quando assentadas em boa fé. Por outro lado, no inciso XIII do mesmo dispositivo, também permitiu-se expressamente a flexibilização da jornada de trabalho. Assim, na exegese de acordo coletivo de trabalho, prevalece o princípio do conglobamento das condições fixadas, por força do qual, ao contrário da teoria da acumulação, não se interpretam as cláusulas de forma isolada, mas observando-se todo o conjunto. Destarte, presume-se que a categoria obteve vantagens de forma global, em face da fixação do adicional noturno de 40%, desconsiderando-se a redução da hora noturna, prevista no art. 73, § 1º, da CLT. Pelo que, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso. ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Egrégia 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer da revista apenas no que concerne à prevalência do acordo coletivo sobre dispositivo legal referente ao adicional noturno, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento. Brasília, 15 de setembro de 2004. IVES GANDRA MARTINS FILHO MINISTRO-RELATOR*

12.4.

NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 538/2002-113-15-00 PUBLICAÇÃO: DJ - 02/06/2006 PROC. Nº TST-RR-538/2002-113-15-00.7 C: A C Ó R D Ã O (3ª Turma) RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DO REGIONAL POR AUSÊNCIA DE JUIZ REVISOR - A redação atual do art. 551 do CPC, imposta pela Lei nº 10.352/2001 dispõe que no julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes. Portanto, a figura do juiz revisor foi excluída, de forma expressa, da norma processual. O Regional nada mais fez do que inserir a inovação processual no art. 112 do seu Regimento Interno, o que está em perfeita consonância com o disposto na Constituição Federal, em seu art. 96, inciso I, letra a, ao outorgar aos tribunais o direito de elaborar seus

*regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes. Não configurada a violação dos arts. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal e 551, caput e parágrafos 1º e 2º, do CPC. Recurso não conhecido. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DO REGIONAL. JULGAMENTO COMPOSTO POR JUÍZES CONVOCADOS - Inexiste restrição à convocação de juízes de 1º grau para atuarem em tribunais, nos termos do disposto nos arts. 93 e 118, § 3º, da Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN) e da Lei Complementar nº 54/86. Ausência de violação de dispositivo de lei federal ou da Constituição da República. Recurso não conhecido. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL Atendido o disposto nos arts. 93, inciso IX, da Constituição Federal e 832 da CLT, não se há falar em nulidade do acórdão recorrido. Recurso não conhecido. **COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. REAJUSTE SALARIAL E ABONO. CONVENÇÃO COLETIVA E ACORDO COLETIVO. CONCOMITÂNCIA. PREVALÊNCIA - O Acordo, homologado em dissídio coletivo, não concedeu reajuste salarial na data base de 01/09/2001 aos empregados do BANESPA, além de expressamente afastar a aplicação de qualquer reajuste ou abono decorrente de convenções coletivas de bancários aos empregados do BANESPA. Em respeito ao princípio da unicidade das normas coletivas deve-se aplicar à hipótese a teoria do conglomeramento, pela qual, ao contrário da teoria da acumulação, deve-se interpretar as normas em seu conjunto. Pelo Acordo firmado pelo sindicato da categoria profissional, homologado em dissídio coletivo, presume-se que haja vantagem global e geral para a categoria, que em seu conjunto, a negociação revela-se mais benéfica aos trabalhadores o que não se apura da consideração particular de uma única norma coletiva. A prevalência do disposto na Convenção Coletiva, quanto pleito, acarretaria um reajuste de complementação de aposentadoria não atrelado aos vencimentos do pessoal da ativa, em desrespeito ao previsto ao Regulamento de Pessoal. Recurso de Revista a que se nega provimento. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-538/2002-113-15-00.7, em que são Recorrentes SEBASTIANA CÂNDIDA LUCAS E OUTROS e Recorrido BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO S. A. BANESPA. O TRT da 15ª Região, pelo acórdão de fls.584-536, complementado a fls.550-551, manteve a sentença, pela qual se julgou improcedente o pedido de reajuste salarial de 5,5% sobre proventos de aposentadoria e o abono de R\$ 1.100,00, previstos em Convenção Coletiva de Trabalho. Os Reclamantes interpõem Recurso de Revista a fls.553-576. Argüem, preliminarmente, a nulidade do acórdão por ausência de juiz revisor, por irregularidade de composição da Turma julgadora do Recurso Ordinário e por negativa de prestação jurisdicional, consubstanciados em violação da Constituição da República e de lei federal e divergência pretoriana. No mérito, buscam o reconhecimento do direito adquirido à aplicação da Convenção Coletiva de Trabalho de fls.49-56 à complementação de aposentadoria, embasados em violação do art. 620 da CLT e divergência jurisprudencial. Admitido o Recurso pelo despacho de fl. 594-595. Contra-razões apresentadas a fls.597-617. Dispensada a remessa do processo ao Ministério Público do Trabalho, em conformidade com o art. 82 do Regimento Interno deste Tribunal. Hipótese prevista na Resolução nº 874/2002 do TST. É o relatório. **V O T O I - CONHECIMENTO Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, passo ao exame dos específicos do Recurso de Revista. 1.1 PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DO REGIONAL POR AUSÊNCIA DE JUIZ REVISOR** Pugnam os Reclamantes pela nulidade do acórdão de fls.533-536, por ofensa aos arts. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal e 551, caput parágrafos 1º e 2º, do CPC. Afirmam que a decisão foi proferida sem a atuação de um juiz revisor, circunstância que lhes causou prejuízo, já que a participação de um juiz revisor representa uma garantia de natureza processual de quantos postulam em Juízo, justificada pela necessidade de um exame tão cuidadoso quanto possível sobre as matérias objeto de discussão. Não procede a nulidade. A redação atual do art. 551 do CPC, imposta pela Lei nº 10.352/2001 dispõe que no julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes. Portanto, a figura do juiz revisor foi excluída, de forma expressa, da norma processual. O Regional nada mais fez do que inserir a inovação processual no art. 112 do seu Regimento Interno, o que está em perfeita consonância com o disposto na Constituição Federal, em seu art. 96, inciso I, letra a, ao outorgar aos tribunais o direito de elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes. Registre-se, ademais, que os Reclamantes não demonstraram o alegado prejuízo causado pela ausência da figura do revisor no julgamento do Recurso Ordinário. O julgamento ocorreu com a participação de três juízes, como determinado pela norma processual, inclusive com a sustentação oral da advogada que***

subscreeve o presente Recurso, como registrado na certidão de fl.533. Aplicável o preceituado no art. 794 da CLT. A corroborar o entendimento exposto, cito os seguintes precedentes desta Corte: AIRR-416/2002-000-00.8 (Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DJ de 14.10.2005), RR-560/2002-066-15-00.4 (Rel. Min. Emmanoel Pereira, 1ª Turma, DJ de 17.12.2004), AIRR-310/2003-105-15-40.8 (Rel. Juiz Convocado Ricardo Machado, 3ª Turma, DJ de 11.11.2005) e RR-19-2002-067-15-00.2 (Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, 4ª Turma, DJ de 31.03.2006). Por essas razões, não se há falar em violação dos arts. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal e 551, caput e parágrafos 1º e 2º, do CPC. Não conheço. **1.2 PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DO REGIONAL. JULGAMENTO COMPOSTO POR JUÍZES CONVOCADOS Alegam os Reclamantes que a decisão de fls. 533-536 é nula, por violação dos arts. 5º, incisos XXXVII e LIV, 113 e 115 da Constituição Federal e 118 da Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN). Entendem irregular a composição da Turma do Regional por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário, porque contava com a presença de apenas uma Juíza Titular e dois Juízes substitutos. Afirmam que a Resolução Administrativa nº 757/2000 do TST dispõe sobre a convocação de juízes de primeiro grau para atuarem nos respectivos tribunais regionais, temporariamente e de acordo com a necessidade de serviço, estabelecendo, dentre outras coisas, que esses juízes convocados não poderão formar maioria em qualquer órgão deliberativo do tribunal correspondente (art. 1º, inciso II). A convocação de juízes de instância inferior para atuar temporariamente em instância superior tem respaldo nos arts. 93 e 118, § 3º, da Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN). Por outro lado, a Lei Complementar nº 54/86 modificou substancialmente o caput do art. 118 da Lei Complementar nº 35/79, ao consignar: Em caso de vaga ou afastamento, por prazo superior a 30 (trinta) dias, de membro dos Tribunais Superiores, dos Tribunais Regionais, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais de Alçada, poderão ser convocados juízes, em substituição, escolhidos por decisão da maioria absoluta do Tribunal respectivo, ou, se houver, de seu órgão especial... Ressalte-se, ainda, que a vedação inserta no item II do art. 1º da Resolução Administrativa nº 757/2000 do TST diz respeito a órgão deliberativo da Corte, hipótese diversa da tratada neste processo, em que a suposta irregularidade teria ocorrido em julgamento de Turma do TRT. Nesses termos, inexistente restrição à convocação de juízes de 1º grau para atuarem em tribunais, pelo que não se configura a violação dos dispositivos legais e constitucionais invocados, até porque não ficou demonstrada a ocorrência de prejuízo para os Reclamantes (art. 794 da CLT). Esse entendimento já foi adotado na SDI-II desta Corte, conforme o precedente ROAR-12/2001-000-17-00.0, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ de 11.3.2005. À vista do exposto, não conheço do Recurso. **1.3 PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL Buscam os Reclamantes a nulidade da decisão do Regional por divergência jurisprudencial e ofensa aos arts. 93, inciso IX, 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, 832 da CLT, sob o argumento de que não se analisou a matéria sob o prisma do direito adquirido, apesar da oposição de Embargos de Declaração. Enfatizam que o acórdão estaria desprovido de fundamentação. O Regional manteve o indeferimento do reajuste salarial e abono pleiteados, consubstanciado no disposto no § 3º da cláusula nº 78 do Acordo Coletivo de Trabalho firmado entre o Reclamado e o Sindicato de Classe dos Reclamantes, como se infere de fls.535-536. Portanto, a decisão está devidamente fundamentada. Declarou, ademais, o Colegiado de origem, em sede de Embargos de Declaração, a inexistência de violação a princípios ou dispositivos constitucionais, legais ou jurisprudenciais, porque os argumentos expendidos pelos Reclamantes traduzem uma questão de posicionamento. Dessa forma, a prestação jurisdicional foi plenamente alcançada. O julgador não está obrigado a rebater um a um os argumentos aludidos pelas partes. Basta que expresse os motivos da decisão e isso está claro no acórdão do Regional. Ilesos, portanto, os arts. 832 da CLT e 93, inciso IX, da Constituição Federal. Quanto à divergência e aos demais preceitos constitucionais invocados pelos Reclamantes, não se prestam à viabilizar a preliminar de nulidade, em conformidade com o preconizado na OJ nº 115 da SDI-1/TST. Não conheço. **1.4 COMPLEMENTAÇÃO DE PROVENTOS. REAJUSTE SALARIAL E ABONO. CONVENÇÃO COLETIVA E ACORDO COLETIVO. CONCOMITÂNCIA. PREVALÊNCIA O Regional manteve o indeferimento do reajuste salarial de 5,5% sobre os proventos de aposentadoria dos Reclamantes e o abono de R\$ 1.100,00, previstos na Convenção Coletiva de Trabalho firmada entre a Federação Nacional dos Bancos e a Confederação Nacional dos Bancários. Entendeu o Colegiado de origem que o aumento da complementação oferecida pelo Reclamado só se efetiva quando ocorrer o reajuste dos trabalhadores da ativa ou quando houver majoração dos vencimentos do cargo ao qual estiver atrelado o aposentado, em conformidade com o disposto no art. 107 do Regulamento******

Pessoal da Empresa. Invocou, outrossim, a norma imposta no § 3º da cláusula 78 do Acordo Coletivo de Trabalho celebrado entre o Reclamado e o Sindicato de Classe do Reclamante, o qual dispõe: considerando que o presente acordo coletivo reflete a peculiaridade dos interesses dos empregados e do BANESPA no período de transição após a sua privatização, e os compõe no conjunto específico de suas cláusulas, será ele a única norma coletiva aplicável para disciplinar as condições de salário e trabalho no âmbito das partes acordantes, ressalvadas as remissões e as exceções nele expressamente previstas e os termos aditivos a ele que porventura venham a ser acordados diretamente entre as partes signatárias na conformidade da cláusula 79. Acrescentou que inexistia violação do princípio da norma mais benéfica, uma vez que o Acordo Coletivo supramencionado representa a vontade coletiva, pelo que não há como se determinar a aplicação de uma Convenção Coletiva de Trabalho, estranha às partes, se há um Acordo especificamente firmado por elas. Os Reclamantes argumentam que o Regional, além de divergir da jurisprudência acostada, violou o art. 620 da CLT por se constituir a Convenção Coletiva norma mais benéfica para o conjunto de trabalhadores inativos, já que o Acordo Coletivo celebrado teria excluído o reajuste salarial, o que não é possível, pois se tratava de direito adquirido. Assinalam que efetivamente houve tal reajuste, mas ele veio a ser posteriormente negociado pelos empregados da ativa (em troca de benefícios inaplicáveis aos inativos. Os arestos juntados na íntegra a fls.578-583 e fls.585-590 adotam tese que contraria o acórdão recorrido, porque entendem que os empregados aposentados do BANESPA têm direito ao reajuste e abono em questão, previstos na Convenção Coletiva de Trabalho subscrito pela FENABAN, em detrimento ao disposto no Acordo Coletivo de Trabalho celebrado entre o Reclamado e o Sindicato de Classe dos empregados. Conheço do Recurso, por divergência jurisprudencial.

2 MÉRITO 2.1 - COMPLEMENTAÇÃO DE PROVENTOS. REAJUSTE SALARIAL E ABONO. CONVENÇÃO COLETIVA E ACORDO COLETIVO. CONCOMITÂNCIA. PREVALÊNCIA A discussão cinge-se ao critério para a aplicação do princípio da norma mais favorável aos empregados, já que se verifica a existência concomitante de convenção coletiva e de acordo homologado em Dissídio Coletivo regendo a mesma situação jurídica. A Convenção Coletiva de Trabalho, firmada entre a FENABAN - Federação Nacional dos Bancos e vários Sindicatos de Bancários, entre os quais o Sindicato da base Territorial do Reclamante (fls.49-56), prevê, em sua cláusula 1ª, um reajuste de 5,5%(cinco inteiros e cinqüenta centésimos por cento), a partir de 1º de setembro, sobre os salários e demais verbas de natureza salarial praticadas no mês de agosto/2001, em cada banco. Consta, por outro lado, da cláusula 7ª a concessão de um abono único na vigência da Convenção Coletiva de Trabalho 2001/2002, no valor de R\$ 1.100,00 (um mil e cem reais) a ser pago na folha de pagamento do mês de novembro de 2001. Já o Acordo, homologado em Dissídio Coletivo pelo TST (DC-818.905/2001, fls.198/282) estabelece um ajuste salarial diferenciado, condicionado à medição da inflação futura: Cláusula 1ª - Os salários e demais verbas salariais vigentes em 31 de agosto de 2001 terão os seus valores mantidos em 1º de setembro de 2001 e a partir desta data, na vigência do presente acordo, ou de sua prorrogação nos termos da cláusula 85ª (cláusula de vigência), serão corrigidos ao término de cada período de 12 meses sempre que o índice da inflação acumulada em cada um desses períodos, medido pelo INPC, ultrapassar a 9,8% (nove inteiros e oito décimos por cento). Consta, ainda, da Cláusula 78, a previsão de aplicabilidade do acordo coletivo aos empregados do BANESPA, lotados em suas dependências, em todo o território nacional. O parágrafo 1º da mesma Cláusula estabelece que as convenções coletivas firmadas entre os sindicatos e a FENABAN que instituírem novos benefícios para a categoria bancária serão aplicadas no que concerne aos novos benefícios, excetuando o parágrafo 2º que não serão considerados novos benefícios, reajustes ou aumentos salariais de qualquer espécie ou a qualquer título, abonos ou bônus de qualquer natureza. Ressalte-se, também, o previsto no § 3º daquela Cláusula, conforme transcrito anteriormente. O Acordo homologado em dissídio coletivo não concedeu reajuste salarial na data base de 01/9/2001 aos empregados do BANESPA, além de expressamente afastar a aplicação de qualquer reajuste ou abono decorrente de convenções coletivas de bancários aos empregados do BANESPA. Em respeito ao princípio da unicidade das normas coletivas deve-se aplicar à hipótese a teoria do conglobamento, pela qual, ao contrário da teoria da acumulação, deve-se interpretar as normas em seu conjunto. Pelo Acordo firmado pelo sindicato da categoria profissional, e homologado em dissídio coletivo, presume-se que haja vantagem global e geral para a categoria, que em seu conjunto, a negociação revela-se mais benéfica aos trabalhadores, o que não se apura da consideração particular de uma única norma coletiva. Ressalte-se,

também, a realidade em que o Acordo foi firmado, conforme consta da Cláusula 78, § 3º, ao considerar que reflete a peculiaridade dos interesses dos empregados e do banco BANESPA no período de transição após a sua privatização, e os compõe no conjunto específico de suas cláusulas. Deve prevalecer, assim, o instrumento mais favorável em sua totalidade, em detrimento da mescla de instrumentos normativos, que pinçam as cláusulas mais favoráveis de um e de outro, o que não significa ofensa ao artigo 620 da CLT, que deve ser interpretado em harmonia com os preceitos constitucionais de proteção à negociação coletiva. O Regulamento de Pessoal do BANESPA, no artigo 107, estabelece que o abono mensal referente à complementação de aposentadoria será reajustado no caso de majoração dos vencimentos dos ativos, quer por medida geral, quer por reajustamento de padrões de vencimentos do cargo a que o funcionário pertencia na data da aposentadoria (fl.13). A complementação de aposentadoria somente deve ser reajustada no caso de majoração dos vencimentos dos ativos. A prevalência do disposto na Convenção Coletiva, quanto ao pleito, acarretaria um reajuste de complementação de aposentadoria não atrelado aos vencimentos do pessoal da ativa, em desrespeito ao previsto ao Regulamento de Pessoal. O art. 620 da CLT cuida de matéria estranha à lide, pois não se trata de acordo coletivo resultante de negociação extrajudicial. Esse entendimento foi adotado no processo RR-109/2002-004-20-00.3, julgado, em 26.11.2003, pela 3ª Turma desta Corte, publicado no DJ de 6.2.2004, do qual fui Relator. Por essas razões, nego provimento ao Recurso de Revista. ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista quanto ao tema Complementação de Proventos. Reajuste Salarial e Abono. Convenção Coletiva e Acordo Coletivo. Concomitância. Prevalência, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento. Não conhecer do Recurso de Revista no tocante às preliminares de nulidade do acórdão do Regional por ausência de juiz revisor, por julgamento composto por juízes convocados e por negativa de prestação jurisdicional. Brasília, 10 de maio de 2006. CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA Relator

12.5.

NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 229/2005-057-03-00 PUBLICAÇÃO: DJ - 02/06/2006 PROC. N° TST-RR-229/2005-057-03-00.1 C: A C Ó R D Ã O 3ª TURMA RECURSO DE REVISTA INTERVALO INTRAJORNADA SUPRESSÃO MEDIANTE NORMA COLETIVA VALIDADE TRANSPORTE COLETIVO URBANO - SUBSTITUIÇÃO POR DESCANSOS NO FINAL DAS VIAGENS É válida a cláusula de instrumento coletivo que prevê a substituição do intervalo intrajornada de 1 (uma) hora por descansos no ponto final de cada linha, em razão das peculiaridades das atividades desenvolvidas pela categoria a que pertence o Reclamante (transporte coletivo urbano). Recurso de Revista conhecido e desprovido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° TST-RR-229/2005-057-03-00.1, em que é Recorrente LÁZARO IZABEL DE ARAÚJO e Recorrida TRANCID TRANSPORTE COLETIVO CIDADE DE DIVINÓPOLIS LTDA. O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em acórdão de fls. 254/257, negou provimento ao Recurso Ordinário do Reclamante. O Autor interpõe Recurso de Revista às fls. 259/270. Despacho de admissibilidade, às fls. 271. Contra-razões, às fls. 273/282. Os autos não foram encaminhados ao D. Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82 do Regimento Interno desta Corte. É o relatório. V O T O REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE Atendidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade tempestividade (fls. 258 e 259) e representação processual (fls. 66) -, passo ao exame do recurso. INTERVALO INTRAJORNADA REDUÇÃO MEDIANTE NORMA COLETIVA IMPOSSIBILIDADE HORAS EXTRAS DEVIDAS a) Conhecimento Estes, os fundamentos do acórdão regional: EMENTA: VALIDADE DAS NORMAS COLETIVAS. ART. 7º, XXVI, DA CR/88. FLEXIBILIZAÇÃO. A Constituição da República valorizou a autocomposição dos conflitos de trabalho e, para tanto, as condições inseridas em Acordo Coletivo de Trabalho são eficazes e contra elas não prepondera qualquer interesse individual. O Acordo Coletivo resulta de livre manifestação de vontade das partes de transacionarem em torno de condições de trabalho. É, portanto, norma autônoma, de natureza especial. A legislação ordinária, por ser de caráter geral, não se sobrepõe ao que foi livremente convencionado. Recurso Ordinário a que se nega provimento. (fls. 254) No Recurso de Revista, o Autor alega que a norma que assegura o intervalo para repouso e alimentação constitui preceito de ordem pública, não podendo ser reduzida ou suprimida por norma coletiva. Assevera que a

*ausência de concessão é prejudicial à saúde do trabalhador. Aponta violação ao 7º, XII e XXVI, da Constituição da República, contrariedade à Súmula nº 342 do TST e traz arestos ao cotejo. Os arestos de fls. 265/266 autorizam o conhecimento do apelo, porque possuem tese no sentido de que há expressa vedação legal à concessão de intervalo intrajornada inferior a 1 (uma) hora, nos termos do artigo 71 da CLT. Conheço, por divergência jurisprudencial. b) Mérito Na hipótese dos autos, o sindicato da categoria do Reclamante pactuou com a Reclamada a flexibilização do intervalo destinado à refeição e descanso, conforme os termos da cláusula IV das CCTs 2002, 2003 e 2004 e cláusula VI das CCTs de 1999 e 2000, estabelecendo jornada de 7 horas e 20 minutos, com intervalos para repouso e alimentação no ponto final de cada linha. É certo que as normas sobre duração do trabalho são de cunho tutelar. Por meio delas, pretendeu o legislador assegurar melhores condições ao trabalhador, no exercício das suas atividades. As peculiaridades da atividade desenvolvida pelos integrantes da categoria a que pertence o Reclamante autorizam a proclamação da validação da norma coletiva, sem desprezar o entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 342 da C. SBDI-1, que dispõe: **INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. VALIDADE. É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva. Ressalte-se que não há elementos nos autos que comprovem a existência de riscos à saúde ou segurança do trabalhador. Nesse sentido, a C. SDC deu provimento parcial ao Recurso Ordinário em Ação Anulatória (TST-ROAA-141.515/2004-900-01-00.5, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, Julgado em 9.3.2006), interposto pelo Sindicato das Empresas de Transportes de Passageiros do Rio de Janeiro, e ao Recurso Adesivo do Sindicato dos Condutores de Veículos Rodoviários e Trabalhadores em Transportes de Cargas em Geral e Passageiros do Município do Rio de Janeiro, para declarar a validade de cláusula de convenção coletiva de trabalho, que estabeleceu, para o pessoal de tráfego, a supressão do intervalo intrajornada de uma hora, substituindo-o por indenização pecuniária, mantido o descanso de 5 (cinco) minutos ao final de cada viagem. Ademais, os acordos e convenções coletivas de trabalho têm previsão constitucional, atribuindo o legislador constituinte importância capital à negociação coletiva, como forma de solucionar os conflitos entre empregados e empregadores. Ocorrendo negociação coletiva em torno do pagamento da verba controvertida, deve ser observado o instrumento normativo, sob pena de desrespeito ao disposto no art. 7º, XXVI, da Constituição, que assegura o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. Dessa forma, nego provimento ao Recurso de Revista. ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento. Brasília, 10 de maio de 2006. MARIA CRISTINA***

12.6.

*NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 116/2003-017-09-00 PUBLICAÇÃO: DJ - 26/05/2006 PROC. Nº TST-RR-116/2003-017-09-00.2 C: A C Ó R D Ã O 4ª TURMA **HORA NOTURNA REDUZIDA PREVALÊNCIA DO ACORDO COLETIVO SOBRE DISPOSITIVO LEGAL.** Na exegese de acordo coletivo de trabalho aplica-se o princípio do conglobamento das condições fixadas, pelo qual não se interpretam as cláusulas de forma isolada, mas observando-se todo o conjunto de vantagens alcançadas pela categoria. Destarte, presume-se que a categoria, para admitir a não-redução da hora noturna, obteve vantagens de forma global, inclusive com a elevação do adicional noturno para 40%, o que reveste a negociação coletiva de validade, em típica hipótese de prevalência do negociado sobre o legislado, por flexibilização constitucionalmente respaldada. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-116/2003-017-09-00.2, em que é Recorrente YOKI ALIMENTOS S.A. e Recorrido SEBASTIÃO PEREIRA DA SILVA. R E L A T Ó R I O Contra o acórdão do 9º Regional que deu parcial provimento ao recurso ordinário do Reclamante (fls. 452-470), a Reclamada interpõe o presente recurso de revista, pedindo reexame das seguintes questões: data do pagamento dos salários - validade da Convenção Coletiva de Trabalho (CCT), horas extras e noturnas, redução da hora noturna, multa convencional, jornada 12x36, turnos ininterruptos de revezamento, intervalo entrejornada e honorários advocatícios (fls. 472-483). Admitido o apelo (fl. 487), recebeu*

razões de contrariedade, sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82, § 2º, II, do RITST. É o relatório. **V O T O I)** **CONHECIMENTO 1) PRESSUPOSTOS GENÉRICOS** O apelo é tempestivo (cfr. fls. 471 e 472), tem representação regular (fls. 82 e 446), encontrando-se devidamente preparado, com custas recolhidas (fls. 409 e 485) e depósito recursal efetuado (fls. 410 e 484). **2) PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS a) DATA DO PAGAMENTO DOS SALÁRIOS - VALIDADE DA CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO (CCT)** Tese Regional: O critério adotado pela Empresa, quanto ao pagamento das horas extras, era prejudicial ao Obreiro, porque não observava o § 1º do art. 459 da CLT. Assim, ao antecipar o fechamento dos controles de jornada, no dia 22 de cada mês, as horas extras prestadas a partir dessa data poderiam ser quitadas até o 35º dia após o final do mês. Por isso, é ilegal a norma coletiva que não observa a fixação da data do pagamento dos salários até o quinto dia útil subsequente ao mês da prestação dos serviços (fl. 454). Antítese Recursal: O negociado deve prevalecer sobre o legislado. O apelo vem fundamentado em violação do art. 7º, VI, da CF e em divergência jurisprudencial (fl. 474). Síntese Decisória: Os arestos são inespecíficos ao caso concreto, porque não abordam a questão da possibilidade de negociação coletiva alterando a data do pagamento dos salários, que tem previsão específica no art. 459, § 1º, da CLT. Incide sobre a hipótese a diretriz da Súmula nº 296, I, do TST. O preceito constitucional tido por violado não socorre a Recorrente, pois ele trata da irredutibilidade salarial, sendo que o Regional, como se viu, discutiu a matéria pelo prisma da impossibilidade de o negociado prevalecer sobre o legislado. Destaque-se que o inciso XXVI do art. 7º da CF que poderia, em tese, impulsionar a revista patronal não foi articulado pela Recorrente, razão pela qual a revista é improsperável pelo campo da violação (CLT, art. 896, c). Logo, **NÃO CONHEÇO** do apelo, em face do óbice da Súmula nº 296, I, do TST. **b) HORAS EXTRAS E NOTURNAS** Tese Regional: É possível, por amostragem, verificar que a Reclamada pagava o adicional noturno a menor, bem como não o integrava corretamente, para fins de projeção, nas parcelas intercorrentes e nas resilitórias (fls. 454-455). Antítese Recursal: A revista, no particular, vem fundamentada em violação do art. 7º, VI, da CF, sob a alegação de que a alteração produzida em relação ao tema anterior implica aferição correta do pagamento das horas extras e do adicional noturno (fl. 474). Síntese Decisória: Considerando que o tema anterior não logrou êxito, tem-se por prejudicada a análise da presente violação constitucional. Ademais, o Regional verificou, por amostragem, que a Reclamada pagava o adicional a menor, o que atrai a incidência da Súmula nº 126 do TST. Nessas condições, **NÃO CONHEÇO** do recurso, em face do óbice da Súmula nº 126 desta Corte. **c) REDUÇÃO DA HORA NOTURNA POR INSTRUMENTO COLETIVO - VALIDADE** Tese Regional: Para o Regional, o fato de as Partes convencionarem, por instrumento coletivo, que o adicional noturno seria de 40% (superior ao estabelecido no art. 73 da CLT), não retira do trabalhador o direito à hora noturna reduzida de 52m e 30s, razão pela qual são devidas as diferenças da remuneração das horas extras de trabalho noturno, que deverá ser calculada com a observância da redução da hora noturna (entre às 22h e 5h) (fls. 464-465). Antítese Recursal: É válida a norma coletiva que reduz a hora noturna, porque houve majoração do percentual do adicional previsto em lei. O recurso vem calcado em violação do art. 7º, XXVI, da CF e em divergência jurisprudencial (fl. 476). Síntese Decisória: A segunda ementa de fl. 476 é divergente e específica, ao permitir a redução da hora noturna com a correspondente majoração do percentual do adicional noturno. Logo, **CONHEÇO** da revista, por divergência jurisprudencial. **d) MULTA CONVENCIONAL** Tese Regional: É devida a multa convencional quando não efetuado corretamente o pagamento das horas extras e do adicional noturno (fl. 456). Antítese Recursal: Ao impor multa à Reclamada, o TRT negou vigência à Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) da Categoria. O recurso vem calcado em violação do art. 7º, VI, da CF (fls. 476-477). Síntese Decisória: O preceito constitucional invocado, como alhures mencionado, diz respeito à possibilidade de redução salarial por norma coletiva, revelando-se impertinente ao caso concreto. Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO**. **e) JORNADA DE TRABALHO 12x36** Tese Regional: De acordo com o TRT, o termo aditivo autoriza a prática da jornada 12x36 (doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso), condicionando, no entanto, que empregado e empregador, de forma direta, ajustem a adoção dessa jornada. Assim, como não há acordo escrito entre as partes, fica afastada a validade do regime 12x36. Ademais, os cartões de ponto revelam que o Reclamante, em várias oportunidades, extrapolava o labor diário de 12 horas. Assim, nulo o revezamento 12x36, defere-se ao Reclamante o labor após a 8ª hora diária e a 44ª semanal (fl. 461). Antítese Recursal: A jornada 12x36 é benéfica para o trabalhador, devendo prevalecer o ajuste coletivo firmado entre as partes. O recurso vem

calçado em divergência jurisprudencial (fls. 477-478). Síntese Decisória: A revista encontra obstáculo intransponível na Súmula nº 296, I, do TST, uma vez que o Regional destacou que não foi cumprida a norma coletiva no que tange à exigência de ajuste individual entre as Partes, bem como pelo fato de os cartões de ponto evidenciarem a extrapolação da jornada pretensamente fixada por acordo coletivo. A inespecificidade emerge cristalina. Logo, NÃO CONHEÇO do apelo, por óbice da Súmula nº 296, I, desta Corte. f) TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO Tese Regional: Para o Regional, o Reclamante trabalhou, com evidente prejuízo à sua saúde (relógio biológico afetado), em turnos ininterruptos de revezamento de 22/03/99 a 21/06/99, fazendo jus às horas extras laboradas além da sexta diária, nos termos da Súmula nº 360 do TST (fls. 458-459). Antítese Recursal: O Reclamante trabalhava em turmas fixas, alternando semanalmente o labor em turnos fixos da manhã, tarde ou noite, até porque a Reclamada não funcionava as 24 horas do dia. O recurso vem calçado em divergência jurisprudencial (fls. 478-479). Síntese Decisória: Os arestos colacionados são inservíveis, porquanto não discutem a matéria pelo mesmo prisma do acórdão regional, atraindo a incidência da Súmula nº 296, I, do TST. Ademais, o TRT deslindou a controvérsia nos exatos limites da Súmula nº 360 desta Corte, razão pela qual NÃO CONHEÇO da revista, no particular. g) INTERVALO ENTREJORNADA Tese Regional: Os intervalos entrejornadas desrespeitados devem ser indenizados como horas extras, por aplicação analógica do art. 71, § 4º, da CLT (fls. 462-463). Antítese Recursal: O desrespeito ao intervalo entrejornada não pode gerar o direito às horas extras, porque se trata de mera infração administrativa. O recurso vem calçado em divergência jurisprudencial (fls. 479-480). Síntese Decisória: Os arestos não impulsionam a revista, porque esta Corte tem entendido, a exemplo da decisão regional, que o não-cumprimento do art. 66 da CLT não caracteriza um ilícito administrativo, mas gera a aplicação de uma penalidade ao empregador, devendo as horas trabalhadas em desrespeito ao intervalo de onze horas para descanso entrejornadas ser remuneradas como extraordinárias, com o respectivo adicional. Podemos referir, a título de exemplo, os seguintes precedentes: TST-E-RR-721.891/2001.0, Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, SBDI-1, in DJ de 11/11/05; TST-RR-821/2003-341-02-00.6, Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, 3ª Turma; TST-RR-1.304/2001-077-03-00.2, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, 4ª Turma, in DJ de 03/02/06; TST-RR-28/2001-254-02-00.3, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, 4ª Turma, in DJ de 10/12/04; TST-RR-370/1999-066-02-00.1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, in DJ de 03/02/06; TST-RR-243.363/1996, Rel. Min. Vantuil Abdala, 2ª Turma, in DJ de 06/03/98. O apelo, nesse passo, encontra óbice na Súmula nº 333 do TST, razão pela qual dela NÃO CONHEÇO. h) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS Tese Regional: Apesar de o Reclamante não se encontrar assistido por advogado credenciado pelo seu sindicato de classe, tem-se que esse requisito não é essencial para a concessão da verba honorária (fls. 468-469). Antítese Recursal: Os honorários advocatícios somente são devidos quando restarem preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/70, sendo que, in casu, o Reclamante não se encontra assistido pelo seu sindicato de classe. O recurso vem calçado em violação dos arts. 14 da Lei nº 5.584/70, 5º, LXXIX, e 133 da CF, em contrariedade à Súmula nº 219 do TST, bem como em divergência jurisprudencial (fl. 482). Síntese Decisória: A revista logra êxito por divergência jurisprudencial e por contrariedade à Súmula nº 219 desta Corte, na medida em que a verba honorária, nesta Especializada, não decorre pura e simplesmente da condenação, como decidiu o Regional, devendo a parte encontrar-se assistida por advogado credenciado pelo seu sindicato e firmar declaração de miserabilidade jurídica. No caso, o TRT deferiu a verba honorária, sem que o Reclamante se encontrasse assistido por causídico credenciado pela entidade sindical. Ante o exposto, CONHEÇO da revista, por contrariedade à Súmula nº 219 do TST. **II) MÉRITO 1) REDUÇÃO DA HORA NOTURNA POR INSTRUMENTO COLETIVO VALIDADE** Constata-se que a fixação do adicional noturno de 40% para considerar a hora noturna sem a redução prevista no art. 73, § 1º, da CLT foi ajustada em acordo coletivo de trabalho. No art. 7º, XXVI, da Constituição da República, dispõe-se sobre o respeito às pactuações decorrentes de instrumentos normativos, que devem ser prestigiadas, quando assentadas em boa fé. Por outro lado, no inciso XIII do mesmo dispositivo, também permitiu-se expressamente a flexibilização da jornada de trabalho. Assim, na exegese de acordo coletivo de trabalho, prevalece o princípio do conglomeramento das condições fixadas, por força do qual, ao contrário da teoria da acumulação, não se interpretam as cláusulas de forma isolada, mas observando-se todo o conjunto. Destarte, presume-se que a categoria obteve vantagens de forma global, em face da fixação do adicional noturno de 40%, desconsiderando-se a redução da hora noturna, prevista no art. 73, § 1º, da CLT. Nesse sentido, esta Turma já adotou posicionamento

semelhante, quando do julgamento do processo nº TST-RR-645.529/2000.5, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, in DJ de 08/10/04. Pelo que, DOU PROVIMENTO ao recurso de revista, para restabelecer a sentença. 2) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS Conhecido o recurso de revista por contrariedade, a consequência lógica é o seu PROVIMENTO para, reformando o acórdão regional, restabelecer a sentença. ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Egrégia 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista apenas quanto aos temas da validade da redução da hora noturna por instrumento coletivo, por divergência jurisprudencial, e dos honorários advocatícios, por contrariedade à Súmula nº 219 do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando o acórdão regional, restabelecer a sentença, no particular, quanto aos dois temas conhecidos. Brasília, 10 de maio de 2006. Ives Gandra Martins Filho MINISTRO-RELATOR

12.7.

*PROCESSO: RR NÚMERO: 536207 ANO: 1999 PUBLICAÇÃO: DJ - 12/08/2005 PROC. Nº TST-RR-536.207/1999.6 C: A C Ó R D ã O 2ª Turma RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Há de se mostrar omissa a decisão, mesmo após a provocação da manifestação por intermédio de embargos declaratórios, para que reste demonstrada a negativa de prestação jurisdicional ensejadora do conhecimento do recurso de revista. Exegese do disposto no art. 535, inciso II, do CPC. Recurso de revista não conhecido. PRESCRIÇÃO EMPRESA DE REFLORESTAMENTO CONDIÇÃO DE RURÍCOLA. Não demonstrada violação a preceito constitucional, a dispositivo de lei federal ou a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, não há como se determinar o seguimento do recurso de revista com fundamento nas letras “a” e “c” do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista não conhecido. **VALIDADE DO ACORDO COLETIVO COMPENSAÇÃO DAS HORAS IN ITINERE (divergência jurisprudencial).** Não há como desconsiderar a particularidade contida no instrumento normativo pactuado entre as partes estipulando benefício especial aos trabalhadores da empresa, para assegurar a compensação das horas in itinere com redução de quatro horas semanais. É que a autonomia privada coletiva restou elevada a nível constitucional pela Carta Maior de 1988 (artigo 7º, inciso XXIV) e, portanto, merece ser privilegiada. Recurso de revista conhecido e provido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-536.207/1999.6, em que é Recorrente ARACRUZ CELULOSE S.A. e Recorrido ANIBAL ROELA NETO. Por intermédio do acórdão turmário de fls. 475/483, esta 2ª Turma acolheu a prefacial de intempestividade argüida em contra razões pelo reclamante, esclarecendo que o recurso de revista deveria ter sido protocolado dentro do octídio legal na sede do Tribunal Regional e não na Vara do Trabalho. Contra essa decisão, a reclamada interpôs embargos para a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte (fls. 461/465), que, mediante entendimento majoritário, adotou tese diversa para conferir validade ao sistema de protocolo integrado instituído no âmbito do Tribunal Regional, dando-lhes provimento para afastar a intempestividade do apelo (acórdão plenário de fls. 475/480). Os autos retornaram a esta e. Turma de origem, pelo que se dá prosseguimento ao feito. O Tribunal Regional da 17ª Região, por intermédio do v. acórdão de fls. 388/394, deu parcial provimento ao recurso ordinário do reclamante para afastar a prescrição quinquenal declarada, por entender caracterizada a sua condição de trabalhador rural, bem como deferir duas horas e quinze minutos diários de horas itinerantes com os respectivos reflexos. Embargos de declaração foram opostos pela reclamada às fls. 397/400, e rejeitados pela decisão complementar de fls. 407/410. Inconformada, a reclamada interpõe o presente recurso de revista, pelas razões a fls. 415/427, com amparo nas alíneas “a” e “c” do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Postula a reforma do decidido com relação aos seguintes temas: 1) negativa de prestação jurisdicional, por violação dos artigos 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal, 832 da Consolidação das Leis do Trabalho, 458, II e III, do Código de Processo Civil e divergência jurisprudencial; 2) prescrição empresa de reflorestamento condição de rurícola, por violação dos artigos 7º, XXIX, da Constituição Federal, 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, 2º da Lei nº 5.889/73 e divergência jurisprudencial; e 3) validade do acordo coletivo - horas in itinere, por violação aos artigos 5º, XXXVI, e 7º, XXVI, da Constituição Federal, contrariedade à Súmula/TST nº 18 e divergência jurisprudencial. O recurso foi admitido pelo despacho de fls. 432/433. Contrarrazões às fls. 436/443. Dispensada a remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral do Trabalho, nos termos do artigo 82, § 2º, II, do RITST. É o relatório. V O T O I. **CONHECIMENTO** O recurso interposto é tempestivo (certidão de publicação de fls. 412 e*

protocolo de fls. 414) e regular a representação processual (fls. 70). Custas pagas às fls. 430 e depósito recursal efetivado às fls. 428 e 429, o que autoriza a incursão nos seus pressupostos intrínsecos. I.1 PRELIMINAR POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL Pretende a recorrente demonstrar a negativa de prestação jurisdicional por violação dos artigos 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal, 832 da Consolidação das Leis do Trabalho, e 458, II e III, do Código de Processo Civil. Invoca a ausência de manifestação expressa pela Corte Regional acerca de pontos essenciais ao deslinde da controvérsia, sequer esclarecidos após a sua provocação mediante embargos de declaração, quais sejam: a ausência de elementos fáticos imprescindíveis para o enquadramento do reclamante como rurícola, a validade do acordo coletivo prevendo a compensação das horas in itinere e a apreciação da matéria à luz dos artigos 2º da Lei nº 5.889/73 e 7º, incisos XXVI e XXIX, da Constituição Federal. Transcreve jurisprudência. O Tribunal Regional equiparou o reclamante ao trabalhador rural, dispondo, verbis: “O reconhecimento de que o reclamante não se enquadra na condição de trabalhador rural, sendo, portanto, trabalhador urbano sujeito à prescrição do art. 7º, XXIX, a, da Constituição da República, no nosso entendimento, não guarda correta relação com o caso dos autos. É que o reclamante trabalhou na função de ajudante geral para a Aracruz Florestal S/A, empresa de reflorestamento cuja atividade é o plantio de florestas de eucaliptos, o que envolve o cultivo, o plantio e replantio, a derrubada de árvores, a limpeza e a poda de árvores, etc. De acordo com o julgado abaixo transcrito, do C. TST, o reclamante se enquadra na categoria de rurícolas: E o que é o trabalho da Aracruz florestal, senão trabalhar o produto in natura? Planta e corta eucalipto. Se a natureza da atividade da empresa é rural, não interessa o trabalho realizado pelo empregado. E mais. O enquadramento sindical não é fato acabado, em face do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional insculpido na Carta Magna. Não se diga que a classificação dos empregados da incorporada como trabalhadores urbanos, lhes trouxe inúmeros benefícios, pois a concessão de benefícios próprios dos urbanos não lhe retira a condição de rural. Por todo exposto, reconhecendo-se a condição de trabalhador rural do reclamante, dá-se provimento ao recurso para afastar a prescrição quinquenal declarada.” (fls. 389/391) Relativamente às horas in itinere, deixou consignado: “Não existe fundamento jurídico para que a reclamada se exima do pagamento do tempo despendido em transporte com base nos invocados Acordos Coletivos de Trabalho. Pelo contrário, da leitura dos acordos coletivos, em que a cláusula de compensação de horas itinerantes é sempre repetida, vê-se que os trabalhadores das frentes de trabalho, como o reclamante, não sorveram nenhum benefício especial. O que ocorreu é que a reclamada foi gradativamente diminuindo a jornada de trabalho de todos os seus funcionários e não somente para os que se demoravam no trajeto para os distantes locais de labor. Haveria benefício especial e se justificaria o indeferimento das verbas pleiteadas se a redução da jornada alcançasse apenas a quem tem direito a horas in itinere. Como houve concessão uniforme da redução, a nulidade das cláusulas tangentes à pretensão patronal de eximir-se do pagamento das horas de trajeto se torna evidente. Saliente-se que os empregados da reclamada fazem jus ao recebimento das horas in itinere, independentemente de cláusula contida em instrumento que fixa o pagamento de um determinado número de horas a este título, posto que a norma coletiva não pode limitar os direitos dos obreiros. Ademais, não pode ser adotada a tese de que os empregados, já tão sacrificados pelo pagamento de baixos salários venham a ser prejudicados por acordo celebrado por uma entidade sindical, que tem como finalidade principal, se não a única, garantir os direitos dos trabalhadores. Saliente-se que nada há a compensar, pois nada foi pago a idêntico título até o momento. (fls. 391/392). E, por intermédio da decisão complementar de fls. 407/410, o Colegiado rejeitou os embargos de declaração opostos pela reclamada, acrescentando que todas as questões levantadas foram suficientemente apreciadas pela decisão regional, “não estando o órgão julgador obrigado a enfrentar as teses jurídicas e manifestar-se sobre todos os dispositivos legais trazidos à colação”. Destarte, o Colegiado examinou e fundamentou, em profundidade e extensão, toda a matéria que lhe foi devolvida, não havendo que se falar em negativa da prestação jurisdicional. Exsurge-se nítido das razões do recurso de revista que elas se revestiram de caráter infringente, porquanto foram utilizadas com o propósito de questionar a correção do julgado e obter a alteração da decisão, voltando-se o inconformismo recursal, na verdade, contra a mensuração dos elementos fático-probatórios relativos à configuração do trabalhador rural e a invalidação das cláusulas coletivas que previam a compensação das horas itinerantes. Observe-se que a Corte Regional, a par dos elementos de fato trazidos aos autos e dos preceitos contidos nos artigos 7º, XXIX, da Constituição Federal e 2º da Lei nº 5.889/73, afastou a prescrição quinquenal para

enquadrar o reclamante na categoria dos rurícolas, enfatizando que, “se a natureza da atividade da empresa é rural, não interessa o trabalho realizado pelo empregado”. Também justificou que “o enquadramento sindical não é fato acabado, em face do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional insculpido na Carta Magna”. Da mesma forma, não deixou de apreciar a questão da validade das disposições normativas atinentes à compensação de horas in itinere, ao concluir que, “como houve concessão uniforme da redução, a nulidade das cláusulas tangentes à pretensão patronal de eximir-se do pagamento das horas de trajeto se torna evidente”. Nesse contexto, depreendo que as questões vergastadas restaram decididas em atenção ao quadro fático delimitado nos autos, demonstrando, com isto, ter a Corte Regional embasado fundamentadamente o seu posicionamento ao direito que entendeu ser aplicável à espécie. Cumpre observar que há de se mostrar omissa a decisão, mesmo após a provocação da manifestação por intermédio de embargos declaratórios, para que reste demonstrada a negativa de prestação jurisdicional ensejadora do conhecimento do recurso de revista. Exegese do disposto no artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil. Não há que se falar, portanto, em afronta aos artigos 93, IX, da Constituição Federal, 832 da Consolidação das Leis do Trabalho e 458 do Código de Processo Civil. Assinalo, outrossim, que o entendimento pacífico desta Corte, cristalizado na Orientação Jurisprudencial de nº 115 da SBDI-1, é o de que somente ensejam conhecimento, quanto à preliminar de nulidade por negativa da prestação jurisdicional, as arguições de violação dos artigos 832 da CLT, 93, IX, da Constituição Federal e/ou 458 do CPC, conforme os seguintes Precedentes: “RECURSO DE REVISTA OU DE EMBARGOS. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL (nova redação, DJ 20.04.05). O conhecimento do recurso de revista ou de embargos, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, supõe indicação de violação do art. 832 da CLT, do art. 458 do CPC ou do art. 93, IX, da CF/1988. ERR 614960/99, Min. Rider de Brito, DJ 02.08.02. ERR 207207/95, Min. José Luiz Vasconcellos, DJ 04.12.98. EAIRR 201590/95, Ac. 4937/97, Min. Cnéa Moreira, DJ 08.05.98. ERR 170168/95, Ac. 3411/97, Min. Vantuil Abdala, DJ 29.08.97. ERR 41425/91, Ac. 0654/95, Min. Vantuil Abdala, DJ 26.05.95. RR 707690/00, 2ªT, Min. Renato Paiva, DJ 17.09.04. AIRR 1773/01-032-01-40.6, 4ªT, Min. Barros Levenhagen, DJ 17.09.04”. Os demais preceitos apontados (artigo 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal), não se prestam, pois, ao fim colimado. Também não prospera a alegação de dissenso pretoriano, pois a negativa de prestação jurisdicional há de ser efetivamente demonstrada no caso concreto. Não conheço.

1.2 PRESCRIÇÃO EMPRESA DE REFLORESTAMENTO CONDIÇÃO DE RURÍCOLA

Insurge-se a recorrente contra o entendimento adotado pela decisão regional que desconsiderou a natureza das atividades executadas pela empregadora, para efeito de enquadramento do reclamante na categoria de trabalhador urbano. Justifica que a Aracruz Celulose e suas filiais é uma empresa agro-industrial que não atua somente no reflorestamento, como também em todas as fases produtivas, desde a matéria prima até a industrialização final. Ressalta a existência de quadro de atividades “indústrias extrativas” na empresa, esclarecendo que o enquadramento do empregado como rurícola importa-lhe prejuízo, já que desagasalhado da força inerente da categoria profissional dos industriários. Nesse sentido, sob pena de violação dos artigos 7º, XXIX, “a”, da Constituição Federal, 577 da Consolidação das Leis do Trabalho e 2º da Lei nº 5.889/73, defende a incidência da prescrição quinquenal da ação. Colaciona arestos ao confronto de teses. Ao tratar da matéria, o Tribunal Regional adotou tese do seguinte teor, verbis: “O reconhecimento de que o reclamante não se enquadra na condição de trabalhador rural, sendo, portanto, trabalhador urbano sujeito à prescrição do art. 7º, XXIX, a, da Constituição da República, no nosso entendimento, não guarda correta relação com o caso dos autos. É que o reclamante trabalhou na função de ajudante geral para a Aracruz Florestal S/A, empresa de reflorestamento cuja atividade é o plantio de florestas de eucaliptos, o que envolve o cultivo, o plantio e replantio, a derrubada de árvores, a limpeza e a poda de árvores, etc. De acordo com o julgado abaixo transcrito, do C. TST, o reclamante se enquadra na categoria de rurícolas: (...) E o que é o trabalho da Aracruz florestal, senão trabalhar o produto in natura? Planta e corta eucalipto. Se a natureza da atividade da empresa é rural, não interessa o trabalho realizado pelo empregado. E mais. O enquadramento sindical não é fato acabado, em face do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional insculpido na Carta Magna. Não se diga que a classificação dos empregados da incorporada como trabalhadores urbanos, lhes trouxe inúmeros benefícios, pois a concessão de benefícios próprios dos urbanos não lhe retira a condição de rural. Por todo exposto, reconhecendo-se a condição de trabalhador rural do reclamante, dá-se provimento ao recurso para afastar a prescrição quinquenal declarada.”

(fls. 389/391) Destarte, não vislumbro ofensa à literalidade dos artigos 7º, XXIX, “a”, da Constituição Federal, 577 da Consolidação das Leis do Trabalho e 2º da Lei nº 5.889/73, como exige a alínea “c” do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Note-se que, a par dos contornos nitidamente fático-probatórios que envolvem a questão relativa ao enquadramento do reclamante como trabalhador rural e que inviabilizam o seguimento do recurso de revista, na forma preconizada pela Súmula nº 126, o Tribunal Regional concluiu que a natureza das atividades da Aracruz Florestal S/A é nitidamente rural, já que trabalha com o produto in natura, voltada para o cultivo, plantio e replantio de florestas de eucaliptos. Incensurável, portanto, o entendimento mantido pela decisão recorrida que, ao dar a exata subsunção da descrição dos fatos ao conceito contido no artigo 2º da Lei nº 5.889/73, aplicou à hipótese sub examine a prescrição constante do artigo 7º, XXIX, “b”, da Constituição Federal (trabalhador rural). Nesse mesmo sentido já se manifestou essa c. Corte, por intermédio da sua 4ª Turma, em voto de lavra do Exmo Min. Milton Moura França, a saber: “Prescrição Trabalhador Rural. Colhe-se do art. 2º, da Lei 5889/73, ter o legislador optado pelo critério do trabalho prestado a empregador rural a fim de identificar o rurícola, em detrimento do antigo critério associado à natureza da prestação laboral. O empregador rural, por sua vez, foi definido não só como o que explora atividade agroeconômica, mas igualmente o que se dedica à exploração industrial em estabelecimento agrário. Essa, a teor do § 4º, do art. 2º, do Dec. 73626/74, foi relacionada às atividades que compreendem o primeiro tratamento dos produtos agrários in natura sem transformá-los em sua natureza, tais como o preparo de produtos hortigranjeiros para posterior venda ou industrialização. Levando-se em conta a atividade da recorrida, se agiganta a evidência de ser empresa rural e rurícolas os seus empregados, sendo irrelevante a finalidade industrial ou comercial da empresa, aplicando-se-lhes prescrição inserida no art. 10 da Lei nº 5889/73 (que é de dois anos a partir da cessação do contrato de trabalho). Recurso desprovido (RR-363527/97.3).” Por outro lado, não prospera a alegação de divergência jurisprudencial, eis que as decisões transcritas às fls. 420/421 das razões de revista são inservíveis à demonstração do dissenso, porquanto inespecíficas, eis que partem de premissas fáticas diversas da acatada pelo acórdão regional, que concluiu que as atividades desenvolvidas pela reclamada estão relacionadas com o produto in natura - cultivo, plantio e replantio de florestas de eucaliptos -, razão pela qual deve ser enquadrada como rural. Incidência da Súmula/TST nº 296, item I. Não conheço. **I.3 VALIDADE DO ACORDO COLETIVO - HORAS IN ITINERE** Com amparo nos artigos 5º, XXXVI, e 7º, XXVI, da Constituição Federal, a recorrente pretende demonstrar a validade do acordo coletivo ajustado mediante assistência sindical, que previa benefício especial aos trabalhadores da empresa, assegurando a compensação das horas despendidas no seu transporte até a frente de trabalho, com redução de 04 horas semanais. Afirma que as disposições normativas não poderiam ser desconsideradas, “sob pena de estar-se proporcionalmente a instabilidade das relações jurídicas, haja vista que o recorrido gozou, durante toda a vigência do pacto laboral, das benesses proporcionadas pela aludida representação sindical”. Pugna, ainda, pela necessária compensação dos valores já percebidos pelo recorrido como industriário, na medida que deve arcar com o ônus da opção pelo enquadramento de rurícola. Também aponta contrariedade à Súmula/TST nº 18 e transcreve paradigmas a cotejo. Ao dar parcial provimento ao recurso do reclamante para deferir horas itinerantes, o Colegiado alicerçou-se nos seguintes fundamentos: “Não existe fundamento jurídico para que a reclamada se exima do pagamento do tempo despendido em transporte com base nos invocados Acordos Coletivos de Trabalho. Pelo contrário, da leitura dos acordos coletivos, em que a cláusula de compensação de horas itinerantes é sempre repetida, vê-se que os trabalhadores das frentes de trabalho, como o reclamante, não sorveram nenhum benefício especial. O que ocorreu é que a reclamada foi gradativamente diminuindo a jornada de trabalho de todos os seus funcionários e não somente para os que se demoravam no trajeto para os distantes locais de labor. Haveria benefício especial e se justificaria o indeferimento das verbas pleiteadas se a redução da jornada alcançasse apenas a quem tem direito a horas in itinere. Como houve concessão uniforme da redução, a nulidade das cláusulas tangentes à pretensão patronal de eximir-se do pagamento das horas de trajeto se torna evidente. Saliente-se que os empregados da reclamada fazem jus ao recebimento das horas in itinere, independentemente de cláusula contida em instrumento que fixa o pagamento de um determinado número de horas a este título, posto que a norma coletiva não pode limitar os direitos dos obreiros. Ademais, não pode ser adotada a tese de que os empregados, já tão sacrificados pelo pagamento de baixos salários venham a ser prejudicados por acordo celebrado por uma entidade sindical, que tem como finalidade

principal, se não a única, garantir os direitos dos trabalhadores. Saliente-se que nada há a compensar, pois nada foi pago a idêntico título até o momento” (fls. 391/392). Considerando que o presente recurso de revista foi interposto em 01/12/98, data anterior à publicação da Lei nº 9.756/98 (DOU de 17/12/98), responsável pela alteração da redação da alínea “a” do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, entendendo comprovada a divergência jurisprudencial por intermédio da decisão de fls. 423/424 das razões de revista, oriunda do mesmo Tribunal Regional prolator do acórdão recorrido (17ª Região), in verbis: “HORAS IN ITINERE Em que pese alterado o enquadramento, passando o autor à categoria de rural, prevalece o acordo coletivo firmado pelo sindicato que o representava, no qual se convencionou que, para compensar as horas de percurso, haveria uma redução de 4 horas semanais, ante o princípio da boa fé que deve reger as relações. Ora, os empregados da ré se beneficiam de todas as cláusulas dessas avenças e o SINTIEMA os tem representado durante todo esse período, sendo o sindicato legítimo até então, tanto para os empregados que são por ele representados como para a empresa. Então, não é porque a Corte os reconhece como rurícolas que se deva afastar todas as avenças firmadas através do SINTIEMA. O referido sindicato tem acordo de compensação na qual é diminuída a jornada semanal para compensar as horas de percurso. Tal avença é válida, maxime se considerarmos a preeminência das negociações coletivas consagradas pela Constituição Federal (TRT 17ª RO 4562/96 Juiz WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA in Diário do Estado de 09/07/97 Rcte. LUIS CARLOS DOS SANTOS e outros, Recda: ARACRUZ CELULOSE). Conheço, pois, por divergência jurisprudencial. II MÉRITO VALIDADE DO ACORDO COLETIVO HORAS IN ITINERE Em que pese a conclusão perflhada pela Corte Regional, entendo que não há como desconsiderar a particularidade contida no instrumento normativo pactuado entre as partes estipulando benefício especial aos trabalhadores da empresa, para assegurar a compensação das horas in itinere com redução de quatro horas semanais. É que a autonomia privada coletiva restou elevada a nível constitucional pela Carta Maior de 1988 (artigo 7º, inciso XXIV), e, portanto, merece ser privilegiada. Ora, como vem entendendo esta Corte trabalhista, é imprescindível prestigiar e valorizar a negociação levada a efeito pelas organizações sindicais, interlocutores legítimos de empregados e empregadores, na busca de solução para os conflitos de seus interesses. A Constituição Federal está a sinalizar em seu artigo 7º, incisos VI e XXVI, que este é o caminho a ser seguido. Diante disso, a despeito da garantia às horas itinerantes já constar expressamente em texto legal (§ 2º do artigo 58 da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentado pela Lei nº 10.243/2001), tem-se como válida a disposição em sentido diverso quando albergada exclusivamente por norma coletiva, diante da força negocial autônoma que a ela se encontra condicionada. E nem se invoque a inviabilidade da flexibilização do dispositivo legal em comento, porquanto sequer se refere a direito trabalhista indisponível assegurado pelo ordenamento jurídico pátrio. Diante de todo exposto, dou provimento ao apelo para excluir da condenação o pagamento das horas in itinere e respectivos reflexos. ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista tão-somente quanto ao tema “validade do acordo coletivo horas in itinere”, por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento das horas in itinere e respectivos reflexos. Brasília, 29 de junho de 2005. RENATO DE LACERDA PAIVA Ministro Relator

12.8.

Acórdão Inteiro Teor

PROCESSO: RR NÚMERO: 803498 ANO: 2001

PUBLICAÇÃO: DJ - 28/05/2004 PROC. Nº TST-RR-803.498/01.0

C: A C Ó R D Ã O 4ª Turma

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - HORAS EXTRAS – DIVISOR SALARIAL - VALORIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. *É imprescindível valorizar a negociação coletiva firmada na boa-fé, como forma de incentivo à autocomposição dos conflitos pelos próprios interessados. Renegar sua eficácia, sob pretextos outros, que não o de eventual incapacidade da parte, ilicitude de seu objeto ou de inobservância de sua forma prescrita ou não defesa em lei, é afrontar a inteligência que emana do artigo 7º, XXVI, da Carta Política, que veio de prestigiar o acordo e/ou convenção coletiva como instrumento apto a dirimir dúvidas e conflitos sobre condições de trabalho e de salário pelos próprios interessados, por meio de suas legítimas representações sindicais. Recurso de revista provido. RECURSO DE*

REVISTA DO RECLAMANTE - HORA NOTURNA - CONDIÇÃO MAIS FAVORÁVEL - CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO - VALIDADE. *A livre fixação, em convenção coletiva de trabalho, de hora noturna em 60 minutos, com acréscimo do seu respectivo adicional, em contrapartida ao percentual previsto em lei (art. 73, § 1º, da CLT), resulta em benefício financeiro e não compromete a higidez do trabalhador. Nos termos do art. 7º, XXVI, da CF, deve-se privilegiar o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho, buscando-se condições mais favoráveis aos empregados. A autocomposição deve ser examinada como um todo e não particularizada, cláusula a cláusula. Recurso de revista não conhecido integralmente. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-803.498/01.0, em que são recorrentes FRANKSTER DE OLIVEIRA SILVA e AÇO MINAS GERAIS S.A. - AÇOMINAS e recorridos OS MESMOS. O e. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, mediante o v. acórdão de fls. 467/475, complementado a fls. 490/494, deu provimento ao recurso ordinário do reclamante para determinar a adoção do divisor 220 para fim de cálculo das horas extras, bem como manteve a improcedência da ação quanto aos pedidos relativos à hora noturna reduzida, horas in itinere e adicional de periculosidade. Inconformada, a reclamada interpõe recurso de revista (fls. 496/500). Alega, em síntese, que o cálculo das horas extras é previsto por norma coletiva, que adotam não o divisor 220, mas sim tabelas salariais próprias, que se valem do divisor 240. Insiste que o v. acórdão do Regional, ao negar eficácia àquelas normas coletivas, incorreu em violação dos artigos 7º, IV e XXVI, e 8º, III, da Constituição Federal de 1988. Também o reclamante interpõe recurso de revista (fls. 504/515). Argúi a nulidade do v. acórdão do Regional por negativa de prestação jurisdicional e a conseqüente violação dos artigos 832 da CLT, 458 e 535 do CPC, 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal de 1988, decorrente da suposta recusa do i. Juízo a quo de sanar as omissões relativas aos temas prevalência da legislação sobre os acordos coletivos de trabalho, redução da hora noturna e adicional de periculosidade. No mérito, insiste que as normas coletivas não se sobrepõem à lei quando estipulam normas menos benéficas do que esta última referente aos temas horas in itinere, minutos residuais, intervalo intrajornada, reflexos de horas extras, turnos ininterruptos de revezamento, periculosidade e horas noturnas. Quanto às horas noturnas reduzidas, sustenta que o artigo 7º, IX, da Constituição Federal de 1988 recepcionou o artigo 73, § 1º, da CLT. Insiste que a previsão contida em norma coletiva de quitação do adicional noturno da jornada reduzida implica violação do artigo 9º da CLT e contrariedade ao Enunciado nº 91 do TST. Relativamente às horas in itinere externas, diz que lhe são devidas, em razão do fato incontroverso de que não há transporte público regular em todo o trajeto até o local de trabalho. Finalmente, no que tange ao adicional de periculosidade, aduz que é inadmissível a prevalência das normas coletivas, que prevêm o seu pagamento proporcional ao tempo de exposição, sobre os artigos 7º, XXIII, da Constituição Federal de 1988 e 193, § 1º, da CLT. Transcreve arestos para cotejo. Ambas as revistas foram admitidas pelo r. despacho de fls. 516/517. Tanto o reclamante quanto a reclamada apresentaram contra-razões (fls. 518/221 e 522/535, respectivamente). Os autos não foram remetidos à d. Procuradoria-Geral do Trabalho. Relatados. V O T O RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE O recurso de revista do reclamante é tempestivo (fls. 495 e 504) e está subscrito por advogada devidamente habilitada nos autos (fls. 81 e 462). I CONHECIMENTO I.1 NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL Argúi o reclamante (fls. 506/510) a nulidade do v. acórdão do Regional por negativa de prestação jurisdicional e a conseqüente violação dos artigos 832 da CLT, 458 e 535 do CPC, 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal de 1988, decorrente da suposta recusa do i. Juízo a quo de sanar as omissões relativas aos temas prevalência da legislação sobre os acordos coletivos de trabalho, redução da hora noturna e adicional de periculosidade. Transcreve arestos para cotejo. Sem razão. O v. acórdão do Regional deu provimento ao recurso ordinário da reclamada, sob o seguinte fundamento, in verbis: **ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO VALIDADE (HORAS IN ITINERE, MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM, REDUÇÃO DA HORA NOTURNA E DIVISORES)** *Rebela-se o reclamante contra as disposições contidas nos instrumentos coletivos a respeito das parcelas epigrafadas. Não lhe assiste razão. Os instrumentos coletivos são fruto de negociação entre as categorias convenientes, retratando a prevalência dos interesses das categorias em dado momento, cujo reconhecimento encontra-se elevado a nível constitucional, conforme ressaí do art. 7º., inciso XXVI da C.F. Apenas quanto ao divisor 240, a matéria merecerá exame diferenciado, conforme se verá no momento oportuno. (fl. 469) DAS HORAS EXTRAS (IN ITINERE E MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA-REFLEXOS SOBRE ADICIONAIS NOTURNOS, POR TEMPO DE SERVIÇO E DE PERICULOSIDADE) O cálculo das horas extras deve ser**

realizado com fulcro no enunciado 264 do TST, ou seja, a remuneração do serviço suplementar é composta do valor da hora normal, integrado por parcelas de natureza salarial e acrescido do adicional previsto em lei, contrato, acordo, convenção coletiva ou sentença normativa. Portanto, o seu cálculo é que deve ser enriquecido com as parcelas epigrafadas e não o contrário, conforme pretendido pelo recorrente. Nego provimento. **MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO** Rebelar-se o recorrente contra o acolhimento sentencial quanto à disposição coletiva de que os minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho, até o limite de 15, não ensejam o pagamento de horas extras. Não lhe assiste razão. Conforme alhures realçado, a negociação coletiva trata-se de direito constitucionalmente assegurado e deve prevalecer em tudo que não contrarie princípio assegurado na própria Constituição. Portanto, não há óbice de qualquer natureza que impeça o estabelecimento, pelas categorias convenientes, da tolerância de 15 minutos, na marcação do ponto, ao invés dos cinco, jurisprudencialmente admitidos. Quanto ao período não abrangido pelas normas coletivas, para o cômputo dos minutos excedentes como extra, deve ser observada a disposição do Precedente 23 da SDI do TST, ou seja, quando a antecipação ou o excesso ultrapassar cinco minutos, todo o tempo há de ser computado como extra. Assim, tendo em vista que a redação da sentença não deixou clara tal circunstância, confiro parcial provimento ao apelo, no aspecto, para que, no período assinalado, seja observado o precedente citado. (fl. 470) **DA HORA NOTURNA - REDUÇÃO** Não se conforma o recorrente com o indeferimento das horas extras decorrentes da redução da hora noturna. Não lhe assiste razão. Isto porque, ao assim agir, o d. Juízo sentenciante decidiu com fulcro nas disposições dos instrumentos coletivos da categoria, dispondo que a majoração do percentual do adicional noturno incluiu o valor que seria devido em função da hora noturna reduzida. Prevalece, para todos os efeitos, a negociação coletiva, na forma preconizada em itens precedentes. Nego provimento. (fls. 471/472) **ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - DIFERENÇAS – REFLEXOS** Inconforma-se o recorrente com a sentença de origem que atribuiu validade às normas coletivas que disciplinaram o pagamento do adicional de periculosidade, até 01.11.95, estabelecendo o seu pagamento de modo proporcional a partir de então. Quanto ao período pretérito, anterior a 01.11.95, o reclamante, que figurou na relação de fl. 165, deu quitação pelo adicional de periculosidade, tendo recebido o valor de R\$ 4.240,06, o que se encontra em sintonia com o disposto no instrumento em apreço. Quanto ao percentual estipulado nas normas coletivas, a partir de 01.11.95, para os trabalhadores sujeitos ao risco de energia elétrica, ao contrário da tese da recorrente, a matéria encontra-se inserida dentre aquelas passíveis de negociação, dependendo do interesse das categorias e do conjunto das vantagens obtidas no processo negocial. Outrossim, o acordo celebrado em 1995 foi renovado nos instrumentos posteriores, a exemplo da cláusula 32a. do ACT de fl. 97/99. Renovam-se, aqui, os argumentos alhures expendidos sobre o reconhecimento do estabelecido nos instrumentos coletivos de trabalho. Nego provimento. (fls. 472/473) Seguiu-se, então, a oposição de embargos de declaração (fls. 484/487), mediante os quais o reclamante buscava ver sanadas as seguintes omissões: a aparente impossibilidade de normas coletivas menos favoráveis aos trabalhadores do que a lei prevalecerem sobre esta última; que o trabalho prestado em horário noturno sem observância da hora reduzida, mesmo que mediante pagamento de adicional maior do que o previsto em lei, é considerado sobrejornada, sob pena de violação dos artigos 9º e 73, § 1º, da CLT, além de contrariedade ao Enunciado nº 91 do TST; e que o adicional de periculosidade, por ser direito à proteção e à saúde do trabalhador, não seria passível de negociação coletiva destinada a reduzi-lo, nos termos do artigo 5º, XXII e XXIII, da Constituição Federal de 1988. Os embargos, porém, foram rejeitados sob o seguinte fundamento, *ipsis litteris*: Dos Acordos Coletivos Aduz o embargante que o acórdão admitiu a validade dos ACTs firmados, alegando ter a negociação coletiva a eficácia de composição dos interesses coletivos, prevalecendo estes sobre os interesses individuais. Pretende a manifestação da Turma Julgadora sobre a prevalência de cláusulas coletivas menos favoráveis aos empregados em comparação com a legislação que regula a matéria. Sobre o tema, assim se pronunciou a Turma Julgadora, à fl. 469: (...) Conforme se percebe, a Turma manifestou, expressamente, seu posicionamento a respeito da matéria, entendendo pela prevalência das disposições coletivas, excepcionando tão somente a questão atinente ao divisor 240. O inconformismo do reclamante desafia remédio processual outro que não a presente medida declaratória, já que inexistente qualquer dos vícios contidos no art. 535 do CPC. Nestes termos, declara-se o acórdão. Da Redução da Hora Noturna Inconforma-se o reclamante com a decisão proferida no pertinente à redução da hora noturna. Aduz que a não observância da hora noturna reduzida, pela reclamada,

impõe o seu reconhecimento como hora extra. Em face disto e considerando o entendimento posto no acórdão de que prevalece o disposto nos instrumentos coletivos, pretende esclarecimentos sobre os pontos por ela discriminados à fl. 486. Quanto ao tema relativo à redução da hora noturna, assim se pronunciou a Turma Julgadora, às fls. 471/472: (...) Ora, o acórdão contém a manifestação expressa do entendimento da Eg. Turma sobre o tema questionado, com fundamento suficiente à satisfatória entrega da prestação jurisdicional. Os questionamentos lançados na peça de embargos (nos. 1 a 5 de fl. 486) tratam-se de indagações que a parte pretende ver respondidas, que escapam ao estreito limite da postulação declaratória. Mesmo porque, cumpre ao Juízo, ao se pronunciar sobre a lide apresentada à sua aferição jurisdicional, prolatar decisão fundamentada, não estando, entretanto, adstrito a enfrentar, um a um, os argumentos lançados pelas partes. Entregue, desta forma, a prestação jurisdicional, desincumbe-se satisfatoriamente do encargo o julgador. Nestes termos, declara-se o acórdão. Do Adicional de Periculosidade Sustenta o embargante que a Eg. Turma, ao manter a sentença quanto ao pagamento proporcional do adicional de periculosidade, não examinou o argumento recursal quanto à natureza da norma que prevê o pagamento da vantagem, inviabilizando-se a sua redução através de negociação coletiva. Sobre o tema, assim se pronunciou a Turma Julgadora, às fls. 472/473: (...) Diante de tal decisão, que retrata o posicionamento da Eg. Turma sobre o tema, a pretensão do embargante objetiva o revolvimento da matéria, visando a sua reapreciação, o que encontra óbice nos limites estreitos da postulação declaratória. Nestes termos, declara-se o acórdão (fls. 491/494). Nesse contexto, inequívoca a conclusão de que o recurso de revista não merece ser conhecido quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional. De fato, as questões suscitadas nos embargos de declaração já haviam sido objetos de manifestação pelo v. acórdão do Regional, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 118 da e. SBDI-I, razão por que a rejeição dos embargos não implicou violação dos artigos 832 da CLT, 458 e 535 do CPC, 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal de 1988. NÃO CONHEÇO. I.2 ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO PREVALÊNCIA SOBRE A LEI ARTIGO 7º, XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 O v. acórdão do Regional negou provimento ao recurso ordinário do reclamante, no que diz respeito à prevalência dos acordos coletivos de trabalho sobre a lei, relativamente aos temas horas in itinere, minutos residuais, hora noturna reduzida e divisores, sob o fundamento de que aqueles são fruto de negociação entre as categorias convenientes, retratando a prevalência dos interesses das categorias em dado momento, cujo reconhecimento encontra-se elevado a nível constitucional, conforme ressaí do art. 7, XXVI, da C.F. (fl. 469). Inconformado, o reclamante interpõe recurso de revista (fls. 510/512). Insiste que as normas coletivas não se sobrepõem à lei quando estipulam normas menos benéficas do que esta última quanto aos temas mencionados. Transcreve arestos para cotejo. Sem razão. Os dois paradigmas colacionados são inespecíficos, nos termos do Enunciado nº 296 do TST, porque adotam a premissa de que as normas coletivas são menos favoráveis ao empregado do que a lei, ou lhe trazem inegável prejuízo, ao passo que o v. acórdão do Regional nada considerou acerca de serem ou não as normas coletivas menos benéficas para o reclamante do que a lei. NÃO CONHEÇO. I.3 HORA NOTURNA REDUZIDA O v. acórdão do Regional (fls. 471/472) negou provimento ao recurso ordinário do reclamante, no que diz respeito à hora noturna reduzida, sob o fundamento de que os instrumentos coletivos da categoria dispõem que a majoração do percentual do adicional noturno inclui o valor que seria devido em função da hora noturna reduzida. Inconformado, o reclamante interpõe recurso de revista (fls. 512/513). Quanto às horas noturnas reduzidas, sustenta que o artigo 7º, IX, da Constituição Federal de 1988 recepcionou o artigo 73, § 1º, da CLT. Insiste que a previsão contida em norma coletiva de quitação do adicional noturno da jornada reduzida implica violação do artigo 9º da CLT e contrariedade ao Enunciado nº 91 do TST. Transcreve arestos para cotejo. Sem razão. Conforme entendimento majoritário deste c. Tribunal Superior do Trabalho, a celebração de acordo coletivo de trabalho, prevendo o aumento da hora noturna em contrapartida a um adicional maior do que o previsto em lei, é perfeitamente admissível, por força do artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, os seguintes precedentes, in verbis: HORA NOTURNA - CONDIÇÃO MAIS FAVORÁVEL - CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO - VALIDADE. A livre fixação, em convenção coletiva de trabalho, de hora noturna em 60 minutos, com acréscimo do seu respectivo adicional para 40% (quarenta por cento), em contrapartida aos 20% (vinte por cento) previstos em lei (art. 73, § 1º, da CLT), resulta em benefício financeiro e não compromete a higidez do trabalhador. Nos termos do art. 7º, XXVI, da CF, deve-se privilegiar o reconhecimento dos

acordos e convenções coletivas de trabalho, buscando-se condições mais favoráveis aos empregados. A autocomposição deve ser examinada como um todo e não particularizada, cláusula a cláusula. Recurso ordinário provido. (TST-RO-AA-46.707/2002-900-09-00, SDC, Rel. Min. Milton de Moura França, DJU de 28.3.2003)

HORA NOTURNA E ADICIONAL NOTURNO - CONVENÇÃO COLETIVA. Se à entidade sindical foi possibilitado, pela nova Constituição Federal, reduzir jornada e salário, em negociação coletiva, fica-lhe permitido também alterar, através da mesma via, a extensão da hora noturna, máxime quando, em contrapartida, o adicional noturno é elevado para percentual superior ao legal. Recurso de revista não provido. (TST-RR-264.484/96, 4ª Turma, Rel. Min. Milton de Moura França, DJU de 8.5.98., p. 514)

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. JORNADA NOTURNA REDUZIDA. Se as categorias patronal e profissional concordaram quanto ao pagamento do adicional noturno de 40% para compensar a hora noturna, deve preponderar o ajustado entre as partes, como faculta a Constituição da República, pois é preciso prestigiar e valorizar a negociação coletiva assentada na boa fé, como forma de incentivo à composição dos conflitos pelos próprios interessados. (TST-RR-434.473/98, 5ª Turma, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJU de 13.6.2003)

HORA NOTURNA REDUZIDA. A matéria, como ficou demonstrada no acórdão revisando, foi objeto do Acordo Coletivo de Trabalho 90/91, através da 27ª cláusula, celebrado entre o Sindicato Profissional e a Empregadora. Assim, tendo o art. 7º, XXVI, CF/88, assegurado às partes o direito da livre negociação, o ajuste celebrado não pode ser desconsiderado em face do nível constitucional a que foi elevado, devendo ser observado obrigatoriamente pelas partes acordantes. Revista parcialmente conhecida e não provida. (TST-RR-350.888/97, 2ª Turma, Rel. Min. José Simpliciano Fernandes, DJU de 15.2.2002)

Incólumes, portanto, os artigos 7º, IX, da Constituição Federal de 1988, 9º e 73, § 1º, da CLT, bem como o Enunciado nº 91 do TST. Despiciendo o exame dos arestos transcritos, nos termos do artigo 896, § 4º, do TST. NÃO CONHEÇO. I.4 HORAS IN ITINERE PERCURSO EXTERNO No que tange às horas in itinere relativas ao percurso externo à empresa reclamada, o e. TRT da 3ª Região negou provimento ao recurso ordinário do reclamante, sob o seguinte fundamento, in verbis: Do depoimento do autor de fl. 344, percebe-se que há transporte público regular até a portaria da empresa. Apenas na área interna, até o local de trabalho, inexistente transporte público. Portanto, a decisão encontra-se em sintonia com a prova dos autos e o direito aplicável à espécie. Também não vinga a pretensão do laborista de ser considerado tempo à disposição aquele despendido no trajeto da residência até o local de trabalho. Mesmo porque, para tal configuração, imperioso que haja prova de que o laborista esteja, de fato, à disposição do empregador, aguardando ordens e, por isto, pronto para o trabalho, a qualquer momento, o que, por óbvio, não se verifica no deslocamento em apreço. Pelo menos, o contrário não ressaí da prova dos autos. Nego provimento (fl. 469). Inconformado, o reclamante interpõe recurso de revista (fls. 513/514). Diz que as horas in itinere externas lhe são devidas, em razão do fato incontroverso de que não há transporte público regular em todo o trajeto até o local de trabalho, nos termos do Enunciado nº 90 do TST. Transcreve um aresto para cotejo. Sem razão. A premissa fática sobre a qual se assenta a alegada contrariedade ao Enunciado nº 90 do TST, a saber, de que não há transporte público regular em todo o trajeto até a entrada da empresa, é estranha ao v. acórdão do Regional, que se limitou a afirmar que apenas na área interna, até o local de trabalho, inexistente transporte público. Nesse contexto, somente seria possível cogitar-se de contrariedade ao Enunciado nº 90 do TST mediante reexame de fatos e provas, procedimento vedado na presente fase recursal pelo Verbete Sumular nº 126 do TST. Quanto ao único paradigma colacionado (fl. 514), é inespecífico, nos termos do Enunciado nº 296 do TST, porque adota a premissa fática de que após o término do percurso em ônibus de linha, o reclamante ainda percorria alguns quilômetros para ter acesso ao local de trabalho, em condução da reclamada, ao passo que o v. acórdão do Regional, ao manter a improcedência das horas in itinere externas, o fez com fundamento na premissa de que todo o transporte externo era feito em transporte público regular. NÃO CONHEÇO. I.5 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE O v. acórdão do Regional (fls. 472/473) negou provimento ao recurso ordinário do reclamante, no que diz respeito ao pagamento proporcional do adicional de periculosidade no período posterior a 1º.11.95, sob o fundamento de que as normas coletivas aplicáveis estipularam validamente o pagamento daquele adicional de forma meramente proporcional. Inconformado, o reclamante interpõe recurso de revista (fls. 514/515). Finalmente, no que tange ao adicional de periculosidade, aduz que é inadmissível a prevalência das normas coletivas, que prevêm o

seu pagamento proporcional ao tempo de exposição, sobre os artigos 7º, XXIII, da Constituição Federal de 1988 e 193, § 1º, da CLT. Sem razão. A fixação por meio de norma coletiva do pagamento do adicional de periculosidade de forma proporcional ao tempo de exposição ao agente perigoso é válida, nos termos do artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988. Logo, inviável o conhecimento da revista por violação dos artigos 7º, XXIII, da Constituição Federal de 1988 e 193, § 1º, da CLT. Com estes fundamentos, NÃO CONHEÇO integralmente do recurso de revista do reclamante. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA O recurso de revista da reclamada é tempestivo (fls. 495 e 496) e está subscrito por advogado devidamente habilitado nos autos (fl. 501). Custas pagas a contento (fl. 503) e depósito recursal realizado pelo valor legal vigente na época da interposição (fl. 502). I CONHECIMENTO I.1 HORAS EXTRAS DIVISOR PREVISÃO EM NORMA COLETIVA O v. acórdão do Regional deu provimento ao recurso ordinário do reclamante, no que diz respeito à adoção do divisor 240 para cálculo das horas extras, sob o seguinte fundamento, in verbis: Inconforma-se o recorrente com a manutenção do divisor 240 adotado pela reclamada. De fato, ainda que os instrumentos coletivos da categoria tenham estabelecido tal sistemática, o procedimento afronta diretamente a ordem constitucional, já que estando estipulado no art. 7., inciso XIII da C.F. a jornada de 8 horas com limite semanal de 44, o limite mensal não extrapola 220. O divisor 240 vigia antes da Constituição Federal de 1988. Neste contexto, não vingam os instrumentos coletivos, no particular aspecto. Dou provimento, para deferir ao laborista a aplicação do divisor 220 (fl. 472). Inconformada, a reclamada interpõe recurso de revista (fls. 496/500). Alega, em síntese, que o cálculo das horas extras é previsto por norma coletiva, que adota não o divisor 220, mas sim tabelas salariais próprias, que se valem do divisor 240. Insiste que o v. acórdão do Regional, ao negar eficácia àquelas normas coletivas, incorreu em violação dos artigos 7º, IV e XXVI, e 8º, III, da Constituição Federal de 1988. Com razão. No caso em tela, o e. Regional deu provimento ao recurso do reclamante no tocante ao divisor de 240, tendo em vista a existência de negociação coletiva a respeito (fl. 472). Tenho reiteradamente sustentado que é imprescindível valorizar a negociação coletiva firmada na boa-fé, como forma de incentivo à autocomposição dos conflitos pelos próprios interessados. Renegar sua eficácia, sob pretextos outros, que não o de eventual incapacidade da parte, ilicitude de seu objeto ou de inobservância de sua forma prescrita ou não defesa em lei, é afrontar a inteligência que emana do artigo 7º, XXVI, da Carta Política, que veio de prestigiar o acordo e/ou convenção coletiva como instrumento apto a dirimir dúvidas e conflitos sobre condições de trabalho e de salário pelos próprios interessados, por meio de suas legítimas representações sindicais. Realmente, atentos às transformações que a globalização da economia está produzindo na vida do capital e do trabalho, compete às respectivas organizações sindicais encontrar soluções para seus problemas, de forma a compatibilizar a coexistência de dois interesses básicos, ou seja, do lado dos empregados, a preservação de seus empregos; do lado da empresa, a imprescindível competitividade de seus bens, produtos e serviços, com preços atraentes e compatíveis com a nova realidade mundial, para que ambos possam sobreviver. E, nesse contexto, ressalta a imperiosa necessidade de se prestigiar e preservar as normas coletivas celebradas entre as partes. E isso porque são elas compatíveis com a flexibilização de direitos, segundo a conveniência e interesses que seus subscritores julgaram passíveis de negociação e, que, de resto, não é incompatível, mas, ao contrário, perfeitamente identificada com a inteligência que emerge da norma constitucional em exame. Com estes fundamentos, CONHEÇO do recurso de revista da reclamada por violação do artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988. II MÉRITO II.1 HORAS EXTRAS DIVISOR PREVISÃO EM NORMA COLETIVA Conhecida a revista por violação direta e literal de dispositivo da Constituição, o seu provimento é medida que se impõe. DOU PROVIMENTO, portanto, ao recurso de revista da reclamada para determinar o restabelecimento da r. sentença de fls. 346/361, no particular, que julgou improcedente o pedido de diferenças relativas à adoção do divisor 220, para fim de cálculo das horas extras. ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, I não conhecer integralmente do recurso de revista do reclamante; II conhecer do recurso de revista da reclamada, por violação do artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988, e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar o restabelecimento da r. sentença, no particular, que julgou improcedente o pedido de diferenças relativas à adoção do divisor 220, para fim de cálculo das horas extras. Brasília, 12 de maio de 2004. MILTON DE MOURA FRANÇA Relator

13. Conclusões

O Direito do Trabalho não constitui simples direito social, mas insere-se entre os direitos e garantias fundamentais. O presente momento histórico evidencia que o novo Direito do Trabalho está intimamente vinculado aos Direitos do Homem.

Dispondo o artigo 170, *caput*, da Constituição Federal, que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e observados os princípios que arrola a seguir, resta claro que o Direito do Trabalho considera que a vida digna está intimamente relacionada ao princípio da valorização do trabalho humano.

O princípio da dignidade da pessoa humana abarca direitos inerentes à personalidade da pessoa, direitos esses individuais e pessoais (direito à vida, à integridade moral e física) e, também, os direitos estabelecidos para a coletividade, quais sejam os direitos sociais, econômicos e culturais.

Esse princípio compromete também todo o exercício da atividade econômica, sujeitando os agentes econômicos, sobretudo as empresas, a se pautarem dentro dos limites impostos pelos direitos humanos, eis que, conforme exposto anteriormente, a ordem econômica também está condicionada à valorização do trabalho humano, bem como pelo reconhecimento do valor social do trabalho, conferindo ao trabalhador tratamento peculiar, priorizando os valores do trabalho humano sobre os demais valores da economia de mercado.

Com efeito, o estudo do Direito do Trabalho deve-se pautar nos preceitos mencionados, sendo dever do intérprete direcionar seu pensamento de forma a

garantir o máximo de dignidade, valorização do trabalhador e sua proteção, eis que, aderindo a essas premissas, estará promovendo uma interpretação legítima, de acordo com a Constituição.

O enquadramento do Direito do Trabalho como direito inerente à dignidade da pessoa humana do trabalhador é de essencial importância para a preservação dos direitos trabalhistas conquistados ao longo dos anos.

Normas de ordem privada são as que estabelecem a liberdade de estipulação das partes, ou seja, a autonomia dos atores sociais envolvidos na relação trabalhista, e normas de ordem pública são as que se colocam de maneira absoluta, imperativa e coativa frente à vontade das partes, visando resguardar o interesse da sociedade, em detrimento do interesse individual de cada um dos atores sociais. No Direito do Trabalho, prevalecem as normas de ordem pública, mas as normas de ordem privada não podem ser totalmente afastadas, de modo a impedir por completo a livre manifestação da vontade das partes. As normas jurídicas trabalhistas podem ser normas de ordem privada e normas de ordem pública.

Por exemplo, as limitações que visam à integridade física do trabalhador, dentre as quais, as regras relativas à medicina e segurança do trabalho, aos patamares máximos da jornada de trabalho, inclusive os repousos e à percepção de remuneração mínima, aplicando-se a regra da irrenunciabilidade.

Para que haja o equilíbrio entre as partes na relação jurídica trabalhista, de natureza contratual e originariamente privada, o Direito do Trabalho conta com a intervenção Estatal limitando a autonomia da vontade das partes.

Atualmente existe uma tendência do Direito do Trabalho para que haja solução das lides laborais pelas próprias partes, sem a interferência estatal, sob o fundamento de que a utilização das formas autocompositivas de solução de conflitos, quer no âmbito judicial, quer na esfera extrajudicial é a solução mais eficaz, tanto para a prevenção de litígios, como para a solução dos mesmos.

A negociação coletiva, como forma autocompositiva que é, revela-se como o melhor meio de solução dos conflitos que surgem entre os detentores do capital e os trabalhadores.

As características básicas de nosso modelo de negociação coletiva são a unicidade da organização sindical; a heteronomia resultante da fundamentação legal do sistema de negociação coletiva; a inibição do conteúdo dos contratos coletivos, em virtude da excessiva legislação elaborada pelo Estado e da possibilidade de decisão judicial dos conflitos individuais e coletivos, como forma praticamente primeira de composição (apesar do disposto na Emenda Constitucional nº45, que impôs a necessidade de comum acordo para ajuizamento de dissídios coletivos, vez que ainda se discute doutrinaria e jurisprudencialmente se permanece ou não o poder normativo da Justiça do Trabalho); o monopólio do sindicato para negociar, afastada a legitimação ordinária das entidades sindicais de grau superior (a Medida Provisória nº 293/2006 estabeleceu o reconhecimento das centrais sindicais, admitindo para essas entidades apenas a negociação tripartite); a concentração da negociação em nível de categoria, permitidos, no entanto, acordos entre sindicatos e empresas; e a eficácia geral das cláusulas das convenções coletivas e dos acordos sobre associados ou não dos sindicatos, dificultando as negociações coletivas.

A estrutura sindical no Brasil, para ter capacidade de conflito suficiente, deve ser dotada de novos instrumentos como a representação sindical por empresa; o reconhecimento do direito à representação, à negociação e à contratação, também por meio das centrais sindicais; e, ademais, a estrutura sindical deve ser saneada, mediante a extinção da contribuição sindical e a instituição de cotas de solidariedade universalizadas a partir de seu caráter negocial, como contribuição obrigatória para todos os beneficiários da contratação coletiva.

É preciso que a legislação trabalhista diminua o seu conteúdo protecionista, adotando regras procedimentais para garantir a negociação coletiva a nível da empresa, para que o recurso à autonomia coletiva seja a regra e não a exceção.

A evolução do Direito do Trabalho deve ocorrer no sentido de que as leis trabalhistas, além de seu caráter protecionista e de imperatividade, passem a ter caráter dispositivo ou supletivo, deixando para as normas de escalão inferior, por meio da negociação coletiva, o dever de fazer a adaptação das condições de trabalho nelas estabelecidas à realidade das empresas, principalmente as micro, pequenas e médias.

Não é indispensável, mas seria conveniente que houvesse legislação de fomento que induzisse à negociação, como, por exemplo, uma lei de proteção contra práticas anti-sindicais, para evitar que se utilize a quebra dos sindicatos como forma de impor a vontade patronal na negociação; lei de proteção contra práticas desleais de negociação, que são comumente utilizadas pela classe patronal, como a contratação de substitutos para os grevistas, as ameaças, as demissões por retaliação; legislação estabelecendo o direito à informação sobre as reais condições da empresa, para que as discussões possam ser avaliadas, com

franqueza e lealdade, a real capacidade do empregador para acolher ou recusar as eventuais reivindicações dos seus empregados.

O bom desenvolvimento da negociação coletiva depende do modelo de organização sindical e da forma com que é desenvolvida a atividade sindical, sendo necessário que a atividade sindical não represente a categoria, por ser um todo indefinido, mas sim os interesses coletivos dos trabalhadores identificados, e que haja possibilidade de negociação por meio de representação eleita pelos empregados na empresa, porque esse é o meio adequado para a sua efetiva participação, tornando a empresa mais institucional e comunitária, além de desenvolver sobremaneira a solidariedade entre os trabalhadores, cumprindo-se, assim, o disposto na Convenção 135 da Organização Internacional do Trabalho, já ratificada pelo Brasil.

A Convenção 154 de 1981 da Organização Internacional do Trabalho, sobre negociação coletiva, também ratificada pelo Brasil, prescreve a necessidade de medidas para a promoção da negociação coletiva.

A unicidade sindical, desde a sua implantação até hoje, tem impedido o surgimento de associações operárias marcadas pela iniciativa espontânea dos sindicatos, porque a redução a um único sindicato, dentre os múltiplos que poderiam ser criados, com força de representação integral da categoria num determinado território, retira da entidade aquela força que possuiria se fundada exclusivamente na adesão voluntária dos seus membros, uma vez que o sindicato único não necessita ser efetivamente representativo, sendo a lei que lhe dá representatividade.

Por meio da negociação coletiva, trabalhadores e empresários estabelecem condições de trabalho e de remuneração, bem como quaisquer outros aspectos

das relações de trabalho, utilizando-se de um procedimento dialético, previamente definido. Mas é necessário que haja bom senso, boa-fé, razoabilidade e equilíbrio entre as partes convenientes.

O princípio da boa-fé funciona como elo entre o direito contratual e os princípios constitucionais. A boa-fé representa a valorização da pessoa humana em oposição ao individualismo jurídico da vontade expressa. A negociação coletiva deve ser vista como uma relação jurídica trabalhista, em que as partes devem colaborar umas com as outras, com vistas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme determina a Constituição.

Os conceitos legais indeterminados, como a boa-fé, transmudam-se em conceitos determinados pela função que têm de exercer no caso concreto, servindo para propiciar e garantir a aplicação correta, equitativa do preceito ao caso concreto. No conteúdo da idéia de boa-fé (Código Civil, artigo 422), está implícita a determinação funcional do conceito, como elemento de previsão, pois o juiz deve dar concreção ao referido conceito, atendendo às peculiaridades do que significa boa-fé no caso concreto, ou seja, o juiz torna concretos os denominados conceitos legais indeterminados, determinando-os pela função. Logo, os conceitos determinados pela função são, na verdade, o resultado da valoração dos conceitos legais indeterminados, pela aplicação e utilização, pelo juiz, das cláusulas gerais.

As cláusulas gerais têm função instrumentalizadora, porque vivificam o que se encontra contido, abstrata e genericamente, nos princípios gerais de Direito e nos conceitos legais indeterminados, sendo mais concretas e efetivas do que os princípios gerais de direito e do que os conceitos legais indeterminados. Cláusula geral não é princípio nem regra de interpretação, é norma jurídica, fonte criadora de direitos e de obrigações. Cláusula geral é

norma de ordem pública, devendo ser aplicada de ofício pelo juiz, ou seja, o juiz não depende de um pedido da parte para aplicar a cláusula geral a uma determinada situação no processo, cabendo-lhe, no caso concreto, preencher o conteúdo da cláusula geral, dando-lhe a consequência que a situação concreta reclamar. Exemplo de cláusula geral, é o previsto no artigo 422 do Código Civil, segundo o qual as partes têm o dever de contratar observando a boa-fé objetiva e a probidade.

Quando a norma não prevê a consequência, dando ao juiz a oportunidade de criar a solução, há aplicação da cláusula geral, isto é, a consequência não prevista na norma deve ser criada pelo juiz. O juiz pode dar uma solução em um dado caso e outra diferente em outro caso, aplicando a mesma cláusula geral. A função do juiz ao aplicar a cláusula geral é integrativa.

Diferenciando princípios gerais de direito, conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, vimos que princípios gerais de Direito são normas que norteiam o juiz na interpretação da relação jurídica discutida em juízo. Os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais são enunciados abstratos feitos pela lei, que exigem valoração para que o juiz preencha seu conteúdo, mas uma vez preenchido o conteúdo valorativo pelo juiz, este decidirá de acordo com a consequência previamente estabelecida pela lei (conceito legal indeterminado) ou construirá a solução que lhe parecer mais conveniente para o caso concreto (cláusula).

Logo, a mesma expressão abstrata “boa-fé”, dependendo da funcionalidade de que ela se reveste dentro do sistema jurídico, pode ser tomada como princípio geral de direito, como, por exemplo, o princípio da boa-fé nas negociações coletivas, que ainda não se encontra positivado especificamente em nossa legislação trabalhista (apesar de sua aplicabilidade ao Direito do Trabalho

em razão das disposições contidas no artigo 8º da Consolidação da Legislação do Trabalho); conceito legal indeterminado, como, por exemplo, a boa-fé para aquisição de propriedade pela usucapião extraordinária, (artigos 1238 e 1260 do Código Civil) ou cláusula geral, como a boa-fé objetiva nos contratos do artigo 422 do Código Civil. Nesses exemplos, o que discrimina a expressão *boa-fé* como princípio geral, conceito indeterminado ou cláusula geral é a função que ela possui no contexto do sistema.

A boa-fé como princípio geral constitui uma regra de conduta a que todas as pessoas devem ajustar-se em suas respectivas relações, significando que devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição dessas relações; e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre elas. Esse dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta em todas as direções em que se diversificam as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem ser exercidos de boa-fé, as obrigações devem ser cumpridas de boa-fé.

O princípio da boa-fé é um limite ao exercício dos direitos, assim como a proibição de abuso de direito. O exercício abusivo de direito se caracteriza, além de resultado danoso para um terceiro, por ultrapassar manifestamente os limites normais, limites esses que não estão previstos em norma jurídica, mas sim os impostos pela consciência social da época. Quando se proíbe o exercício do direito contra as exigências de boa-fé, também se está fazendo referência a uns limites temporários impostos pelos critérios morais e sociais dominantes, mas a diferença está em que, enquanto os limites no exercício de direito, cuja infração determina abuso de direito, são limites derivados da consciência social de uma época (são limites objetivos às faculdades que integram o conteúdo de direito imposto pelos costumes e apreciações da época), os limites derivados do princípio geral da boa-fé são limites que provêm daquela que deve ser a conduta

normal, reta e honesta, em respeito às pessoas com as quais se está em relação, sendo o critério de reciprocidade que aparece como nota diferenciadora da boa-fé.

Boa-fé objetiva é um modelo de conduta social, lealdade nos tratos, proceder honesto, esmerado diligente; a boa-fé não é um conceito cujo significado se circunscreva à atuação das partes concretas vinculadas por um negócio em especial, trata-se de um critério objetivo, uma via de incorporação dos valores éticos e das crenças socialmente vigentes em toda a sociedade, historicamente definidas.

A exclusão do abuso do direito da boa-fé se funda na necessidade de encontrar algo que seja essencial à boa-fé, que reside no critério de reciprocidade, quer dizer, no comportamento devido e esperado. O princípio da boa-fé recomenda que o direito seja exercitado como se exercitaria habitualmente, que seu titular adote uma conduta normal, comumente seguida por um homem médio, um bom pai de família, em função das circunstâncias. Não se trata de buscar o padrão do homem ideal (como deveria ser), mas sim o padrão do homem corrente (como é) no momento histórico determinado. O exercício de um direito subjetivo pode não incorrer em abuso do direito, se estiver dentro dos limites impostos pelos critérios morais e sociais da época em que se exercita, mas infringir o princípio da boa-fé, ao traduzir-se em atos que não sejam os que se poderia esperar de um homem normal e corrente, na correta relação jurídica em que se produzem.

No Código Civil, a boa-fé objetiva é tratada em três dispositivos: no artigo 113 (“Os negócios devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”), no artigo 187 (“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo

seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”) e no artigo 422 (“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”).

O artigo 186 do Código Civil dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A boa-fé significa a aceitação da interferência de elementos externos na intimidade da relação obrigacional, com poder limitador da autonomia contratual. A força e a abrangência dessa limitação dependem da filosofia que orienta o sistema, e da preferência dada a um ou outro dos princípios em confronto.

Para aplicação da cláusula da boa-fé, o juiz parte do princípio de que toda a inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável. Significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência *in contrahendo*); e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre eles. Este dever de se comportar com boa-fé se projeta nas direções em que se diversificam as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé.

Quanto aos deveres nascidos da boa-fé, são chamados de secundários, ou anexos, em oposição aos provenientes da vontade contratada, que são os

principais. Esses deveres podem ser classificados, “quanto ao momento de sua constituição, em deveres próprios da etapa de formação do contrato (de informação, de segredo, de custódia); deveres da etapa da celebração (equivalência das prestações, clareza, explicitação); deveres da etapa do cumprimento (dever de recíproca cooperação para garantir a realização dos fins do contrato, satisfação dos interesses do credor); deveres após a extinção do contrato (dever de reserva, dever de segredo, dever de garantia da fruição do resultado do contrato, culpa *post factum finitum*). Quanto à natureza, podem ser agrupados em deveres de proteção (evitar a ocorrência danos mútuos), deveres de esclarecimentos (obrigação de informar-se e de prestar informações), e deveres de lealdade (impor comportamentos tendentes à realização do objetivo do negócio, proibindo falsidades ou desequilíbrios).

O artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”. E no parágrafo único desse mesmo artigo, diz que: “ O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

O princípio da boa-fé é aplicável ao Direito do Trabalho porque, para cumprir a função integrativa do Direito, o intérprete se utiliza das técnicas que são indicadas pelo sistema jurídico, dentre as quais o recurso aos princípios gerais do direito, aplicáveis em no âmbito do Direito do Trabalho por força do

disposto no artigo 8º da CLT, havendo princípios de inegável aplicação comum, como o da boa-fé.

O sistema do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado, por extensão, aos contratos de direito privado, porque a ilicitude das cláusulas abusivas é matéria que não fica restrita às relações de consumo, pois pertence à teoria geral do direito contratual. Logo, esse sistema é aplicável ao Direito do Trabalho, considerando-se nulas de pleno direito as cláusulas presentes em instrumento normativo, seja acordo coletivo, convenção coletiva ou contrato coletivo, que forem incompatíveis com a boa-fé, eis que são abusivas.

Cláusulas abusivas são aquelas notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual de consumo, sendo sinônimo de cláusulas opressivas, vexatórias, ou, ainda, excessivas, não se confundindo com o abuso do direito. Sua existência não torna nulo todo o contrato, podendo estar presentes tanto nos contratos de adesão como em qualquer outro contrato de consumo, verbal ou escrito.

No microsistema do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, porque ofendem a ordem pública de proteção ao consumidor, restando superado o entendimento de que as nulidades *pleno jure* independem de declaração judicial e de que as nulidades absolutas precisam de sentença para produzirem efeitos no ato ou negócio jurídico. Sendo matéria de ordem pública (artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor), a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas no contrato de consumo não é atingida preclusão, podendo ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição. Assim também ocorre com as cláusulas abusivas constantes em acordo ou convenção coletiva de trabalho e decorrentes de negociação coletiva trabalhista,

dado que a ilicitude das cláusulas abusivas é matéria que não fica restrita às relações de consumo, pois pertence à teoria geral do direito contratual, devendo, o sistema do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, ser aplicado, por extensão, aos contratos de direito privado.

O artigo 9º, da CLT, dispõe que “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Esse artigo, em tom imperativo, declara nulos de pleno direito os atos jurídicos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação. Tais fatos não são anuláveis, mas nulos de pleno direito e, portanto, não geram qualquer efeito.

A boa-fé é um princípio jurídico fundamental, que devemos admitir como premissa de todo o ordenamento jurídico, sendo que o princípio da boa-fé é aplicável ao Direito do Trabalho com um sentido muito especial, em virtude do componente pessoal existente nesse ramo do Direito.

A boa-fé é vista atualmente como um princípio geral, informante da totalidade da legislação, com características de postulado moral e jurídico, em flagrante contraste com o entendimento de antigos juristas, que apenas admitiam os efeitos da boa-fé nos casos em que o ordenamento jurídico de maneira expressa e literal a ela aludia.

A defesa da fidelidade e a manutenção da confiança formam o fundamento do tráfego jurídico e especialmente das relações jurídicas especiais. Assim sendo, o princípio da boa-fé não é limitado às relações jurídicas obrigacionais, sendo aplicável, segundo entendimento hoje pacífico, como um

princípio geral do direito, sempre que exista ou esteja preparada uma relação jurídica especial. Diante desses requisitos, aplica-se no Direito das Coisas, no Processo Civil, no Direito Público e, também, no Direito do Trabalho.

Na relação trabalhista, há preocupação protetiva para com o trabalhador, que deve ser compatibilizada com o princípio da autonomia da vontade.

A autonomia privada é o princípio formal que fornece razões para que um ato de vontade entre particulares seja aceito e considerado válido, ainda que restrinja direitos fundamentais das partes. Mas, como decidir o que prevalece em cada caso concreto, a decisão baseada na autonomia da vontade ou a proteção a direitos fundamentais eventualmente restringidos?

A autonomia privada não é um princípio absoluto. Deve-se fazer uma análise da relação entre manutenção das competências sustentadas pela autonomia privada e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais eventualmente envolvidos nessa relação. A autonomia privada funciona como garantia de certas competências, mas pode ser relativizada em face de um desequilíbrio na relação entre particulares ou no caso de haver um falseamento da real autonomia privada. No entanto, se esses fatores não se fizerem presentes, deve-se partir de uma precedência *prima facie* da autonomia privada, quando confrontada com eventuais direitos fundamentais envolvidos. Essa precedência, por ser apenas *prima facie*, pode ser revertida, sendo que o fator mais importante para que ocorra tal reversão é a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos, ou seja, o peso do princípio formal expressado pela autonomia privada tende a ser menor quanto maior for a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos.

Se não houver boa-fé na negociação coletiva trabalhista, deve-se buscar critérios de interpretação na ordem jurídica constitucional, revertendo-se a precedência da autonomia privada coletiva, de modo a dar concretude ao princípio de proteção à dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. “A boa-fé na relação de consumo”. Revista de Direito do Consumidor, nº14, abril/junho – 1995. São Paulo: RT, 1995.

ALEXY, Robert. “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Renato Rua de. “Proteção contra a despedida arbitrária. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço”. São Paulo: Revista LTr. 56-10/1199.

_____. “Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito, eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho”. Revista PGE/SP, jun.1994.

_____. “O moderno direito do trabalho e a empresa: negociação coletiva, representação dos empregados, direito à informação, participação nos lucros e regulamento interno”. Revista LTr. 62-01/37.

_____. “A estabilidade no emprego num sistema de economia de mercado”. Revista LTr. 63-12/1612.

_____. “A pequena empresa e os novos paradigmas do direito do trabalho”. Revista do Advogado nº60. São Paulo: AASP, 2000.

_____. “A denúncia da convenção coletiva de trabalho”. Revista LTr. 66-05/530.

_____. “A pequena empresa e a teoria da flexibilização diferenciada”. Revista do Advogado nº 70. São Paulo: AASP, 2003.

_____. “A teoria da empresa e a regulação da relação de emprego no contexto da empresa”. Revista LTr. 69-05/573.

ALVIM, Marcia Cristina de Souza. “O princípio da dignidade da pessoa humana e a FEBEM”, tese de Doutorado em Direito na PUC-SP, 2000.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. “Curso de Direito do Trabalho”. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. “Direito do Trabalho e Pós-Modernidade: fundamentos para uma teoria geral”. São Paulo: LTr, 2005.

AVILES, Antonio Ojeda. “Derecho Sindical”. Madrid: Tecnos, 1992.

BARROS, Alice Monteiro de. “Curso de Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. “Comentários à Constituição do Brasil”, 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1989.

BELTRAN, Ari Possidonio. “Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais”. São Paulo. LTr.2002.

BENITES FILHO, Flávio Antonello. “Direito sindical espanhol: a transição do franquismo à democracia”. São Paulo: LTr, 1997.

BERNARDES, Hugo Gueiros. “Relações Coletivas de Trabalho”. In: “Princípios da Negociação Coletiva”. São Paulo: LTr, 1989.

BOBBIO, Norberto. “A era dos Direitos”. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional”. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOULOS, Daniel M. “Abuso de Direito no novo Código Civil”. São Paulo, Método, 2006.

BRAMANTE, Ivani Contini. In: “CLT interpretada, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.” São Paulo: Manole, obra no prelo.

BRITO FILHO, José Cláudio. “Direito Sindical”. São Paulo: LTr, 2000.

BRUTAU, José Puig. “Fundamentos de derecho civil”. Barcelona: Bosh, casa Editorial, 1989.

CAMPERO, Guilherme et al., tradução Edilson Alkimim Cunha. “O surgimento de uma nova ordem sócio-econômica” São Paulo: LTr, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “Direito Constitucional”. Coimbra: Livraria Almedina, 4ª edição.

CAPUCHO, Beatriz Maki Shinzato. “Da boa-fé na negociação coletiva de trabalho”, dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho, perante a Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2003, 185 f.

CARRAZZA, Roque Antonio. “Curso de direito Constitucional Tributário”. São Paulo: Malheiros, 1993.

CODE OF GOOD FAITH.(<http://www.ers.dol.govt.nz/goodfaith/code.html>)

CORDEIRO, António Menezes. “Manual de direito do Trabalho”. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. “Da boa fé no Direito Civil”. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Orlando Teixeira da. “Direito Coletivo do Trabalho e Crise Econômica”. São Paulo: LTr, 1991.

COUTURE, Eduardo J. “Interpretação da Leis Processuais”. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DELGADO, Mauricio Godinho. “Direito Coletivo do Trabalho”. São Paulo: LTr, 2003.

_____. “Curso de Direito do Trabalho”. São Paulo: Ltr, 2004.

_____. “Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho”. São Paulo: LTr, 2004.

DINIZ, Maria Helena. “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada”. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. “Código Civil Anotado”. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. “Curso de Direito Civil Brasileiro”. São Paulo: Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. “Levando os Direitos a Sério”. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARI, Irany. “História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1998.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro Nascimento; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “História do trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho”. São Paulo: LTR, 2002.

GIUGNI, Gino. “Direito Sindical”. São Paulo: LTr, 1991.

GONÇALVES, Carlos Roberto. “Direito Civil Brasileiro”. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto”. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jürgen. “Direito e Democracia: entre facticidade e validade” v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HANSENNE, Michel. “Um novo diálogo social para a renovação do mundo do trabalho”. In: “Os atores sociais no novo mundo do trabalho” de CAMPERO, Guilherme et al., tradução Edilson Alkimim Cunha. São Paulo: LTr, 1994.

JUCÁ, Francisco Pedro. “Os Direitos Individuais Fundamentais do Trabalhador”. São Paulo: LTr, 1999.

KENNY, John e KAHN, Linda G. “Primer of Labor Relations”. Washington, D.C.: BNA Books, 1989.

KUZZ, Erin R. e STOUT, John L.”Labour law basics: organizing. Strikes and living with the union”. Toronto: OBA, 2003.

LARENZ, Karl, “Derecho justo”. Madrid: Civitas, 1985.

LEDUR, José Felipe. “A Realização do Direito do Trabalho”. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. “Fundamentos do Direito Privado”. São Paulo: RT, 1998.

MAGANO, Octavio Bueno. “Direito Coletivo do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1993.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. “O direito do trabalho como instrumento de justiça social”. São Paulo: LTr, 2000.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. “A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro”. São Paulo: RT 801/11.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Elementos de Direito Administrativo”. São Paulo: RT, 1980.

MIRANDA, Jorge. “Manual de Direito Constitucional”. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES FILHOS, Evaristo de. “Tendências do Direito Coletivo do Trabalho”. *In: Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. São Paulo, LTr, 1989.

MORENO, Jesús M. Galiana; MELGAR, Alfredo Montoya ; NAVARRO, Antonio V. Sempere e SALMERÓN, Bartolomé Ríos. “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”. Madrid: Aranzadi, 1995.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Curso de Direito do Trabalho”. 9. ed. São Paulo: Saraiva.1991.

_____. “Compêndio de Direito Sindical”, São Paulo: Ltr, 2000.

_____. “Direito Sindical”. São Paulo: Saraiva,1991.

_____. “Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante em vigor”. São Paulo: RT, 1997.

OIT. Tradução Sandra Valle. “Negociações Coletivas”. São Paulo: LTr, Brasília, DF: OIT, 1994.

PASTORE, José. “Mitos sobre a flexibilização do trabalho” Artigo de 27-12-2001, no site: josepastore.com.br/artigos/relaçõestrabalhistas.

PEDREIRA, Pinho. “Representatividade do Sindicato Brasileiro”. Rev. TRT – 8ª R. Belém, 21 (40): 73-97, jan/jun.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Lesão nos Contratos”. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PÉREZ, Jesus Gonzales. “El principio general de la buena fe en el derecho administrativo”. 4ª ed.. Madrid: Civitas, 2004.

PUECH, Luiz Roberto Rezende. “Curso de Direito do Trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano”. Coordenação de Octavio Bueno Magano. São Paulo: Saraiva, 1985.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. “Da autonomia Dogmática do Direito do Trabalho”. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

_____. “Insegurança ou Diminuição do Emprego? A rigidez do sistema jurídico português em matéria de cessação do contrato de trabalho atípico”. Revista LTr. São Paulo: LTr, 2000. 64-08.

REALE, Miguel. “Filosofia do Direito”. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. “Lições Preliminares de Direito”. São Paulo: Saraiva, 1996.

RODRIGUEZ, Américo Plá. “Princípios de Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1993.

ROMITA, Arion Sayão. “Proteção contra despedida arbitrária (garantia de emprego?)”. Revista LTr, v.53, nº4, abril de 1989.

_____. “Direito do Trabalho – Temas em Aberto”. São Paulo: LTr, 1998.

ROSS, Alf. “Direito e Justiça”. São Paulo: Edipro, 2003.

RUPRECHT, Alfredo. “Relações Coletivas de Trabalho”. Tradução Edilson Alkimim Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. “Conflitos Coletivos de Trabalho”. São Paulo: RT, 1979.

_____. “Princípios Gerais de Direito Sindical”. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SAAD, Eduardo Gabriel. “CLT Comentada”. São Paulo: LTr, 2002.

SADY, João José. “A boa-fé objetiva no novo Código Civil e seus reflexos nas relações jurídicas trabalhistas”. In: Revista do Advogado, da Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXIII, n. 70, julho de 2003.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. “Direitos Humanos na Negociação Coletiva”. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Antonio Álvares da. “Contratação Coletiva”. In: “Questões polêmicas de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1994.

SILVA, De Plácido e . “Vocabulário Jurídico”. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. São Paulo: RT, 1990.

_____. “Curso de Direito Constitucional”. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Otavio Pinto e. A Contratação Coletiva como fonte do Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. “A Constitucionalização do Direito”. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. “Representação dos trabalhadores na empresa. Delegados sindicais. Participação dos trabalhadores na gestão da empresa. *In* Curso de Direito do Trabalho.

SIMON, Sandra Lia. “A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado”. Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob orientação do professor Dr. Luiz Alberto David Araujo.

SOARES, Orlando. “Filosofia Geral e Filosofia do Direito”. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SUPIOT, Alain. “Transformações do trabalho e futuro de Direito do Trabalho na Europa”. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SUSSEKIND, Arnaldo. “Direito Internacional do Trabalho”. In: “Instituições de Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1993.

TACITO, Caio. “Do Direito Individual ao Direito Difuso”. Rio de Janeiro: RDA 157:1-13, jul/set 1984

TARTUCE, Flávio. “Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil”. In: “Questões controvertidas no novo Código Civil”. V.2. São Paulo: Método, 2004.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. “Negociação Coletiva de Trabalho”. In “Instituições de Direito do Trabalho”. Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão, Segadas Viana. 14ª ed. São Paulo: LTr, 1993.

TELLES, Inocêncio Galvão. “Introdução ao Estudo do Direito”. Coimbra: Almedina, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. “O contrato e sua função social”. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

URIARTE, Oscar Ermida. “Ética y Derecho del Trabajo”
(www.upf.edu/iuslabor/012006/Latinoamerica.OscarErmida2.htm)

VIANNA, Segadas. “Fundamentos, definição e objetivo”. In: “Instituições de Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1993.

VILLAÇA, Álvaro. “Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos”. São Paulo: Atlas, 2002.